



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Trabajo Final de Máster

Máster Oficial de Abogacía
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

Dictamen jurídico sobre proceso contencioso de divorcio

Miguel Monaj Muñoz

Tutor: Prof. Dr. Vallespín Pérez

Diciembre de 2018

ÍNDICE

1. Descripción de los antecedentes

| | |
|--|---|
| 1.1. Hechos y datos en los que se basa el problema | 1 |
| 1.2. Documentación | |
| 1.2.1. Documentación de la que se dispone | 2 |
| 1.2.2. Documentación que solicitar | 3 |
| 1.3. Cuestiones que se plantean | |
| 1.3.1. Cuestiones sustantivas | 4 |
| 1.3.2. Cuestiones procesales | 4 |

2. Análisis jurídico

| | |
|---------------------------------|----|
| 2.1. Fuentes aplicables al caso | |
| 2.1.1. Normativa aplicable | 7 |
| 2.1.2. Jurisprudencia aplicable | 7 |
| 2.2. Análisis del caso | |
| 2.2.1. Cuestiones sustantivas | 13 |
| 2.2.2. Cuestiones procesales | 23 |

3. Conclusiones

| | |
|-----------------------------|-----------|
| Emisión del dictamen | 36 |
|-----------------------------|-----------|

| | |
|---------------------|-----------|
| Bibliografía | 38 |
|---------------------|-----------|

1. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES

1.1. Hechos de los antecedentes

De acuerdo con el supuesto de hecho facilitado, el pasado mes de abril de 2012 D. Marc Fernández Trujillo y D^a. Sonia Ferrer Martínez contrajeron matrimonio civil en la localidad de Tarragona. Su vivienda conyugal se fijó en la misma ciudad, concretamente en la calle Berlín nº 84, 3º - 2ª. El piso fue adquirido en régimen de copropiedad previa firma de un crédito hipotecario con la entidad financiera BBVA, a 25 años, por una cantidad total de 185.000 euros. La misma se firmó con un tipo variable y, en el momento del divorcio de la pareja, la cuota era de 760 euros. Posteriormente, en noviembre de 2014 nació el primero de sus hijos, Arnau, y en marzo de 2016 nació Nuria, su hija pequeña.

D. Marc es profesor de bachillerato en un colegio concertado de Tarragona, con un sueldo, aproximadamente, de 2100 euros netos mensuales y su horario laboral es de lunes a viernes de 8 a 17 h. Por otro lado, D^a. Sonia es recepcionista en una clínica dental, siendo su horario de trabajo de lunes a viernes, de 10 a 16 h; y su sueldo medio de 1300 euros mensuales.

La relación de la pareja comenzó a tambalearse en el mes de abril de 2017. Después de diferentes intentos infructuosos de solucionar sus problemas, D. Marc interpuso demanda de divorcio contencioso; solicitando expresamente la atribución de un régimen de responsabilidad parental compartida de los dos hijos menores del matrimonio, por quincenas alternativas, y el reparto del 50% de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y de verano. Igualmente, también solicita la no imposición de ningún tipo de pensión de alimentos, ya que D. Marc será quien abandone el domicilio conyugal; así como el pago de la cuota hipotecaria mensual al 50% para ambas partes.

D^a. Sonia, por el contrario, solicita en la contestación a la demanda de divorcio contencioso la atribución de un régimen de guarda y custodia exclusivo a su favor; un régimen de visitas a favor del padre por la mitad de las vacaciones, fines de semana alternos y dos días intersemanales con pernocta, ya que manifiesta, en todo momento, que no tiene la intención de abandonar la

localidad de Tarragona; una pensión de alimentos de 300 euros mensuales para los dos hijos; y el uso de la vivienda conyugal. Igualmente, plantea el pago de tan sólo el 40% de la cuota hipotecaria.

En primera instancia, el órgano jurisdiccional atribuyó la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, el uso de la vivienda, una pensión de alimentos a favor de los hijos cifrada en 125 euros, y que la cuota hipotecaria habría que repartirla al 50% entre los dos progenitores. Esta solución judicial fue plenamente confirmada en segunda instancia, deviniendo firme. Pese a ello, la madre, una vez llegan las vacaciones de Semana Santa, no entrega a los hijos al padre el día que correspondía.

Por otro lado, meses después del dictado de la sentencia de primera instancia, D^a. Sonia, sin ningún tipo de comunicación al padre de sus hijos, procede a cambiarlos de centro escolar y municipio de residencia, trasladándolos a la localidad de Barcelona; quedando de esta manera alterado el régimen de visitas intersemanales por la vía de facto, viéndose D. Marc obligado a asumir el tiempo y gasto de desplazamientos entre Tarragona y Barcelona. Ante esta realidad, D. Marc decide interponer un procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando el retorno a las condiciones fijadas en la resolución de primer grado o, en su caso, que se proceda a un cambio de guarda y custodia a su favor.

Finalmente, cabe señalar que, fruto de la nueva situación derivada del divorcio y más allá de la absoluta falta de relación de D^a. Sonia con los padres de D. Marc, lo cierto es que éste también ha dejado de tener contacto con los abuelos paternos de Arnau y de Nuria.

1.2. Documentación

1.2.1. Documentación de la que se dispone

El presente caso debe resolverse con los datos que constan en el supuesto de hecho anteriormente descrito.

1.2.2. Documentación que solicitar

Dependiendo de la etapa procesal en la que nos encontremos, deberemos solicitar los siguientes documentos públicos y privados a nuestra cliente, D^a. Sonia.

A) Documentos que solicitar en orden a realizar la contestación a la demanda con reconvención.

- Original y/o copia de acta de matrimonio civil, de fecha 8 de abril de 2012, acreditativa de la celebración entre D. Marc y D^a. Sonia.
- Original y/o copia del Libro de Familia.
- Original y/o copia de escritura pública de compraventa del bien inmueble sito en calle Berlín nº 84, 3º- 2ª de Tarragona, suscrito entre los cónyuges y el representante legal de la inmobiliaria “Finques Tarraco, S.L.”.
- Original y/o copia de escritura pública de préstamo hipotecario, firmado por los cónyuges y el representante legal de la entidad financiera BBVA.
- Informe de Vida Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de D^a. Sonia.
- Original y/o copia de contrato laboral firmado entre D^a. Sonia y el representante legal de “Clínica Dentis, S.L.”; nóminas y cualquier otro documento modificativo de las condiciones laborales que hubiera suscrito con la empresa empleadora.
- Original y/o copia de las declaraciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondientes al periodo comprendido entre los años 2012 a 2017.
- Certificados y/o recibos de gastos de suministros contratados (agua, luz, gas, telefonía, internet, etc.).
- Certificados y/o recibos de gastos escolares y otros ordinarios relacionados con la crianza y manutención de los menores.
- Cualquier documentación con información de carácter económico de D. Marc que pueda obrar en poder de D^a. Sonia.

B) Documentos que solicitar en orden a realizar la contestación a la demanda de medidas definitivas.

- Testimonio de sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona 259/2017, de 15 de noviembre de 2017.
- Testimonio de sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 15/2018 (sección 1ª), de 8 de septiembre de 2018.

1.3. Cuestiones que se plantean

Como puede apreciarse, en el supuesto de hecho planteado existe una multiplicidad de cuestiones de diversa índole jurídica relacionadas tanto con el derecho material o sustantivo aplicable al caso concreto -respecto a los efectos personales y económicos derivados de la crisis matrimonial-, como de orden procesal -respecto a la naturaleza, peculiaridades y características propias de este proceso especial-.

1.3.1. Cuestiones sustantivas

- **PRIMERA.** ¿Qué criterios haría servir para convencer al órgano jurisdiccional de la conveniencia de atribuir, en este caso, un régimen de guarda exclusiva a favor de la madre?
- **SEGUNDA.** ¿Tendría sentido, en el caso concreto, reclamar la prestación de una pensión compensatoria a favor de la madre?
- **TERCERA.** ¿Qué argumentos haría servir para reclamar al padre, en el caso concreto, ante un régimen de guarda exclusiva de la madre, el pago de la pensión de alimentos a favor de los hijos?

1.3.2. Cuestiones procesales

- **CUARTA.** ¿Cuál sería y por qué el órgano jurisdiccional competente para conocer de este caso de divorcio?

- **QUINTA.** Si usted, como abogado, quisiera plantear una reconvención en un procedimiento de divorcio, ¿cómo y cuándo podría hacerlo?

- **SEXTA.** Si algunas de las pruebas admitidas no pudieran practicarse dentro de la vista, ¿cuándo podrían ser objeto de práctica?

- **SÉPTIMA.** ¿Cuál sería la consecuencia derivada del incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador?

- **OCTAVA.** En un proceso de divorcio contencioso, ¿la conformidad de las partes sobre un hecho vincula al órgano jurisdiccional?

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. Fuentes aplicables al caso

En este apartado vamos a referirnos tanto a las *fuentes materiales* aplicables al caso concreto -es decir, a cuáles son las normas jurídicas que van a regir los efectos personales y económicos de la crisis matrimonial y las cuestiones de orden procesal- como a la doctrina jurisprudencial que emana tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en tanto que establecen cuál es la interpretación que debe regir la aplicación del Derecho por parte del resto de tribunales integrantes del Poder Judicial. Igualmente, haremos mención también a la denominada *jurisprudencia menor*, aquella que surge de las diferentes audiencias provinciales; en especial, y en la medida de lo posible, la dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, dadas las características del caso.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con los artículos 9.1¹, 9.2² y 14.1 del Código Civil³ (en adelante, CC), la ley sustantiva aplicable a este caso vendrá determinada por la vecindad civil común de ambos⁴, es decir, la catalana⁵ y, por lo tanto, deberá estarse a la regulación contenida en el *Codi Civil de Catalunya* (en adelante, CCCat), que tiene el carácter de derecho común en Catalunya (*vid.* arts. 111-3 y 111-4 CCCat).

Por el contrario, respecto de las cuestiones de naturaleza procesal, debe recordarse que el artículo 149.1. 6º CE identifica como materia de competencia

¹ “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”.

² “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

³ “La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”.

⁴ Entendemos que, a falta de más información, ambos cónyuges tenían la misma vecindad civil en el momento de contraer matrimonio.

⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Madrid: Edisofer SL, 2004, p. 317.

exclusiva del Estado ⁶ “la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, por lo que deberemos acudir a las prescripciones contenidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

2.1.1. Normativa aplicable

- España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 1996, núm. 15, p. 1225-1238.
- Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 5 de agosto de 2010, núm. 5686, p. 61162-61260.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de enero de 2000, p. 575-728.

2.1.2. Jurisprudencia aplicable

A) Cuestiones sustantivas.

- Sobre la guarda exclusiva a favor de la madre:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 52/2017 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017\6074).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 39/2015 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 25 de mayo de 2015 (RJ 2015\4624).

⁶ cfr. JUAN SÁNCHEZ, R. *Legislación Procesal y Comunidades Autónomas*. Pamplona: Aranzadi, SA, 2014.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 29/2015 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 4 de mayo de 2015 (RJ 2015\3033).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 161/2017 (sección 1ª), de 27 de abril de 2017 (JUR 2017\202022).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 330/2016 (sección 1ª), de 4 de julio de 2016 (JUR 2016\216388).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 227/2014 (sección 1ª), de 3 de junio de 2014 (JUR 2014\238073).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 686/2018 (sección 12ª), de 21 de junio de 2018 (JUR 2018\198186).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 312/2017 (sección 18ª), de 4 de marzo de 2017 (JUR 2017\158510).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 140/2017 (sección 12ª), de 9 de febrero de 2017 (JUR 2017\130088).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 564/2016 (sección 12ª), de 14 de julio de 2016 (AC 2017\599).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 520/2016 (sección 12ª), de 5 de julio de 2016 (JUR 2016\236985).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 212/2015, de 26 de marzo de 2015 (JUR 2015\121054).

- Sobre la pensión compensatoria:

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 57/2018 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 16 de abril de 2018 (JUR 2018\235366).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 3/2018 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 8 de enero de 2018 (RJ 2018\1504).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 85/2015 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2016\1622).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 57/2015 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 20 de julio de 2015 (RJ 2015\4632).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 34/2008 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2009\3886).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 73/2015 (sección 1ª), de 16 de febrero de 2015 (JUR 2015\122217).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 107/2013 (sección 1ª), de 18 de febrero de 2013 (JUR 2013\159329).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 738/2018 (sección 12ª), de 2 de julio de 2018 (JUR 2018\208880).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 306/2017 (sección 12ª), de 22 marzo de 2017 (JUR 2017\197252).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 931/2016 (sección 18ª), de 28 de noviembre de 2016 (JUR 2017\55111).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 607/2016 (sección 12ª), de 27 de julio de 2016 (JUR 2016\237227).

- Sobre la pensión de alimentos:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 29/2015 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 4 de mayo de 2015 (RJ 2015\3033).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 68/2013 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 28 de noviembre de 2013 (RJ 2014\1181).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 9/2010 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\4016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 183/2017 (sección 1ª), de 24 de abril de 2017 (JUR 2017\202377).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 398/2016 (sección 1ª), de 28 de julio de 2016 (JUR 2016\239578).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 154/2016 (sección 1ª), de 15 de abril de 2016 (JUR 2016\134552).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 61/2016 (sección 1ª), de 12 de febrero de 2016 (JUR 2016\63201).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 183/2015 (sección 1ª), de 4 de mayo de 2015 (JUR 2015\166085).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 330/2014 (sección 1ª), de 10 de octubre de 2014 (JUR 2015\21092).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 251/2014 (sección 1ª), de 28 de julio de 2014 (JUR 2014\237204).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 486/2013 (sección 1ª), de 5 de diciembre de 2013 (JUR 2014\21782).

B) Cuestiones procesales.

- Sobre competencia:

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 12 de julio de 2017 (JUR 2017\201808).

- Sobre la reconvencción:

Sentencia del Tribunal Supremo 298/2013 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 10 de mayo de 2013 (RJ 2013\4363).

Sentencia del Tribunal Supremo 658/2012 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013\2275).

Sentencia del Tribunal Supremo 1183/2006 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8126).

Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2006 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 13 de octubre de 2006 (RJ 2006\6589).

Sentencia del Tribunal Supremo 297/2000 (Sala de lo Civil), de 24 de marzo de 2000 (RJ 2000\2486).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 270/2018 (sección 1ª), de 12 de junio de 2018 (JUR 2018\206490).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 139/2016 (sección 1ª), de 1 de abril de 2016 (JUR 2016\134302).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 335/2015 (sección 1ª), de 15 de septiembre de 2015 (JUR 2015\262261).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 828/2018 (sección 12ª), de 24 de julio de 2018 (JUR 2018\218652).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 527/2018 (sección 12ª), de 16 de julio 2018 (JUR 2018\209662).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 204/2016 (sección 13ª), de 4 de mayo de 2016 (JUR 2016\177918).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 232/2018 (sección 5ª), de 10 de julio de 2018 (JUR 2018\262241).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 124/2018 (sección 4ª), de 14 de marzo de 2018 (JUR 2018\103303).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 312/2017 (sección 5ª), de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018\123462).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 347/2017 (sección 1ª), de 13 de noviembre de 2017 (JUR 2018\130).

▪ Sobre pruebas admitidas y no practicadas:

Sentencia del Tribunal Supremo 409/2015 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 17 de julio de 2015 (RJ 2015\2784).

Sentencia del Tribunal Supremo 759/2011 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 2 noviembre de 2011 (RJ 2012\1239).

Sentencia del Tribunal Supremo 660/2011 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 5 octubre de 2011 (RJ 2011\6705).

Sentencia del Tribunal Supremo 397/2011 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 13 junio de 2011 (RJ 2011\4526).

- Sobre incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador:

Sentencia del Tribunal Supremo 545/2016 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4449).

Sentencia del Tribunal Supremo 346/2016 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 24 de mayo de 2016 (RJ 2016\2284).

Sentencia del Tribunal Supremo 621/2015 (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 9 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5157).

Sentencia del Tribunal Supremo 823/2012 (Sala de lo Civil, Pleno), de 31 de enero de 2013 (RJ 2013\927).

Sentencia del Tribunal Supremo 870/2015 (Sala de lo Penal sección 1ª) de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\14).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 62/2016 (sección 1ª), de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016\63627).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 58/2013 (sección 18ª), de 29 de enero de 2013 (JUR 2013\222900).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 301/2012 (sección 12ª), de 30 de noviembre de 2012 (JUR 2013\16598).

Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja 34/2018 (sección 1ª), de 13 de marzo de 2018 (JUR 2018\186416).

- Sobre la conformidad de las partes:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 43/2011 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), de 6 de octubre de 2011 (RJ 2012\669).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 156/2012 (sección 1ª), de 24 de abril de 2012 (JUR 2012\226579).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 388/2011 (sección 1ª), de 4 de noviembre de 2011 (JUR 2015\272).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 314/2018 (sección 12ª), de 8 de marzo de 2018 (JUR 2018\86620).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 437/2016 (sección 12ª), de 7 de junio de 2016 (JUR 2018\4161).

2.2. Análisis del caso

2.2.1. Cuestiones sustantivas

PRIMERA. *¿Qué criterios haría servir para convencer al órgano jurisdiccional de la conveniencia de atribuir, en este caso, un régimen de guarda exclusiva a favor de la madre?*

RESPUESTA: Todo análisis y aproximación a la cuestión de la determinación de la guarda de los hijos en el marco de las crisis matrimoniales debe partir necesariamente del reconocimiento preeminente del interés superior del menor, reconocido en el artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), como principio nuclear que incidirá en la adopción de aquel sistema de guarda que resulte más beneficioso para los intereses del menor afectado.

Desde hace unos años asistimos a una transformación de los modelos convivenciales en la que se tiende, cada vez más, hacia la corresponsabilidad de los progenitores en el ejercicio de los deberes y derechos que conlleva la responsabilidad parental (*vid.* art. 236-17 CCCat); lo que ha hecho que el legislador catalán configure el modelo de guarda compartida como preferente por ser el que, al menos en el plano teórico, responde mejor al interés del menor.⁷ Ello se ha plasmado en la redacción del actual artículo 233-8 CCCat cuando dice que “*en consecuencia, estas responsabilidades [las del 236-17 CCCat] mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben*

⁷ CORTADA CORTIJO, N. La preferencia de la guarda compartida en el derecho civil de Cataluña a la luz del interés del menor. *En:* FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MOREL, JM (Coords.). *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación.* Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 137-147.

ejercerse conjuntamente"; preferencia igualmente reseñada en multiplicidad de ocasiones por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (por todas, *vid.* STSJ Catalunya 52/2017, de 6 de noviembre de 2017).

Mas dicha preferencia no puede -ni debe- ser automática, pues si la *ratio dicendi* que inspira el establecimiento de la guarda debe ser el ya mencionado interés superior del menor, la autoridad judicial -que es quien, en última instancia, aprueba el plan de parentalidad del art. 233-9 CCCat o, en defecto de pacto o ser éste contrario al interés del menor, determina la forma de ejercer la guarda (*arg ex arts.* 233-10.2 CCCat y 774 LEC)- deberá, en todo caso, ponderar los diferentes elementos, factores y circunstancias que influyan en la determinación del modelo más óptimo, por lo que, lejos de apriorismos, la determinación de la guarda debe realizarse de forma casuística. Así se recoge en la STSJ Catalunya 39/2015, de 25 de mayo de 2015 cuando se dice que *"la aducida preferencia del régimen de custodia compartida, si bien puede ser cierta en abstracto, requiere que sea -en concreto- la que más se adecúe al interés del menor"* ya que, en todo caso, *"el tribunal debe decidir, sobre la base de lo que dispone el artículo 233-10.2 CCCat, lo que más convenga a los intereses del menor"*, y que la norma citada *"incluye expresamente la posibilidad de disponer la custodia monoparental"*.

Esta lógica necesidad de ponderación se concentra en el art. 233-11 CCCat, titulado *"Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda"*; en donde se recogen diferentes circunstancias que deberán ser, todas ellas, valoradas por el órgano jurisdiccional en aras de determinar cuál es el régimen de guarda más compatible con los intereses en juego afectados por la resolución, máxime en un caso como el que nos ocupa en donde los menores aún están en la infancia -al tener cada uno, respectivamente, tres y un año-, pues *"no es posible en abstracto darle un peso específico o un valor jurídico determinado a una u otra de las circunstancias contempladas en el artículo 233-11.1 CCCat"* (STSJ Catalunya 29/2015, de 4 de mayo de 2015). Serán, pues, las circunstancias recogidas en este precepto las que deberemos utilizar en nuestra argumentación para fundamentar la petición de la guarda y custodia exclusiva materna.

A este respecto, los tribunales han otorgado la guarda exclusiva materna cuando se ha podido acreditar en el juicio, entre otras, circunstancias tales como ser la progenitora el referente de los menores (SAP Tarragona 330/2016, de 4 de julio de 2016); la muestra de mayor empatía de la hija para con la madre (SAP Barcelona 686/2018, de 21 de junio de 2018); haber sido la madre quien se encargara de atender las necesidades de los hijos en todo momento (SAP Barcelona 140/2017, de 9 de febrero de 2017); la inconveniencia de la custodia compartida cuando se trata de niños de corta edad por existencia de problemas psicológicos y emocionales, siendo la madre la referente de la menor y con quien ha convivido desde la separación (SAP Barcelona 212/2015, de 26 de marzo de 2015); la mayor disponibilidad horaria laboral de la madre para hacerse cargo de los menores (SAP Tarragona 227/2014, de 3 de junio de 2014); la vinculación afectiva derivada del hecho de haberse encargado durante la convivencia del cuidado directo de las menores (SAP Barcelona 520/2016, de 5 de julio de 2016); un mayor apoyo y/o colaboración de otros familiares en el cuidado de los menores (SAP Tarragona 161/2017, de 27 de abril de 2017); la falta de implicación del padre en las tareas de cuidado y atención del menor antes y/o después de la ruptura, así como respecto del seguimiento escolar o el médico-sanitario (SAP Barcelona 312/2017, de 4 de marzo de 2017); o la ausencia en el padre de una actitud favorable para cooperar con el otro en beneficio de la hija común, lo que deriva en enfrentamientos continuos por las cuestiones más básicas (SAP Barcelona 564/2016, de 14 de julio de 2016).

Por lo tanto, como acaba de exponerse, la atribución de la guarda exclusiva a favor de la madre dependerá de que pueda acreditarse en fase probatoria alguno o varios de los criterios legales contenidos en el art. 233-11.1 CCCat. Para ello, se hace imprescindible la realización de una entrevista personal con nuestra clienta acerca de la vinculación afectiva de los hijos con los progenitores y el resto de personas que conviven en los respectivos hogares; así como sobre la atención e implicación de cada uno de los progenitores respecto de los cuidados y necesidades que demandan los menores -especialmente importante en nuestro caso dada la temprana edad de ambos-. Igualmente, deberemos acreditar la mejor aptitud de nuestra clienta

para garantizar el bienestar de los hijos y procurarles un entorno adecuado, pudiendo utilizar para ello el encargo y emisión de informes psicológicos de personalidad⁸; así como hacer valer la mayor disponibilidad de tiempo para el cuidado de los niños por parte de la madre, al tener un horario más compatible con las actividades educativas y médicas propias de la etapa infantil; lo que a su vez podría revertir en una mayor vinculación afectiva.

A este respecto, los hechos que, a priori, podrían sustentar la solicitud de la guarda exclusiva a favor de la madre serían: 1) la mayor disponibilidad horaria de ésta para hacerse cargo de las atenciones y cuidados de los menores; 2) el hecho objetivo de la temprana edad de ambos hijos -tres y un año respectivamente-, que puede determinar un mayor vínculo emocional respecto de la madre -piénsese en el caso del menor de ellos que, plausiblemente, aún se encuentre realizando lactancia materna-; 3) la ausencia de una estructura familiar de apoyo o soporte respecto de D. Marc ya que, como sabemos, no mantiene contacto con sus padres, los abuelos paternos de los menores, mientras que D^a. Sonia sí que cuenta con una red familiar de apoyo; 4) la falta de cooperación por parte de D. Marc en los cuidados de los menores y en el mantenimiento de una actitud favorable al entendimiento en favor del bien de los menores.

SEGUNDA. *¿Tendría sentido, en el caso concreto, reclamar la prestación de una pensión compensatoria a favor de la madre?*

RESPUESTA: Una de las cuestiones candentes en todo proceso de crisis matrimonial es el efecto que va a tener el divorcio en el ámbito patrimonial de cada uno de los cónyuges; especialmente cuando, por efecto de los dispuesto en el artículo 231-10.1 CCCat, a falta de pacto, el régimen económico que regirá el matrimonio será el de separación de bienes de los artículos 232-1 y

⁸ A este respecto, recordar que la Disposición Adicional Sexta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Codi Civil de Catalunya*, relativo a la persona y la familia dispone que “los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental [...] también pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores”; dictámenes que pueden aportar tanto las partes mediante emisión por perito o encargar el tribunal al Equipo Técnico de Apoyo Judicial.

ss. CCCat⁹. Ahora bien, para intentar mitigar los rigores de dicho régimen económico, el legislador catalán ha previsto dos mecanismos -podríamos llamarlos “compensatorios”- a favor del cónyuge que, en atención a sus quehaceres y dedicación, ha visto, por un lado, cómo su patrimonio ha sufrido un desequilibrio respecto del de su cónyuge y, del otro, afectada su calidad de vida como consecuencia de la ruptura matrimonial. Estos mecanismos a los que hacemos referencia son la compensación económica por razón del trabajo (artículos 232-5 y ss. CCCat) y la prestación compensatoria (artículo 233-14 y ss. CCCat); instituciones que no deben confundirse¹⁰ pese a que ambos derechos son perfectamente compatibles (vid. artículo 232-10 CCCat).

Respecto a la *compensación económica por razón del trabajo*, debe indicarse que, desde la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del *Codi Civil de Catalunya*, parece claro que nos encontramos ante un derecho de crédito cuya única finalidad es la de aminorar los efectos que se derivan de la separación de bienes, otorgando al cónyuge que ha trabajado para la casa o para el otro, una participación en las ganancias que ha obtenido su pareja, convirtiéndose así, en esencia, en una corrección del desequilibrio producido durante el régimen de separación¹¹. De hecho, el propio preámbulo de la ley citada establece que: *“la nueva regulación (...) se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera. Por ello, basta con acreditar que uno de los dos se ha dedicado a la casa sustancialmente más que el otro”*.

⁹ cfr. ROCA TRÍAS, E. Els canvis en el règim de béns: de la separació a la comunitat diferida. *En*: FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MOREL, JM (Coords.). *op. cit.*, p. 101-102.

¹⁰ Como indica la STSJ Catalunya 34/2008, de 22 de septiembre de 2008, *“La indemnización compensatoria en manera alguna puede confundirse con la pensión compensatoria que prevé el art. 84 del Codi de Família. La primera es un elemento corrector para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges que puede producirse al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio (...). La segunda, en cambio tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo.”*

¹¹ SOLÉ RESINA, J. La compensación económica por razón de trabajo en el Libro II del Codi Civil de Catalunya: ¿corrección del desequilibrio patrimonial o del enriquecimiento injusto? *En*: FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MOREL, JM (Coords.). *op. cit.*, p. 187-190.

Por tanto, queda claro que deberemos analizar en el caso en cuestión si, efectivamente, D^a. Sonia ha trabajado para la casa sustancialmente más que D. Marc (caso del artículo 232-5.1 CCCat). A este respecto, deberemos tener en cuenta la intensidad de la dedicación en cuestión, su duración - *“años de convivencia”*- y, en especial, la dedicación a la crianza y atención personal de los dos hijos (ex art. 232-5.3 CCCat).

Este derecho de crédito tiene como límite *“la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges”* calculados según las reglas del artículo 232-6 CCCat; si bien, en atención a las concretas circunstancias del caso, la *“autoridad judicial puede incrementar”* la cuantía de la compensación por encima del anterior límite objetivo. En definitiva, se trata de establecer el *“diferencial entre el patrimonio final y el patrimonio inicial, de manera que se debe incluir el valor de los bienes de cada consorte, aquellos de los cuales ha dispuesto a título gratuito y aquellos de los que ha dispuesto con la intención de perjudicar al otro cónyuge”* (STSJ Catalunya 57/2015, de 20 de julio de 2015).

Por el contrario, o juntamente a este derecho, encontramos la prestación compensatoria del artículo 233-14 CCCat, en virtud de la cual *“el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario”*. Igualmente, el artículo 233-15 CCCat prevé un listado de circunstancias a valorar a la hora de determinar la prestación compensatoria, listado del que la STSJ Catalunya 85/2015, de 17 de diciembre de 2015 deduce que *“la finalidad actual de la pretensión compensatoria es la readaptación del cónyuge acreedor a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a la pérdida de oportunidades experimentada precisamente por éste. No se concibe ya como una garantía de sostenimiento vital por parte del antiguo cónyuge ni como un derecho automático a una prestación económica permanente”*; posicionamiento que refuerza el carácter casuístico del reconocimiento de la mencionada pensión.

Si bien es cierto que la concepción original del derecho a la pensión compensatoria radica en un modelo de familia que podríamos denominar *tradicional* o *clásico* en el que uno de los cónyuges (mayoritariamente la mujer) sacrificaba sus perspectivas laborales en favor de la dedicación, muchas veces exclusiva y excluyente, a los quehaceres del hogar¹²; y que hoy en día esta situación ha mejorado por lo que, en consecuencia, debería realizarse una reinterpretación moderna del fundamento de este derecho¹³; no lo es menos que, si acudimos a los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) que publica el Instituto Nacional de Estadística¹⁴ y al documento “*España en cifras, 2017*”, publicado por la misma institución¹⁵, veremos que, hoy en día, aún existe un importante desequilibrio socioeconómico entre los cónyuges de matrimonios heterosexuales en cuanto a su aportación en trabajo al hogar y dedicación a éste¹⁶. Pese a este objetivo desequilibrio a nivel general, deberá estarse al estudio pormenorizado de las circunstancias concomitantes al caso concreto que nos ocupa para ver si realmente existe el mencionado desequilibrio económico en los términos que prevén y regulan los arts. 233-14 y ss. CCCat.

A los efectos del presente dictamen, deben tenerse en cuenta otros elementos definitorios de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria,

¹² Como indica RIBOT IGUALADA, J. en EGEEA I FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA, J. *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*. Barcelona: Atelier Libros SA, 2014, p. 229, “*La CDCC 1960 pressuposava que la dona no obtenia cap remuneració en el mercat de treball i també ignorava el valor del treball per a la casa. El marit havia de cobrir amb els seus recursos totes les despeses familiars i la dona només havia d’aplicar els fruits dels seus béns en cas d’insuficiència d’aquells (art. 50 CDCC)*”.

¹³ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Asesoramiento y praxis judicial en el divorcio contencioso*. Hospitalet de Llobregat: Wolters Kluwer, SA, 2014, p. 132 – 144.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadística (España). *Actividad, ocupación y paro* [en línea]. INEBase. Disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735976595>.

¹⁵ Instituto Nacional de Estadística (España). *España en cifras, 2017*. Madrid: Índice-Librería del INE, 2018. Disponible en <https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2017/files/assets/common/downloads/publication.pdf>

¹⁶ A modo de ejemplo, desde una perspectiva económica, a finales de 2015 el 43.1 % de las mujeres en edad de trabajar disponían de un empleo, frente al 54.6 % de los hombres; el 72.4 % de los contratos a tiempo parcial eran copados por mujeres, las cuáles ganan de media un 19 % menos que los varones y tienen una tasa de paro del 18.35 % frente al 14.97 % de aquéllos. Y desde la perspectiva de cuidados y tareas del hogar, en el año 2016 los hombres españoles dedicaron, de media, 23 h semanales al cuidado o atención de los hijos y 11 h semanales a cocinar o hacer labores domésticas, frente a las 38 h y 20 h semanales, respectivamente, de las mujeres.

como son la temporalidad de ésta (por todas, ATSJ Catalunya 57/2018, de 16 de abril de 2018); su diferenciación respecto al derecho de alimentos (por todas, STSJ Catalunya 3/2018, de 8 de enero de 2018); la forma de pago, bien en capital (dinero o adjudicación de bienes), bien en forma de pensión; así como las diferentes causas de extinción, con especial referencia a la mejora de la situación económica del acreedor y/o empeoramiento de la del deudor; todos ellos recogidos en los arts. 233-14, 233-17 y 233-19 CCCat.

De acuerdo con la información facilitada, ambos cónyuges disponen de ingresos derivados de su actividad laboral (D. Marc 2100 euros netos mensuales y D^a. Sonia 1300 euros al mes), aunque D. Marc dedica más horas a cuestiones laborales que su cónyuge; por lo que, a priori, nuestra clienta dispone de un 25% más de tiempo para dedicarlo a cuestiones familiares y de cuidado de los hijos comunes del matrimonio.

Si bien, como hemos expuesto, la mera diferencia cuantitativa de ingresos económicos no es *per se* definitiva para la determinación de estos derechos económicos, sí que es indiciaria en este primer estadio a favor de la reclamación de la misma ante la más que presumible precaria posición económica en la que se encuentra D^a. Sonia pues, recordemos, debe hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca de la vivienda familiar que, en términos relativos, supone un 58% de los gastos mensuales de los próximos, a priori, diecinueve años. Igualmente, debe tenerse en mente que se argumentará de contrario la eventual existencia de un nuevo e importante gasto ordinario por parte de D. Marc como es el pago de un alquiler, caso de estimarse las pretensiones de D^a. Sonia y ser aquél quien deba abandonar el domicilio conyugal.

Así pues, nuevamente, en aras a poder valorar la idoneidad de la reclamación de una pensión compensatoria, una compensación por razón del trabajo o ambas, será necesario preguntar a D^a. Sonia sobre los extremos apuntados en el presente análisis para poder acreditar en el momento procesal oportuno que 1) de los dos, fue el cónyuge que más tiempo dedicó a la realización de tareas familiares y, consecuencia de ello, se ha afectado su capacidad para obtener ingresos -piénsese, a modo de ejemplo, la solicitud de una reducción de jornada o la renuncia a un ascenso por incompatibilidad con

las tareas a las que se dedicó exclusivamente-; 2) que no existen expectativas reales de que su situación económica mejore o, de hacerlo, que no lo haga de forma significativa; 3) la superior posición económica de D. Marc; y 4) el mayor incremento del patrimonio de D. Marc respecto al de D^a. Sonia durante la duración de la relación matrimonial.

TERCERA. ¿Qué argumentos haría servir para reclamar al padre, en el caso concreto, ante un régimen de guarda exclusiva de la madre, el pago de la pensión de alimentos a favor de los hijos?

RESPUESTA: Como pone de relieve la doctrina, el *Codi Civil de Catalunya* configura la responsabilidad parental como un deber-función inexcusable en atención a la protección de los hijos menores no emancipados que se debe ejercer en su exclusivo interés¹⁷. En todo caso, de entre los deberes que conforman la responsabilidad parental se encuentra el deber de prestarles alimentos *lato sensu*, deber que, como vimos *ad supra*, no se ve afectado por el hecho de la ruptura matrimonial de los progenitores; hasta el punto de que dicho extremo constituye una de las principales medidas provisionales que pueden solicitar los cónyuges -tanto de forma previa como una vez admitida la demanda- y, de la misma forma, una de las medidas definitivas que debe recoger el plan de parentalidad o bien determinar la autoridad judicial en la resolución que pone fin al procedimiento en caso de no acuerdo o, habiéndolo, ser contrario al interés del menor (*arg ex arts.* 233-1.1d, 233-2.2b, 233-4, 233-8, 233-9, 233-10.3, 237-2 y 236-17.1 CCCat; 771.1, 773 y 774 LEC).

Además, debe ponerse de relieve que, por un lado -y como expresa la STSJ Catalunya 9/2010, de 3 de marzo de 2010- nos encontramos ante una materia de *ius cogens* en la que, nuevamente, debe prevalecer por encima de cualquier interés el del menor; y, por el otro, que el hipotético régimen de guarda compartida que pudiera determinarse no excluye que los progenitores, de acuerdo con sus posibilidades económicas, contribuyan en igual o diferente proporción a la prestación de los alimentos (*vid.* SSTSJ Catalunya 29/2015, de 4 de mayo de 2015 y 68/2013 de 28 de noviembre de 2013).

¹⁷ PADIAL ALBAS, A. *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p.104-107.

Esta obligación comprende, desde una perspectiva cualitativa, tanto la alimentación *stricto sensu* como la habitación, la vestimenta, la educación, la asistencia médica y, en definitiva, todo aquello que pueda resultar necesario para el correcto desarrollo de la personalidad del menor (*vid.* art. 237-1 CCCat); mientras que, desde una perspectiva cuantitativa, la contribución de los progenitores -ambos obligados *ex arts.* 237-2, 233-8 y 236-17 CCCat- dependerá tanto del caudal y de los medios de cada uno de ellos, como de las necesidades del alimentado (*ex art.* 237-9 CCCat), por lo que deberemos interrogar a nuestra clienta para hacernos una idea de cuáles son las partidas que pueden integrarse en dicho concepto y que tengan una traslación económica, así como cuál es el nivel económico de ambos progenitores, los correspondientes gastos de cada uno y las necesidades reales de los menores a las que debe darse cobertura.

A modo orientativo y no vinculante, el Consejo General del Poder Judicial, a propuesta del “*Grupo de trabajo de jueces de familia*”, ha venido trabajando en la creación y puesta a disposición de jueces, magistrados, abogados y ciudadanía en general las denominadas “Tablas Estadísticas de Pensiones Alimenticias”, y desarrollado una aplicación con las mismas para el cálculo aproximado del *quantum* de la pensión, en tanto que instrumento orientador adaptado a las experiencias en esta materia y elaborado conforme a bases científicas con el apoyo técnico del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹⁸. En nuestro caso particular, y tras utilizar los datos facilitados, la aplicación arroja una propuesta de pensión inicial de 540 €, cifra que está lejos de los 250 € reconocidos en los pronunciamientos del caso.

En definitiva, y como conclusión, la reclamación al padre del pago de la pensión de alimentos a favor de los hijos se fundamentaría en 1) la existencia de la obligación legal de alimentos para con su progenie y, por tanto, de contribuir a los mismos; 2) la mayor capacidad económica acreditada de éste, por lo que debe aportar proporcionalmente más al sufragio de los gastos alimentarios y no simplemente al 50%; 3) la menor capacidad económica de

¹⁸ Consejo del Poder Judicial (España). [Recurso en línea]: *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia*. Madrid: CGPJ, 2014, Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/>>.

nuestra clienta para hacer frente a los gastos de forma si quiera equitativa; y 4) la diferente naturaleza y compatibilidad de la obligación de alimentos del eventual reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de nuestra clienta.

2.2.2. Cuestiones procesales

CUARTA. ¿Cuál sería y por qué el órgano jurisdiccional competente para conocer de este caso de divorcio?

RESPUESTA: A la hora de determinar cuál será el órgano jurisdiccional que conozca del caso y que, por lo tanto, ejercerá la potestad jurisdiccional reconocida en el art. 117.3 CE, deberemos acudir a dos conceptos íntimamente ligados como son el de jurisdicción y competencia. A este respecto podemos apuntar que existen en nuestra legislación diferentes normas y criterios para poder definir cuándo corresponderá el conocimiento de un divorcio a los juzgados y tribunales españoles -jurisdicción- y, una vez determinada ésta, a qué tipo de órgano jurisdiccional concreto -conjugando los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial-.

Respecto de la primera cuestión, supone dilucidar si los tribunales españoles deben conocer del litigio en atención, bien a las circunstancias personales del supuesto, bien al objeto de la pretensión. Para ello deberemos partir de la remisión que realiza el artículo 36.1 LEC a la Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial¹⁹; concretamente a sus artículos 22 *bis* a 22 *quater*, que regulan tanto el sometimiento expreso como el tácito; así como, en caso de ausencia de ambos, una serie de foros alternativos²⁰ a favor del conocimiento del procedimiento por parte de la jurisdicción española²¹.

¹⁹ Ya que, no habiendo elementos de extranjería en el caso en cuestión, resulta innecesario acudir al artículo 3.1 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

²⁰ *“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 lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de*

Aplicando los anteriores criterios citados, no podemos sino llegar a la conclusión de que los tribunales españoles tienen jurisdicción exclusiva (y excluyente) para conocer del presente litigio, pues son los de la residencia habitual de ambos cónyuges a la hora de la interposición de la demanda.

Determinada la jurisdicción de los tribunales españoles, debemos identificar ahora a quién corresponde la competencia objetiva, funcional y territorial para conocer del caso concreto. La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé una norma específica en su artículo 769, en virtud del cual *“salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo [“De los procesos matrimoniales y de menores”] el Juzgado de Primera Instancia [competencia objetiva] del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado”*.

Debe llamarse la atención ahora sobre el inicio del artículo transcrito - *“salvo que expresamente se disponga otra cosa”*- ya que, como se acaba de exponer, si bien la norma general será que corresponda la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, debe puntualizarse que:

1) En aquellas localidades en las que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 98.1 LOPJ y 46 LEC existan Juzgados de Familia, serán estos los competentes para conocer de los mismos. No obstante, debe recordarse que estos juzgados no tienen carácter especial, sino que están especializados en la materia sobre la que ostentan competencia exclusiva²².

2) En el caso de que alguna de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género y se haya iniciado ante el Juzgado de Violencia

la demanda, o cuando el demandante sea español 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”.

²¹ Pese a que dice explícitamente *“serán competentes”*, dicha expresión debe entenderse en el sentido de *“tendrán jurisdicción”*.

²² Sobre las propuestas de creación de un orden jurisdiccional de familia o la creación de Juzgados de Familia dentro del orden civil *vid.* PÉREZ DAUDÍ, V. Los procesos matrimoniales. *En:* VILLAGRASA ALCAIDE, C (coord.). *Derecho de familia*. Barcelona: ed. Bosch, S.A. 2011. p. 294-299.

sobre la Mujer actuaciones penales por las mismas -y/o solicitado y adoptado la orden de protección del artículo 544 *ter* LECrim-; serán estos juzgados los competentes para conocer del procedimiento de divorcio, por efecto de la *vis atractiva* exclusiva y excluyente que, sobre estas materias, ejercen dada la redacción del apartado 3º del artículo 87 *ter* LOPJ; pues la finalidad que persigue dicha norma es que ambos procedimientos, con las mismas partes pero respecto de órdenes jurisdiccionales diferentes -penal y civil-, se tramiten conjuntamente ante el mismo órgano jurisdiccional para poder, así, otorgar una protección integral a la víctima de los actos que se enjuician²³.

Así pues, el conocimiento del procedimiento corresponderá al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Tarragona²⁴ pues es el del domicilio de la residencia de los cónyuges al momento de interposición de la demanda²⁵, momento en el que ambos aún residen en la capital tarraconense. E igualmente, será también el competente -competencia funcional- para conocer de la solicitud del procedimiento de modificación de medidas definitivas que quiere interponer D. Marc, dado el cambio de domicilio realizado por D^a. Sonia pues, como establece el artículo 775 LEC, “*el Ministerio Fiscal, habiendo hijo menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges*” podrán solicitar aquéllas ante el tribunal que las acordó” (*vid.* ATS de 12 de julio de 2017).

QUINTA. Si usted, como abogado, quisiera plantear una reconvencción en un procedimiento de divorcio, ¿cómo y cuándo podría hacerlo?

RESPUESTA: La reconvencción puede ser definida como aquel acto procesal en virtud del cual quien figura como demandado en un proceso interpone, a su vez, una nueva demanda contra el demandante original -y/o, en su caso, frente a terceros- aprovechando el proceso pendiente, de tal manera que la sentencia

²³ RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. *Procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Teoría y Práctica*. Lisboa: Editorial Juruá, 2014, pág. 64.

²⁴ España. Acuerdo de 19 de diciembre de 2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de atribuir en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Tarragona, el conocimiento de los asuntos propios de los Juzgados de Familia. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de diciembre de 2002, núm. 311, p. 45877.

²⁵ A este efecto, debe recordarse que tanto el artículo 70 CC como el artículo 231-3 CCCat establecen la libertad de pacto de los cónyuges para el establecimiento del domicilio conyugal.

que ponga fin al proceso iniciado por el ahora demandado reconvenicional contendrá, al menos, dos pronunciamientos, ya que deberá resolver tanto la pretensión del actor principal como la del actor reconvenicional ²⁶. Se trata, pues, de una auténtica demanda, interpuesta a continuación de la contestación a la demanda originaria, en virtud de la cual quien era demandado deviene demandante reconvenicional y viceversa ²⁷. Muestra de ello es que la misma deberá acomodarse a lo dispuesto en el artículo 399 LEC, como establece el apartado tercero del artículo 406 LEC; si bien, a diferencia de la demanda, el demandante original no podrá reconvenir en su contestación a la demanda reconvenicional (ex arts. 407.2 y 405 LEC).

Ahora bien, la posibilidad de reconvenir, circunstancia íntimamente ligada con la acumulación de acciones y el principio de economía procesal, no es omnímoda sino que, como indica el artículo 406 LEC, se encuentra limitada por elementos tanto materiales como procesales, a saber: 1) tan sólo podrán formularse pretensiones que presenten conexión con las que sean objeto de la demanda principal ²⁸; 2) que no se admitirá la misma cuando el juzgado en cuestión carezca de competencia objetiva por razón de la materia, de la cuantía y/o la pretensión deba ventilarse en un procedimiento diferente; 3) que la acción debe ventilarse a través del mismo procedimiento (como ocurre análogamente con el art. 73.1.2º LEC); y 4) la identidad subjetiva entre demandante y demandado, negándose la posibilidad de reconvenir frente a terceros²⁹.

Además, la reconvenición deberá ser, desde un punto de vista formal, expresa, no siendo ya admisible la denominada reconvenición “implícita”³⁰,

²⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, A. *La reconvenición en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2009, pág. 30.

²⁷ GIMENO SENDRA, V. *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volúmen II*. Pamplona: Aranzadi, 2018, pág. 137.

²⁸ Sobre la necesidad de existencia de conexión, entre otras, *vid* SAP Las Palmas 312/2017, de 28 de noviembre de 2017; SAP Cantabria 124/2018, de 14 de marzo de 2018; SAP Barcelona 204/2016, de 4 de mayo de 2016; SAP Lugo 347/2017, de 13 de noviembre de 2017.

²⁹ *vid.* SSTS 1183/2006, de 21 de noviembre de 2006; 1015/2006, de 13 de octubre de 2006 o 297/2000, de 24 de marzo de 2000.

³⁰ *vid.* SSTS 298/2013, de 10 de mayo de 2013 y 658/2012, de 14 de noviembre de 2012; SSAP Barcelona 527/2018, de 16 de julio de 2018 y 828/2018, de 24 de julio de 2018; SAP A Coruña 232/2018, de 10 de julio de 2018; SSAP Tarragona 270/2018, de 12 de junio de 2018, 139/2016, de 1 de abril de 2016, 335/2015, de 15 de septiembre de 2015.

aquella que se deducía de la contestación a la demanda cuando el demandado incluía en la misma cualquier pretensión que no se limitara a pedir, simplemente, la desestimación de la demanda; como refleja la redacción del actual apartado 3º del artículo 406 LEC. Así, su ubicación será a continuación del suplico de la contestación a la demanda, bien mediante otrosí, bien a través de un encabezado propio titulado “demanda reconvenzional” o “reconvencción”³¹.

Al igual que con la cuestión anterior relativa a la jurisdicción y competencia -y a diferencia de lo que ocurre con el resto de procesos especiales- la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé una norma específica respecto del instituto de la reconvencción para el caso de los procesos matrimoniales, que es lo que ahora nos ocupa aquí. Así, la regla segunda del artículo 770 LEC dispone que *“la reconversión (sic) se propondrá con la contestación a la demanda. (...) Sólo se admitirá la reconvencción: a) cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio; b) cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio; c) cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación; d) cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio”*.

Por lo tanto, sin entrar ahora en la cuestión del contenido concreto de la eventual reconvencción, desde el punto de vista de la forma y el momento procesal oportuno para proponerla, debemos concluir que la misma deberá ser expresa, incorporada en la propia contestación y en forma de demanda a continuación del suplico de aquélla. Lógicamente, por aplicación del principio de preclusión procesal contenido en el artículo 136 LEC, presentada la contestación a la demanda sin demanda reconvenzional, la parte demandada perderá la oportunidad procesal de ejercitar sus acciones.

³¹ *vid.* VALLESPÍN PÉREZ, D. *op. cit.*, p. 30; y PÉREZ DAUDÍ, D. *op. cit.*, p. 312-313.

SEXTA. Si algunas de las pruebas admitidas no pudieran practicarse dentro de la vista, ¿cuándo podrían ser objeto de práctica?

RESPUESTA: La denominación del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“*De los procesos especiales*”) responde al hecho de que los procesos regulados en el mencionado libro tienen, en palabras de la exposición de motivos de la misma Ley, “*inequívocas e indiscutibles particularidades*” entre las que se encuentra el hecho de no regir el principio dispositivo o, al menos, matizarse su influencia en atención al “*indiscutible interés público inherente al objeto procesal*”. Junto a la importante limitación del anterior principio en estos procesos, el interés público inherente presente en ellos ha determinado igualmente la derogación del principio de aportación de parte y su sustitución por el de investigación de oficio³².

Efectivamente, el artículo 752.1 LEC recoge dicha especialidad al prescribir que “*los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*”, pudiendo el tribunal “*decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinente*”. Nos encontramos, pues, ante una derogación del principio procesal clásico contenido en el brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*”³³.

En definitiva, ello se debe a que en estos procesos el objetivo último de la actividad probatoria consiste en tratar de alcanzar “*la verdad real frente a la formal, más propia de los procesos civiles regidos por un principio dispositivo puro*”, constituyendo doctrina consolidada³⁴ que “*el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia -como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC- en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto,*

³² CORDÓN MORENO, F. Comentario al Artículo 752 LEC. En: ARMENTA DEU, T *et al. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 843-845.

³³ cfr. PICÓ I JUNOY, J. *El juez y la prueba*. Barcelona: JM Bosch Editor, 2007, p. 161-163.

³⁴ Por todas, *vid.* SSTS 759/2011, de 2 noviembre de 2011; 660/2011, de 5 octubre de 2011; 397/2011, de 13 junio de 2011.

contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes”³⁵.

Por lo tanto, y en referencia a la primera consecuencia que extrae la citada sentencia, no existiría preclusión procesal alguna a la hora de introducir nuevo material probatorio, bien fuera a instancia de las partes, bien decretada de oficio por el órgano judicial. No obstante, debe entenderse que dicha posibilidad estaría limitada desde un punto de vista procesal y temporal por la prescripción del artículo 770.4ª LEC; en virtud del cual, habiendo finalizado la vista a la que hace referencia la regla 3ª del mismo artículo, las pruebas que no pudieran practicarse en la misma *“se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”*.

A este respecto debemos concluir que, si como indica el presente supuesto de hecho, las pruebas fueron admitidas y, por lo tanto, consideradas por el tribunal como pertinentes y útiles para determinar la verdad material del proceso (*vid.* arts. 283 y 752 LEC), nada impediría la práctica de las mismas dentro del plazo anteriormente señalado.

³⁵ *vid.* STS 409/2015, de 17 de julio de 2015.

SÉPTIMA. ¿Cuál sería la consecuencia derivada del incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador?

RESPUESTA: Como se ha antedicho -*vid. ad supra*, Cuestión PRIMERA-, es la autoridad judicial quien, en última instancia, aprueba el plan de parentalidad y/o determina la forma de ejercer la guarda de los menores, debiendo tener como guía a la hora de emitir su pronunciamiento el interés superior del artículo 2.1 LOPJM. Es por ello por lo que, lógicamente, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visita aprobado y/o establecido por la autoridad judicial suponen un caso de desobediencia de una resolución judicial, lo que puede acarrear consecuencias de naturaleza tanto civil como penal.

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

Efectivamente, previa a la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; los artículos 618.2 y 622 CP posibilitaban el tratamiento penal de los incumplimientos del régimen de visitas y custodia, aunque, pese a existir cierta controversia doctrinal, se pacificó la misma llegando al acuerdo de que el incumplimiento de un régimen de visitas fijado en resolución judicial era constitutivo de la falta recogida en el antiguo art. 618.2CP. Esta criminalización de conductas, que únicamente reflejaban la incapacidad de la expareja de establecer una dinámica relacional normal posterior a la separación y/o divorcio, era a todas luces insuficiente, ineficaz e incluso contraproducente, pues se provocaban comparecencias en sede policial para denunciar el mero retraso en la entrega o devolución de un menor, lo que podía suponer la apertura de un proceso penal que, más que solucionar la controversia, ahondaba en la mala relación entre los progenitores, afectando así a los menores.³⁶

³⁶ MAGRO SERVET, V. La despenalización del incumplimiento del régimen de visitas y sus consecuencias civiles. En: *Revista de Derecho de Familia* [online]. Madrid: Lefebvre-El

Es por ello por lo que debe celebrarse la despenalización de estas conductas por la mencionada LO 1/2015 y su reconducción al ámbito de la jurisdicción civil, quedando reservada la posibilidad de calificar la conducta del progenitor incumplidor como constitutiva de un delito de desobediencia del art. 556 CP únicamente cuando aquella sea de naturaleza “grave” (*vid.* STS 870/2015, de 19 de enero de 2016).

Como acabamos de exponer, y fuera del anterior supuesto, el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador -D. Marc-, tendrá una serie de consecuencias de naturaleza civil, tanto sustantivas como procesales.

En primer lugar, dicho incumplimiento podrá ser corregido por el tribunal que dictó la sentencia y estableció el régimen de guarda mediante multas coercitivas mensuales “*todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año*” (art. 706.2 LEC); plazo establecido en el artículo 709 LEC.

En segundo lugar, y para el caso de persistir el incumplimiento, siendo el mismo de naturaleza reiterativa, dispone el apartado tercero del artículo 706 LEC que “*el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas*”. A este respecto, debe considerarse este hecho -el incumplimiento reiterado- como un supuesto de variación sustancial de las circunstancias que permite al cónyuge interesar la modificación de esta medida conforme a lo previsto en el artículo 775 LEC³⁷. Por lo tanto, no opera aquí el principio de oficialidad, en el sentido de que sea el propio órgano jurisdiccional el que, ante el incumplimiento reiterado, modifique el régimen de visitas, sino que deberá ser la parte interesada o el Ministerio Fiscal quienes promuevan dicha modificación (ex art. 775.1 LEC).

Debe puntualizarse que el mencionado 776.3 LEC constituye “*un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos*”

Derecho, abril 2016. Número 40. pág.4-7 Disponible en <https://revistas.elderecho.com/revistas/derecho_de_familia/numero_40-_abril_2016/>.

³⁷ CORDÓN MORENO, F. *op. cit.* p. 913.

con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador. Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores” (vid. SSTS 346/2016, de 24 de mayo de 2016; 545/2016, de 16 de septiembre de 2016; y 823/2012, de 31 de enero de 2013). Es por todo ello, y teniendo siempre como guía primordial el interés superior del menor, que el régimen de visitas del progenitor incumplidor podría ser suspendido e incluso reducido (SAP Tarragona 62/2016, de 18 de febrero de 2016; SSAP Barcelona 58/2013, de 29 de enero de 2013; 301/2012, de 30 de noviembre de 2012; AAP La Rioja 34/2018, de 13 de marzo de 2018).

Finalmente, en caso de incumplimientos graves y reiterados, desde una perspectiva civil podría llegarse, incluso, a acordar la privación de la patria potestad (*vid.* arts. 236-6.1 CCCat y 170 CC), si bien debe darse la circunstancia de que esta máxima sanción sea, además, beneficiosa para el hijo (STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015). En todo caso, y circunscribiéndonos al supuesto presente, se hace difícil pensar en una situación como esta, salvo que nos encontráramos ante un delito de sustracción de menores (*vid.* arts. 225 *bis* y ss. CP).

OCTAVA. En un proceso de divorcio contencioso, ¿la conformidad de las partes sobre un hecho vincula al órgano jurisdiccional?

RESPUESTA: Dando aquí ahora por reproducido lo expuesto *ad supra* sobre la derogación -o matización- del principio dispositivo en los denominados procesos especiales por efecto del interés público inherente al objeto de los mismos -*vid.* cuestión SEXTA-, conviene ahora dilucidar cuál es el papel que juega la conformidad de las partes sobre un hecho concreto; es decir, si la mera conformidad impide al tribunal entrar a conocer sobre la verdad material de lo acaecido.

La respuesta a dicha pregunta debe ser, a priori, la de negar cualquier efecto impeditivo, desde la perspectiva del órgano enjuiciador, a la hora de indagar sobre el hecho en cuestión ya que, como prescribe el apartado segundo del artículo 752 LEC *“la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuesta evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria”*. Por lo tanto, como puede deducirse del tenor literal del precepto transcrito, no sólo el tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes, sino que la Ley Rituaria impone al órgano judicial la obligación *–“ni podrá decidir la cuestión litigiosa”-* de trascender a aquélla y buscar por todos los medios a su alcance la verdad material (*vid.* arts. 281.3, 752.1 y 770.4º.II LEC).

Ahora bien, no es menos cierto que, como indica el apartado cuarto del artículo 752 LEC, estas reglas no serán aplicables a aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer libremente. Así pues, a modo de ejemplo, sí que vinculará la conformidad de las partes respecto de los pactos relativos a la pensión compensatoria y/o a la compensación económica por razón del trabajo (*vid.* STSJ Cataluña 43/2011, de 6 de octubre de 2011; SAP Barcelona 437/2016, de 7 de junio de 2016); pero no respecto a qué debe considerarse gasto ordinario o extraordinario en relación al derecho de alimentos (SAP Barcelona 488/2016, de 27 de junio de 2016); la cuantía que deben percibirse en dicho concepto (SAP Tarragona 156/2012, de 24 de abril de 2012; SAP Barcelona 314/2018, de 8 de marzo de 2018); la ampliación del tiempo de estancia del hijo común con el padre pese haberse pactado un periodo inferior (SAP Barcelona 563/2012, de 20 de septiembre de 2012); o el eventual acuerdo entre los cónyuges sobre quién debe ejercer la guarda y custodia (SAP Tarragona 388/2011, de 4 de noviembre de 2011).

3. CONCLUSIONES

I. Pese a la existencia de una preferencia legal del *Codi Civil de Catalunya* por el régimen de custodia compartida, el concreto sistema de guarda que deba establecerse será aquél que se adecue mejor al interés superior del menor. Será el tribunal competente el que apruebe el régimen pactado entre los cónyuges o, en caso de no haber acuerdo entre las partes o ser este contrario al interés del menor, establezca el que crea más conveniente, teniendo como guía el interés superior del menor y los criterios legales contenidos en el artículo 233-11 CCCat.

II. Es posible solicitar tanto una compensación económica por razón del trabajo (art. 232-5 CCCat) como una prestación compensatoria (art. 233-14 CCCat) en la medida en que se pueda acreditar, respectivamente, el desequilibrio patrimonial producido durante la duración del matrimonio y la pérdida de calidad de vida consecuencia de la ruptura del matrimonio; siendo ambas prestaciones perfectamente compatibles y, a la vez, independientes respecto de la obligación de alimentos para con los hijos.

III. El derecho de alimentos de los hijos es una obligación legal inexcusable con independencia de la existencia o no del vínculo matrimonial, del régimen de guarda y custodia y del reconocimiento de cualquier prestación compensatoria, abarcando todas aquellas cuestiones básicas necesarias para el correcto desarrollo de la personalidad del menor, y dependiendo su concreción cuantitativa tanto de las necesidades de los menores como del caudal y de los medios de cada uno de los progenitores, motivo por el cuál puede ir variando con el transcurso del tiempo.

IV. Respecto a la competencia judicial para conocer del caso, la misma corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona, único juzgado de la capital tarraconense especializado en la materia de familia y que se

corresponde con ser el del domicilio de la residencia de los cónyuges al momento de interposición de la demanda.

V. En el eventual caso de interposición de reconvencción, la misma deberá realizarse en el escrito de contestación a la demanda de divorcio contencioso, de forma expresa, clara e inequívoca a continuación de la misma, mediante otrosí. En todo caso, es necesario que el objeto de la misma guarde conexión con el de la demanda principal; que no afecte a la competencia del juzgado que conoce del proceso por razón de la materia ni suponga un cambio de procedimiento; y que mantenga la identidad subjetiva entre demandante y demandado.

VI. En el caso de que alguna prueba admitida por el órgano jurisdiccional no pudiera practicarse en el acto de la vista, aquélla podrá practicarse dentro del plazo que el Tribunal señale; el cuál no podrá exceder de treinta días.

VII. Ante el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visita, existen diversas alternativas para obligar al cumplimiento de las mismas, a saber, instar la corrección judicial mediante multas coercitivas mensuales, así como iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas. Tan sólo en caso de incumplimientos graves y reiterados podría acudir a la vía penal por la presunta comisión de un delito de desobediencia grave y/o solicitar la suspensión o la privación de la patria potestad.

VIII. Salvo que se trate de cuestiones de libre disposición para las partes, la conformidad de éstas no vincula al órgano jurisdiccional, quien puede acordar de oficio aquellas pruebas que considere útiles y pertinentes para el conocimiento material de los hechos, dado el interés público en juego en estos procesos.

DICTAMEN

D. Miguel Monaj Muñoz, letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, con número de colegiado 38.578, emite el siguiente DICTAMEN sobre las diferentes cuestiones planteadas por D^a. Sonia Ferrer Martínez en atención a los antecedentes, la normativa aplicable ponderada y la jurisprudencia referida:

- **Aportar** a este despacho, en la mayor brevedad de tiempo posible, **toda la documentación personal citada** en el presente dictamen y acordar una entrevista personal para la mejor preparación del caso.

- **Recolectar todos los documentos** que permitan acreditar la situación económica de los cónyuges antes y durante el matrimonio, así como el patrimonio de cada uno de ellos al momento de la interposición de la demanda de divorcio.

- **Solicitar judicialmente la guarda exclusiva de Arnau y Nuria y el uso de la vivienda conyugal**, dada la mayor idoneidad de dicho régimen respecto del interés superior de los menores en base a su edad, el mayor vínculo afectivo con D^a. Sonia, la mejor disponibilidad horaria de ésta para atender sus necesidades tanto afectivas como educativas y sanitarias, la existencia de una sólida red familiar de apoyo, y la mayor aptitud para garantizar el bienestar físico-psíquico de los menores y su correcto desarrollo emocional.

- **Solicitar judicialmente el reconocimiento del derecho a una pensión de alimentos de 300 € a favor de los hijos comunes**, en base a los criterios orientadores del CGPJ, por ser una obligación legal inexcusable e independiente a cualquier otra reclamación de carácter económico que pueda realizarse.

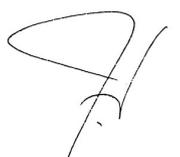
- **Solicitar mediante demanda reconvenional el reconocimiento de una pensión económica por razón del trabajo y/o de una pensión compensatoria**, siempre y cuando pueda acreditarse el desequilibrio patrimonial producido durante la duración del matrimonio y la pérdida de calidad de vida consecuencia de la ruptura de aquél; hecho que queda supeditado a la documentación que pueda aportar.

- **No cambiar su domicilio ni el de los menores de la ciudad de Tarragona**, por ser ésta la ciudad en la que se encuentra el tribunal competente para el conocimiento del caso y la vivienda conyugal de la que se reclama el uso. No obstante, podría modificarse el domicilio siempre y cuando hubieran fundadas razones en beneficio del interés superior de los menores.

- **Solicitar la corrección judicial mediante multas coercitivas mensuales y/o la modificación de medidas definitivas** en el caso de que, llegado el momento, D. Marc incumpliera de forma reiterada las obligaciones derivadas del régimen de visitas.

- Desde este momento, **dejar que sean los abogados de las partes los que canalicen las respectivas pretensiones** sobre los efectos personales y económicos derivados del proceso de divorcio y, en consecuencia, **no llegar a ningún acuerdo extrajudicial** sobre la pensión económica por razón del trabajo y/o de una pensión compensatoria **sin consultarlo primero con su abogado**.

En Barcelona, a tres de diciembre de dos mil dieciocho.



D. Miguel Monaj Muñoz
col. 38.578 ICAB

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. 16ª ed. Madrid: Edisofer SL, 2004. ISBN 84-89493-90-1.

Consejo del Poder Judicial (España). [Recurso en línea]: *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia*. Madrid: CGPJ, 2014, [consulta: 17 de octubre de 2018]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/>>.

CORDÓN MORENO. F. Comentario al Artículo 752 LEC. *En: ARMENTA DEU, T et al. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011. ISBN 978-84-9903-806-3.

CORDÓN MORENO. F. Comentario al Artículo 776 LEC. *En: ARMENTA DEU, T et al. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011. ISBN 978-84-9903-806-3.

CORTADA CORTIJO, N. La preferencia de la guarda compartida en el derecho civil de Cataluña a la luz del interés del menor. *En: FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MORELL, JM (Coords.). La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-908-3.

EGEA I FERNÁNDEZ, J *et al. Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*. 1ª ed. Barcelona: Atelier Libros SA, 2014. ISBN 9788415690474.

GONZÁLEZ NAVARRO, A. *La reconversión en el proceso civil*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009. ISBN 978-84-9790-467-4.

GIMENO SENDRA, V. *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volúmen II*. 1ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2018. ISBN 978-84-9099-166-4.

Instituto Nacional de Estadística (España). *Actividad, ocupación y paro* [en línea]. INEBase, [consulta: 15 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735976595>.

Instituto Nacional de Estadística (España). *España en cifras, 2017* [en línea]. Madrid: Índice-Librería del INE, 2018, [consulta: 15 de octubre de 2018]. Disponible en <https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2017/files/assets/common/downloads/publication.pdf>.

JUAN SÁNCHEZ, R. *Legislación Procesal y Comunidades Autónomas*. Pamplona: Aranzadi, SA, 2014. ISBN 978-84-9014-937-9.

MAGRO SERVET, V. La despenalización del incumplimiento del régimen de visitas y sus consecuencias civiles. En: *Revista de Derecho de Familia* [online]. Madrid: Lefebvre - El Derecho, abril 2016. Número 40. p.4. [consulta: 02/11/2018]. Disponible en <https://revistas.elderecho.com/revistas/derecho_de_familia/numero_40-_abril_2016/>.

PADIAL ALBAS, A. *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*. 1ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. ISBN 978-84-9177-834-9.

PÉREZ DAUDÍ, V. Los procesos matrimoniales. En: VILLAGRASA ALCAIDE, C (coord.). *Derecho de familia*. 1ª ed. Barcelona: ed. Bosch, S.A. 2011. ISBN 978-84-9790-840-5.

PICÓ I JUNOY, J. *El juez y la prueba*. 1ª ed. Barcelona: JM Bosch Editor, 2007. ISBN 9788476987988.

ROCA TRÍAS, E. Els canvis en el règim de béns: de la separació a la comunitat diferida. *En: FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MORELL, JM (Coords.). La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación.* 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-908-3.

RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. *Procesos espaciales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Teoría y Práctica.* 1ª ed. Lisboa: Editorial Juruá, 2014. ISBN 978-989-712-238-5.

SOLÉ RESINA, J. La compensación económica por razón de trabajo en el Libro II del Codi Civil de Catalunya: ¿corrección del desequilibrio patrimonial o del enriquecimiento injusto? *En: FLORENSA I TOMÀS, C. FONTANELLAS I MORELL, JM (Coords.). La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación.* 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-908-3.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Asesoramiento y praxis judicial en el divorcio contencioso.* 1ª ed. Hospitalet de Llobregat: Wolters Kluwer, SA, 2014. ISBN 978-84-9790-969-3.

