



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

**DICTAMEN Nº 1.A.**  
**DERECHO DE FAMILIA**

**TRABAJO FINAL DE MÁSTER**  
**Curso 2018-2019**

Nombre: Adrià Far Serrano

NIUB: 16296070

Asignatura: Trabajo Final de  
Máster

Área: Derecho Civil

Tutor del trabajo: Dr. Carlos  
Villagrasa Alcaide

Fecha: Noviembre 2018-11-18



# SUMARIO

<b>1. ANTECEDENTES</b> .....	1
<b>1.1 Hechos</b> .....	1
1.1.1 Supuesto de hecho.....	1
1.1.2 Postura procesal según los intereses del cliente .....	1
<b>1.2. Documentación</b> .....	2
1.2.1. Documentación de la que disponemos.....	2
1.2.1 Documentación de interés.....	2
<b>1.3 Cuestiones que se nos plantea</b> .....	3
1.3.1 Cuestiones sustantivas .....	3
1.3.2 Cuestiones procesales .....	4
<b>2. ANÁLISIS JURÍDICO</b> .....	6
<b>2.1. Fuentes aplicables al caso</b> .....	6
2.1.1. Normativa aplicable.....	6
2.1.2. Jurisprudencia aplicable .....	7
<b>2.2. Cuestiones sustantivas</b> .....	9
2.2.1 Viabilidad de la emancipación de la adolescente. ....	9
2.2.2 Cambio en el régimen de guarda establecido.....	10
2.2.3 Eficacia de la opinión de la persona menor de edad .....	12
2.2.4 Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo .....	16
2.2.5 La posible intervención de la administración pública .....	17
2.2.6 La posibilidad de reducir la pensión alimenticia. ....	17
<b>2.3 Cuestiones procesales</b> .....	19
2.3.1 Competencia judicial y administrativa: alternativas de solución.....	19
2.3.2 Legitimación activa y pasiva .....	23
2.3.3 Procedimiento/s .....	25
2.3.4 Plazo/s .....	29
2.3.5 Papel del ministerio fiscal.....	32
<b>3. CONCLUSIONES</b> .....	34
<b>EMISIÓN DEL DICTAMEN</b> .....	36
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	38

# **1. ANTECEDENTES**

## **1.1 Hechos**

### **1.1.1 Supuesto de hecho**

Inmaculada, nacida en el año 2002, fruto del matrimonio celebrado el año 1992 en Toledo entre Manuel y Emilia, vive actualmente en Vilanova i la Geltrú con su madre, que es quien ostenta actualmente la guarda exclusiva, tal y cómo se fijó en el convenio regulador de mutuo acuerdo firmado por los progenitores.

Su progenitor, Manuel mantiene su residencia en Toledo, dónde tiene otra hija fruto de su relación con Yolanda. Como consecuencia, su relación con su padre y su hermana es residual, viéndose pocas veces al año.

Actualmente, la relación de Inmaculada con su Emilia se ha deteriorado hasta tal punto que la convivencia es insostenible. El hecho que haya dejado de estudiar, no ha hecho más que empeorar la situación entre ambas, pues Emilia cree que no es lo mejor para ella. Asimismo, la progenitora sospecha que Inmaculada consume estupefacientes. Por su parte, Inmaculada ha iniciado una relación sentimental con Gloria, quien, además ha hecho que cambie su dieta y ahora sigue una dieta vegana. En relación, además ha estado buscando trabajo con protectoras de animales, pues es su verdadera vocación, en contra de lo que pretende Emilia, que es forzarla a seguir con sus estudios.

Ante la mala relación y las discusiones frecuentes con su madre, Inmaculada se plantea independizarse con Gloria, o bien irse con su padre a Toledo, aunque éste no parece dispuesto a que se dé tal situación.

### **1.1.2. Postura procesal según los intereses del cliente**

En este dictamen, se adopta la defensa de los intereses de Inmaculada, la hija menor de edad nacida fruto del matrimonio celebrado por Manuel y Emilia en 1992.

Debido a la insostenibilidad de seguir viviendo junto a su madre en Vilanova i la Geltrú, se estudiará la posibilidad de la viabilidad de la concesión de la emancipación de Inmaculada, así como un eventual cambio en la guarda y la pensión alimenticia de la menor, siempre teniendo en cuenta lo dispuesto en el convenio regulador firmado por sus progenitores.

En tal sentido y en defensa de las pretensiones de Inmaculada, se analizará la viabilidad de modificar el convenio regulador para que sea Manuel quien se haga cargo de su hija, cómo venía realizando Emilia.

Así pues, en el presente caso, se analizarán las distintas vías en las que la interesada puede proteger sus intereses, aun siendo menor de edad, por delante de los de sus padres, evitando en todo caso una eventual situación de desamparo por parte de la menor, y tratando de evitar la intervención de la administración pública.

## **1.2. Documentación**

### **1.2.1. Documentación de la que disponemos**

- Libro de familia
- Historial de tratamiento psicológico
- Sentencia de divorcio
- Expediente escolar

### **1.2.1 Documentación de interés**

-Convenio Regulador. Sería interesante poder comprobar lo establecido en el plan de parentalidad y constatar cual es el régimen de visitas, si hay algún contenido mínimo al respecto.

-Certificado SEPE. Para poder acreditar la insuficiencia de recursos podríamos solicitar a la clienta, que ya se encuentra en edad de trabajar, que nos aporte el certificado del Servicio de Empleo Público, para constatar que no trabaja.

-Certificados Bancarios. En caso de que la clienta tuviese alguna cuenta corriente o depósito, sería conveniente obtener los certificados de dichas cuentas para valorar su capacidad económica.

-Informe Toxicológico. Para demostrar que nuestra clienta no toma sustancias estupefacientes podemos aportar tal informe. Nos serviría para desvirtuar la pretensión de la madre que, pretende que sea la administración quien se haga cargo de la menor

alegando que el consumo de dichas sustancias ha provocado la mala relación entre ellas.

- Declaraciones del impuesto de la renta de las personas físicas así como el impuesto del patrimonio. En caso que se tratasen cuestiones de índole patrimonial, sería conveniente que, de esta parte, se pudiese acreditar la insuficiencia de recursos económicos, a través de la renta obtenida durante los años anteriores. Cómo es poco probable que Inmaculada haya sido obligada a tributar, solicitaremos los impuestos a los progenitores para acreditar su capacidad económica.

### **1.3 Cuestiones que se nos plantean**

#### **1.3.1 Cuestiones sustantivas**

1. Emancipación de la adolescente. Cómo se ha introducido, nuestra clienta no mantiene una buena relación con su madre, que ostenta su guarda, y casi no mantiene contacto con su padre, que reside en Toledo. Si bien es cierto que Inmaculada es menor de edad, hemos de tener en cuenta que se encuentra en situación de solicitar una eventual emancipación para poder vivir sola ya que tiene dieciséis años.

2. Cambio en el régimen de guarda establecido. En este caso debemos plantearnos que viabilidad tendría que se produjera una variación del régimen de la guarda, en exclusiva hasta ahora de la madre, en favor del padre. Debido a la distancia entre las ciudades, no parece aconsejable estudiar la viabilidad de una custodia compartida.

3. Eficacia de la opinión de la persona menor de edad. Debemos tener en cuenta que la menor tiene actualmente dieciséis años, por lo tanto, tendremos que valorar la eficacia de su opinión, y cuando esta deberá ser tenida en cuenta, así como las consecuencias de no escuchar a Inmaculada.

4. Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo. Se debe valorar si, en el presente caso, cabría la posibilidad de encajar la situación de la menor en un estado de riesgo, o si se encuentra en situación de desamparo.

5. La posible intervención de la administración pública. En qué aspectos podría hacerse cargo la administración de la menor, dada su situación familiar y su edad, ya

que sigue siendo menor a pesar de tener dieciséis años y la voluntad de emanciparse y cómo procedería tal intervención.

6. La posibilidad de reducir la pensión alimenticia. Habría que estudiar si, en favor del padre, un eventual cambio de la guarda de la menor puede aparejar una reducción de la pensión en concepto de alimentos. Si la menor se fuera a vivir con su padre, con la guarda exclusiva a favor de éste, cabría volver a plantear una modificación de la pensión.

### **1.3.2 Cuestiones procesales**

A) Competencia judicial y administrativa: alternativas de solución. En primer momento, debemos plantearnos ante que órgano judicial se presentarán las eventuales demandas o los expedientes correspondientes. Así pues, previamente, será necesario saber ante qué partido judicial se presentará, teniendo en cuenta que en este caso se analizará en primer lugar la vecindad civil de las partes para poder proceder a la interposición de las respectivas demandas ante los órganos competentes.

B) Legitimación activa y pasiva. Tenemos que comprobar si la parte a la que vamos a representar tiene la capacidad legal suficiente. Será de especial relevancia este aspecto pues nuestra representada será menor de edad durante el procedimiento de la solicitud de emancipación, o de los respectivos cambios que sobre su guarda recaigan.

C) Procedimiento/s. Cómo hemos avanzado, en el presente caso se nos plantea la posibilidad de iniciar varios procedimientos, como son el procedimiento de emancipación, el cambio de guarda, o la modificación de la pensión de alimentos. Debemos tener en cuenta, que procedimientos pueden tramitarse conjuntamente y cuáles deberán realizarse individualmente.

D) Plazo/s. Debemos tener en cuenta, toda vez que avisamos al cliente, los plazos procesales que se derivan de los distintos procedimientos que se incoen. En

función de los plazos de cada proceso, valoraremos cual es la estrategia procesal más interesante para nuestra clienta.

- E) Papel del ministerio fiscal. Cómo el eje del caso gira en torno a un menor de edad, se tendrá que analizar cuál será el papel del ministerio fiscal, que deberá comparecer durante los procedimientos dónde el interés del menor se vea afectado.

## **2. ANÁLISIS JURÍDICO**

### **2.1. Fuentes aplicables al caso**

#### **2.1.1. Normativa aplicable**

##### *Normativa nacional*

- España. Cortes Generales. Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- España. Código Civil Español. «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- 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. «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08 de Enero del 2000.
- España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012.
- España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. «BOE» núm. 158, de 03 de julio de 2015.
- España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236, de 02 de octubre 2015.

##### *Normativa autonómica*

- Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 2006.
- Cataluña. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. «DOGC» núm. 5432, de 30 de julio de 2009 «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009.
- Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. «DOGC» núm. 5641, de 2 de junio 2010. «BOE» núm. 156, de 28 de junio 2010. (LDOIA)

- Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. «DOGC» núm. 5686, de 5 de agosto de 2010 «BOE» núm. 203, de 21 de agosto de 2010. (C.C.Cat)

### **2.1.2. Jurisprudencia aplicable**

#### ***Tribunal constitucional***

- Sala Primera. Sentencia 152/2005, de 6 de junio de 2005. Recurso de amparo 1966-2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

#### ***Tribunal Supremo***

- España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia nº 3479/2018, de 10 de octubre de 2018. Ponente : Jose Antonio Seijas Quintana
- España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Auto nº: 9019/2018, de 11 de setiembre de 2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz
- España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia nº 964/2018, de 22 de marzo de 2018 Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana,
- España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia 4233/2014 de 20 de octubre de 2014 Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana
- España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia nº 6808/2012, de 25 de octubre de 2012. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana

#### ***Audiencia Provincial***

- Logroño. Audiencia Provincial. Sentencia Civil Nº 287/2018, Audiencia Provincial de Logroño Sección 1, de 7 de mayo de 2018. Ponente : RICARDO MORENO GARCIA
- 
- Palencia. Audiencia Provincial Sentencia Civil Nº 26/2017, de 3 de febrero de 2017. Ponente: CARLOS MIGUELEZ DEL RIO
- Madrid. Audiencia Provincial Sentencia Civil Nº 734/2015, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 20 de Julio de 2015. : Neira Vazquez, Carmen
- ***Fiscalía general del estado***

- España. Fiscalía General del Estado. Circular 09/2015 sobre *La intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*.
- España. Fiscalía General del Estado .Memoria elevada al gobierno de s. M. Presentada al inicio del año judicial por la fiscal general del estado Excma. Sra. Doña maría José Segarra Crespo volumen I.
- España. Fiscalía General del Estado Circular 3/1986, de 15 de diciembre, intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio.

***Resoluciones administrativas.***

- Resolución de 14 de mayo de 1984. RDGTB DE 14 DE MAYO DE 1984. Emitida por el Registro de la Propiedad

**Defensor del pueblo**

- Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia Madrid, mayo 2014. Defensor del Pueblo.

## **2.2. Cuestiones sustantivas**

### **2.2.1 Viabilidad de la emancipación de la adolescente.**

Actualmente, tal y como se ha expuesto, la guarda de Inmaculada la ostenta en exclusiva Emilia, su madre, puesto que así se dispuso en convenio judicial.

En el presente caso, dada la insostenible relación familiar que mantienen entre ellas, Inmaculada, que sigue siendo menor de edad, y por lo tanto bajo la guarda y custodia de su madre, pretende iniciar una vida distanciada de la guarda de su progenitora bien, mudándose con su padre a Toledo, bien a través de la emancipación.

En caso de pretender la emancipación, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 211-8 1.apartado b) del código civil catalán, podría solicitar el consentimiento de sus padres para obtener tal condición.

Asimismo, la legislación catalana requiere, en ese caso, que el menor tenga a los menos dieciséis años y se dispense una autorización judicial con un informe del ministerio fiscal. Por otro lado, no hay que olvidar que también se precisaría el consentimiento de su padre, pues la patria potestad es compartida. A la vista de los antecedentes, no parece controvertido que Manuel pueda llegar a consentir tal emancipación, pues, aparentemente, no tiene ningún interés en mantener bajo su guarda a Inmaculada.

Si bien podría obtener el consentimiento de su padre, debido a la mala relación con Emilia sería poco probable que esta vía diese resultado pues la situación que Emilia pretende provocar es la intervención de la administración pública para que se haga cargo de Inmaculada y esta, en contra de su voluntad, retome sus estudios.

Otra vía más probable para obtener la emancipación sería mediante decisión judicial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 211-10 del código civil catalán. En este caso, vista la insostenibilidad de la relación con su madre, el tribunal podría conceder la emancipación a Inmaculada sin necesitar el consentimiento de los progenitores.

En tal caso, se deberá celebrar una audiencia previa con los progenitores y se deberá obtener un informe del ministerio fiscal que avale la viabilidad de la emancipación. No

obstante, el juez valorará el hecho de que los padres se encuentren separados para resolver, requisito que viene siendo indispensable para este tipo de emancipación. Asimismo, el hecho de que Manuel haya iniciado una vida en común con Yolanda, debe facilitar la decisión judicial en favor de Inmaculada.

En caso de que el Juez decida otorgar la emancipación a Inmaculada, se deberá inscribir la nueva situación de nuestra clienta en el registro civil, ya que de no hacerlo, su actual situación jurídica no produciría efectos frente a terceros, es decir, podría celebrar contratos que no exijan un complemento de capacidad, pero ante terceros no serán oponibles ciertos actos.

Así pues, Inmaculada quedará habilitada para actuar jurídicamente, para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad. No obstante, hay determinados actos jurídicos que solo tendrán validez si se obtiene un complemento de la capacidad. Esos actos celebrados sin ese complemento serán anulables en el plazo de cuatro años<sup>1</sup>.

### **2.2.2 Cambio en el régimen de guarda establecido**

Nuestra clienta, Inmaculada, nos plantea la opción de irse a vivir con su padre en Toledo, pues cómo se ha comentado, la situación en la que convive con su progenitora es insostenible y le está causando graves trastornos. No obstante, actualmente Emilia es quien ostenta la guarda, en exclusiva, de la menor, tal y cómo se fijó en el convenio regulador.

Por su parte, Manuel, debido a la influencia que ejerce sobre él Yolanda, alega que no le interesa ningún tipo de modificación de medidas pues está estableciendo una nueva vida en común con su nueva pareja, con quien ha tenido otro hijo.

En caso de pretender la modificación de medidas, el artículo 775 de la ley de enjuiciamiento civil establece que están legitimados, en primer lugar, los progenitores para instar tal procedimiento. El precepto destaca que, cuando haya hijos menores de edad, podrá también el ministerio fiscal ser el encargado de iniciar el procedimiento de modificación de medidas definitivas.

---

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de derecho civil. Tomo IV. Familia. Pág. 138. Ed. Dykinson. Madrid.

Asimismo, conviene destacar que en los supuestos en que este en discusión la situación en la que va a quedar un menor de edad, hay que valorar el interés primordial del menor, que es el eje sobre el cual ha de girar el procedimiento<sup>2</sup>.

Inmaculada, en primer momento no podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas, pues el artículo 775 de la ley de enjuiciamiento civil, no habilita a los hijos a hacerlo. No obstante, debido la especial situación en que se encuentra, el ministerio fiscal será el encargado de instar el procedimiento en el cual deberá velar por sus intereses.

Se deberá acreditar que el cambio de la guarda, en favor de su padre, constituye la mejor opción para ella, pues no puede mantenerse autónomamente, asimismo le favorecería estar cerca de su hermana, pues debido la distancia existente con el lugar en que reside su hermana recién nacida podría propiciar que no se crease ningún vínculo afectivo entre ellas. Tal situación, debe ser remediada por la autoridad judicial, atendiendo que incluso la recién nacida se favorecería de estar junto a su hermana mayor<sup>3</sup>, debiendo tener el juez especial consideración en este aspecto, pues el interés primordial de los menores es el eje sobre el cual gira el procedimiento familiar.

Por otro lado, se dan las circunstancias requeridas por la jurisprudencia para proceder a la modificación de las medidas.

En primer lugar, se ha de considerar que se ha generado una alteración sustancial de las circunstancias en las que se fijó el convenio, pues la relación de Inmaculada con su madre genera la necesidad de instar tal cambio. En este sentido, el pleno desarrollo de la personalidad de Inmaculada no es viable con el tipo de guarda que se realiza, siendo necesario para la menor un cambio de tal índole.

En segundo lugar, dicho cambio es sustancial, pues cómo comentamos, la situación personal de ambas, es de tal entidad, que la única solución es la de instar un procedimiento de modificación de medidas o bien, la solicitud de la emancipación. Es

---

<sup>2</sup> Sentencia Civil Nº 242/2016, TS, Sala de lo Civil, Sec. 1, Rec 1225/2015, 12-04-2016

<sup>3</sup> Palencia. Audiencia Provincial Sentencia Civil Nº 26/2017. Si bien la jurisprudencia tiende a juntar hermanos que han sido separados, se podría plantear la unión de hermanos que no han sido separados.

decir, el cambio en la relación personal entre madre e hija es la circunstancia que genera la necesidad de instar un cambio en el régimen de la guarda.

En último lugar, la necesidad de pretender la modificación de medidas no puede imputarse a la mala fe de Inmaculada, pues es el choque de las personalidades y la imposibilidad de llegar a puntos de entendimiento, lo que provoca la necesidad de variar el régimen establecido.

Destacar en este sentido, que la petición de la modificación es la situación más beneficiosa<sup>4</sup> para Inmaculada, independientemente del deseo de su padre de no tenerla con ella, pues permitiría que se desarrollase en otro ambiente distinto al actual. Asimismo, la jurisprudencia reciente considera que no se ha de valorar el cambio de guarda como un castigo o un premio, pues es el interés del menor el que ha de valer en todo caso<sup>5</sup>. En este caso, el cambio de guarda sería la situación más beneficiosa para la menor.

### **2.2.3 Eficacia de la opinión de la persona menor de edad**

Es conveniente destacar que Inmaculada es menor de edad, pero se encuentra en una edad muy próxima a la mayoría de edad, pues actualmente tiene dieciséis años. Así pues, conviene señalar que tanto su edad como su madurez psíquica se tendrán en cuenta para valor su opinión durante el procedimiento que se dispute<sup>6</sup>. Tanto la regulación internacional como la estatal e incluso la autonómica vienen teniendo en cuenta estos factores para la decisión final del juez<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentencia de la audiencia provincial de Madrid de 3 de diciembre de 1992; La sentencia concluye que “el criterio del beneficio del menor debe prevalecer por encima de cualquier otra directriz, accediendo a un cambio de custodia pese a no estar debidamente acreditada una alteración de circunstancias”.

<sup>5</sup> España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia nº 3479/2018, de 10 de octubre de 2018

<sup>6</sup> El artículo 12 es una de las aportaciones más relevantes de la Convención al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción del niño como sujeto de derechos. Supone una transformación del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos.

<sup>7</sup> Así pues, se ha de destacar que la aplicación automática de criterios de edad para inhibir el acto de escucha resulta improcedente.

Así pues, la Convención de los Derechos del Niño, aplicable en España desde 1990, establece en su articulado que los estados garantizaran al niño su derecho a expresarse libremente en cuanto la resolución final lo afecte, teniendo siempre en cuenta su edad o madurez<sup>8</sup>.

En España, el código civil establece que la autoridad judicial ha de velar por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído, cuando hayan de ser adoptadas medidas que afecten a la custodia, cuidado, e incluso la educación de los hijos menores. Yzquierdo Toslada considera que este deber ha de considerarse “como una manifestación específica del derecho de audiencia del menor”<sup>9</sup>. Así pues, la obligación de escuchar al menor se enmarca dentro del derecho de dar audiencia a los mismos, siempre que sean mayores de doce años e incluso a los menores de esa edad, cuando por su capacidad y madurez, puedan entender de la relevancia de lo que se trata.

Asimismo, la ley orgánica protección jurídica del menor reconoce al menor el derecho a ser oído en los procedimientos que afecten a su esfera personal. Así pues, el artículo 9 de dicha ley establece como un derecho del menor a ser oído y escuchado. Dicho derecho se ha de aplicar sin discriminación alguna por edad, tanto en el ámbito familiar, como en otros procedimientos en los cuales sus intereses estén afectados.

Esta doble regulación, se complementa además, con las disposiciones que contempla la regulación autonómica. En tal sentido, del código civil catalán se desprende la obligación por parte del juez de dar audiencia al menor de edad, cómo se ha dicho, siempre que tuviese al menos doce años, y en caso de existir un desacuerdo del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores<sup>10</sup>.

Así pues, el principio que rige la actuación y decisión del juez es la valoración de la opinión del menor para tomar una decisión que le afecte, como dispone el artículo 211-

---

<sup>8</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en el BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Art 12.

<sup>9</sup> Yzquierdo Toslada, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 520

<sup>10</sup> Podría dar audiencia incluso a menores de 12 años, siempre dentro de los parámetros de la proporcionalidad y teniendo en cuenta los perjuicios que pudiese generar en el menor.

6.2) del código civil de Cataluña, y solo en determinados casos no se recabara la opinión de estos.

Así pues, Inmaculada, teniendo dieciséis años ha de exigir que se cumpla su derecho a ser oída, aún más teniendo en cuenta que es la principal afectada de todos los procedimientos que se generen. La autoridad judicial deberá valorar que su decisión cambiará sustancialmente su situación personal, pues puede variar enormemente su modo de vida e incluso puede comportar el traslado a otra ciudad.

La vulneración del derecho del menor a ser oído puede suponer una vulneración de la tutela judicial efectiva, pues así lo ha señalado el tribunal constitucional en sentencia de 6 de junio de 2005. Dicha sentencia se hace referencia también a lo dispuesto en sentencia de 25 de noviembre de 2002 del tribunal constitucional. En ambos casos se presentó un recurso de amparo por el hecho de no dar audiencia a un menor con madurez suficiente para ser oída, pues en el primero de los casos, la menor contaba con nueve años, pero con la suficiente madurez.

En otra sentencia más reciente del tribunal supremo<sup>11</sup>, éste ordena a la audiencia provincial de Ourense a escuchar a los dos hijos de una pareja antes de decidir. Defiende que los menores han de ser oídos teniendo en cuenta la madurez de los menores. Así pues, en tal sentencia, se hace referencia a lo dispuesto por el tribunal constitucional en la citada sentencia de 6 de junio de 2005<sup>12</sup>.

Por su parte, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga destaca que, aunque el menor tenga reconocido el derecho, no tiene la obligación de declarar, pues en algunos casos, debido al miedo que pueda tener hacia sus progenitores, puede preferir no ser oída<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> España. Tribunal supremo. Sala primera, de lo civil. Sentencia 4233/2014 de 20 de octubre de 2014

<sup>12</sup> Sala Primera. Sentencia 152/2005, de 6 de junio de 2005. Recurso de amparo 1966-2004.

<sup>13</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados. Pág. 251. Barcelona: Ed. Bosch, 2013. ISBN: 978-84-9790-387-5.

Debido a todo lo expuesto, es concluyente que Inmaculada tiene el derecho garantizado a ser oída en el proceso, y debido a su madurez, su opinión deberá ser tenida en cuenta por el juez, que deberá valorar también cual es el interés superior del menor.

En caso de pretender la emancipación a través del procedimiento de la jurisdicción voluntaria, carecería de sentido el procedimiento en el cual no se tenga en cuenta su opinión, pues en todos los procedimientos de emancipación, los solicitantes serán menores de edad.

En el eventual procedimiento de modificación de medidas, tanto de guarda como de modificación de la pensión alimenticia, “resulta preciso subrayar aquí que si bien el juez no está vinculado por la opinión del niño sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación. Lo que el menor dice, a la luz de su grado de madurez, ha de integrarse de manera destacada en el proceso de reflexión que debe llevarse a cabo y debe quedar reflejado de forma pormenorizada en la argumentación que sustenta la decisión”<sup>14</sup>.

El informe del Defensor del Pueblo determina que, “aunque el juez ha de ponderar todos los derechos en conflicto y, en ese sentido, la decisión del menor puede acabar no siendo determinante, la solución no pasa por banalizar el acto de la escucha al menor, ni sus consecuencias, sino por hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego”<sup>15</sup>. De dicho informe no resulta definitivo que la opinión del menor sea el hecho definitorio que decida el procedimiento, pero en el presente caso, la opinión de nuestra clienta será muy tenida en cuenta, pues además, se encuentra cerca a cumplir la mayoría de edad.

Así pues, la opinión de Inmaculada ha de ser tomada en consideración como prueba, no como mera actuación judicial. No obstante su opinión no será concluyente, pero la no escucha de la misma puede suponer la vulneración de sus derechos constitucionales.

---

<sup>14</sup> Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia Madrid, mayo 2014. Defensor del Pueblo. Pág.40

<sup>15</sup> Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia Madrid, mayo 2014. Defensor del Pueblo. Pág. 44

#### **2.2.4 Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo**

Es preciso destacar en este punto, la diferenciación que realiza la ley orgánica de protección jurídica del menor entre la situación de riesgo y la situación de desamparo. A la situación de riesgo alude, sin definir ni detallar, su artículo 12, fijando por su parte el artículo 17 las actuaciones que proceden en tales casos de riesgo, consideradas como aquellas que, perjudicando el desarrollo personal o social del menor, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley<sup>16</sup>.

En el mismo sentido se posiciona la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su artículo 102, definiendo la situación de riesgo como la situación en el cual el desarrollo y bienestar del menor se ve limitado o perjudicado por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre que a la protección efectiva del menor no le precise la separación del núcleo familiar.

La situación de desamparo aparece recogida como indicamos en el artículo 172.1, párrafos 2.º y 3.º del código civil, que la considera como aquella situación que se produce debido al incumplimiento del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, o bien, debido al imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes, cuando éstos queden privados de asistencia, tanto material como moral.<sup>17</sup>

Asimismo, la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia considera desamparado al menor que se encuentra en una situación de hecho en que faltan los elementos básicos para desarrollar su integridad personal, separándose de su núcleo familiar, para la consecución de su bienestar

En función de los hechos en que incurran los progenitores, se calificará la situación de riesgo o de desamparo, separando al menor del núcleo familiar y pudiendo asumir su tutela la administración.

No obstante, Inmaculada no es posible considerar que Inmaculada se encuentra en ninguna situación de riesgo o desamparo tal y cómo se contemplan en la ley. Por lo

---

<sup>16</sup> BENAVENTE MOREDA, Pilar RIESGO, DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE MENORES. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN E INTERESES EN JUEGO. Afdum 15 (2011)

<sup>17</sup>

tanto no es posible encajar su situación en ninguno de los indicadores de riesgo o desamparo.

### **2.2.5 La posible intervención de la administración pública**

No obstante lo anteriormente dicho, si la administración considera que la situación de Inmaculada puede enmarcarse en un situación de riesgo, podría intervenir, siempre en aras de evitar que Inmaculada puede encontrarse en una situación de desamparo.

Tal y como recoge la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su artículo 103, la Administración deberá promover las medidas necesarias para eliminar la situación, intentando promover la colaboración entre los progenitores entre sí y con nuestra cliente. En tal sentido, se podría designar un profesional que evalúe la situación y realice un seguimiento a la situación, para poder constatar si las medidas funcionan y la menor puede corregir su situación.

No obstante, según Beatriz Llorca Rodríguez<sup>18</sup> en la situación de riesgo se podrá intervenir siempre que las medidas a adoptar no comporten la separación del núcleo familiar. Parece poco probable que, aun encajando la situación actual como una situación de desamparo, las medidas que se puedan tomar para proteger a Inmaculada comporten que no se separe del núcleo familiar, pues se trata de una medida totalmente desproporcionada que dificultaría el desarrollo personal de Inmaculada, desatendiendo sus intereses y perjudicándola de un modo irreparable.

### **2.2.6 La posibilidad de reducir la pensión alimenticia.**

Como consideración previa, conviene señalar que la obligación de contribuir a la pensión alimenticia de la menor comporta aportarles todo aquello que sea indispensable para su sustento, entendiéndose como aquellos gastos de habitación, vestido, cuidados sanitarios y asistencia médica, entre otros.

---

<sup>18</sup> LA ATENCIÓN ADMINISTRATIVA A LA INFANCIA, MASTER EN DERECHO DE FAMILIA E INFANCIA Curso 2017-2018.2018. Pág. 11

En este caso, al tener Emilia la guarda en exclusiva de Inmaculada, entendemos que Manuel es el único que se encarga de contribuir económicamente al sustento de su hija, a través del pago de la pensión que por convenio determinasen.

No obstante, la obligación corresponde a ambos progenitores, que deben contribuir según su capacidad económica y de forma proporcional a sus ingresos y disponibilidades económicas<sup>19</sup>. En tal sentido, según lo dispuesto en la sentencia del tribunal supremo de 28 de noviembre, la obligación es mancomunada, no solidaria. Así pues cada acreedor sólo puede exigir del deudor la parte que le corresponda y cada deudor sólo está obligado a cumplir la parte de deuda que le corresponde<sup>20</sup>.

En cuanto a la reducción de la cuantía de la pensión, no cabe aquí instar el procedimiento de modificación de medidas anteriormente citado en el apartado segundo de este punto pues no se dan las circunstancias necesarias para proceder a instar tal procedimiento. Así pues entendemos que tampoco, podría solicitar la modificación del convenio regulador según lo dispuesto en el artículo 777 de la ley de enjuiciamiento civil<sup>21</sup>.

En este sentido, la situación del alimentante no ha empeorado, pues tanto como Manuel, principal interesado en la reducción de la pensión, como Emilia, se mantienen activos laboralmente y gozan de ingresos suficientes para poder prestar a Inmaculada los alimentos necesarios.

Así pues, que Manuel haya establecido su núcleo familiar en Toledo, dónde mantiene una relación con su nueva pareja, con quien ha tenido otro hijo. Así bien, que haya tenido otro hijo no comporta que haya de reducirse la prestación pues no se puede imputar a Inmaculada que la situación económica de Manuel haya empeorado como consecuencia de tener otro hijo. Si bien, en caso de que su padre se encontrase en una situación económica insostenible, sí que tendría preferencia el hijo menor en orden de

---

<sup>19</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 501 Derecho de familia y de la persona. Las relaciones paterno-filiales: La patria potestad. Barcelona: Ed. Bosch, 2007. pág. 501. ISBN: 978-84-9720-359-2

<sup>20</sup> ESNAOLA, María Obligaciones Mancomunadas y Obligaciones Solidarias. Dº de la Empresa. UNED 2015

<sup>21</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017. pág 399. ISBN: 978-84-9099-635-5

reclamación de la pensión, no obstante, cómo no es tal caso, no procede hacer esa distinción.

Así pues, en caso que Manuel presentase una modificación de medidas para reducir la pensión que se fijó en convenio regulador, Manuel sí que podría obtener una reducción de la pensión de alimentos fijada en convenio si acoge a Inmaculada bajo su guarda o bien si Inmaculada se emancipa pues la obligación de los alimentos es de los dos progenitores.

En el primero de los casos, si conviviese en el mismo núcleo familiar la obligación de Manuel podría trasladarse a Emilia, que podría ser condenada a afrontar el pago de la pensión que se fije para los alimentos de Inmaculada, que se podrían fijar en función de la situación económica de Emilia. Anteriormente, al estar bajo su guarda, Emilia ya se hacía cargo de los gastos que Inmaculada causase. Por lo tanto, si se diese un cambio en la guarda, comportando que Manuel tuviese la guarda, el juez podrá deberá establecer la nueva distribución de la pensión, modificando la cuantía de la que será a cargo de Emilia en función de su capacidad económica real, y en función de lo que podría soportar, así como de las necesidades de Inmaculada.

En caso que el juez declarase a Inmaculada como emancipada, el pago de la pensión alimenticia, si existiese aun la situación de necesidad, se podrá distribuir entre los progenitores en proporción a sus recursos según lo dispuesto en el artículo 237.7 del código civil de Cataluña. En tal caso, podría darse la situación en la cual, Manuel viese cómo la cuantía de su obligación disminuye.

Así pues, tanto si se produce una modificación de la guarda en favor de Manuel, cómo si se concede la emancipación a Inmaculada, el progenitor podría plantear la reducción del pago de la pensión alimenticia a tenor de lo comentado anteriormente.

## **2.3 Cuestiones procesales**

### **2.3.1 Competencia judicial y administrativa: alternativas de solución**

Cómo se ha introducido previamente en el apartado primero, es preciso determinar, previamente a la competencia judicial, cual es la vecindad civil de las partes para dilucidar la ley aplicable.

Cabe destacar, que el convenio de la Haya<sup>22</sup> relativo entre otros a la determinación de la ley aplicable señala que las cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del menor. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual. Así pues, en caso de converger en estados con distintas regulaciones, se aplicará la ley dónde el menor tenga su residencia habitual, en el presente caso, en Cataluña.

En cuanto a la competencia del procedimiento de modificación de medidas, la reforma del artículo 775 de la ley de enjuiciamiento civil regula la modificación de medidas cómo una cuestión incidental del procedimiento principal, así pues, se concentran todas las actuaciones en el mismo tribunal que ya conoce los antecedentes del supuesto, es decir, el que ya conoció del procedimiento de divorcio<sup>23</sup>.

Dicha atribución de competencia comporta que en el caso en que se instase un procedimiento de modificación de medidas por pretender un cambio en el régimen de la guarda de Inmaculada, así como de la pensión de alimentos que a ella se le atribuye, el tribunal competente será el tribunal de Toledo, ya que fue el mismo ante el cual se tramita el procedimiento de divorcio.

Asimismo, el artículo 86.2 de la ley de jurisdicción voluntaria, también atribuye competencia al tribunal de Toledo, pues dicho artículo dispone que el órgano competente para conocer del expediente, será el juzgado de primera instancia que hubiera dictado por resolución judicial el ejercicio conjunto de la patria potestad

Por otro lado, en caso que Inmaculada solicitase la emancipación, la ley de jurisdicción voluntaria en su artículo 53, señala que será competente para conocer tal solicitud, el juez de primera instancia del lugar en que se encuentre el domicilio del menor.

---

<sup>22</sup> Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

<sup>23</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 758. ISBN: 978-84-9099-635-5

Asimismo Inmaculada se encuentra en la situación requerida para la interposición de la solicitud de emancipación que especifica el mismo artículo, pues cumple con los requisitos legales establecidos, al ser mayor de dieciséis años<sup>24</sup>.

En caso de pretender que se inste un procedimiento administrativo, a través del cual se pretenda constatar que la situación de Inmaculada puede enmarcarse dentro de las previstas por la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, la administración competente para conocer el procedimiento será la Generalitat de Catalunya, pues en todo caso, quien se plantea dicho extremo es la madre de nuestra clienta, residente en dicha comunidad autónoma. Así pues tal y cómo dispone el artículo segundo de la ley, las disposiciones que contempla se aplican a menores que tengan su domicilio en Cataluña<sup>25</sup>.

Asimismo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99 de la misma ley, en relación a la eventual situación de riesgo, se atribuye competencia a la administración local dónde el menor se encuentre, es decir, será el propio ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú el competente para tratar la situación de la menor. No obstante, cómo ya se ha comentado anteriormente, la situación de Inmaculada es difícilmente inscribible en la situación de riesgo que determina la ley, por eso, y en interés de Inmaculada, de esta parte no parece probable que esta situación sé de.

En último lugar, cabe señalar que en caso que los progenitores de Inmaculada pretendan acudir a un procedimiento de mediación para intentar llegar a una resolución consensuada por las partes<sup>26</sup>, la ley de mediación familiar extiende sus efectos a aquellas materias de derecho disponible entre las que se encuentran, alimentos, y, en especial, la emancipación (...)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Dichos requisitos son: a) Cuando quien ejerciere la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. b) Cuando los progenitores vivieren separados. c) Cuando concurra cualquier causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad.

<sup>25</sup> Artículo 2.1 LDOIA Ámbito personal y territorial de aplicación de la ley. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que resuelvan los conflictos de leyes internacionales o interregionales.

<sup>26</sup> Artículo 1.2 Ley Mediación Cataluña. Las personas interesadas también se pueden dirigir a los servicios de mediación familiar de los colegios profesionales que incorporan a los profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley

<sup>27</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 833. ISBN: 978-84-9099-635-5

En ámbito autonómico, la ley de mediación familiar de Cataluña, atribuye competencia al centro de mediación de derecho privado de Cataluña tal y como dispone el artículo 21 de la propia ley. Dicho órgano “tiene por objeto promover y administrar la mediación regulada por la presente ley y facilitar el acceso a la misma”.

En este sentido, es aplicable la ley de mediación familiar de Cataluña al ser aún el lugar dónde Inmaculada tiene su residencia habitual. La administración local, principalmente el Ayuntamiento, ostenta importantes funciones en materia de bienestar social, por lo que se constituye también la mediación como un servicio dentro de la red municipal de servicios sociales<sup>28</sup>. No obstante, siendo preferible la opción de someterse a mediación en la comunidad donde resida la menor, las partes podrían convenir libremente someterse a mediación en otra comunidad autónoma. El mediador simplemente tratara de poner a las partes en situación de mantener un dialogo y comunicación sobre el asunto, no obstante teniendo en cuenta que Inmaculada es menor de edad, deberá balancear la comunicación entre ambos<sup>29</sup>

No obstante, debido a la mala relación entre Inmaculada y Emilia, parece poco probable que acceda a acudir a este procedimiento de carácter voluntario. Aun así, debido a la multitud de procedimientos que podrían iniciarse en el supuesto de hecho, el tribunal propondrá, con seguridad, que se realice dicha mediación. Hay que recordar a nuestra representada que en ningún caso, aunque acuda a tal acto para resolver los conflictos, estará obligada a llegar a una solución, pero deberá actuar de buena fe e intentar solucionar los conflictos.

En el procedimiento de emancipación al cual nos referimos en este punto, puede ser aconsejable acudir a mediación si Inmaculada se muestra dispuesta a ello. Díez-Picazo<sup>30</sup> señala dentro del ámbito de asuntos que pueden ser sometidos a mediación, aquellos que versen sobre la emancipación por concesión de los que ejerzan la patria potestad.

---

<sup>28</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 817. ISBN: 978-84-9099-635-5

<sup>29</sup> BOUCHÉ PERIS, J. Henri; HIDALGO MENA, Francisco. L (Directores) Ed: Dykinson. Madrid. 2004.. 606

<sup>30</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, El Negocio jurídico del derecho de familia revista general de legislación y jurisprudencia XLIV (1962). Madrid: pág. 771 Remisión YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 817. ISBN: 978-84-9099-635-5 pág. 834

Se destaca en este último apartado que, lógicamente, en caso de emancipación, la doctrina solamente admite la mediación cuando ha de realizarse por concesión de los progenitores.

En caso que Inmaculada inste el procedimiento para que el tribunal le conceda la emancipación, creemos que no tendría sentido instarse un procedimiento de mediación, pues lo que Inmaculada pretende es que el juez, directamente, resuelva sobre su situación, que precisamente viene dada por la mala relación que mantiene con su madre, haciendo inviable la concesión de la emancipación tal y cómo se señala en el artículo 317 del código civil Español. No obstante, siempre debemos recomendar a nuestra cliente acudir a esa vía.

### **2.3.2 Legitimación activa y pasiva**

El artículo 775 de la ley de enjuiciamiento civil, en su apartado primero establece que, estarán legitimados para instar un procedimiento de modificación de medidas, el ministerio fiscal, siempre que el interés de hijos menores de edad este en juego, así como los conjugues.

En el supuesto que se nos plantea, la legitimación activa la ostentara el progenitor en caso de instar la reducción de la pensión (en este punto cabe señalar que no nos planteamos que Manuel instase un procedimiento para obtener un cambio de guarda a su favor pues no pretende acoger a Inmaculada con su nueva familia) mientras que Emilia, ostentará la legitimación pasiva.

En palabras de la sentencia de la audiencia provincial de Zaragoza de fecha de 19 de mayo de 2000<sup>31</sup> determina que;

*"no puede negarse plena y exclusiva legitimación a la esposa en toda cuanta discusión se plantee sobre las medidas adoptadas en la sentencia matrimonial, con independencia de la edad de la prole, siendo doctrina pacífica que en los litigios matrimoniales no caben más partes que los cónyuges que integran el matrimonio en crisis" de suerte que "el proceso matrimonial tiene como partes necesarias y excluyentes a los cónyuges, a salvo la especialidad de la intervención del Fiscal en los casos en que es preceptiva".*

Por otro lado, si fuese el ministerio fiscal quien hubiese planteado la modificación de medidas, promoviendo un cambio de guarda de Inmaculada a favor del padre ambos

---

<sup>31</sup> Zaragoza, Audiencia Provincial Sentencia Civil Nº 350/2000, 19 de Mayo de 2000

padres ostentarán la legitimación pasiva, siendo este extremo indiscutible en el procedimiento.

En cuanto a la legitimación activa en caso de instarse un procedimiento de emancipación, esta corresponde al mayor de dieciséis años, que presentará solicitud, en este caso sin el consentimiento de sus progenitores ya que suponemos que la madre se opone, aunque podría ser que Manuel si diese su consentimiento para promover la emancipación, pues no está del todo interesado en la posibilidad de obtener la guarda del Inmaculada. Así pues, en nuestro caso, parece lógico suponer que los progenitores no procederán a otorgar su consentimiento en el procedimiento. En tal caso, será el ministerio fiscal quien vele por los intereses de la menor, que podría ser representada también por abogado y procurador si así lo quisiese.

En este caso, no cabe duda que la legitimación pasiva recaerá sobre los progenitores que se oponen a dicha concesión de la emancipación.

Cabe destacar que la propia ley de la jurisdicción voluntaria, concreta que, será potestad del interesado acudir a los actos judiciales que se deriven del procedimiento sin abogado ni procurador. No obstante, en caso de formular oposición, será obligada la intervención de dichos profesionales.

Por tanto, la intervención de los profesionales es voluntaria, por tanto, cabe la posibilidad que Inmaculada acceda a la jurisdicción con abogado y procurador.

En cuanto al interés de terceros, el artículo 55.1 de la misma ley, permite que puedan ser convocados a comparecer ante el juez otras personas interesadas para que su opinión pueda ser oída y tenida en cuenta. No obstante, en la práctica se limita este derecho de audiencia a terceros interesados debido al interés primordial del menor. Posteriormente se practican las pruebas propuestas y acordadas.

No obstante lo expuesto anteriormente *“... a pesar de que su posición jurídica puede verse afectada, y ello porque esa afectación nunca es directa sino derivada o refleja, de modo que no quedan comprometidos directa y definitivamente sus derechos por la decisión que se adopte”...* No hay, por tanto, posibilidad jurídicamente admisible de que el mismo existan otros *litigantes*<sup>32</sup>. Es decir, aunque la ley atribuya derecho a comparecer en la vista a quienes

---

<sup>32</sup> SAP Zaragoza de 1 de julio de 2002

mantengan un interés en la resolución, no se les atribuye legitimación a tales comparecientes.

### **2.3.3 Procedimiento/s**

Como se ha comentado anteriormente, en el presente procedimiento se pueden instar varios procedimientos, relativos tanto a la guarda, como los alimentos. Ambos e pueden subsumir en el procedimiento de modificación de medidas previsto en el artículo 775 de la ley de enjuiciamiento civil. Por otro lado, podemos instar el procedimiento de emancipación previsto en la ley de la jurisdicción voluntaria.

Conviene destacar que, tal y cómo ha remarcado la jurisprudencia, se ha de diferenciar el procedimiento de modificación de medidas cuando estas están fijadas en sentencia contenciosa de cuando lo están en convenio regulador. La libertad de pactos en cuanto al régimen económico establecido y el régimen de visitas o guarda, que queda limitado por la supervisión del juez, es distinto a la resolución judicial sin pacto entre los progenitores<sup>33</sup>.

Así pues, en primer lugar en cuanto al procedimiento de modificación de medidas es reseñable traer a colación lo dispuesto en la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 29 de Mayo de 2015<sup>34</sup>, “debe ser también recordada la doctrina jurídica constante y reiterada construida sobre la normativa aplicable, del artículo 775 ley de enjuiciamiento civil, en relación con el actual artículo 233-7 del código civil de Catalunya, en virtud de l cual, para que una demanda de modificación de efectos pueda prosperar será preciso para su admisión a trámite que en la demanda se den los siguientes requisitos:

- a) que los hechos en los que se base se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.
- b) que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida,

---

<sup>33</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pág. 220. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 833. ISBN: 978-84-9099-635-5

<sup>34</sup> Barcelona. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia Civil N° 397/2015. De 29 de Mayo de 2015.

- c) que el cambio de circunstancias sea permanente o, al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio,
- d) que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del progenitor o cónyuge que solicita la modificación y
- e) que se acredite en forma por aquel, el cambio de circunstancias.

Esto es, que la concurrencia de tales circunstancias sea acreditada de forma cumplida e inequívoca por quien peticiona la modificación en atención a las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 ley de enjuiciamiento civil. Así pues en caso de pretender la modificación, el progenitor será el encargado de demostrar su situación económica actual.

El término “sustancial” utilizado por la ley de enjuiciamiento civil, constituye la expresión de un concepto relativamente indeterminado y circunstancial y, para depurarlo, es preciso atender a los perfiles singulares del supuesto planteado, tal y como remarca la audiencia provincial de Barcelona, “comparando para ello la “*ratio decidendi*” de la anterior decisión con las particulares características de la nueva situación generada, a fin de constatar si las circunstancias referidas han variado de forma sustancial de tal forma que la modificación pueda llegar a estar justificada, e incluso sea necesaria”<sup>35</sup>.

Conforme a la previsión contenida en los artículos 233-7 y 233-18-1 del código civil de Catalunya y 775 de la ley de enjuiciamiento civil, la acción modificativa exige un juicio comparativo entre la situación existente al tiempo del establecimiento de la prestación económica y la concurrente al tiempo de la petición modificativa.

Así pues, en base al artículo recientemente mencionado, en cuanto a la modificación de medidas, la demanda se deberá tramitar a través del procedimiento previsto en el artículo 770 de la ley de enjuiciamiento civil.

---

<sup>35</sup> Barcelona Audiencia Provincial. Sentencia Civil N° SAP de Barcelona **248/2009** de 13 de Mayo de 2009

La demanda se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Con la misma, se deberán aportar los documentos previstos en el artículo 770.1, sobretodo documentos que permitan evaluar la situación económica, si se realiza una modificación de alimentos. Conviene destacar que en la demanda se deberá exponer con claridad los hechos que motivan la modificación de medidas, tal y cómo se señala anteriormente. En tal sentido se deberán aportar declaraciones tributarias, nominas o certificaciones bancarias y otros documentos que permitan acreditar que se da el supuesto para una modificación de medidas.

Asimismo, en el presente caso, se podrá reconvenir, ya que el apartado segundo subapartado cuarto del mismo artículo delimita los casos de reconvenición, dentro de los cuales se puede subsumir el siguiente, ya que el demandante pretende la adopción de medidas definitivas, que no fueron solicitados en la demanda, y además se trata de aspectos sobre los cuales el tribunal no se ha de pronunciar de oficio.

Los demás trámites seguirán en cauce previsto en los artículos 437 y siguientes y se citara a las partes a la vista<sup>36</sup>, con las especialidades de lo dispuesto en el artículo 770.3 y 4. Así pues, la incomparecencia en la vista puede suponer que se consideren admitidos los hechos de contrario para fundamentar el procedimiento de modificación. En la vista todos los demandados, así como el demandante deberán ir acompañados de abogados. Practicada la prueba, será potestad del tribunal conceder o no el trámite de conclusiones<sup>37</sup>.

Conviene destacar que en este tipo de procedimientos suele ser poco probable que se requiera la práctica de la prueba más que para interrogar a las partes, así que lo dispuesto en el apartado 4<sup>38</sup>, no suele aplicarse salvo que el tribunal precise recabar más información para resolver.

Si el juez, en el procedimiento contencioso, estimase necesario a instancia del equipo técnico judicial, o bien por solicitud del propio menor, deberá oír a Inmaculada, puesto

---

<sup>36</sup> Apartado cuarto del artículo 770 en relación con el artículo art 433 LEC.

<sup>37</sup> En el procedimiento de modificación de medidas suele darse el trámite de conclusiones para que las partes, conjuntamente con el Ministerio Fiscal, eleven sus conclusiones y valoren la prueba practicada. Las conclusiones del Ministerio Fiscal, no comprometen al tribunal, pero le puede orientar en el momento de dictar la sentencia.

<sup>38</sup> Se trata de una especialidad propia de este tipo de procedimientos especiales.

que es la parte principal del procedimiento y su interés debe ser el eje sobre el cual la resolución judicial recaiga.

Si finalmente las partes decidiesen llegar a un acuerdo, extremo poco probable dada la mala relación entre Inmaculada y Emilia, éstos pueden solicitar en cualquier momento previo al pronunciamiento de la sentencia, la suspensión del procedimiento para instar un proceso de mediación<sup>39</sup>.

En cuanto a la sentencia y los eventuales recursos posteriores que las partes pretendan interponer, nos remitimos a lo dispuesto en el Capítulo III Sección 1º del Título IV, libro II de la ley de enjuiciamiento civil.

En cuanto al procedimiento de emancipación de Inmaculada, el artículo 55 de la ley de jurisdicción voluntaria dispone que, una vez presentada la solicitud de emancipación, se convocara a la comparecencia ante el juez al menor, a sus progenitores, al ministerio fiscal y a otros interesados, que serán oídos por este orden.

En tal sentido el artículo 14. 1 remarca que los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser iniciados a instancia del ministerio fiscal, o por persona legitimada, en la que se incluirá los datos de identificación y expondrá con claridad y precisión que se le conceda la emancipación, de forma motivada tanto *de facto como de iure*. También se deberán aportar aquellos documentos que creamos convenientes aportar para demostrar la situación real de Inmaculada, así como los dictámenes que creamos de interés para la resolución del expediente.

En la solicitud que presentamos, se deberán detallar todos los datos, así como las circunstancias de identificación de los progenitores, ya que los consideramos interesados en la resolución del expediente. Cabe señalar que la solicitud se puede concretar a través de un formulario, que Inmaculada podrá rellenar por si misma ya que no es preciso concretar jurídicamente la pretensión solicitada. Sin embargo, recomendamos de nuevo a la clienta que se realice a través del asesoramiento jurídico profesional, en aras de evitar siempre una eventual indefensión o una debilitación de su postura.

Una vez comparecidos, se practicarán aquellas pruebas que hubieran sido propuestas en la solicitud y acordadas por la autoridad judicial.

---

<sup>39</sup> Tal y como dispone el apartado 7 del artículo 770 en relación 19.1 LEC

Toda vez practicada la prueba, la autoridad judicial deberá resolver, teniendo en cuenta la justificación de la solicitud, así como el interés primordial del menor, concediendo la emancipación a Inmaculada, pues la situación más adecuada para ella es poder mantener una vida independiente de sus padres, quienes solo pretenden que otros se hagan cargo de ella, pues la madre pretende que la administración vele por sus intereses, y el padre que sea la progenitora custodia la que se encargue de ella y él se limite a abonar una pensión de alimentos. Vista la situación, una vez concedida la emancipación, se dará traslado al registro civil para poder proceder a su inscripción, y poder desplegar efectos ante terceros.

En cuanto al procedimiento de intervención de la administración pública, consideramos que no es preciso detallar en exceso la regulación que contempla la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en este aspecto pues la situación de Inmaculada no puede ser susceptible de ser insertada en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 105 de dicha ley.

Ante las decisiones administrativas adoptadas en protección de menores, el remedio previsto es un proceso denominado de «oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores». Se trata de un proceso civil regulado en el artículo 780 de la ley de enjuiciamiento civil. Este procedimiento conserva, sin embargo, la estructura propia de un proceso contencioso-administrativo, inhibiendo, eso sí, la necesidad de reclamación previa en vía administrativa antes de entablar el proceso. El proceso se inicia con un escrito de formulación de la oposición, que da paso a la solicitud por parte del juzgado del expediente administrativo de protección para que el solicitante pueda acceder al mismo y formular su demanda. A partir de aquí el proceso sigue los trámites del juicio verbal<sup>40</sup>.

#### **2.3.4Plazo/s**

En relación a los plazos procesales en el presente caso, hay que señalar que dependiendo de los procedimientos que se instasen estos podrían ser distintos. Así pues, en primer lugar se ha de plantear a Inmaculada dicha diferencia entre los procedimientos

---

<sup>40</sup> El plazo de interposición es de 3 meses desde la notificación de la resolución que se pretenda impugnar, cuando se trata de una declaración de desamparo, y de 2 meses para el resto de las medidas.

Cómo se ha comentado en el apartado anterior, el procedimiento de modificación de medidas se sustancia por los trámites del juicio verbal según lo dispuesto en el artículo 775.2 de la ley de enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 770.1. Una vez interpuesta la demanda en la forma que se ha comentado anteriormente, el Secretario Judicial dará traslado a la parte contraria, así como al ministerio fiscal, emplazándolos a contestar en un plazo de veinte días según lo dispuesto en el artículo 753.1 de la misma ley.

En caso de haber contestado la demanda, o bien por el transcurso de los plazos, el secretario judicial citara a las partes en un plazo de 5 días para la celebración de la vista, que deberá celebrarse en el plazo máximo de un mes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 440.1. En la misma citación se indicará que en un plazo de 5 días a partir de la recepción de la citación, se deberá indicar al tribunal las personas que este deba citar a la vista en calidad de parte, testigos o peritos cuando la propia parte no pueda presentarla. Conviene señalar que el mismo artículo determina que en la citación se informa a las partes de la posibilidad de recurrir a un procedimiento alternativo para la resolución del conflicto, que suspenderá los plazos establecidos si las partes lo solicitasen.<sup>41</sup>

En el mismo plazo anteriormente descrito en relación con la citación de testigos, las partes podrán pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas según lo dispuesto en el artículo 381<sup>42</sup> de la ley de enjuiciamiento civil.

Cómo se ha comentado en el apartado anterior, el demandado, tal y cómo dispone el artículo 770 de la citada ley, podrá contestar en demanda reconvenzional en un plazo de 10 días. Transcurrido el plazo previsto, se celebrará la vista, dónde se practicará la prueba propuesta. Conviene destacar que aquellas pruebas que, por su naturaleza o por circunstancias excepcionales no puedan practicarse en la vista, se celebraran en el plazo máximo de un mes.

---

<sup>41</sup> YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pág. 730 Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.pág 833. ISBN: 978-84-9099-635-5

<sup>42</sup> Cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas (...), la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista.

Una vez practicadas todas las pruebas previstas, incluidas aquellas que no se pudieron realizar en el acto de la vista y se celebraron con posterioridad, el tribunal deberá resolver en un plazo de 10 días, tal y lo dispuesto en el artículo 447.1.

En resumen, el proceso, según lo dispuesto anteriormente, no debería prolongarse más de un mes, no obstante, es prudente destacar que la administración no cumple siempre los plazos.

En caso de que Inmaculada instase la solicitud del procedimiento de emancipación y acudiese a la jurisdicción voluntaria, el artículo 19 de la ley dispone que los expedientes deberán resolverse mediante auto en un plazo de 5 días, siendo sustancialmente distinto a lo expuesto anteriormente.

En cuanto al procedimiento administrativo que se pudiese iniciar, al tratarse de un expediente judicial que afecta a un menor de edad, se tramitara de forma urgente, según lo dispuesto en el artículo 24.3 de la ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. La administración, en un plazo de tres meses deberá realizar un estudio de la situación en la que se encuentra la menor.

Si los servicios sociales detectasen que la situación de Inmaculada es de riesgo o desamparo, se deberá solicitar a los servicios de la Generalitat para realizar otro informe en un plazo de 10 días. En tal informe se deberán exponer la situación y medidas a tomar.

En cuanto a la eventual mediación familiar que se lleve a cabo, el artículo 17 de la ley de mediación familiar, destaca que la duración del procedimiento no puede durar más de sesenta días hábiles, a contar desde la primera reunión. En caso de que el mediador constatará que el procedimiento es complejo, podría prorrogar el procedimiento durante 30 días más. Asimismo, podría fijarse el número máximo de sesiones a realizar.

La ley de mediación, señala que la duración será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, según lo dispuesto en el artículo 20 de la ley de mediación.

### 2.3.5 Papel del ministerio fiscal

Tal y cómo se ha expuesto, el ministerio fiscal podrá intervenir preceptivamente en el procedimiento puesto que Inmaculada es menor de edad y es la principal interesada en la resolución del procedimiento tal y cómo dispone el artículo 749.2 de la ley de enjuiciamiento civil. Así pues, a sensu contrario, no sería obligatoria su intervención puesto que no se haya el presente caso en ninguno de los supuestos del apartado primero del mismo artículo<sup>43</sup>.

En este caso, el papel del ministerio fiscal será siempre velar por el interés del menor, primando este sobre cualquier interés de las partes. Deberá estar presente en la vista y en caso de creer conveniente proponer a las partes otra solución, lo realizara en las conclusiones que llegue. Asimismo, deberá promover que Inmaculada sea oída y tener en cuenta su opinión<sup>44</sup>. Si fuese citado el ministerio fiscal y este no compareciese a la vista, podría plantearse la nulidad de las actuaciones si su ausencia hubiese provocado indefensión.<sup>45</sup>

Una vez dictada la sentencia judicial de modificación de medidas, algunos profesionales<sup>46</sup> consideran lógico que el ministerio fiscal pueda pretender recurrir las resoluciones que considere poco adecuadas para proteger el interés del menor.

En sede de jurisdicción voluntaria, el artículo 4 de la ley de la jurisdicción voluntaria, señala que el ministerio fiscal intervendrá cuando las solicitudes versen sobre el estado civil, la condición de la persona, o esté en juego el interés de un menor. En tales casos, debe promover la defensa y representación de Inmaculada, así como velar por su interés y protección jurídica.

---

<sup>43</sup> No se discute ni la incapacitación de la menor, la nulidad del matrimonio, ni la filiación de la menor, supuesto dónde el ministerio fiscal será siempre parte.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, Procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y 49 menores. Teoría y práctica (coord. Vallespín Pérez, David), Lisboa: Ed. Jorúa, 2014. pág. 20. ISBN: 978-989-712-238-5

<sup>45</sup> ODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, Procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y 49 menores. Teoría y práctica (coord. Vallespín Pérez, David), Lisboa: Ed. Jorúa, 2014. pág. 20. ISBN: 978-989-712-238-5.

<sup>46</sup> MATEO BUENO, Felipe. El Ministerio Fiscal y el “Interés Superior del Menor”. Junio 2014

En cuanto a la vía administrativa, si el procedimiento se hubiese iniciado, el ministerio fiscal deberá procurar una superior vigilancia al estado de Inmaculada y procurar siempre su desarrollo personal. Así pues, deberá tener en cuenta siempre la opinión del menor para que este pueda promover y manifestar su opinión para poder orientar su vida.

En vía administrativa, la regla general para proceder a la actuación del ministerio fiscal, es la inactividad de la propia administración. En tal caso, la responsabilidad de promover el expediente administrativo será del ministerio fiscal, cuya actividad deberá orientarse precisamente en el sentido de evitar la inacción de la administración, es decir, promover las actuaciones de los órganos competentes<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> RUBIO VICENTE, Carmen. Sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Supervisión por el Fiscal de la actividad de la Administración. Seminario de especialización de menores: responsabilidad penal y de protección. Novedades legislativas. 29-31 de marzo de 2017. En: Web Fiscalía General del Estado

### 3. CONCLUSIONES

I. Inmaculada se encuentra en una situación insostenible en el domicilio con su madre, Emilia, puesto que cree que Inmaculada está actuando de un modo que pone en riesgo su propia vida. Así pues, a través del dictamen realizado se ha constatado que queremos evitar que Inmaculada prosiga conviviendo con Emilia y para ello se nos presentan distintas vías para poder solucionar el conflicto. En primer término proceder con el expediente de emancipación, y en segundo lugar, modificar las medidas que se fijaron en convenio para cambiar de domicilio. En ningún caso nos planteamos la eventual intervención de la administración, pues aparte de que no se encuentra en las situaciones descritas por la ley, es la solución más restrictiva que se da en el presente supuesto.

II. Queda demostrado que Emilia no es capaz de ejercitar cómo debería la guarda de Inmaculada, pues los actos de su madre han repercutido negativamente en su vida. Así mismo, Manuel no parece el indicado para acoger a Inmaculada en su núcleo familiar, promoviendo de tal modo que la solución más eficiente para encauzar la situación es la concesión de la emancipación de Inmaculada

III. En caso de no conceder la emancipación, el juez deberá tener en cuenta que la opinión de Inmaculada ha de ser oída, y teniendo en cuenta que su intención es ir a vivir con su progenitor en Toledo, deberá tenerse en cuenta también que allí es donde reside su hermanastra y es conveniente mantener a los hermanos lo más cercanamente posible. Así, aunque a Yolanda no le agrada esa situación, deberá atenerse a un eventual cambio de guarda.

IV. Asimismo se ha constatado que una eventual reducción de la pensión no cabría en caso de que Inmaculada se emancipase. En tal caso, la obligación de alimentar a su descendiente correspondería a los progenitores por mitades. No obstante, en caso de acoger finalmente a Inmaculada bajo su guarda, Manuel podría solicitar que únicamente Emilia fuese la obligada a abonar dicha pensión.

IV. Cómo se ha comentado, no cabe que se inste un procedimiento administrativo pues las situaciones que recoge la ley no se enmarcan con las del supuesto. Asimismo, es otro indicador de que Emilia no está lo suficientemente capacitada para ejercer la guarda de su hija, y pretende delegar esa responsabilidad a la administración pública.

VI. En cuanto al procedimiento a seguir, debemos advertir que puede instar un procedimiento de modificación de medidas, instando al Ministerio Fiscal a iniciar el procedimiento, o bien podemos iniciar la solicitud de emancipación cuando Inmaculada lo crea conveniente. Siempre será interesante, en función de la decisión de Inmaculada acudir cuanto antes ante la jurisdicción.

VI. Habrá que advertir a la clienta que en función del procedimiento que instemos, los plazos son distintos. Así pues, el expediente de emancipación debería resolverse en un plazo de tiempo breve, mientras que la modificación de medidas, si bien no es muy extenso, conllevaría unos plazos más amplios. Si se incoase un procedimiento administrativo, este sería sustancialmente más largo.

VII. Reseñar también que el ministerio fiscal velara siempre por sus intereses tanto en sede jurisdiccional, donde podrá formular sus alegaciones al respecto de la situación de Inmaculada, como en sede administrativa, promoviendo la actividad e incluso vigilando las actuaciones que la Generalitat lleve a cabo.

VIII. En última instancia, señalar también que la situación podría resolverse a través de un procedimiento de mediación, el cual recomendamos a Inmaculada, a pesar de que no parece probable que puedan llegar a ningún acuerdo debido a la relación que mantiene con su madre. No obstante, deberemos comunicar a Inmaculada que es libre de intentar resolver los conflictos a través de tal vía, aunque no estará obligada a llegar a ningún acuerdo.

## **EMISIÓN DEL DICTAMEN**

Una vez analizadas las situaciones que se han dado en el presente caso, le debemos exponer al cliente los distintos procedimientos posibles para encauzar su situación y proteger sus intereses.

Así pues, en primer lugar, como consecuencia de la decisión de irse a vivir con su padre, deberemos incoar un expediente de modificación de medidas a través de la acción del ministerio fiscal. Como se ha comentado, es el método que permite cambiar judicialmente lo establecido en convenio, así pues, si el juez cree conveniente un cambio en el régimen de la guarda, Inmaculada podría irse a vivir con su padre y su hermano a tenor de este procedimiento.

En segundo lugar, debemos exponer a la clienta que tiene la posibilidad de solicitar la emancipación, a través del procedimiento contemplado en la ley de jurisdicción voluntaria. Si decidiese obtener tal beneficio, debemos exponerle los trámites a seguir, comentando que el procedimiento es más breve que el de modificación de medidas.

Así pues, pretendemos que no intervenga la administración pública, puesto que tal situación coartaría la libertad de Inmaculada. Al pretender por parte de su progenitora, que sea declarada en situación de desamparo, debemos advertir a Inmaculada que existe la posibilidad de que intervenga la administración. Por ello recomendamos a nuestra clienta que, durante la tramitación de los procedimientos intente establecer la mejor relación posible con su progenitora.

En tal sentido, en defensa del interés máximo de nuestra clienta, lo más recomendable sería instar la vía contenciosa mediante el procedimiento de modificación de medidas, que será promovido por el ministerio fiscal a partir de la solicitud que Inmaculada presente.

Consideramos que esa esta sería la estrategia procesal más interesante, en cuanto conjuga los intereses de la menor de separarse de su madre, con los de irse a vivir con su padre, prevaleciendo este traslado sobre la emancipación, que, por motivos económicos, puede dificultar el desarrollo de Inmaculada.

En caso de pretender la emancipación una vez se ha instado el procedimiento de modificación de medidas, debemos recordar a la clienta que el expediente se remitirá a

las actuaciones del proceso contencioso. Así pues, debemos dejar claro a la clienta que si iniciamos el procedimiento de modificación de medidas definitivas, ya no podremos iniciar al mismo momento la emancipación, o más bien dejando claro que ambos asuntos se tramitaran a través del mismo procedimiento, siendo recomendable que medite detalladamente las consecuencias de cada procedimiento para proceder con un procedimiento u otro.

Asimismo, conviene destacar que Inmaculada siempre tendrá abierta la opción de instar un procedimiento mediador, procedimiento que, además, será propuesto por el tribunal, pues se considera que si las partes llegan a un acuerdo a través de la negociación, ese acuerdo será más aceptado por las partes y se cumplirá de mejor modo que la posible resolución judicial. Advertir que, si se llegase a un pacto, podría ser de obligado cumplimiento, pero en caso de no hacerlo, no se devengarán acciones negativas, pues no estará obligada a llegar a ninguno, no obstante, siempre deberá actuar de buena fe.

Asimismo, se deberá advertir a la clienta que el ministerio fiscal será el encargado de velar por su interés, puesto que debido a su minoría de edad, éste será el encargado de asumir su defensa y representación.

En conclusión, si las partes se creyesen capaces de poder mantener un dialogo de forma positiva y sin conflictos, se podría instar un procedimiento mediador, no obstante, cómo vemos compleja tal situación, recomendaremos a nuestra clienta acudir directamente a la vía contenciosa para instar un cambio de medidas, ofreciéndole también la posibilidad de acudir a la jurisdicción voluntaria, pero siempre advirtiéndole de que en caso de instar el primero, el segundo se archivaría en los autos de tal procedimiento, y de los plazos y efectos de cada uno de ellos.

A tenor de todo lo expuesto anteriormente, se cree conveniente instar un procedimiento mediador, en el cual las partes siempre podrán llegar a acuerdos propios más beneficiosos para ellos mismos, y en función del desarrollo de dicho proceso, instar una modificación de medidas, siguiendo el procedimiento tal y cómo se ha expuesto en el dictamen.

## BIBLIOGRAFIA

- BENAVENTE MOREDA, Pilar. RIESGO, DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE MENORES. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN E INTERESES EN JUEGO. Afdum 15 (2011)
- BOUCHÉ PERIS, J. Henri; HIDALGO MENA, Francisco. L (Directores) Ed: Dykinson. Madrid. 2004. ISBN: 84-9772-348-1
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. ISBN-13: 978-84-9961-097-9.
- ESNAOLA, María Obligaciones Mancomunadas y Obligaciones Solidarias. Derecho de la Empresa. UNED 2015
- GETE-ALONSO y CALERA, Maria del Carmen, Tratado de la Persona Física. Tomo I. CIVITAS EDICIONES, S.L., 2013 ISBN: 978-84-470-3805-3
- GETE-ALONSO y CALERA, Maria del Carmen, Tratado de la Persona Física. Tomo II. CIVITAS EDICIONES, S.L., 2013 ISBN: 978-84-470-4293-7
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de derecho civil. Tomo IV. Familia .Ed. Dykinson. Madrid. 2010 978-84-9849-968-1
- LINACERO DE LA FUENTE, María. Protección Jurídica del menor. 1a Edición. Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 2001. ISBN: 84-7111-399-6.
- MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERON CUADRADO, María Pía. Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Valencia. 21ª Edición. Ed: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-9053-095-5

- PEREZ MARTIN, Antonio J. Derecho de Familia. Divorcio y Separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de Modificación de Medidas. TOMO III. Valladolid. Ed: Lex Nova. Cuarta Edición.1999. ISBN: 84-8406-121-3.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. Derecho de la Persona. Acogimiento y Adopción, Discapacidad e incapacitación, Filiación y reproducción asistida, Personas mayores, Responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho. Barcelona. Ed: Bosch, 2011. ISBN 978-84-9790-839-9
- RUBIO VICENTE, Carmen. Sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Supervisión por el Fiscal de la actividad de la Administración. Seminario de especialización de menores: responsabilidad penal y de protección. Novedades legislativas. 29-31 de marzo de 2017. En: Web Fiscalía General del Estado. pág. 7.
- YZQUIEDO TOSLADA, Mariano, Tratado de derecho de la Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017. ISBN: 978-84-9099-635-5
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados. Barcelona: Ed. Bosch, 2013. ISBN: 978-84-9790-387-5.