



UNIVERSITAT DE BARCELONA

**DICTAMEN JURÍDICO EN MATERIA DE DERECHO PROCESAL
CIVIL**

DERECHO DE FAMILIA

Máster de Abogacía
Gracia María Fernández García
Tutor: Vicente Pérez Daudí
Barcelona
Curso 2019/2020

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO	1
1.1. SUPUESTO DE HECHO	1
1.2. ADOPCIÓN DE POSTURA PROCESAL SEGÚN LOS INTERESES DE MARÍA.....	1
1.3. CUESTIONES QUE SE NOS PLANTEAN	2
1.3.1 CUESTIONES SUSTANTIVAS	2
1.3.2 CUESTIONES PROCESALES.....	2
2. ANÁLISIS JURÍDICO.....	3
2.1. FUENTES JURÍDICAS APLICABLES AL CASO	3
2.1.1. LEY APLICABLE.....	3
2.1.2. JURISPRUDENCIA APLICABLE.....	6
2.2. ANÁLISIS JURIDICO DEL FONDO.	6
2.2.1. Medidas a solicitar en este proceso.	6
2.2.2. Defensa del interés del menor.	18
A) Concreción del principio del “interés del menor”.	18
B) Intervinientes en el proceso con la finalidad de proteger el interés superior del menor.	19
2.2.3. El plan de parentalidad.....	24
2.3. CUESTIONES PROCESALES.....	25
2.3.1. Tipo de procedimiento a seguir	25
2.3.2. Medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda.	30
2.3.3. Medios de prueba en relación con las pretensiones respecto de los hijos. 32	
2.3.4. Aportación de datos fiscales.....	33
3. CONCLUSIONES.	36
Emisión del dictamen	39
Bibliografía.....	41
ANEXO I.....	44
ANEXO II	46

1. ANTECEDENTES DE HECHO

1.1.SUPUESTO DE HECHO

El caso práctico que se nos plantea presenta los siguientes antecedentes:

- María y Elena se conocieron en el trabajo, y desde entonces, mantienen una relación sentimental. Se encuentran inscritas como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Barcelona.
- Residen en Barcelona, donde se han comprado una casa, que es titularidad de ambas, pero pagada íntegramente con el dinero de Elena. La casa está valorada en 220.000€.
- De dicha unión nace su hija llamada Ona. Elena, es la madre biológica y María es madre por inscripción en el Registro.
- Como consecuencia del nacimiento de Ona, María solicita en el trabajo (y le es concedida) una reducción de jornada para así poder ocuparse de ella.
- María es quien se ocupa del hogar y de Ona de manera preferente a lo largo de toda la relación. En consecuencia, se estanca en su trabajo en el que cobra la cantidad de 1.500€ netos mensuales.
- Por su parte, Elena es ascendida, y cobra actualmente la cantidad de 6.000€ netos mensuales.
- Desde hace algunos meses, en la relación sentimental de ambas surgen diferencias que las partes consideran irreconciliables.
- Finalmente, sabemos que María tiene como patrimonio una casa donada por su madre con un valor de 200.000€.

1.2. ADOPCIÓN DE POSTURA PROCESAL SEGÚN LOS INTERESES DE MARÍA

La postura procesal a adoptar es la del asesoramiento jurídico a María, madre no biológica de la menor, Ona, y miembro de la pareja de hecho en cuestión junto con Elena.

Ante la separación de ambas progenitoras, en primer lugar, se deberán tomar una serie de medidas en relación a la menor, Ona, teniendo en cuenta la dedicación que las progenitoras han tenido desde el momento de su nacimiento. Ello se realizará teniendo en cuenta el cuidado preferente de María hacia la menor y la situación laboral de Elena. Así mismo, en segundo lugar, habrá que decidir aquellas medidas que se podrán solicitar entre ambas convivientes como resultado del tiempo de convivencia y la situación económica en la que se encuentran cada una de ellas después de la ruptura de la relación. En torno a estas dos incógnitas, determinaremos también cuál será el cauce procesal adecuado para llevar a cabo este tipo de procedimientos, así como todas

aquellas cuestiones que desde el punto de vista procesal se nos puedan plantear en relación con éste.

Debemos asesorar a María sobre las diferentes medidas que son susceptibles de petición al Tribunal según su posición en el proceso de separación, no sólo respecto a la menor, sino también respecto de Elena, la otra conviviente, así como el cauce procesal oportuno para llevarlas a cabo. Se estudiarán, también, las distintas alternativas posibles que desde el punto de vista procesal se pueden presentar.

1.3. CUESTIONES QUE SE NOS PLANTEAN

1.3.1 CUESTIONES SUSTANTIVAS

En relación con los antecedentes expuestos en los apartados anteriores, surgen una serie de cuestiones, tanto sustantivas como procesales, a las que debemos dar respuesta según lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico y lo sentado en la doctrina y jurisprudencia.

Expuesta ya la situación a María, se le suscitan una serie de dudas, dadas las circunstancias particulares de su caso. Desde el punto de vista sustantivo, le interesa saber qué medidas se podrían pedir para que se fijen de manera legal los efectos que tendrá la ruptura en esta pareja. En concreto, le conviene saber que para la interposición de ciertas medidas, se tendrá en cuenta su situación como pareja de hecho, las circunstancias laborales y económicas de la pareja y la presencia de la menor, Ona, que será sujeto pasivo de algunas de ellas.

En segundo lugar, desea saber si podría solicitar la prestación compensatoria por razón de trabajo valorando su dedicación preferente al hogar y a la hija menor, así como el patrimonio que ambas convivientes poseen.

Como última cuestión sustantiva, se plantea la cuestión de quién se encargará de defender los intereses de la menor en el proceso, dadas las controversias y diferencias que pueden surgir entre las progenitoras durante éste. Respecto de este punto, María solicita consejo sobre cuál sería la mejor postura a adoptar.

1.3.2 CUESTIONES PROCESALES.

En lo que a cuestiones procesales se refiere, María se cuestiona cuál es el tipo de procedimiento a seguir en estos casos, por lo que le deberemos aconsejar sobre las distintas vías y posibilidades existentes en este tipo de circunstancias.

Asimismo, se pregunta qué documentos debería aportar para poder hacer valer sus pretensiones y la manera en la cual debería plantear aquellas relacionadas con su hija menor. Para ello, deberemos advertirle que en el mínimo tiempo posible nos traiga aquella documentación que figure en los registros y tenga relación con su situación de pareja: los documentos acreditativos del nacimiento de Ona y aquellos documentos de carácter económico que nos permitan conocer su situación. En relación con la menor, las medidas se deberán presentar en el plan de parentalidad, y le informaremos de los medios de prueba que podrían resultarnos pertinentes y útiles para llevar a cabo este tipo de procesos y que se estimen nuestras pretensiones.

María también teme que durante la pendencia de este proceso surjan más problemas en su relación. Para ello deberemos asesorarle sobre la petición de medidas provisionales y provisionalísimas. Todo ello deberá hacerse teniendo en cuenta la situación de urgencia y riesgo que presente el caso.

A su vez, se cuestiona el hecho de que si fuese procedente la prestación compensatoria por razón de trabajo, cómo se cuantificaría y que parámetros se utilizarían para ello. Le informaremos de que se tendrá en cuenta su patrimonio en el momento de la ruptura, así como el de Elena, las circunstancias laborales en las que se encuentran ambas, su situación anterior, la dedicación de ambas al hogar y otras cuestiones que más tarde abordaremos en nuestro análisis jurídico.

Por último, nos informa que, al vivir en el mismo domicilio, es probable que Elena haya cogido la declaración de IRPF de María para presentarla como prueba documental en el proceso. Su duda radica en cómo reaccionaríamos si se presentase esta situación y los datos aportados no hubieran sido requeridos por el Tribunal, ni hubiese contado con el consentimiento de María para su obtención.

2. ANÁLISIS JURÍDICO.

2.1. FUENTES JURÍDICAS APLICABLES AL CASO

2.1.1. LEY APLICABLE.

En este supuesto práctico, encontramos una situación en la cual hay una convivencia de pareja estable compuesta por dos mujeres, Elena y María. Ambas residen en Barcelona, dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña y tienen una hija llamada Ona, que es menor de edad.

→ **A nivel sustantivo.**

En virtud del **artículo 9.2 del Código Civil** en relación con el **artículo 14 del citado texto**, la Ley aplicable a este supuesto es la Ley personal común ambas convivientes, en su defecto, la ley personal de una de ellas elegida en documento público; y subsidiariamente, por la ley de residencia habitual de ambas.

Supongamos que ambas convivientes tienen vecindad civil de Cataluña. Por tanto, la **Ley aplicable es la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia**, según lo dispuesto en su **Disposición Transitoria Cuarta**. Ya que desconocemos la existencia de un documento público en el que se designe una Ley personal aplicable, con los datos proporcionados por María y en defecto de los criterios anteriores, sabiendo que el último domicilio de residencia habitual de los convivientes fue en Barcelona, tomaremos en consideración el criterio de la residencia habitual e igualmente aplicaremos esta Ley en virtud de lo dispuesto en el artículo anteriormente mencionado.

Los preceptos del Código Civil de Cataluña que serían de aplicación a este caso serán los establecidos en el **Título III**, denominado “La familia”, y dentro de este Título, el **Capítulo IV** relativo a la convivencia estable en pareja, tanto en la Sección 1º donde se recogen las disposiciones generales, como las Secciones 2º y 3º, relativas a la extinción de la pareja estable y a los efectos que ésta tiene, según lo regulado en la **Disposición Adicional Quinta** del mismo texto legal.

Respecto de las medidas a solicitar para regular dichos efectos será de aplicación la **Sección 3º, Capítulo IV del Libro II del Código Civil de Cataluña**. En concreto para regular la *guarda y custodia de los hijos menores*, se aplicará el **artículo 234-7 del Código Civil de Cataluña** que nos remite a los artículos **233-8 a 233-13** del mismo Texto Legal. Para regular el *derecho de uso y atribución de la vivienda familiar*, se aplicará lo dispuesto en el **artículo 234-8** del Código Civil de Cataluña; en este punto aclararemos *quién es la propietaria de la vivienda familiar* para lo que se utilizarán los **artículos 232-3 y 232-4** de la misma Ley; una vez aclarada esta cuestión se aplicarán los **artículos 233-21 a 233-25** del mismo texto. Para regular las *compensaciones económicas procedentes entre las convivientes*, se aplica el **artículo 234-9** del Código Civil de Cataluña que nos remite a lo dispuesto en los **artículos 232-5 a 232-10** de esta Ley. En relación con la *prestación de alimentos a los hijos*, se aplicará lo dispuesto en el **artículo 237-1 a 237-14** del Código Civil de Cataluña.

Dentro de las cuestiones sustantivas delimitaremos que se *entiende por interés del menor* para poder responder a la pregunta que nos realiza María. Para ello, se aplicará lo dispuesto en los artículos **3 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Una vez delimitado este principio, responderemos a la cuestión planteada indicando que serán los progenitores y el equipo técnico judicial; para esto aplicaremos lo dispuesto en el **artículo 236-17.1** del Código Civil de Cataluña y las **Disposiciones Adicionales 6º, 7º y 8º** a efectos de determinar la relevancia que tiene en estos casos el equipo técnico judicial.

Por último, dedicaremos un apartado a explicar el *plan de parentalidad* necesario en estos procesos. Se aplicará entonces el **artículo 233-9** del Código Civil de Cataluña.

→ **A nivel procesal.**

Se aplicarán los **artículos 24** de la **Constitución Española**, relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva así como su **artículo 18**, relativo al derecho fundamental a la intimidad, que nos servirán para *dar respuesta* a varias de las cuestiones procesales que se suscitan, como puede ser *la aportación de datos fiscales como medio de prueba al proceso*. Para la misma cuestión también será aplicable el **artículo 117** de la Constitución que delimita las funciones de Jueces y Tribunales.

La **Disposición Adicional Quinta del Código Civil de Cataluña** regula que los *procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable* seguirán el régimen jurídico establecido en el ya citado texto legal. En lo no regulado en esta Ley se regirá el proceso por lo dispuesto en la **Ley 1/2000**, de 7 de enero, **de Enjuiciamiento Civil**.

Es de aplicación lo dispuesto en el Libro IV, Título I, Capítulo IV titulado “De los procesos matrimoniales y de menores”.

Se aplicará el **artículo 753** de la LEC a efectos de *determinar el cauce que seguirá (juicio verbal) el procedimiento a seguir*. Se aplicará el **artículo 769** de la LEC para establecer qué *Juzgado es el competente* para tramitar nuestra demanda.

De igual modo, se aplicarán los **artículos 770 y 777** de la LEC para regular los *procedimientos de separación y divorcio contenciosos o de mutuo acuerdo respectivamente*, a efectos de ver las vías posibles por las que se tramitará este proceso. En este sentido, la Disposición Adicional Quinta del Código Civil de Cataluña se ampara la posibilidad de acudir a *vías extrajudiciales para solucionar las controversias* que surjan en la pareja. Podrá ser *la mediación* regulada en la **Ley 15/2009**, de 22 de julio, **de mediación en el ámbito privado**. Haremos también mención en este punto a los *pactos realizados en previsión del cese de la convivencia* que aparecen regulados en el **artículo 234-5 del Código Civil de Cataluña** y que hace remisión al **artículo 231-20** del mismo texto legal, donde se regulan los pactos en previsión de ruptura matrimonial.

Así mismo, también se aplican los **artículos 771, 772 y 773** de la LEC, donde se regulan las *medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda*, cuya función es la de regularizar la situación durante el tiempo que dure en resolverse el proceso principal.

En relación con las *pruebas pertinentes* que se practicarán en estos procesos, se aplicará el **artículo 281**, en relación con el **283** de la LEC. También se aplicarán los **artículos 771.3 y 774** de la LEC que determinarán cuándo será procedente la práctica de la prueba en estos procedimientos. Por último, los **artículos 324** y siguientes de la LEC relativos a la prueba documental en especial, a los que se hará referencia más adelante para responder a la cuestión planteada por María en relación con la aportación de datos fiscales al proceso como medio de prueba. En relación con esta misma cuestión también serán aplicables los **artículos 287 y 269** de la LEC. Se aplicará también el **artículo 11** de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, **del Poder Judicial** y el **artículo**

95.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, **General Tributaria**. Se aplicará así mismo la **Disposición Adicional Segunda del Libro II del Código Civil de Cataluña**.

2.1.2. JURISPRUDENCIA APLICABLE¹.

2.2. ANÁLISIS JURIDICO DEL FONDO.

2.2.1. Medidas a solicitar en este proceso.

En este apartado, es aplicable la Sección 3º del Capítulo IV del Código Civil de Cataluña, relativa a los efectos de la extinción de pareja estable. En su virtud podrán solicitarse las medidas siguientes:

- **Separación de la pareja de hecho.**

La pretensión principal de este proceso será la extinción de la pareja estable. En el artículo 234-4 del Libro II del Código Civil de Cataluña se regulan las causas de extinción de la pareja. De este modo, la pareja de hecho se extinguirá por: (a) cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida, (b) muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, (c) matrimonio de cualquiera de los convivientes, (d) común acuerdo de los convivientes formalizado en escritura pública y (e) voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro. Asimismo, establece este artículo que con la extinción de la pareja se revocarán los poderes y consentimientos otorgados entre ellos.

En estos procesos, según lo dispuesto en el artículo 751 de la LEC, no surtirán efectos ni la renuncia, ni el allanamiento ni la transacción. Sin embargo, es cierto que en aquellas pretensiones que se formulen en estos procesos en las que la legislación civil foral otorgue una facultad dispositiva para las partes, sí que cabrá ejercitar estas acciones. La separación es una materia dispositiva para ellas, y en consecuencia no existe inconveniente para que el conviviente demandado muestre su conformidad con esta pretensión².

¹ Véase relación de jurisprudencia utilizada como Anexo I.

² Vid. PÉREZ DAUDI, Vicente, “*Los procesos matrimoniales. Máster de derecho de familia. Universidad de Barcelona curso 2009/2010*”, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/10204>, 2010, págs. 1 y ss. [En línea, consultado el 29 de noviembre de 2019].

- **Ejercicio de la guarda de los hijos y relaciones personales con los menores.**

La guardia y custodia de menores es una facultad ligada a la potestad parental, que comprende los cuidados cotidianos de los menores (atenderles, llevarles al colegio, cuidarles, etcétera³).

El artículo 234-7 del Código Civil de Cataluña fija que la regulación de esta medida se hará conforme a lo comprendido en los artículos 233-8 al artículo 233-13 del citado texto legal. En virtud de lo dispuesto en estos artículos, las responsabilidades parentales con los hijos se mantienen aún después de roto el vínculo entre los progenitores⁴. Por ello, esta medida sería totalmente procedente. Para establecer las medidas en torno a esta cuestión se deberá atender a lo dispuesto en el plan de parentalidad teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

Además, en el caso de que los progenitores no se pusieran de acuerdo en cuanto a ello, será el juez o Tribunal quien decidirá sobre esta cuestión, pudiendo atribuir la guarda de manera compartida a ambos progenitores (lo que conllevará que el menor conviva por periodos de manera alterna con uno y otro progenitor), o bien de manera exclusiva a uno de ellos, estableciendo un régimen de visitas para el otro progenitor. En ocasiones, se le podrá prohibir mantener relación con éste, según sea conveniente al interés del menor y las circunstancias de los progenitores.

Los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad vienen contemplados en el artículo 233-11 del Código Civil de Cataluña. A modo ilustrativo de la aplicación de dichos criterios, se reproduce a continuación un fragmento de sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵:

“Com s'ha analitzat, anteriorment en seu de recurs extraordinari d'infracció processal, la Sala d'apel·lació ha realitzat una valoració dels criteris i circumstàncies que indica l'article 233-11-1 CCCat i, com el mateix precepte exigeix, els ha ponderat conjuntament. En aquest sentit, ha pres en consideració la vinculació afectiva entre la filla i els progenitors (a), l'aptitud dels progenitors per a procurar al menor un entorn adequat segons la seva edat (b), l'actitud de cada progenitor per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar l'estabilitat dels fills, especialment per a garantir adequadament les relacions de la filla amb els progenitors (c), el temps que cada progenitor havia dedicat a l'atenció del fill abans de la ruptura (d). Arribats al criteri g) (situació dels domicilis, els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors), ha ponderat, de manera conjunta amb els criteris anteriors, la feina dels dos progenitors (el pare, empleat de banca i la mare professora al col·legi on previsiblement cursarà els seus estudis la menor). Així, ha descartat que una distància de 15 quilòmetres entre els domicilis de la mare i el pare, tenint en compte el fet que la mare sigui professora on la nena efectuarà previsiblement els seus estudis i que el pare compte a Sant Quirze amb el recolzament de la família extensa paterna, pugui impedir el desenvolupament idoni d'una guarda i custodia compartida. Per tant, no s'ha efectuat una valoració d'aquest criteri en abstracte o allunyada del cas concret, encara que inadecuadament el qualifiqui com a criteri addicional sinó que la Sala, en atenció a les circumstàncies concurrents, ha considerat que aquesta distància, ponderada conjuntament amb els altres criteris i paràmetres, tant del propi apartat g)

³ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 50/2018, de 31 de mayo.

⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 36/2014, de 22 de mayo.

⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 35/2015, de 14 de Mayo.

com dels anteriors, no esdevé contrària a l'interès del menor, sinó que el règim escollit és el que més s'adequa a la seva consecució. Conseqüentment, no es pot entendre que la resposta jurídica atorgada pugui merèixer la consideració d'arbitrària i, en atenció als raonaments exposats, s'ha de desestimar el recurs de cassació interposat”.

Hasta hace pocos años, el régimen que se imponía en nuestra doctrina y jurisprudencia era la custodia exclusiva a favor de uno de uno solo de los progenitores. Sin embargo, en la actualidad es notable el cambio de tendencia que ha sufrido la jurisprudencia, ya que ahora es habitual que ambos progenitores trabajen y a la vez se ocupen del hogar, sin perjuicio de que uno de ellos se dedique en mayor grado a estar pendiente de los hijos menores⁶. Tal es así que el legislador catalán, en la exposición de motivos del Libro II del Código Civil de Cataluña llega a establecer explícitamente el carácter preferente de atribución de la custodia compartida.

A favor de este tipo de custodia también se viene manifestando el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A modo ilustrativo, se reproduce otro fragmento de sentencia⁷:

“La custodia compartida o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de estos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto”.

No obstante, y a pesar de estos pronunciamientos, en ocasiones queda demostrado que este tipo de custodia no es aconsejable para los menores y se debe volver a la custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores. Este tipo de guarda y custodia también presenta varias modalidades: la primera es el establecimiento de un régimen de visitas a la otra parte, en el cual, el progenitor que no tenga consigo a los menores podrá verlos en los términos y condiciones fijados en la resolución definitiva del proceso; la segunda consiste en prohibir por completo que los menores convivan o compartan cualquier momento con este progenitor. Por ejemplo, en ningún caso, se atribuirá la guarda y custodia ni un régimen de visitas al progenitor que haya obtenido una condena firme por actos de violencia familiar o machista, ni tampoco cuando haya indicios de ésta. Para mayor abundamiento sobre ello, véase la sentencia de la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona 369/2014, de 27 de mayo.

Podría darse el caso de que no fuese recomendable que el menor permanezca con ninguno de los progenitores. En este caso, la autoridad judicial podrá otorgar la guardia y custodia a un tercero o institución idónea para ello. En este sentido, se puede consultar la sentencia de la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona 108/2011, de 22 de febrero de 2011.

⁶Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “Custodia compartida de los progenitores. Casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2019, págs. 1613-1646.

⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 29/2008, de 31 de julio.

Puede darse la situación de que los progenitores establezcan un régimen de relaciones personales de los hijos con otros miembros del entorno familiar, como pueden ser abuelos o hermanos mayores de edad que ya no convivan en el domicilio familiar teniendo en cuenta que éstos otorguen su consentimiento para ello. La autoridad judicial podrá adoptar medidas para que este tipo de relaciones personales garanticen la seguridad y estabilidad emocional de los menores⁸.

- **Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.**

La doctrina entiende por “vivienda familiar”, “*el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar*”⁹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰ dice lo siguiente:

«El reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Este derecho es, por tanto, tal como entiende la doctrina¹¹ “*uno de los derechos personales incluidos dentro de la contribución de las cargas de la familia, siendo por tanto, de carácter personal e intransferible*”.

En nuestro caso, sabemos que la vivienda familiar está inscrita en el Registro de la Propiedad, tanto a nombre de María como de Elena. Por tanto, ambas serían formalmente propietarias de la vivienda familiar. No obstante, nuestra clienta nos proporciona otro dato: a pesar de lo que diga el Registro, el inmueble se ha pagado íntegramente con el dinero de Elena.

En base a ello, determinaremos a qué patrimonio pertenece esta vivienda: los artículos 232-3 y 232-4 del Código Civil de Cataluña, establecen que en el caso de bienes que se adquieran a título oneroso pertenecerán a aquel conviviente que ostente su titularidad. Si ha sido pagado con el dinero privativo de uno de los cónyuges se presume que existe la donación y que ambas convivientes ostentan la propiedad con carácter proindiviso. Dicha presunción será *iuris tantum*, y, por tanto, podrá desvirtuarse en el proceso, mediante prueba en contrario, cuya carga recaerá sobre la parte que queda perjudicada por esta presunción. El objetivo de esta prueba será demostrar que no existió tal negocio jurídico o que, si existiese, no se trataría de una donación, sino de

⁸ Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2019, págs. 3284-3314.

⁹ Vid. HERRERO GARCÍA, M^o. J., “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”, Madrid, 1991, pág. 588.

¹⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2016/1993, 16 de diciembre de 1996.

¹¹ Vid. MURCIA QUINTANA, Emilio, *Derechos y Deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 55-56.

otro negocio distinto, con carácter oneroso o gratuito. No bastará entonces, con la titularidad formal que aparece en el registro para atribuir la propiedad de manera proindiviso a ambas convivientes, sino que si se demuestra que hay una titularidad material (de manera que el bien pertenece verdaderamente a una de ellas) esta presunción quedaría desvirtuada¹². En consecuencia, si se lograra demostrar que Elena es la única propietaria de la vivienda, ésta sería un bien privativo de ella.

En el presente caso, si ambas convivientes aparecen como titulares formales del inmueble, aunque la vivienda haya sido pagada con dinero privativo de Elena, se presumirá que ha sido una donación de Elena a María. Por tanto, Elena y María serán propietarias proindiviso de la vivienda familiar, a razón del cincuenta por ciento de la titularidad de ésta para cada una, siempre y cuando Elena no se encargue de desvirtuar esta presunción.

Teniendo clara esta cuestión, analizaremos si es procedente solicitar la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar para María.

La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar aparece regulada en el artículo 234-8 del Código Civil de Cataluña. En virtud de éste, los convivientes podrán acordar el uso de la vivienda a favor de uno de ellos. No obstante, en los casos en que los convivientes no se pongan de acuerdo, será el Juez quien determine cuál es la solución más adecuada para esta medida. De este modo, se atribuirá a aquel progenitor que ostente la guardia y custodia de los menores con carácter exclusivo (en aras de la protección para el interés superior del menor). En cambio, si esta guarda y custodia son compartidas, la vivienda se atribuirá al progenitor que se encuentre en una situación de mayor necesidad. Así se explica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de febrero de 2017¹³, donde se destaca la poca discrecionalidad que permite el legislador catalán al Juez a la hora de tomar una decisión en esta materia.

Asimismo, en el artículo 234-8 se realiza una puntualización: debe tenerse en cuenta esta atribución a la hora de adjudicar las obligaciones alimentarias para con los hijos menores, o bien las que se hagan entre convivientes, si la beneficiaria no es propietaria de la vivienda. Se integra este derecho como un presupuesto básico dentro del derecho de pensión alimentaria a favor de los menores en este tipo de situaciones familiares¹⁴.

A parte de lo dispuesto en este artículo, también se debe atender a lo dispuesto en los artículos 233-21 a 233-25, en los que se dispone que no se atribuirá la vivienda familiar si se acredita que el conviviente que mantiene la guardia y custodia de los hijos menores tiene recursos suficientes para cubrir su necesidad de vivienda, o si el cónyuge

¹² Vid. ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “*Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación*”, Barcelona, Indret 4/2011, 2011, págs. 13 y ss. [En línea, consultado el 10 de diciembre de 2019].

¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 7/2017, de 16 de febrero.

¹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 14/2016, de 7 de marzo.

deudor de las prestaciones a realizar a los hijos o al otro conviviente demuestra que tiene recursos suficientes para hacer frente a las necesidades de vivienda de ambos¹⁵.

Si la vivienda se encontrase en posesión de los convivientes por un título distinto al de propiedad (como puede ser, por ejemplo, el arrendamiento), la atribución se otorgará en los límites atribuidos por éste. Este derecho será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Será el conviviente beneficiario de este derecho de uso quien tenga que hacer frente a las obligaciones y gastos habituales de conservación y mantenimiento que se generen por la atribución. Ello se hará según lo que se establezca en los seguros que recaigan sobre la vivienda, o bien se registrarán por lo que se dispuso inicialmente en el título de constitución de éstos.

Este derecho de uso se puede atribuir en base a unas condiciones pactadas por las convivientes, o bien con carácter temporal por necesidad de una de las convivientes. Por ello, el derecho de uso se extinguirá en las siguientes situaciones:

- Si la vivienda es atribuida como consecuencia de ostentar la guarda de los hijos, cuando estos sean mayores de edad, o en todo caso, cuando finalice dicha guarda¹⁶.
- Por las causas pactadas libremente entre los miembros de la pareja.
- Por haber mejorado la beneficiaria su situación económica, o bien haberla empeorado la otra parte, si ello lo justifica.
- Por convivencia marital o nuevo matrimonio de la beneficiaria de este derecho.
- Por fallecimiento de la conviviente beneficiaria del uso.
- Por el vencimiento del plazo establecido, o de su prórroga.
- Por acuerdo de ambas convivientes o renuncia de la beneficiaria de este derecho.

Una vez que este derecho se ha extinguido, el conviviente que es propietario de la vivienda podrá recuperarla en la ejecución de la sentencia donde se acuerde el derecho de uso, duración y extinción del derecho. En todo caso, procederá la solicitud de la cancelación de la inscripción registral del derecho de uso. No obstante, aunque prevalezca el derecho de uso, la parte que es propietaria de la vivienda (o tenga algún tipo de derecho real sobre ésta) podrá disponer de ella sin consentimiento de la otra parte¹⁷.

El momento procedente para acordar esta medida será el de la adopción de las medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda. Sin embargo, si dichas medidas no se solicitan, el Juez podrá pronunciarse de oficio, ya que en este tipo de

¹⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 25/2018, de 15 de marzo.

¹⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 57/2018, de 21 de Junio.

¹⁷ Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2017, págs. 1964-2005.

procedimientos prima el interés superior del menor en todo momento, y el principio de justicia rogada, tan presente en los procedimientos del orden jurisdiccional civil, sólo se aplica de manera relativa. Esta atribución se interpreta como una forma de protección a los menores que se ven afectados por la situación de crisis existente entre sus progenitores¹⁸.

- **Compensación económica por razón de trabajo.**

En la jurisprudencia catalana¹⁹, la compensación económica por razón de trabajo se ha calificado como una indemnización tendente a resarcir un perjuicio patrimonial derivado de la actividad realizada por uno de los cónyuges. Dicha indemnización debe estar basada en la buena fe y en el principio de confianza y estabilidad del matrimonio y de la convivencia, que en un momento posterior se ve frustrada por la crisis conyugal. Huelga decir que la compensación no debe ser considerada como una sanción. La finalidad de esta compensación es, en palabras de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia 69/2014, de 30 de octubre de 2014, “corregir la descompensación de las ganancias obtenidas durante la convivencia de las partes, radicando en las características que tiene el régimen de separación de bienes”.

El número de compensaciones económicas de este tipo es especialmente significativo en Cataluña, dado el régimen de separación de bienes imperante en la Comunidad. Ello conlleva que en las rupturas de pareja, ésta sea una de las medidas más solicitadas, ya que va encarada a compensar el trabajo que uno de los miembros de la pareja ha realizado sin recibir ningún tipo de contraprestación durante los años que ha durado la convivencia²⁰.

Para solicitar esta medida, es aplicable el artículo 234-9 del Código Civil de Cataluña, en el cual se regula que esta compensación procederá si hay un miembro de la pareja que ha trabajado más para el hogar y no ha obtenido compensación económica por ello, o ésta ha sido insuficiente. Por otro lado, es necesario que el otro miembro haya obtenido un incremento patrimonial en el momento de la ruptura. Este mismo artículo nos remite al artículo 232-5 a 232-10 del Código Civil de Cataluña, como régimen legal aplicable a esta medida, en disoluciones matrimoniales.

Conviene aclarar qué se entiende por trabajo para el hogar: a lo largo de la historia, este concepto ha sido indeterminado, no teniendo una exacta definición jurídica

¹⁸ Vid. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “Valoración del interés superior del menor a la hora de adoptar medidas civiles en situaciones de conflicto parental”, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, ISBN: 978-84-9085-991-9, 2016, págs. 262-271.

¹⁹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 778/2013, de 17 de Diciembre.

²⁰ Vid. VILA SORIANO, Marta, “Configuración y cuantificación de la compensación económica por razón de trabajo: valorar las tareas de cuidado para incentivar la igualdad de género”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, ISSN: 1575-720-X, 2018, págs. 381-403.

de lo que puede significar “trabajo para la casa”. Según cierta doctrina²¹, el trabajo para el hogar se entiende, no sólo como aquel trabajo de ejecución material que consiste en procurar la alimentación, vestido, educación y cuidado de los menores y del otro conviviente, sino que también es aquel que se realiza a través de la buena administración y gestión del hogar familiar. No existe, sin embargo, la necesidad de que este trabajo sea con carácter exclusivo, sino que también procederá esta medida si se realiza de manera parcial por trabajar fuera de casa.

Los criterios a seguir para ver si se debe otorgar o no el derecho a esta compensación económica, deben ser: a) la duración e intensidad de la dedicación de la conviviente a la familia, en relación con los años de convivencia; b) y si esa dedicación al hogar incluye la crianza y cuidado de los hijos menores o familiares que convivan con ellos.

Para establecer si sería procedente solicitar esta medida, habría que demostrar que el patrimonio de Elena ha aumentado (aunque sea de forma indirecta) gracias a la contribución de María, que ha permitido, quedándose en casa, que Elena pueda seguir avanzando en su carrera, y tener una mayor retribución salarial²². Un documento esencial respecto a esta medida sería el inventario de los bienes que componen el patrimonio de cada conviviente.

Este tipo de compensación puede ser sometida a pacto tanto en la determinación de su procedencia como de su cuantía. Se podrá realizar en previsión de un futuro cese de la convivencia. Además, se presume por la Ley que debe ser pagada en dinero, en defecto de pacto. Sin embargo, el Juez podrá ordenar, a petición de parte, que la totalidad o una parte se satisfaga en especie. De igual modo, para el caso en que no se pudiera hacer frente a un pago único, es posible que se pueda aplazar el momento de pago de esta compensación, o bien ordenar que se pague a plazos con un máximo de tres años, incluyendo el interés legal que se genere. En estos casos, como forma de garantía del pago para la conviviente acreedora se podrá constituir por orden del Juez una hipoteca o una prenda.

No obstante, si el patrimonio de la deudora fuese insuficiente para hacer frente al pago de esta compensación, a petición de la acreedora se podrá conceder la reducción o supresión de donaciones y atribuciones particulares hechas en pacto sucesorio por la deudora, comenzando por la más reciente hasta la más antigua. Estas acciones caducarán a los cuatro años desde la extinción del régimen y no procederán si los bienes se encuentran en manos de terceros poseedores a título oneroso y de buena fe.

Es importante saber que, tal y como se determina en el artículo 232-10 del Código Civil de Cataluña, esta compensación es compatible con el resto de prestaciones económicas a favor de la conviviente acreedora debiendo tenerla en cuenta a la hora de

²¹ Vid. CALLEJA GÓMEZ, Francisco, “*La compensación económica por razón de trabajo en el derecho civil de Cataluña*”, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/97186>, 2015, págs. 221-233.

²² Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 131/2018, de 8 de octubre.

fijarlas, o bien para modificarlas. A modo ilustrativo, así se pronuncia la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 35/2006, de 26 de septiembre:

“En este sentido, tuvimos ocasión de afirmar en nuestra sentencia núm. 27/1998 de 31 de octubre, propiamente dedicada a afirmar la compatibilidad de la pensión compensatoria del art. 97 CC (LEG 1889, 27) con la prestación del art. 23 CDCC (LCAT 1984, 1888) , después de reconocer que aquel precepto se hallaba en vigor en Cataluña antes de la promulgación del Codi de Família por la Llei 9/1998 de 15 de julio (LCAT 1998, 422, 521) , que la finalidad de aquel precepto del Código Civil (LEG 1889, 27) es establecer una pensión en favor del cónyuge que, a raíz de la separación o del divorcio, sufra un desequilibrio «que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio», entendiéndose que dicha pensión tiende a eliminar «desequilibrios futuros» y a atenuar el descenso económico que puede sufrir uno de los esposos comparando su situación constante matrimonio y aquélla en que quedará después de la separación o el divorcio, a diferencia de la prestación prevista en el art. 23 CDCC, con la que lo que se pretende, por el contrario, es compensar desequilibrios pasados, comparando para ello los patrimonios de ambos cónyuges y corrigiendo el enriquecimiento injustificado de uno como consecuencia del trabajo no compensado del otro”.

La forma de cuantificar este tipo de compensación se regula de manera detallada en el artículo 232-6 del Código Civil de Cataluña. En él se fija que los incrementos patrimoniales se calcularán de acuerdo a lo siguiente:

- El patrimonio existente, compuesto por los bienes que posea cada conviviente en el momento de ruptura del régimen o del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas y obligaciones que les afecten.
- Debe añadirse al valor de los bienes de cada conviviente, el valor de los bienes de los que se ha dispuesto a título gratuito, con el valor que tengan en el momento de la ruptura, restándole las donaciones hechas a hijos comunes y las liberalidades de uso (regalos), así como los actos realizados con la intención de perjudicar a la otra parte.
- Por el contrario, debe descontarse el valor de los bienes que el conviviente tenía en el momento de inicio de la convivencia, una vez deducidas las cargas que le afecten, el valor de las adquisiciones a título gratuito y las indemnizaciones por daños personales, excepto lo que se indemnice en concepto de lucro cesante.

De esta manera, dispone este artículo en su segundo apartado que las atribuciones realizadas por la conviviente deudora a la conviviente acreedora de este derecho se imputan a la compensación, pero por el valor que tienen en el momento de la ruptura de la convivencia.

La compensación económica por razón de trabajo no es un derecho ilimitado: no podrá superar el veinticinco por ciento de la diferencia de los incrementos patrimoniales entre las convivientes. Sin embargo, si se prueba que el incremento patrimonial ha sido notablemente superior, el Juez podrá aumentar esta cuantía según las circunstancias del caso concreto²³. Es por ello, que el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende, que la determinación de la cuantía de esta compensación se ha de hacer atendiendo al caso concreto y no tomando en consideración fórmulas generales

²³ Vid. CALLEJA GÓMEZ, Francisco, óp.cit., págs. 221-233.

inexistentes. Principalmente, se tendrán en cuenta, como se expone en la Ley: a) la duración de la convivencia, b) el esfuerzo del cónyuge acreedor, c) su edad, d) la importancia del patrimonio obligado a pagar, e) la atribución del uso de la vivienda familiar, f) la equidad. No se utilizará, la contribución realizada a los gastos y cargas del matrimonio o convivencia, el porcentaje de las ganancias o el valor de los servicios prestados²⁴.

El plazo para el ejercicio de este derecho es de un año de caducidad desde el momento en que se produce la extinción de la pareja estable.

- **Prestación alimentaria a favor de María y de Ona**

En primer lugar, explicaremos qué es esta prestación alimentaria. Dicha prestación consiste en la obligación que tiene el deudor de prestar aquello que es indispensable para atender a las necesidades vitales de los que se encuentran en estado de necesidad. En el caso de la pareja, será necesario, tal y como se determina en la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona 740/2018, de 2 de noviembre de 2018, que uno de los miembros la necesite, conservando entonces esta prestación el carácter de pensión alimenticia. Debe, pues, valorarse la necesidad de uno de los miembros, y la capacidad del otro para satisfacerla sin desatender sus propias necesidades, atendiendo entonces al correspondiente principio de proporcionalidad al que debe ser sometida esta prestación. La renuncia de esta prestación, no será procedente en aquello que impida que la conviviente acreedora pueda hacer frente a sus necesidades vitales.

Esta pensión debe ser satisfecha en un solo pago, o bien, en forma de pensión de carácter periódico. En todo caso, si no existiese acuerdo, la autoridad judicial decidirá la forma en la que será atribuida atendiendo a los patrimonios y recursos de la conviviente deudora de este derecho. Si se decide atribuir en forma de capital, la conviviente deudora podrá solicitar, al igual que en la compensación económica por razón de trabajo, que se aplase o que se haga en forma de pagos periódicos dentro de un límite máximo de tres anualidades más el interés legal del dinero que se vaya generando.

En cambio, en caso de atribución en forma de pensión, deberá realizarse el pago periódicamente, en dinero y por mensualidades avanzadas. En estos casos, la pensión alimentaria que se fije podrá ser modificada si mejora la situación de la conviviente acreedora o empeora la de la conviviente deudora, teniendo en cuenta los nuevos gastos familiares y el derecho de alimentos a favor de los hijos. Se extinguirá este derecho cuando:

- La situación de la acreedora mejore tanto que deja de justificar que se realice esta prestación o se da la situación contraria con la deudora.

²⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 56/2018, de 21 de Junio

- Matrimonio de la acreedora o convivencia marital.
- Fallecimiento de la acreedora.
- Vencimiento del plazo por el que se estableció.

En todo caso, esta atribución tendrá un carácter temporal que no podrá superar las tres anualidades, o bien si se ha atribuido como consecuencia de tener la guarda y custodia de los hijos, mientras ésta dure. Para mayor abundamiento, véase la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 89/2018, de 18 de noviembre.

El ejercicio de este derecho, al igual que la compensación económica por razón de trabajo, se extingue al año desde la ruptura de la pareja estable y se debe reclamar en el mismo procedimiento que el resto de medidas que sea procedente solicitar.

Dentro de las prestaciones económicas a realizar en estos casos, debemos incluir el derecho de alimentos que surge en favor de los hijos menores o mayores de edad, según determinadas circunstancias. Este derecho comprende lo indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como todos aquellos conceptos que sean necesarios y se consideren básicos para su subsistencia, y que le permitan tener una cierta calidad de vida²⁵. En la doctrina de las Audiencias Provinciales catalanas y del propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁶, se incluye este deber como intrínseco a los deberes inherentes que se engloban dentro de la potestad parental, debiendo ante la mínima presunción de ingresos, fijar una pensión que permita el sustento de los menores. De esta manera, todo progenitor que tenga en su poder la facultad de ponerse a trabajar y ganar un salario, tiene el deber de procurar el sustento del menor con ese salario/ingreso como una medida de protección hacia el menor²⁷.

El régimen aplicable a este derecho, se encuentra en los artículos 237-1 a 237-14 del Código Civil de Cataluña. En este régimen legal, se declara la expresa obligación que tienen los ascendientes, en este caso progenitores, a prestar alimentos a la persona necesitada de ellos para su sustento. Ello encuentra su justificación en que los menores de edad, precisamente por su condición de menores de edad, no pueden trabajar, ni por tanto, buscarse un sustento propio. Por ello, se consideran personas que se encuentran en situación de necesidad, lo que provoca el nacimiento del derecho²⁸.

En caso de hijos menores, como es nuestra situación, esta reclamación se podrá hacer tanto de manera judicial como de manera extrajudicial, con una antelación máxima de un año a la interposición de la demanda de extinción, como medida de

²⁵ Vid. GONZÁLEZ SANCHEZ, Julián Ángel, “Concepto y caracteres de la pensión alimenticia”, Barcelona, SP/DOCT/19349, 2016, pág.1.

²⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18º, 909/2018, de 27 de Diciembre.

²⁷ Vid. PÉREZ TORNO, María José, “Comentario Artículo 237-4. Derecho a reclamar alimentos. LEY 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, Barcelona, SP/DOCT/15609, 2011, págs. 1 y ss.

²⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 14/2016, de 7 de marzo.

protección. Esta reclamación se realizará por la persona necesitada, o bien, por su representante legal. Este derecho es un derecho irrenunciable, intransmisible e inembargable, tal y como establece el artículo 237-12 del Código Civil de Cataluña.

Para determinar su cuantía, la Ley recoge que será en función de las necesidades del alimentado y de las posibilidades económicas de la persona que quede obligada a prestarlos, atendiendo a un principio de proporcionalidad. Podría fijarse de común acuerdo las bases que se tendrán en cuenta para ir actualizando la cuantía de esta prestación. Sin embargo, esta prestación no es modificable únicamente según las bases pactadas, sino que también será necesario que si concurre alguna circunstancia que pueda influir de manera decisiva en la misma, será necesario que el alimentado informe al alimentante para reducir o aumentar la misma en consecuencia²⁹.

Debe satisfacerse en dinero y por mensualidades avanzadas, aunque también es posible que los alimentos se satisfagan dejando que la persona alimentada viva o conviva en la casa con el alimentante, siempre y cuando esto sea posible. La ley ampara que se tomen las “medidas necesarias” para asegurar el cumplimiento de la obligación.

En nuestro caso, este derecho se podrá extinguir por el fallecimiento de María o Elena, la reducción de las rentas de Elena o bien, una mejora en las circunstancias económicas de María, de forma que dicha prestación se torne innecesaria.

La prestación de alimentos en favor de hijos se mantendrá aunque estos sean mayores de edad, si aún continúan en formación y por tanto, aunque cumplan el requisito legal de la edad, no tengan la posibilidad de acceder al mercado laboral al no haber acabado su formación. Ello es así, siempre y cuando el no haber terminado con los estudios, no sea por una causa directamente imputable al menor y los progenitores tengan el sustento suficiente como para poder hacer frente a los gastos que ello conlleva³⁰.

Distinto sería que Ona no aprovechara los estudios en un futuro, decidiese abandonarlos o se pusiera a trabajar. Según doctrina fijada, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 662/2014, sección 18º, de 8 de octubre, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 69/2015, sección 2º, de 12 de febrero, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 221/2014, sección 1º, de 20 de junio de 2014, en estos casos, se extinguiría de manera justificada la prestación de alimentos siempre que se pruebe que se dan estas circunstancias³¹.

²⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º, RJ 2017/6251, de 20 de julio de 2017.

³⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1º, 310/2014, de 18 de Noviembre.

³¹ Vid. CANTURIENSE SANTOS, Ana, “*Pensión de alimentos e hijos mayores de edad en el CCCat. Cada familia un caso*”, SP/DOCT/19922, 2016. Sepin.es [En línea, consultado el 10 de octubre de 2019].

2.2.2. Defensa del interés del menor.

A) Concreción del principio del “interés del menor”.

En un primer momento, para poder responder a esta cuestión, es necesario, delimitar qué es lo que se entiende por “*interés del menor*”. Debemos saber que se trata de un concepto jurídico indeterminado, y que, por tanto, es algo difícil definirlo con exactitud. Partiendo de esta base, este principio se fundamenta, tanto para los progenitores, resto de familia e instituciones públicas, en el mantenimiento de la estabilidad emocional e integración social del menor, que se debe mantener desde todos los ámbitos y en todas las relaciones que se mantengan o situaciones que se den con éste. Para ello, es necesario que se garanticen las medidas para asegurar el bienestar del menor por encima de cualesquiera otros derechos que se pretendan o discutan en cualquier tipo de ámbito³². Tal y como sostienen ciertos autores³³, el contenido del interés del menor “*consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para garantizar su efectividad*”.

En primer lugar, debemos referirnos a los textos internacionales como el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, que consagra el interés superior del menor. En su artículo 9 se establece lo siguiente:

“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Además, en su apartado 3 se dispone lo siguiente:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Es por ello, que tanto desde los estados participantes en este tratado, a través de los órganos judiciales y entidades de derecho público, como los propios progenitores, debe velarse porque este principio se cumpla, procurando mantener la relación de los menores con ambos progenitores de forma que se salvaguarde el interés superior y el libre desarrollo de su personalidad³⁴.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2016, de 7 de marzo:

“Tercero.- Con carácter previo, importa dejar constancia de que, como ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 4/2001, de 15 ene. FJ5), la Sala Primera del Tribunal Supremo

³²Vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “*La necesaria salvaguarda del Interés del menor ente las rupturas parentales*”, Granada, 2009, pág. 3-8. [En línea, consultado el 10 octubre de 2019].

³³ Vid. ROCA TRÍAS, Encarna, “*Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*”, Civitas, Madrid, 1999, págs. 216 y ss.

³⁴Vid. MARTÍN CALERO- GUILARTE, Cristina, “*La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 13-18.

(por todas, STS1 304/2012 DE 21 MAY. FD3) y también esta propia Sala casacional autonómica (por todas, STSJCat 9/2010 de 3 mar. FD2), en todo lo relativo a la protección y a la salvaguarda de los intereses de los menores que se hallen comprometidos en los procedimientos de Derecho de familia, como consecuencia inescindible de la obligación impuesta a los órganos judiciales – de cualquier instancia- de velar por ellos de forma prioritaria (art.233-8.3 CCCat), incluso de oficio (art.233-4.1 CCCat), el principio procesal de rogación se aplica en estos casos solo de forma relativa”.

Dentro del ámbito concreto de las rupturas de pareja, la manera de materializar este principio, es la forma de atribuir la guarda y custodia a los progenitores, y para ello, se tendrá en cuenta de manera preferente el interés superior del menor evitando atribuir la custodia compartida en aquellas situaciones en las que alguno de los progenitores no cumpla con los requisitos para ello. Nuestro Tribunal Supremo establece que para la atribución de la custodia compartida deben tenerse en cuenta diversos factores. La sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, 200/2006, de 28 de septiembre, dice lo siguiente:

“Permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1 y 2 LEC. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

B) Intervinientes en el proceso con la finalidad de proteger el interés superior del menor.

1) **Los progenitores.**

Lo dispuesto en el artículo 233-8 del Código Civil de Cataluña establece que en los casos de nulidad, divorcio o separación, no se alteraran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos. Este artículo nos remite al artículo 236-17.1 del citado texto legal, en el cual se impone a los padres el deber de cuidar de sus hijos, convivir con ellos, educarlos, proporcionarles una educación integral, administrar su patrimonio y representarlos. De igual modo deberán velar por que la presencia de sus hijos en internet sea adecuada a su edad o personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse de su uso³⁵.

³⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 50/2018, de 31 de mayo.

Con el fin de que estas medidas se cumplan durante estos procedimientos, los progenitores deberán aportar un detallado plan de parentalidad, donde figurarán las siguientes medidas³⁶:

- El lugar donde vivirán los hijos, así como las reglas que permitan determinar a qué progenitor corresponde la guarda en cada momento.
- Las tareas que son responsabilidad del progenitor en relación con las actividades cotidianas de los hijos.
- Las formas en que debe cambiarse la guarda y como deben repartirse los gastos que se generen.
- El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores. El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre.
- La forma de cumplir el deber de compartir toda la información acerca de las cuestiones relacionadas con los menores.
- La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y otras cuestiones para los hijos.

De igual modo, deberá contener todas aquellas cuestiones que sean relevantes para el cuidado de los hijos, pudiendo acudir a la mediación para llegar a un acuerdo sobre estos extremos.

Es en virtud de lo dispuesto en estos artículos, en la doctrina y en la reiterada jurisprudencia mostrada a lo largo de este apartado, que entendemos que en estos procesos, son los padres los que deben defender en todo momento el interés de los hijos.

A lo largo de toda la regulación de este tipo de procesos aparecen medidas para proteger el interés superior del menor, de modo que debe ser oído siempre, y no solo a partir de la edad de doce años (momento en el que empieza a ser obligatorio). Los menores deben ser oídos, según lo que estipula la jurisprudencia “*cuando éstos tengan raciocinio o sentido común suficiente*”. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2/2014, de 9 de enero.

El interés del menor quedará materializado en el plan de parentalidad mediante una custodia compartida, o exclusiva con un régimen de visitas a favor del otro progenitor, a fin de que la menor mantenga estas relaciones con ambos progenitores.

2) El equipo técnico judicial.

Aparece regulado en las Disposiciones Adicionales Sexta, Séptima y Octava del Libro II del Código Civil de Catalunya, como un órgano administrativo que actúa prestando funciones de auxilio a los Jueces y Tribunales. Esta será su función primordial amparada bajo la Ley. Sin embargo, en la práctica se han atribuido funciones de protección al interés del menor y por ello ha sido incluido en este punto. Este equipo

³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 18/2017, de 29 de marzo.

técnico judicial, estará conformado por especialistas como psicólogos, pediatras, geriatras, médicos de familia, trabajadores o educadores sociales.

Este equipo técnico judicial, actuará cuando sea requerido para ello por el órgano judicial, en caso de que éste designe a un especialista. Realizará, además, funciones de seguimiento de aquellas medidas concernientes a los hijos que se fijen en la sentencia que ponga fin al proceso³⁷.

Una forma muy común de que este equipo intervenga en el proceso, es a través de la realización y aportación de un dictamen pericial. La elaboración de este dictamen, puede ser bien a instancia de parte o del Ministerio Fiscal o bien, requerida por el órgano judicial, de oficio. Ello puede presentar problemas, y puede llevar a que se den dos dictámenes y que ambos sean contradictorios entre sí.

En la práctica, se permite que las partes, en los procesos matrimoniales, puedan aportar un dictamen pericial realizado por un perito contratado por éstas. Sin embargo, ello no da una especial confianza al órgano judicial, que para evitar estas situaciones permite que sea el Equipo Técnico Judicial quien realice el nombramiento del perito, y así evitar que el perito de parte elabore un dictamen favoreciendo la posición de su cliente. En la Disposición Adicional Sexta se recoge la obligación que tienen las partes de colaborar con el experto independiente designado para la elaboración de su informe sin poder negarse a ello³⁸.

La misma Disposición establece que los dictámenes emitidos por las partes únicamente tengan la misma consideración que los emitidos por los expertos designados por el equipo técnico judicial, si hubiesen sido elaborados por un experto nombrado por un colegio profesional o entidad reconocida por la Administración, de entre un censo de especialistas. Sin embargo, esta disposición no fija la forma o las reglas que tendrá el Juez para valorarlos, lo que acarrea problemas en la práctica, ya que el Juez no sabe (ni tiene porqué saber) si las técnicas o conclusiones expuestas en el dictamen se han realizado manteniendo toda la objetividad posible³⁹.

Otra forma de intervención del Equipo Técnico Judicial puede ser a través de la elaboración de un informe de seguimiento por el responsable del “*Punt de trobada*”, de manera que se informe a la autoridad judicial para que en el caso de que sea conveniente, inste una modificación de medidas fijadas en la sentencia⁴⁰.

³⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 20/2016, de 20 de abril.

³⁸ Vid. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “*La intervención del equipo técnico judicial y el dictamen de especialistas en el Libro II del Código Civil de Catalunya*”, Justicia, Barcelona, 2012, págs. 237-248.

³⁹ Vid. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “*La intervención...*”, óp. cit., págs. 248-251.

⁴⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 3/2016, de 21 de enero.

3) El Ministerio Fiscal

En el artículo 749.2 de la LEC se establece el carácter obligatorio de la intervención como parte del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos siempre y cuando uno de los interesados en éste sea menor. En este sentido, entendemos que la menor (en este caso, Ona), es interesada, ya que las medidas solicitadas le afectarán de manera directa o indirecta. Cierta doctrina entiende⁴¹ que el menor es un sujeto cuyo interés se encuentra desprotegido y desamparado ante el conflicto surgido entre sus progenitores y que, por ello, es de vital importancia la intervención del Ministerio Fiscal como su protector y como garante de la aplicación de las medidas que resulten de mayor interés para él. No obstante, no sólo es necesaria su presencia cuando hay hijos menores implicados, sino que aún no habiendo hijos, si alguno de los cónyuges fuese menor, incapacitado o estuviere ausente, el Ministerio Fiscal actuará obligatoriamente como parte pasiva en el proceso, defendiendo sus intereses.

El Ministerio Fiscal tendrá atribuidas, en esencia, funciones similares a las demás partes implicadas en el proceso, como son la proposición de práctica de pruebas que considere convenientes, promover incidentes, plantear excepciones o instar la ejecución de sentencias. En el momento de admisión de la demanda, deberá aceptar únicamente aquellas medidas cuya necesidad quede fehacientemente acreditada a través de la prueba documental, negándose a aceptar las demás medidas y, en todo caso, prestando especial atención a aquellas relacionadas con los hijos menores (guarda y custodia, potestad parental, atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos, etcétera). En el momento de la práctica de la prueba, velará por que se proteja al menor en el momento de su exploración y por que las pruebas propuestas y practicadas se ajusten en lo necesario al caso concreto, de modo que proporcionen, de la manera más completa, datos acerca de las partes que ayuden al Juez a tomar la decisión más conveniente. Para el caso en que ninguno de los cónyuges solicite la celebración de vista, el Ministerio Fiscal, deberá asegurarse de que se celebre, especialmente en aquellas situaciones más conflictivas que puedan presentarse, sobre todo en relación con los menores⁴².

En el momento de la ejecución de la sentencia, será necesario que emita un informe que esté relacionado con aspectos materiales y personales reconocidos a menores e incapacitados.

⁴¹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Luis, “*La defensa de los menores y el fiscal*”, 2013, Elderecho.com [En línea, consultado el 28 de noviembre de 2019].

⁴² Vid. Circular 3/1986, de 15 de diciembre, intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio.

4) El Juez

El papel del Juez en estos procesos es encaminar sus decisiones a proteger el interés superior del menor. Deberá fallar siempre adoptando aquellas medidas que permitan el libre desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad, manteniendo, en todas sus intervenciones, su interés superior en mente. A modo de ejemplo, no podrá tomar la decisión de que el progenitor que pueda influir negativamente en la conducta o la vida del menor ostente su guarda y custodia. Asimismo, en aquellos casos en los que haya cierto riesgo tendrá la facultad de modular el derecho de visitas, pudiendo incluso negarse a que éste exista⁴³. Conviene destacar los amplios poderes que se le conceden al Juez en materia probatoria en este tipo de procesos, conferidos por el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo segundo. Tal y como se recoge en consolidada doctrina este artículo es una norma especial en materia probatoria que se da en los procesos matrimoniales, derivado de la naturaleza del objeto de estos procesos⁴⁴.

Son procesos especiales en los que la introducción de hechos en el proceso y la proposición y práctica de prueba de los hechos objeto de debate, se ven alterados, permitiendo al Juez decretar de oficio las pruebas que este estime pertinentes y necesarias. No obstante, no debe considerarse que ésta sea una actividad sin límites, ya que aunque el Juez pueda proponer prueba de oficio y se le otorgue esta facultad de investigación, éste no podrá, en ningún caso, suplir la inactividad de las partes. Dado que no se fija un momento procesal para que el Juez proponga estas pruebas, lo más habitual será que se recurra al momento de las diligencias finales⁴⁵.

Asimismo, la Ley atribuye al juez otras potestades de tutela que deben ejercitarse en defecto (e incluso, en lugar) de las propuestas por las partes en el proceso⁴⁶. Ello implica que el principio dispositivo y de congruencia presente en las sentencias del orden civil, en los procesos matrimoniales sea de aplicación más flexible. Así, el Juez, en este tipo de procesos no se verá limitado únicamente a satisfacer aquellas pretensiones propuestas por las partes, sino que podrá tomar decisiones admitiendo o denegando acuerdos que se puedan considerar beneficiosos o dañinos para el interés de los menores que puedan estar implicados en estos procesos, aunque sea de forma indirecta, o bien para alguno de los cónyuges, incluso en el caso de que éstos no lo hayan propuesto, o fallando de manera contradictoria a lo solicitado por ellos⁴⁷.

⁴³ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Luis, “*La defensa de los menores...*”, óp. Cit., [En línea, consultado el 28 de noviembre de 2019].

⁴⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 759/2011, de 2 de noviembre.

⁴⁵ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “*Comentario al artículo 752. Prueba. LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*”, SP/DOCT/13795, 2010. Sepin.es [En línea, consultado el 10 de diciembre de 2019].

⁴⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, 4/2001, de 15 de enero de 2001.

⁴⁷ Vid. CANO FUENTES, Oscar, “*La libertad del Juez en los procesos de familia*”, Barcelona, 2015, oscar-cano.com [En línea, consultado el 10 de diciembre de 2019].

2.2.3. El plan de parentalidad.

Para plantear las pretensiones en relación los hijos, se debe elaborar y presentar en el procedimiento el plan de parentalidad⁴⁸. Éste es un documento en el cual aparece regulada la forma en la que se ejercerán por los progenitores las responsabilidades parentales tales como la guarda y custodia de los hijos, el cuidado y educación de éstos⁴⁹.

Aparece regulado en el artículo 233-9 del Código Civil de Cataluña. El contenido del plan de parentalidad, deberá ser como mínimo: El lugar donde vivirán los hijos, las reglas relativas a la forma de ejercer la guarda de los hijos en el período en que cada uno los tenga consigo, las tareas de las que será responsable cada progenitor en relación con las actividades cotidianas de los hijos, la manera de cómo se realizarán los cambios de guarda de los hijos (en el domicilio de alguno de los progenitores, o bien en un punto de encuentro concreto), como se repartirán los gastos generados por los hijos, la forma de comunicación de los hijos con el progenitor con el que no estén en ese momento y la forma de distribución del sistema de guarda de los hijos, es decir, qué periodos estarán los hijos con un progenitor y otro, el tipo de educación y actividades extraescolares que los hijos llevarán a cabo, si este fuera el caso, la forma en la que cumplir el deber de información en relación con los menores que tendrán ambos progenitores entre ellos, la manera de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio de los hijos.

Con este documento, el legislador ha otorgado a los progenitores la facultad de poder llegar a un acuerdo respecto de la forma en la que ejercerán las responsabilidades parentales, incluyendo la posibilidad de acudir a una mediación en caso de surgir discrepancias tras la firmeza de la sentencia⁵⁰.

Será finalmente el Juez quien se encargue de aprobar el contenido de dicho plan de parentalidad y de fijarlo expresamente en la Sentencia para tornar vinculante el acuerdo al que han llegado las partes, sin perjuicio de que, ante un futuro incumplimiento, se interpongan demandas de ejecución con el fin de que se lleve a cabo lo establecido en el plan de parentalidad. Incluso si el acuerdo ha sido tomado en mediación, el Juez se encargará de revisar si lo plasmado en éste es la verdadera voluntad de las partes. Así se recoge en la sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de diciembre de 2016.

El fundamento de este plan de parentalidad, pretende otorgar la correspondiente protección al interés del menor, proporcionándole a éste un lugar donde vivir, una

⁴⁸ Véase Propuesta de Convenio Regulador adjuntado como Anexo II.

⁴⁹ Vid. TAMBORERO, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, *La nueva regulación del derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, ISBN: 8499827497, 2011, págs. 144-145.

⁵⁰ Vid. CANTURIENSE SANTOS, Ana, “¿Son los planes de parentalidad la solución para el ejercicio responsable de la guarda de los menores?”, SP/DOCT/23175, 2017. Sepin.es [En línea, consultado el 12 de octubre de 2019].

estabilidad emocional y una seguridad, aunque se rompa la situación de convivencia conjunta que existía antes entre los progenitores. Por ello, cada plan de parentalidad, aunque deba tener un contenido mínimo, ha de ajustarse al caso concreto, de manera que en todo momento prevalezca el interés del menor por encima de todo⁵¹.

2.3.CUESTIONES PROCESALES.

2.3.1. Tipo de procedimiento a seguir

En primer lugar es aplicable la Disposición Adicional Quinta del Libro II del Código Civil de Cataluña en su apartado primero, que nos remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Libro IV, Título I, Capítulos I y IV, relativos a los procesos matrimoniales y de menores.

Según el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este tipo de procesos se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. No obstante, presentará especialidades, como son el plazo de contestación a la demanda que será de veinte días, a diferencia del juicio verbal normal, en el que el plazo de contestación es de diez días. Se establecen medidas de protección a los menores, siempre velando por su interés, dándole al procedimiento un carácter preferente en su tramitación. Asimismo, podrá decretarse por el Tribunal el secreto de las actuaciones y que la vista se celebre a puerta cerrada. Será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal y el Tribunal podrá pedir la práctica de prueba de oficio. Destaca también en estos procesos la audiencia a los menores que tengan raciocinio suficiente, y en todo caso, a aquellos que sean mayores de doce años. Por último, se permitirá la práctica de diligencias finales siempre que no se supere un máximo de treinta días desde la vista para su práctica⁵².

Es importante saber que el Tribunal competente para conocer de estos procesos será el del domicilio de la última residencia familiar, y en caso de vivir ya separados y en distintos partidos judiciales, será competente, a elección del demandante, el último domicilio de las convivientes o el domicilio de la demandada, de acuerdo con el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵³.

Asimismo, también es necesario especificar que se permitirá la acumulación de acciones que tienen distinta razón de ser. Éstas podrán ser referidas a menores, a las pretensiones económicas entre los miembros de la pareja, a la pretensión matrimonial (que en este caso será la separación de la pareja estable) y la acción de división de cosa común⁵⁴. Estos procedimientos se pueden tramitar en base a lo dispuesto por la vía del

⁵¹ Vid. BARRADA ORELLANA, Reyes, “La naturaleza esencialmente compartida de la guarda”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, ISSN 1575-0078, 2013, pág. 630.

⁵² Vid. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *Los procesos matrimoniales*, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/10204>, 2009, págs. 9-36.

⁵³ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, 148/2009, de 29 de junio.

⁵⁴ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, *El proceso de familia en el código Civil de Cataluña*, Edit. Atelier, Barcelona, 2011, p. 150.

artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien en el artículo 777 de la misma Ley, según lo dispuesto en la Disposición Adicional quinta del Libro II del Código Civil de Cataluña.

A) Separación contenciosa

Si tramitamos la separación por la vía del artículo 770 de la LEC, se trataría de una separación contenciosa, sin acuerdo entre las partes⁵⁵. La demanda en este tipo de procesos debe contener los requisitos necesarios del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, los hechos en los que se basan nuestras pretensiones, las pretensiones que irán relacionadas con el vínculo matrimonial, con los menores y con las medidas económicas entre ambos cónyuges y los fundamentos jurídicos en los que nos apoyamos para pedir estas medidas⁵⁶).

En este caso en concreto las pretensiones serían la acción de separación de la pareja formada por Elena y María, las medidas procedentes respecto de Ona que se incluirán en el plan de parentalidad y las relacionadas con las prestaciones económicas entre las convivientes, es decir, la prestación compensatoria y la compensación económica por razón de trabajo, así como la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

A esta demanda es necesario acompañar los siguientes documentos, como mínimo:

- Certificación de la inscripción como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho en tanto que una de las medidas a solicitar sería la disolución de la misma.
- Certificado de inscripción del nacimiento de Ona, hija de las convivientes y el plan de parentalidad orientados a demostrar la procedencia de las medidas relacionadas con la pequeña.
- La declaración de IRPF y los extractos bancarios de cuentas de las que sean titulares, relacionado con las pretensiones económicas formuladas en el proceso, para demostrar la situación económica de cada una de las convivientes. Asimismo, las certificaciones de Registros de la Propiedad y del Catastro, que permitan conocer los datos sobre los bienes de su propiedad y su valor. Finalmente, otro documento relacionado con estas pretensiones serían las nóminas de cada una de las convivientes.

La parte demandada podrá formular reconvencción tras la contestación a la demanda, y la parte actora tendrá entonces diez días para contestarla. No obstante, en este tipo de procedimientos la reconvencción sólo se admitirá cuando verse sobre aquellas medidas relativas al estado civil y que sean distintas a las solicitadas en la

⁵⁵ Vid. ADAN DOMÈNECH, Federich, “Procesos de nulidad, separación y divorcio no consensuado”, *Práctico procesal Civil*, Id. Vlex: VLEX-559562838, 2019, págs. 1-2.

⁵⁶ Vid. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “*Los procesos...*”, op.cit., pág. 2.

demanda, así como de aquellas medidas sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio⁵⁷. A modo de ejemplo:

- Cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio (no al revés).
- Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- 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 (deben tratarse de medidas distintas a las ya solicitadas en la demanda).

En este sentido, véase la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 533/2012, de 10 de septiembre.

Admitidas la demanda, contestación y en su caso, reconvenición, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a una vista. Esta vista se desarrollará atendiendo a una serie de especialidades, pues será necesaria la comparecencia con abogado de ambas partes, ya que si no aparecen se tendrán por admitidos los hechos que alegue la parte contraria. También lo será la del Ministerio Fiscal (especialmente si hay menores implicados), aunque en la práctica no es habitual su asistencia a este acto⁵⁸.

Durante este acto, se practicará la prueba de la que las partes intenten valerse para lograr sus pretensiones. En estos procedimientos el juez podrá acordar de oficio la práctica de la prueba que considere oportuna y no haya sido propuesta por las partes. Las que no puedan llevarse a cabo en la audiencia serán practicados en un plazo máximo de 30 días, entendiéndose como diligencias finales y apoyadas en la doctrina de algunos autores en el hecho de que estos procesos versan sobre realidades muy cambiantes que hacen que sea necesaria a veces la adopción de las mismas⁵⁹.

Una de las pruebas que más problemas presentan en este tipo de procesos, y por ello es necesario hacer expresa mención, es la exploración de menores, siempre que tuviesen el juicio suficiente, y en todo caso, si fuesen mayores de doce años. Para ello, se realizarán un interrogatorio de manera relajada e informal. El objetivo de esta medida es conocer realmente la voluntad del menor alejándolo de las presiones que pueden ejercer los progenitores en el acto de la vista⁶⁰.

Como última fase de este proceso, en el plazo de diez días se dictará sentencia, donde se decidirá sobre las medidas solicitadas en este proceso, ya sea sobre aquellas solicitadas de común acuerdo por las partes, o bien, si no hay acuerdo, decidir sobre las

⁵⁷ Vid. ADAN DOMENECH, Federich, “Procesos de nulidad, separación...”, óp.cit., págs. 2-3.

⁵⁸ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, “*El proceso de familia...*”, óp. cit., págs. 159 y ss.

⁵⁹ Vid. LUMBRERAS MARTÍN, Eva María, “Diligencias finales de oficio del art.435.2 LEC: su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos”, *Problemas actuales de la prueba civil*, Id. Vlex: VLEX-232280, 2004, págs. 12 y ss.

⁶⁰ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, “*El proceso de familia...*”, óp.cit., págs. 159 y ss.

que el Juez considere procedentes en el caso concreto. Estas sentencias deben ser inscritas en el Registro Civil y se podrá apelar en cinco días desde que se notifica a las partes en caso de que éstas no estén de acuerdo con lo dictado en la sentencia. No obstante, la sentencia no es la única forma de terminación del proceso, pues las partes podrán llegar a un acuerdo durante su curso, de manera que el proceso se llevará por la vía del artículo 777 de la LEC. Existe la posibilidad de que las partes puedan acudir a mediación para transigir y acordar lo relativo a este proceso⁶¹.

B) Separación de mutuo acuerdo.

Este procedimiento se regula en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El procedimiento de mutuo acuerdo es aquel en que las dos partes están de acuerdo con las medidas solicitadas en el procedimiento.

En estos casos, la demanda será presentada de común acuerdo entre los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. En estos procedimientos ambos miembros de la pareja pueden ir representados y asistidos por una sola defensa. En el caso de que alguno de los acuerdos a los que las partes hayan llegado no sean aprobados por el Tribunal, éste acordará una posterior comparecencia para escuchar si desean seguir con la misma representación o ir asistido cada uno por su propia defensa⁶².

En nuestro caso, al igual que el procedimiento por la vía contenciosa, éste también se iniciará con interposición de demanda a la que se acompañará del certificado de inscripción de la pareja de hecho en nuestro caso, la inscripción del nacimiento de la pequeña Ona y la propuesta de convenio regulador⁶³.

Una vez presentada la demanda, se citará a las partes para que se ratifiquen en los acuerdos a los que han llegado sobre los efectos que tendrá su separación. Después de esta ratificación el Juez examinará todos los documentos aportados por las partes y si considera que son insuficientes les requerirá para que subsanen dicha falta en el plazo de diez días. Si hubiese implicados hijos menores necesitará el informe del Ministerio Fiscal y los hijos menores serán oídos al igual que en el procedimiento contencioso. Estas actuaciones se llevarán a cabo de manera separada y dentro de los plazos establecidos⁶⁴. Si la ratificación no ocurre, se producirá el archivo de las actuaciones⁶⁵.

Finalmente, se dictará sentencia en la cual se aprobarán los acuerdos del convenio regulador, o bien se denegarán por entender el Juez que alguno de los acuerdos no son procedentes. En este último caso se requerirá a las partes para que aporten un nuevo convenio regulador. La sentencia que deniegue el convenio será

⁶¹ Vid. ADAN DOMENECH, Federich, “Procesos de nulidad, separación...”, óp.cit., págs. 3 y ss.

⁶² Vid. ADAN DOMENECH, Federich, “Proceso de separación y divorcio consensuados”, *Práctico procesal civil*, Id.Vlex: VLEX-559562834, 2019, págs. 2 y ss.

⁶³ Véase propuesta de Convenio Regulador incorporado como anexo II.

⁶⁴ Vid. ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “*Manuales universitarios. Derecho procesal civil*”, ISBN978-84-9177-148-7, 2017, págs. 9 y ss.

⁶⁵ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, “*El proceso de familia...*”, óp.cit., págs. 151 y ss.

recurrible en apelación y suspenderá los efectos de las medidas acordadas. La sentencia que lo apruebe solo podrá ser recurrida por el Ministerio Fiscal si se adecúa al interés de los hijos⁶⁶.

C) Soluciones extrajudiciales.

1. La mediación

Otra forma de regular los efectos derivados de la ruptura de pareja será acudir a la mediación. En la Disposición Adicional Quinta del Libro II del Código Civil de Cataluña el legislador catalán se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de acudir para resolver las discrepancias dentro de la pareja al proceso de mediación. La mediación familiar en Cataluña se regula en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁶⁷.

Se entiende por mediación según lo dispuesto en esta propia Ley como el procedimiento no jurisdiccional, voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas la solución a los problemas que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actuará de modo imparcial y neutral. Mediante la asistencia a la mediación, las partes por sí mismas podrán poner solución a sus discrepancias cuando la relación está en un punto en el que se considera que es posible llegar a un acuerdo⁶⁸. El Juez, de oficio, podrá instar a las partes a ello, si aprecia que concurren estas circunstancias.

No obstante, esta mediación no evita el proceso ya que es necesario que las partes acudan después al juez para que homologue el acuerdo alcanzado siempre que no sea contrario al interés del menor o excesivamente perjudicial para el interés de alguno de los miembros de la pareja ya que si concurre alguna de estas circunstancias, el juez denegará el acuerdo y decidirá él mismo⁶⁹. Se podrá acudir a la mediación antes de iniciar el proceso y durante el mismo. En el momento en que se acude a mediación existe la posibilidad de que las partes puedan pedir la suspensión del proceso⁷⁰.

2. Los pactos en previsión de cese de la convivencia.

Aparecen regulados en el artículo 234-5 del Código Civil de Cataluña que remite su regulación al artículo 231- 20 del mismo texto legal. Aunque esta medida no es una

⁶⁶ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, “*El proceso de familia...*”, óp.cit., págs. 151 y ss.

⁶⁷ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Nuevas aplicaciones del procedimiento de mediación familiar en el libro II del CCCAT”, *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Edit. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 111 y ss.

⁶⁸ Vid. LAUROBA LACASA, María Elena, “La mediación familiar en Cataluña”, *La familia del Siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, ISBN: 8476989938, 2011, Págs. 148 y ss.

⁶⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 34/2010, de 10 de septiembre.

⁷⁰ Vid. LAUROBA LACASA, María Elena, “La mediación...”, óp. Cit., págs. 158 y ss.

solución extrajudicial en sí misma, hemos decidido nombrarla aquí ya que constituye una expresión del principio de libertad de pacto entre los cónyuges. Esto no quiere decir que todos cualquiera que sea su contenido sean válidos y eficaces, pues para ello deben ser otorgados en escritura pública⁷¹. Estos pactos permiten a los miembros de la pareja regular los efectos patrimoniales y personales que provocará el cese de la convivencia. Deben otorgarse antes de los treinta días previos a la celebración del matrimonio caducando si no celebra el matrimonio en el plazo de un año.

El Código Civil de Cataluña impone también el deber de información. Es decir, se debe acreditar que la otra parte conocía todas las condiciones económicas antes de firmar dicho pacto para el caso en que alguno de los miembros de la pareja quiera hacerlo valer. El cumplimiento de este deber tiene el objetivo de que el consentimiento prestado sea libre, voluntario y suficientemente informado⁷². Esta información debe ser suficiente en relación con el contenido de los pactos y además, no pueden ser gravemente perjudiciales para el otro cónyuge si aparecieran circunstancias sobrevenidas o que no hubieran podido preverse en el momento de su firma. De esta forma, si no se logra demostrar que se ha cumplido con el deber de información, o que son gravemente perjudiciales para el otro miembro de la pareja no tendrán ninguna validez⁷³. De este modo, si lo que se pretende alegar es la nulidad se hará mediante una excepción en la contestación a la demanda, aplicándose de manera análoga el artículo 408.3 de la LEC y permitiendo que el actor pueda solicitar un plazo de contestación al Letrado de la Administración de Justicia para garantizar el derecho de defensa de ambas partes. Si lo que se alega es la anulabilidad se deberá hacer a través de reconvenición, a la que el demandante reconvenido tendrá diez días para contestar, sin necesidad de solicitar el plazo, pues ya viene otorgado por la Ley⁷⁴.

2.3.2. Medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda.

Durante la pendencia del proceso existe la posibilidad de acordar medidas provisionales, con el fin de regular la situación mientras dure el procedimiento y hasta su conclusión. Estas medidas que regulan la situación prestarán una especial atención a los intereses de los hijos, con el fin de otorgarle la máxima protección que su interés requiere, y aparecen reguladas en los artículos 771, 772 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁵. Según cuando pretendan tomarse, podrán ser previas o provisionalísimas o bien, provisionales o simultáneas.

⁷¹ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 32/2014, de 8 de Mayo.

⁷² Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 19/2016, de 31 de Marzo.

⁷³ Vid. SILLERO CROVETTO, Blanca, "Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 2019, págs. 2782 y ss.

⁷⁴ Vid. PEREZ DAUDI, Vicente, "El proceso de familia...", óp.cit., págs. 185 y ss.

⁷⁵ Vid. ZAMORA SEGOVIA, María Luisa, NIETO MORALES, Concepción, HERNANDO RAMOS, Susana, TORRES REVIRIEGO, María Rosario, "Medidas previas y/o provisionales", *Guía de*

Las medidas provisionalísimas, son aquellas que se solicitan antes de la interposición de la demanda, mientras que las simultáneas son aquellas que se interponen al mismo tiempo. Las primeras se interponen mediante escrito en un momento anterior a la presentación de la demanda principal. Aunque ciñéndonos estrictamente a la Ley, no es necesaria la asistencia de abogado ni procurador para su interposición, lo cierto es que sí se tornará necesaria más adelante, por lo que siempre es recomendable que se acuda asistido desde un primer momento. Estas medidas tendrán un plazo de duración de treinta días hábiles de caducidad. Es decir, si desde el día de su adopción, transcurren treinta días hábiles y no se interpone la demanda, las medidas quedarán sin efecto⁷⁶.

La tramitación de dichas medidas se podrá sustanciar por dos vías: la tramitación ordinaria y la tramitación inaudita parte. En la tramitación ordinaria el Juez citará a las partes a una comparecencia que se celebrará en los siguientes diez días. A esta comparecencia deberá acudir también el Ministerio Fiscal si hubiese hijos menores de edad, como es nuestro caso. En esta vista las partes intentarán llegar a un acuerdo. Si el acuerdo no fuera posible, el Juez ordenará que las partes realicen sus alegaciones y se pase a practicar las pruebas propuestas por las partes y por el mismo Juez, de oficio. Si ello no fuese posible, se practicarán en los siguientes diez días en unidad de acto. Finalizado este acto, el Juez dictará auto con las medidas acordadas en el plazo de diez días.

Por su parte, la tramitación inaudita parte procederá en situaciones urgentes. En este tipo de tramitación se adoptarán aquellas medidas más urgentes (custodia de hijos, atribución de la vivienda, etcétera) en la misma resolución en la que se cita a las partes para la comparecencia. No obstante, esta vía no excluye la posibilidad de que la vista posterior se celebre en la misma forma que por la tramitación ordinaria⁷⁷.

Por su parte, las medidas provisionales simultáneas, se solicitarán junto con la demanda. En esta forma de pedir la adopción de medidas deberán diferenciarse las pretensiones, al igual que en la demanda principal⁷⁸. Se citará a las partes para que lleguen a un acuerdo, sin que las medidas acordadas sean vinculantes para las pretensiones que éstas tengan en el procedimiento principal. Si no se llega a acuerdo, será el Juez quien decida sobre las medidas, por medio de auto. Una vez acordadas estas medidas se continuará con el proceso principal, de manera que hasta que no se toman estas medidas, el proceso se mantiene suspenso. Asimismo, igual que se formulan en la demanda, existe la posibilidad de que se pidan en la contestación.

A partir de su solicitud, los convivientes vivirán por separado y se revocarán los poderes que ambos hayan otorgado durante la convivencia. Respecto de los hijos

intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores, ISBN: 978-84-9085-967-4, 2016, págs. 45-48.

⁷⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12º, 254/2005, de 26 de abril.

⁷⁷ Vid. MALLANDRICH MIRET, Nuria, “Las medidas provisionales”, El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña, Edit. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 242 y ss.

⁷⁸ Vid. MALLANDRICH MIRET, Nuria, “Las medidas...”, óp. cit. págs. 245 y ss.

menores, se deberá acordar en este momento, quién ostentará la potestad parental y la forma de ejercerla y deberán acordarse las medidas referidas a la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. Todas estas medidas, se tomarán teniendo en cuenta el interés superior del menor, como es habitual en este tipo de procesos⁷⁹.

2.3.3. Medios de prueba en relación con las pretensiones respecto de los hijos.

En primer lugar, el Juez admitirá aquellos medios de prueba que tengan un vínculo con la pretensión ejercitada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 281 en relación con el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los procesos de familia se aplicará lo dispuesto en el artículo 771.3 y 774 de la LEC en los que se dispone que se practique la prueba cuando las partes no lleguen a un acuerdo o bien, lo considere así el Juez, de oficio.

Los medios de prueba que serían pertinentes y útiles en las pretensiones que tienen relación con los hijos serían: el interrogatorio de parte, la prueba documental, dictamen pericial y la audiencia del menor.

El interrogatorio de parte permite indagar sobre aquellos hechos o circunstancias en relación con el objeto del proceso. De este modo, se podrá advertir cual será el régimen de custodia procedente en cada caso concreto: en caso de ser custodia exclusiva si es procedente o no un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio; también podrá determinarse la cantidad adecuada en concepto de pensión de alimentos, atendiendo a las circunstancias económicas manifestadas durante el proceso. En caso de que alguna de las partes fuera imposible de interrogar, ya sea por su incomparecencia, por negarse a contestar o contestar con evasivas, se tendrán por admitidos los hechos alegados por la parte contraria en sus pretensiones⁸⁰.

La prueba documental consistirá en la aportación de documentos públicos y privados cuyo núcleo sea la redacción de hechos que nos permitan apoyar nuestras pretensiones⁸¹. Esta prueba deberá aportarse junto con la demanda o contestación (a no ser que se trate de uno de los supuestos contemplados en el artículo 270 de la LEC) y dependiendo de las pretensiones que tengamos, deberán presentarse distintos documentos. Si lo que se pide es una prestación de alimentos a favor de los hijos se deberá demostrar la situación económica de los progenitores, se aportarán declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, recibos de actividades o clases extraescolares, certificado de escolarización, factura de libros, etcétera. Para demostrar la capacidad de uno de los progenitores para tener la custodia se podrán aportar documentos como el justificante del médico en el que se acredita que es este progenitor

⁷⁹ Vid. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, MONJE BALMASEDA, Óscar, HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa, URRUTIA BADIOLA, Andrés, *“Medidas provisionales durante la substanciación de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio”*, ISBN: 978-84-9031-488-3, 2012, págs. 98-101.

⁸⁰ Vid. PORTAL MANRUBIA, José, *“Particularidades de la prueba en el procedimiento matrimonial”*, Edit. Aranzadi, BIB 2013/1057, 2013, págs. 7 y ss.

⁸¹ Vid. PORTAL MANRUBIA, José, *“Particularidades de la prueba en el...”*, óp. cit., págs. 8 y ss.

quien se encarga de llevarle o bien un certificado donde se acredite que es quien lleva al menor al colegio (fácilmente demostrable en nuestro caso, por ser María la encargada preferente de hacerlo), o en el caso de que trabaje en una empresa, documentos acreditativos que demuestren que ha pedido permisos para ir a recogerlo (en nuestro caso, incluso, nos encontramos con una reducción de jornada de María para encargarse de Ona). En el caso de que se trate del progenitor que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar se podrán aportar fotografías que demuestren que la vivienda está habilitada para que el menor pueda vivir allí⁸².

Con la prueba pericial lo que se pretende es que el especialista/perito aporte al Juez determinados conocimientos sobre las ciencias de la conducta humana, lo cual se realizará mediante la aportación al proceso del dictamen pericial. El dictamen, con carácter general se debe presentar con la demanda y si esto no es posible anunciarlo en ella debiendo aportarlo en el momento en que sea posible y siempre antes de la vista. No obstante, con carácter excepcional en los procesos de familia, se podrá aportar y acordar en cualquier momento, desde la fase de medidas previas, hasta el mismo acto de la vista, ya sea a instancia de parte o de oficio⁸³. En caso de aportarlo en la vista, debe ser por causas justificadas como hechos sobrevenidos o que el Juez considere que el dictamen es necesario para tomar la decisión en torno a una medida concreta. Es recomendable pedir la comparecencia del perito a la vista, con la finalidad de que ayude a determinar cuál será la situación de guarda y custodia más adecuada para el mantenimiento de su bienestar. El análisis médico- psiquiátrico permitirá al Tribunal apreciar las conductas de los mayores y valorar si son acertadas para el correcto desarrollo de los menores. En relación a los menores, permitirá apreciar al Juez aquellas sensaciones y sentimientos del menor respecto de las relaciones con cada uno de los progenitores⁸⁴.

Por último, como se ha dicho en apartados anteriores, se prevé en la Ley la posibilidad de oír al menor de edad mayor de doce años, pudiendo incluso ser menor, siempre que tenga raciocinio suficiente. Esta exploración se realizará si es acordada de oficio a petición del Ministerio Fiscal, las partes, el equipo técnico y el propio menor. En esta audiencia es el mismo Juez quien se encarga de oír al menor para comprobar cuáles son sus verdaderos deseos⁸⁵.

2.3.4. Aportación de datos fiscales.

Esta prueba se considera prueba documental privada, regulada en los artículos 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos documentos deben ser

⁸² Vid. DE LA RÚA MARTÍN, Regina M^o, “*Las particularidades de la prueba en los procesos matrimoniales. Especial atención al interés del menor*”, Salamanca, 2016, págs. 28 y ss. [En línea, consultado el 27 de noviembre de 2019].

⁸³ Vid. ABEL LLUCH, Xavier, “*Dictamen de especialistas en los procesos de familia*”, Barcelona, ISBN: 978-84-949123-3-7, 2018, págs. 258 y ss.

⁸⁴ Vid. PORTAL MANRUBIA, José, “*Particularidades de la prueba...*”, óp. Cit., págs. 8 y ss.

⁸⁵ Vid. PORTAL MANRUBIA, José, “*Particularidades de la prueba...*”, óp. Cit., págs. 9 y ss.

originales, o bien copias si sólo se dispone de ellas. Serán aportados junto con la demanda, pero el momento de su proposición como medio de prueba será el acto de la vista.

En trámite idóneo para esta aportación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 328 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido al deber de exhibición documental entre las partes, limitándose éste a los casos en que se trate de documentos que no estén a disposición del solicitante y que tengan relación con el objeto del proceso. Será necesario que el solicitante acompañe una copia del documento o si no dispone de él, que indique con exactitud el contenido de éste, con el fin de evitar que la solicitud se realice de manera injustificada⁸⁶. Este deber encuentra su base en el principio de buena fe procesal y de colaboración entre las partes. Esta solicitud se deberá realizar en la demanda, en la contestación o en el momento de celebración de la vista del juicio. En caso de que el Juez admita la exhibición de estos documentos deberá oír a la otra parte con el objetivo de que ésta pueda alegar aquello que a su derecho convenga (una justa causa para negarse a aportar el documento, inexistencia, desconocimiento o destrucción de éste, entre otras cosas). No obstante, en ocasiones la parte contraria puede negarse a exhibir el documento sin causa justificada entendiéndose como un acto que realiza la parte contraria dejando que transcurra el tiempo legal de exhibición sin realizar este acto permitiendo que el Juez estime una presunción de existencia y autenticidad del documento, o acuerde el requerimiento de exhibición (artículo 329 LEC)⁸⁷.

Por otro lado, la disposición adicional II del Código Civil de Cataluña establece, que en relación con las pretensiones liquidatorias del régimen económico dentro de este tipo de procesos, las partes podrán solicitar al Tribunal que antes de la vista sea éste quien obtenga esa información utilizando los medios de los que dispone. Ello ocurre si las partes no hubiesen podido obtener información relevante para fundamentar sus pretensiones por sí mismas. Esta solicitud se podrá realizar en cualquier momento procesal anterior a la vista⁸⁸.

La aportación como prueba documental al proceso consistente en la obtención de datos fiscales que se encuentran en las bases de la Agencia Tributaria está permitida por el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la Administración suele denegar la obtención de datos fiscales de otra persona.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en su sentencia de 30 de septiembre de 1999, dice que si el Tribunal aprecia que concurren algunas de las causas que justifican esa obtención de datos para el proceso, la Administración deberá facilitarlos. Este

⁸⁶ Vid. PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *“La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil”*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 87-111.

⁸⁷ Vid. ABEL LLUCH, Xavier, *“La prueba documental”*, Edit. Librería Bosch, Barcelona, 2010, págs. 114 y ss.

⁸⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María, *“Especialidades procesales en materia de prueba en el proceso de familia”*, El proceso de familia en el código Civil de Cataluña, Edit. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 214 y ss.

trámite se realiza mediante la ponderación de intereses en el proceso relativo a un caso concreto⁸⁹. Además, la ya citada sentencia, que recopila la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece que la Administración queda obligada a proporcionar los datos que un Tribunal le solicite derivados de la admisión como medio de prueba al no considerarse estrictamente como un “tercero”. Así se dispone en el artículo 95.1 de la Ley General Tributaria, que considera como excepción la orden del Tribunal para que la Administración pueda ceder los datos de uno de sus administrados. Este requerimiento por el Tribunal queda incluso a salvo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, siempre y cuando el Tribunal actúe dentro de los límites del artículo 117 de la Constitución⁹⁰.

Por el contrario, puede suceder que los documentos que contienen datos fiscales de la otra parte implicada en el proceso han sido obtenidos sin su consentimiento y sin colaboración del Tribunal. En ese caso, será un documento impugnabile, al ser una prueba ilícita, pues aporta datos de la parte contraria sin que ésta haya dado su consentimiento para que se presenten. Ello implica una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal regulado en el artículo 18 de la Constitución Española. En estos casos, el Tribunal también podrá apreciar la ilicitud de oficio.

Se define como documento ilícito, aquel que ha sido obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental⁹¹. En relación con esta definición, será necesario delimitar que se entiende entonces por “obtención” y por “vulneración”, ya que el concepto de “derecho fundamental” es claro, entendiéndose que lo son aquellos derechos encuadrados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Se entenderá por vulneración el quebrantamiento de forma directa de un derecho fundamental. Se entiende, entonces, que la “vulneración” se produce cuando se obtiene la prueba, y no cuando se presenta.

Dentro del artículo 24 de la Constitución Española se engloba el derecho a utilizar en el proceso “*todos los medios de prueba pertinentes para su defensa*”. No obstante, si estos medios de prueba son obtenidos en la forma anteriormente descrita conlleva su ilicitud y por tanto, que no sean incorporados al procedimiento y no tengan eficacia probatoria.

Nos encontramos en un procedimiento verbal, por ello, la impugnación de la aportación de los datos fiscales de María será por medio de recurso de reposición, una vez que se ha producido la proposición y admisión de prueba, debiendo anunciarlo al principio de la vista. Acto seguido, se realizarán todas aquellas pruebas que permitan demostrar la ilicitud de este documento. Contra la resolución que emita el Tribunal solo cabrá la correspondiente protesta con el fin de que pueda ser motivo de impugnación en

⁸⁹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1º, 326/1999, de 30 de Septiembre.

⁹⁰ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María, “*Especialidades procesales...*”, óp. cit., págs. 214 y ss.

⁹¹ Vid. ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, “*La vulneración del secreto profesional del abogado como prueba ilícita*”, Barcelona, 2014, págs. 217-223.

un hipotético recurso de apelación ante la Audiencia⁹². En este sentido se pronuncia el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15º, de 26 de septiembre de 2002:

“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales, de modo que la consecuencia de constatar que un medio de prueba ha sido obtenido con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución -entre ellos, y como potencialmente afectados por el acceso a las fuentes de prueba, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial que autorice la inmisión o injerencia en la esfera privada-, es que tales medios de prueba no serán considerados para formar convicción sobre el derecho debatido -en el pleito del orden civil-, y no ya la nulidad de la demanda, sin perjuicio de que la pretensión padezca hasta el extremo de ser desestimada por falta de prueba alternativa”.

3. CONCLUSIONES.

Tras la elaboración de este informe jurídico y para poder aclarar a María las dudas que se le han presentado dadas las circunstancias por las que atraviesa su pareja, hemos llegado a las siguientes conclusiones con el objetivo de ayudarla a tomar una decisión acerca de éstas:

I. *Las medidas que María podrá solicitar en este proceso* serán agrupadas en tres grupos: La pretensión matrimonial; que será la disolución de la pareja de hecho a través de un proceso de separación, las pretensiones económicas; entre los miembros de la pareja que serán la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, la compensación económica por razón de trabajo y la prestación alimentaria a favor de una de las convivientes, y las pretensiones respecto de Ona, la hija menor; que será su guarda y custodia y potestad parental y la prestación alimentaria a su favor.

II. *La guarda y custodia de Ona.* Esta medida se tomará por acuerdo entre ambos progenitores. Se podrá solicitar con carácter exclusivo para uno de ellos, o bien con carácter compartido. Si no hay acuerdo entre ellos será el Juez quién tome la decisión, teniendo en cuenta criterios de capacidad de ambos progenitores, circunstancias y actitudes de éstos hacia los hijos e incluso la distancia que hay entre el posible domicilio de un progenitor y otro. Es interesante destacar, que aunque la jurisprudencia tenía una clara tendencia a atribuirle con carácter exclusivo a uno solo de los progenitores, ahora la tendencia ha cambiado. Ya no existe tanto esta tendencia. Los Jueces y Tribunales ahora abogan más por otorgar una custodia compartida que una custodia con carácter exclusivo en atención a que la menor mantenga una relación estable con ambos progenitores, siempre y cuando éstos cumplan los requisitos mencionados anteriormente.

III. *El derecho a la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar* del que se debe destacar lo siguiente: es un derecho en el que la Ley deja muy poco margen de

⁹² Vid. PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “La prueba ilícita en el proceso civil”, 2011. Elderecho.com. [En línea, consultado el 26 de octubre de 2019]

discrecionalidad al Juez pues viene todo tasado y explicado en ella. De esta manera, se otorgará este derecho: (i) al progenitor que ostente con carácter exclusivo la guarda y custodia de los menores con carácter exclusivo (ii) o bien, si no habiendo menores o si la custodia tiene carácter compartido, se demuestra que una de las convivientes está en peor situación económica. Este derecho no es ilimitado sino que suele tener carácter temporal y no se atribuirá si se consigue acreditar que el conviviente que ostenta la guarda y custodia tiene recursos suficientes para hacer frente a las necesidades de vivienda de ambos. Quien ostente este derecho será quien deba hacerse cargo de pagar los gastos que se deriven de su conservación, uso y mantenimiento.

IV. Otra medida sería *la compensación económica por razón de trabajo*. En esta medida se tienen en cuenta: (i) la duración e intensidad de la dedicación de la conviviente a la familia en relación con los años de convivencia (ii) y si esa dedicación al hogar ha incluido también el cuidado de la menor (iii) debiéndose demostrar también que de forma directa o indirecta el hecho de que una de las convivientes haya dedicado más tiempo al hogar ha conllevado que se incremente el patrimonio de una de ellas respecto del patrimonio de la otra. Para ello, se tendrán en cuenta las reglas de cálculo establecidas en el Código Civil de Cataluña.

V. Siguiendo con el carácter económico de las prestaciones, sería procedente en estas situaciones pedir una *prestación alimentaria a favor de una de las convivientes y a favor de los hijos menores* valorando: (i) la necesidad de uno de los miembros y (ii) la capacidad del otro para satisfacer esa necesidad sin desatender las suyas propias. No obstante, en el caso de los hijos esta prestación de alimentos se considera un deber inherente a la potestad parental. Por ello, ante el mínimo ingreso será obligatorio procurar una pensión de alimentos a los hijos menores.

VI. Que la *prestación compensatoria por razón de trabajo* tiene como finalidad corregir la descompensación de ganancias obtenidas durante la convivencia de la pareja. Esta medida la solicitaremos si: (i) el patrimonio de Elena ha aumentado (ii) si este aumento se debe a la contribución de María al hogar familiar que incluye el cuidado de los hijos sin retribución alguna o siendo ésta insuficiente. Ambas circunstancias se cumplen gracias a que María solicitó la reducción de jornada en su trabajo para ocuparse de Ona, y Elena ha podido avanzar en su carrera. De esta manera, María gana 1.500€ mensuales, mientras que Elena gana 6.000€ mensuales lo que permite apreciar que en el momento de la ruptura, Elena experimenta una ganancia patrimonial respecto de María.

VII. Que esta prestación se cuantificaría teniendo en cuenta tres circunstancias: (i) patrimonio que posee cada conviviente en el momento de la ruptura, una vez deducidas las cargas y obligaciones (ii) se le añadirá el valor de los bienes de los que cada conviviente ha dispuesto a título gratuito, restando donaciones hechas con el objetivo de perjudicar a la otra parte y, (iii) descontando el valor de los bienes que cada conviviente tenía con anterioridad al inicio de la convivencia, deduciendo las cargas que los afecte,

el valor de las adquisiciones a título gratuito adquiridos durante la convivencia y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante. Esta prestación podrá suponer como máximo el 25% de las diferencias patrimoniales dejando en ocasiones excepcionales que el Juez pueda superar este límite si lo considera justificado.

VIII. Que los intereses de los hijos en este proceso, a pesar de las discrepancias que puedan surgir en el proceso de separación deberán ser defendidos y protegidos ante todo por los progenitores, siendo una de las obligaciones inherentes al ejercicio de la potestad parental. Por ello, las medidas y decisiones que afecten a los hijos en este proceso, deberán tomarse teniendo en cuenta su interés de forma primordial. No obstante, en la práctica esto no suele ser así y por ello la Ley obliga a que en estos procesos intervenga el Ministerio Fiscal con la finalidad de proteger de manera superior el interés del menor. Conviene destacar que el Juez deberá tomar sus decisiones teniendo en cuenta este interés y para ello, contará con el apoyo del Equipo Técnico Judicial.

IX. Que el procedimiento aplicable sería el juicio verbal con las especialidades que determina la Ley en esta materia. Que según las circunstancias de la pareja el procedimiento podrá ser contencioso o de mutuo acuerdo. Será contencioso si las partes no llegan a un acuerdo sobre las medidas que regularán los efectos de su separación y será de mutuo acuerdo o consensuado si las partes están de acuerdo en cuanto a las medidas a solicitar y el contenido de éstas.

X. Que no obstante, si se ve que concurren las circunstancias propicias para ello, las partes podrán tanto en un momento previo como a lo largo de todo el proceso, acudir a la mediación siempre de forma voluntaria. Podrá ser a instancia de parte o porque el Juez inste a las partes por creerlo conveniente. Esto no evita el proceso sino que permite desjudicializarlo en parte, pues finalmente, una vez que se alcancen determinados acuerdos en la mediación, éstos necesitarán de homologación judicial.

XI. Que en nuestro caso concreto teniendo en cuenta nuestras pretensiones deberemos aportar: certificado de inscripción de la pareja de hecho, certificado de nacimiento de Ona, documento con inventario de bienes que posee mi representada, escrituras de los bienes que componen ese patrimonio, extractos bancarios, declaración de IRPF. En caso de que esta separación se lleve por la vía del mutuo acuerdo, se presentará junto con estos documentos el Convenio Regulador. En cuanto a las pretensiones respecto de los hijos se deberán aportar recibos de actividades, clases extraescolares y de apoyo, certificado de escolarización y factura de libros, así como justificantes médicos en los que se acredite quien se encarga de llevar a Ona al médico o un certificado del colegio que acredite que es ella quién la lleva y la recoge o bien, permisos de empresa donde ello figure o donde se aprecie la flexibilidad de horario para poder hacerlo. Por último, fotografías de la vivienda donde vivirá el hijo y certificados que permitan acreditar que la vivienda está en óptimas condiciones para ello. Estos

documentos servirán para apoyar el plan de parentalidad donde figurarán las medidas que se soliciten en relación con los menores.

XII. Que las pretensiones relacionadas con los hijos las solicitaremos en el plan de parentalidad y para demostrar su procedencia nos apoyaremos en los documentos enunciados en el apartado anterior. La presentación de este documento es obligatoria según lo determinado en el Código Civil de Cataluña.

XIII. Que en estos procesos se podrá solicitar bien con carácter previo o de manera simultánea a la presentación de la demanda la adopción de medidas provisionales. Estas medidas lograrán que mientras que dure el proceso las partes puedan proporcionar un cierto bienestar y estabilidad a la menor. El momento de su solicitud dependerá de la urgencia o riesgo que presenten las circunstancias que giran en torno a esta pareja y su separación.

XIV. Que la aportación de datos fiscales por las partes al proceso se podrá hacer requiriendo a la otra parte para que exhiba el documento que los contenga y que obre en su poder, o en su defecto mediante requerimiento al Juez en un momento anterior a la vista. La otra parte tendrá un deber de exhibir el documento requerido pudiendo únicamente negarse con justa causa. Sin embargo, también es posible que sin alegarla, simplemente se niegue a hacerlo de manera expresa o tácita. En este caso, será el Juez quién ordenará a los órganos administrativos y tributarios que cedan estos datos. No obstante, si esto no es así y las partes no requieren al Juez para que pida estos datos y los aporte al proceso, siendo ellas mismas las que los aportan vulnerando el derecho a la intimidad personal, la aportación al proceso del documento que contenga estos datos se considerará prueba ilícita. Como prueba ilícita, podrá ser impugnada en el proceso por medio de recurso de reposición en el acto de la vista que se sustanciará y resolverá en el acto. La impugnación podrá ser a instancia de parte o de oficio.

Emisión del dictamen

Atendiendo a la petición de María sobre la redacción de este dictamen en relación con las posibilidades y vías que tendría en caso de una posible separación de Elena, su actual pareja, después de analizadas las cuestiones sustantivas y procesales, deberemos informarle de las vías más acertadas para su supuesto de hecho.

Las actuaciones de María deberían ir encaminadas a solicitar la separación de la pareja estable y a regular los efectos que se derivarían de ésta.

La primera recomendación que le haríamos a María será que atendiendo a la situación de la pareja, intenten tomar sus decisiones evitando hacerle daño a Ona y teniendo en cuenta siempre su interés por encima del resto de cosas a contemplar. En estos procesos siempre se puede acudir a la mediación, de hecho es recomendable ya que será la vía en la que la menor sufrirá menos el impacto de la reciente situación que se está dando en su vida. No obstante, si esto no fuera posible por las circunstancias que

atraviesa la pareja y se tuviese que acudir a la vía judicial para solucionar las diferencias existentes entre ambas, siempre estaríamos a tiempo de suspender la mediación y acudir a ésta. Si se da la situación contraria se podrá acudir a la mediación una vez iniciado el proceso.

La segunda recomendación es que si entramos en fase judicial las medidas a solicitar en el proceso más recomendables para la situación de ambas serán la guarda y custodia de Ona pero con carácter compartido. La prestación alimentaria tanto a su favor, como a favor de Ona y además la compensación económica por razón de trabajo. Con los datos aportados por nuestra parte serían las medidas que con mayor posibilidad el juez nos otorgaría, dado el patrimonio de ambas convivientes y las circunstancias de la pareja.

En relación con estas medidas debemos advertirle que en cuanto al derecho de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar es posible que Elena la solicitara para sí, dado que en el patrimonio de María figura un piso sito en la misma ciudad de Barcelona y no muy lejos de su actual domicilio familiar y por tanto, no se encuentra en necesidad de obtener ningún derecho sobre la vivienda.

Asimismo, deberemos informarle en tercer lugar de la posibilidad de solicitar medidas provisionales que pueden ser con carácter previo a la presentación de la demanda o de forma simultánea atendiendo al riesgo que pueda producir la situación, sobre todo de cara a la menor.

Por último, le advertiremos que ante la posibilidad de que Elena presente la declaración de IRPF de María en el proceso como medio de prueba y ésta haya sido obtenida sin ningún tipo de consentimiento, podrá ser impugnada como prueba ilícita. La situación sería distinta si Elena solicita al Juez que obtenga estos datos de la Administración con sus propios medios o bien que en el proceso Elena requiriese a María para que se la muestre en cumplimiento del deber de exhibición de documental entre ambas partes. En este caso, la prueba será admitida, por ser pertinente y útil en cuanto a las pretensiones económicas que puedan suscitarse en el proceso.

Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier, “*Dictamen de especialistas en los procesos de familia*”, Barcelona, ISBN: 978-84-949123-3-7, 2018.

ABEL LLUCH, Xavier, “*La prueba documental*”, Edit. Librería Bosch, Barcelona, 2010.

ADAN DOMENECH, Federich, “Proceso de separación y divorcio consensuados”, *Práctico procesal civil*, Id.Vlex: VLEX-559562834, 2019.

ADAN DOMÈNECH, Federich, “Procesos de nulidad, separación y divorcio no consensuado”, *Práctico procesal Civil*, Id. Vlex: VLEX-559562838, 2019.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, “*La vulneración del secreto profesional del abogado como prueba ilícita*”, Barcelona, 2014.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “*Manuales universitarios. Derecho procesal civil*”, ISBN978-84-9177-148-7, 2017.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “*Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación*”, Barcelona, 2011.

BARRADA ORELLANA, Reyes, “La naturaleza esencialmente compartida de la guarda”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, ISSN 1575-0078, 2013.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2017.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2019.

CALLEJA GÓMEZ, Francisco, “*La compensación económica por razón de trabajo en el derecho civil de Cataluña*”, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/97186>, 2015.

CANO FUENTES, Oscar, “*La libertad del Juez en los procesos de familia*”, Barcelona, 2015.

CANTURIENSE SANTOS, Ana, “*¿Son los planes de parentalidad la solución para el ejercicio responsable de la guarda de los menores?*”, SP/DOCT/23175, 2017.

CANTURIENSE SANTOS, Ana, “*Pensión de alimentos e hijos mayores de edad en el CCCat. Cada familia un caso*”, SP/DOCT/19922, 2016.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “custodia compartida de los progenitores. Casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial”, *Revista crítica de derecho Inmobiliario*, Madrid, ISSN: 0210-0444, 2019.

DE LA RÚA MARTÍN, Regina M^o, “*Las particularidades de la prueba en los procesos matrimoniales. Especial atención al interés del menor*”, Salamanca, 2016.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *“La necesaria salvaguarda del Interés del menor ante las rupturas parentales”*, Granada, 2009.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Comentario al artículo 752. Prueba. LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, SP/DOCT/13795, 2010

GONZÁLEZ SANCHEZ, Julián Ángel, *“Concepto y caracteres de la pensión alimenticia”*, Barcelona, SP/DOCT/19349, 2016.

HERRERO GARCÍA, M^o. J, *“Comentario al artículo 1320 del Código Civil”*, Madrid, 1991.

LAUROBA LACASA, María Elena, *“La mediación familiar en Cataluña”*, *La familia del Siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, ISBN: 8476989938, 2011.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, MONJE BALMASEDA, Óscar, HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa, URRUTIA BADIOLA, Andrés, *“Medidas provisionales durante la sustanciación de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio”*, ISBN: 978-84-9031-488-3, 2012.

LUMBRENAS MARTÍN, Eva María, *“Diligencias finales de oficio del art.435.2 LEC: su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos”*, *Problemas actuales de la prueba civil*, Id. Vlex: VLEX-232280, 2004.

MALLANDRICH MIRET, Nuria, *“Las medidas provisionales”*, El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña, Edit. Atelier, Barcelona, 2011.

MARTÍN CALERO- GUILARTE, Cristina, *“La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MURCIA QUINTANA, Emilio, *Derechos y Deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *“Valoración del interés superior del menor a la hora de adoptar medidas civiles en situaciones de conflicto parental”*, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, ISBN: 978-84-9085-991-9, 2016.

PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *“La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil”*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013.

PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, *“La prueba ilícita en el proceso civil”*, 2011.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *“La intervención del equipo técnico judicial y el dictamen de especialistas en el Libro II del Código Civil de Catalunya”*, Justicia, Barcelona, 2012.

PÉREZ DAUDI, Vicente, *“Los procesos matrimoniales. Máster de derecho de familia. Universidad de Barcelona curso 2009/2010”*, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/10204>, 2010.

PEREZ DAUDI, Vicente, *El proceso de familia en el código Civil de Cataluña*, Edit. Atelier, Barcelona, 2011.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *Los procesos matrimoniales*, Barcelona, <http://hdl.handle.net/2445/10204>, 2009.

PÉREZ TORNO, María José, “Comentario Artículo 237-4. Derecho a reclamar alimentos. LEY 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, Barcelona, SP/DOCT/15609, 2011.

PORTAL MANRUBIA, José, “Particularidades de la prueba en el procedimiento matrimonial”, Edit. Aranzadi, BIB 2013/1057, 2013.

ROCA TRÍAS, Encarna, “Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)”, Civitas, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María, “Especialidades procesales en materia de prueba en el proceso de familia”, El proceso de familia en el código Civil de Cataluña, Edit. Atelier, Barcelona, 2011.

SILLERO CROVETTO, Blanca, “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 2019.

TAMBORERO, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, *La nueva regulación del derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, ISBN: 8499827497, 2011.

VILA SORIANO, Marta, “Configuración y cuantificación de la compensación económica por razón de trabajo: valorar las tareas de cuidado para incentivar la igualdad de género”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, ISSN: 1575-720-X, 2018.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Nuevas aplicaciones del procedimiento de mediación familiar en el libro II del CCCAT”, *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Edit. Atelier, Barcelona, 2011.

ZAMORA SEGOVIA, María Luisa, NIETO MORALES, Concepción, HERNANDO RAMOS, Susana, TORRES REVIRIEGO, María Rosario, “Medidas previas y/o provisionales”, *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, ISBN: 978-84-9085-967-4 , 2016.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Luis, “La defensa de los menores y el fiscal”, 2013.

ANEXO I

Jurisprudencia utilizada

- Sentencia del Tribunal Constitucional, 4/2001, de 15 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2016/1993, 16 de diciembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 200/2006, de 28 de Septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 759/2011, de 2 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 533/2012 de 10 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 35/2006, de 26 de Septiembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 29/2008, de 31 de julio.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 34/2010, de 10 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 2/2014, de 9 de enero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 32/2014, de 8 de Mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 36/2014, de 22 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 69/2014, de 30 de Octubre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 35/2015, de 14 de Mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 3/2016, de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 14/2016, de 7 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 19/2016, de 31 de Marzo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 20/2016, de 20 de abril.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 7/2017, de 16 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección1º, 18/2017, de 29 de marzo.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º, RJ 2017/6251, de 20 de julio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y penal, 25/2018, de 15 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º, 50/2018, de 31 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 56/2018, de 21 de Junio.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 57/2018, de 21 de Junio.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, 131/2018, de 8 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 89/2018, de 19 de noviembre.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1º, 326/1999, de 30 de Septiembre.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15º, de 26 de septiembre de 2002, JUR 2004/14112.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12º, 254/2005, de 26 de abril.
- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1º, 148/2009, de 29 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18º, 108/2011, de 22 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18º, 778/2013, de 17 de Diciembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18º, 369/2014, de 27 de mayo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1º, 221/2014, de 20 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18º, 662/2014, de 8 de octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1º, 310/2014, de 18 de Noviembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2º, 69/2015, de 12 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12º, de 19 de diciembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil y Penal, 740/2018, de 2 de noviembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18º, 909/2018, de 27 de Diciembre.

ANEXO II

PROPUESTA DE CONVENIO REGULADOR

En Barcelona, a 29 de noviembre de 2019.

REUNIDOS

De una parte, **DOÑA MARÍA PÉREZ MARTOS**, mayor de edad, con domicilio en Ctra. De Sants, 75, 9º-1º, 08008 de Barcelona y provista de DNI 45897456-L.

Y de otra, **DOÑA ELENA MARTÍNEZ COBOS**, mayor de edad, con domicilio en Carrer de les flors, 15, 5º-2º, 08040 de Barcelona, y provista de DNI 78485963-M.

Concurren ambas en su propio derecho, se reconocen capacidad legal necesaria para el otorgamiento del presente Convenio Regulador de Separación y de los efectos del guarda y custodia de la hija menor, y de sus libres y espontáneas voluntades.

MANIFIESTAN

- I. Que en fecha de 4 de Junio de 2010 tuvo lugar la inscripción de su relación como pareja de hecho en el Registro de Parejas de hecho de Barcelona.
- II. Que ambas tomaron la decisión de tener una hija, **ONA MARTÍNEZ PÉREZ**. La gestante y por tanto madre biológica de Ona es **DOÑA ELENA MARTÍNEZ**. **DOÑA MARÍA PÉREZ**, figura como madre inscrita en el registro civil.
- III. Que el último domicilio que ha constituido vivienda familiar se encuentra sito en Carrer de les flors, 15, 5º-2º, 08040, de Barcelona.
- IV. Que por razones que ahora no es necesario relatar ambas convivientes han decidido acabar con su vida en común, tramitar su **SEPARACIÓN DE MUTUO ACUERDO** y es por ello que otorgan el presente Convenio Regulador de sus relaciones personales y patrimoniales así como los efectos que se puedan derivar respecto de la hija menor. Por ello, convienen y pacta el presente Convenio Regulador conforme a los siguientes:

PACTOS

PRIMERO.- De la convivencia separada

Ambas comparecientes acuerdan iniciar la convivencia separada.

Ambas progenitoras se obligan a no interferir en la vida de la otra, y se otorgan mutuo y recíproco consentimiento para que cada una pueda regir su vida en la forma que crea conveniente.

SEGUNDO.- Plan de parentalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 233.9 del Código Civil de Cataluña

Para el correcto ejercicio de las relaciones de cada una de las progenitoras con la hija común, ambas de mutuo acuerdo establecen el siguiente plan de parentalidad:

A.- Sobre la guarda y custodia.

Se atribuye la guarda y custodia de la menor a ambas progenitoras de **forma compartida**.

- El sistema que se llevará a cabo es por **semanas alternas**: De lunes a lunes de manera que cada progenitora la tendrá consigo y la reintegrará al colegio el lunes a las 09:00 y la que deba tenerla la semana siguiente iniciará su turno, que será desde ese mismo lunes al regreso al colegio.

Sin perjuicio de lo expuesto, se acuerda respecto a los intercambios de la menor, que si no se trata de periodo lectivo o que el día de intercambio la pequeña no fuese al colegio, salvo pacto en contrario, ser realizará por parte de la progenitora que deba recogerla quien ira a buscarla al domicilio de la progenitora que la tenga consigo. Cada progenitora se hará cargo en los periodos que le correspondan, por sí misma o mediante otras personas que designe mientras no se pueda hacer cargo de atender, cuidar y alimentar a la menor, así como llevarla a la escuela y actividades extraescolares.

Así mismo, y para los periodos no lectivos se seguirá el mismo sistema de semanas alternas con las siguientes salvedades:

- **VACACIONES DE NAVIDAD**: Cada progenitora estará en compañía de la menor la mitad del período vacacional escolar de Navidad estableciéndose dos períodos:

1º Período: Corresponderá estar en compañía de la hija desde la salida del centro escolar el último día de actividad escolar hasta las 10 horas del día 31 de diciembre.

2º Período: Corresponderá estar en compañía de la menor desde las 10 horas del día 31 de Diciembre hasta el inicio de la actividad escolar.

Corresponderá a Doña Elena estar con la hija en el primer período en los años pares y en el segundo periodo en los años impares; y a Doña María el primer período en los años impares y el segundo en los años pares.

El día de Reyes y el día 25 de Diciembre, la progenitora que no haya disfrutado de la compañía de la menor podrá tenerla consigo desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

- VERANO: Durante la época estival, no lectiva, cada una de las progenitoras tendrá derecho a tener consigo a la menor durante dos semanas consecutivas a su elección, en función de las vacaciones laborales de cada una, y siempre que lo comunique a la otra con al menos 15 días de antelación.

Si eventualmente, ambas progenitoras pretendieran disfrutar de la compañía de la hija 15 días seguidos en el mismo período, tendrá preferencia de elección de fecha los años impares Doña Elena y los años pares Doña María.

Así mismo, se hace constar que siempre prevalecerá el mutuo acuerdo de las progenitoras en cómo distribuirse el tiempo que cada una de ellas pasará con su hija, siendo el presente convenio una pauta a seguir en caso de disconformidad.

Ambas progenitoras tienen su domicilio en Barcelona. Cualquier cambio de domicilio de las indicadas deberá ser comunicado fehacientemente entre las progenitoras.

La comunicación telefónica de la progenitora que no goce de la compañía de su hija esa semana podrá ser diaria, a falta de acuerdo, mediante llamada de la progenitora que no esté con ella a la que sí, a las 20:00 horas.

En las demás ocasiones – cumpleaños y días especiales reseñados- la progenitora que no tenga consigo a la menor deberá recogerla en el domicilio de la otra progenitora a las 17:00 horas debiendo reintegrarla en el mismo domicilio.

Finalmente, se hace constar expresamente que en caso de hospitalización de la menor se suspenderá la organización de la guarda ordinaria y las progenitoras y sus familiares podrán visitarla cuando así lo deseen y el hospital lo permita.

B.- Sobre la responsabilidad parental.

La responsabilidad parental se realizará de forma compartida por ambas progenitoras, con todos los derechos y obligaciones inherentes a la misma, ejerciéndose de acuerdo con las estipulaciones realizadas por ambas progenitoras en el presente plan de parentalidad.

En este sentido, ambas progenitoras se obligan a proteger los intereses de la persona y de los bienes de su hija mientras sea económicamente dependiente y a

alimentarla, educarla y a procurarle una formación integral, velando siempre por ella cuando se encuentre en su compañía.

Ambas progenitoras facilitarán la comunicación de la hija con la progenitora que no esté en aquel momento en su compañía comprometiéndose ambas a no realizar actos o proferir expresiones que puedan obstaculizar la relación de cada una de las progenitoras con la menor.

Ambas progenitoras participarán en la toma de decisiones importantes que se tengan que adoptar en un futuro, siendo de especial importancia las que se vayan a establecer en relación con la residencia, las que afecten al ámbito escolar o extraescolar, al ámbito sanitario y a las celebraciones religiosas.

En relación a la toma de estas decisiones, ambas progenitoras deberán comunicarse de forma recíproca todas las decisiones trascendentes que deseen adoptar en el futuro, así como todo aquello que deban conocer ambas progenitoras.

En cuanto a la forma de practicar la citada comunicación, excepto pacto en contrario y en el supuesto de que no existiese el deseable diálogo entre las progenitoras, se establece que se formalizará por medio de burofax, al que la otra progenitora deberá contestar en el plazo de 30 días, entendiéndose que si no contesta presta su conformidad de forma tácita. En el caso de existir discrepancia, resolverá la autoridad judicial.

En cualquier caso, ambas progenitoras tienen derecho a ser informadas por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hija, y en especial, tienen derecho a que se les facilite a ambas toda la información académica y los informes de evaluación de su hija, e igualmente ambas tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o los servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden juntas como si lo hacen por separado. De igual forma, tienen derecho a obtener toda la información médica de su hija, y a que se les faciliten los informes que cualquiera de las progenitoras solicite.

Sin perjuicio de todo lo establecido en los apartados anteriores, la progenitora que en cada momento esté con la hija, podrá adoptar decisiones sobre la misma, sin consentimiento de la otra progenitora, ni autorización judicial, en aquellos casos en que exista una situación de urgencia, o en aquellas situaciones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida cotidiana puedan producirse.

Las progenitoras deberán avisarse mutuamente sobre cualquier variación en los hábitos alimenticios o sanitarios de la hija, siendo de especial importancia los relativos con la ingesta de medicamentos, debiéndose entregar recíprocamente los medicamentos que en cada momento pueda estar tomando la menor.

TERCERO.- Del domicilio familiar

Respecto del domicilio familiar, se encuentra sito en Carrer de les Flors, 15, 5º-2º, 08040 de Barcelona y se atribuirá a Doña Elena.

Por su parte, Doña María, se irá a vivir al piso sito en Ctra. De Sants, 75, 9º-1º, 08008 de Barcelona heredado por doña María como consecuencia de la muerte de su madre.

Ona, la hija menor vivirá en los dos domicilios variando durante el periodo en el que esté con cada progenitora.

CUARTO.- Pensión de alimentos

Ambas partes acuerdan, que se fijará una pensión de alimentos a favor de Ona por cuantía de 400€, siendo deudora Elena y beneficiaria Ona.

En la pensión de alimentos (o gastos ordinarios) quedan comprendidos todos aquellos gastos relativos a la alimentación, vestido y calzado, productos de higiene y aseo, productos farmacéuticos ordinarios y suministro; que deberán ser satisfechos por ambas progenitoras.

QUINTO.- Gastos extraordinarios

Ambas progenitoras establecen que los **gastos extraordinarios** serán satisfechos en una proporción del **50%** por parte de cada progenitora, en relación a:

- Libros escolares, matrícula y cualquier otro derivado de la escolarización.
- Colonias escolares.
- Actividades extraescolares, ya sean de formación como clases particulares o de refuerzo, o de ocio, que sean acordados de mutuo acuerdo.
- Los derivados de visitas al dentista, tratamientos de ortodoncia, oftalmología, material de oftalmología, podología, homeopatía y en general todos aquellos gastos médico-farmacéuticos y aquellos derivados de actuaciones o intervenciones médico-quirúrgicas, en sentido amplio, no cubiertos por el sistema público de la Seguridad Social o por mutualidad médico privada o que, amparados, no se pueden demorar.
- Los esplais de verano.
- Viajes de fin de curso.
- Cursos en el extranjero.
- Cursos universitarios, masters y ciclos formativos de grado medio o superior; incluyéndose en el concepto el precio de matrícula, mensualidades, desplazamientos - gasolina y seguro del automóvil-, dietas, libros y materiales.

- Obtención de permisos necesarios para conducir motocicletas u otra clase de vehículos.

- Cualquier otro gasto imprevisto.

Todas las actuaciones que pudiesen derivar en la generación de un gasto extraordinario se realizarán siempre de acuerdo entre ambas progenitoras en beneficio de la hija, por lo que en cualquier caso la realización de las actividades que comporten estos gastos han de ser consensuados por ambas progenitoras o en su defecto autorizados por la autoridad judicial, siempre que la urgencia del caso lo permita.

SEXTO.- De las prestaciones y pensiones económicas entre los miembros de la pareja.

En relación a lo establecido en el artículo **233-14** del Código Civil de Cataluña, ambas firmantes convienen que Doña Elena pagará a Doña María 400€ **en concepto de pensión compensatoria** hasta que Ona cumpla la mayoría de edad.

Además, ambas acuerdan establecer una compensación económica de 6.000€ a favor de María a consecuencia del incremento de patrimonio sufrido por Elena gracias a la dedicación de María al hogar desde el momento en que Ona nació de acuerdo con las reglas de cálculo del artículo 232-6 del Código Civil de Cataluña.

SÉPTIMO.- División de bienes comunes y cargas de la familia.

A.- Ambas convivientes son propietarias proindiviso de la vivienda sita en Carrer de les flors, 15, 5º-2º, 08040 de Barcelona.

El referido inmueble tenía un préstamo bancario que fue satisfecho a cuenta de Elena. Al encontrarse pagado íntegramente no supone ninguna carga actual para ninguna de las convivientes.

No obstante, será Doña Elena quién se encargara de satisfacer en exclusiva los gastos del inmueble vinculados al mismo atendiendo al derecho de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

B.- No poseen más bienes de titularidad común.

OCTAVO.- Del cumplimiento fiel

Ambas convivientes se comprometen a observar fielmente el presente Convenio Regulador de los efectos de su separación, cuya aplicación será efectiva desde la fecha de su firma, aunque aún no se ha producido su preceptiva ratificación a presencia judicial, obligándose a no inferir ni perturbar el libre y satisfactorio ejercicio de las actividades personales o profesionales que puedan desarrollar.

NOVENO.- Ratificación del presente convenio regulador e interposición de la demanda de común acuerdo.

La pareja acuerda iniciar de inmediato el oportuno procedimiento judicial de guarda de común acuerdo y a ratificar la demanda y el presente Convenio Regulador, ante el Juez en cuanto fueren emplazadas para ello.

Y en prueba de aceptación y conformidad con todo lo hasta aquí manifestado y convenido, las convivientes otorgantes firman el presente Convenio Regulador, a un sólo efecto, en **SIETE FOLIOS**, estando todos ellos firmados por ambas, en el lugar y fecha "*ut supra*".