

SUPUESTO DE HECHO

I. Planteamiento

Betty, de nacionalidad colombiana, contrajo matrimonio civil con Juan, de nacionalidad española, en Barcelona el 15 agosto de 2005, bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales. De dicha relación nació en 2006 un hijo llamado Pedro y en septiembre de 2007 otra hija llamada Vanessa, ambos hijos tienen doble nacionalidad.

Durante el matrimonio la madre trabajó en la inmobiliaria que regentaba el esposo sin percibir ningún tipo de salario ni estar dada de alta en Seguridad Social, dedicándose de igual modo al cuidado de la familia.

La pareja llevaba un elevado nivel de vida, al ser titular el esposo de varios vehículos y de un yate, yendo constantemente de restaurantes y de viajes.

Como consecuencia de la explotación de dicha inmobiliaria durante el matrimonio, el esposo adquirió diversas viviendas fruto de una promoción, inscribiéndoles única y exclusivamente a su nombre, teniendo las mismas arrendadas y percibiendo unos ingresos por alquileres que ascienden a la cantidad de 12.000 euros mensuales, que se ingresan en una cuenta titularidad exclusiva del esposo.

El esposo fue condenado por estafa inmobiliaria a 4 años de prisión y se encuentra ingresado en el centro Penitenciario de Brians desde octubre de 2013.

A raíz de dicho ingreso en prisión, la inmobiliaria se cierra y la madre se queda sin trabajo, y como quiera que no estaba dada de alta en la Seguridad Social, no tiene derecho a prestación de desempleo, ni ningún tipo de ingreso.

A raíz del ingreso en prisión, la madre quiere interponer la demanda de divorcio, y marcharse a su país con los hijos, ya que aquí no tiene trabajo ni familia que le pueda ayudar a atender a sus hijos.

La madre, es quien se encarga de los hijos, quien atiende las necesidades domésticas y emocionales de los mismos, desde que el padre se encuentra en prisión, dado que el padre no ha dado órdenes a la entidad bancaria para efectuar ninguna transferencia a favor de la madre de los menores.

Los gastos de los hijos ascienden a la suma de 800 euros mes.

II. Cuestiones a tener en cuenta

Procedimiento a seguir. Competencia. Efectos de la demanda de divorcio en relación a los hijos. Plan de parentalidad. Guarda y custodia y Régimen de relaciones personales atendiendo al ingreso en prisión del padre. Posibilidad o no de compensación económica por razón de trabajo o de prestación compensatoria de la esposa. Medidas de aseguramiento para el pago de las prestaciones económicas y solicitud por el padre de medidas urgentes para evitar que los menores se vayan del país.

Dictamen que emite Anna-Clara MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, número 37.631, en fecha de 20 de enero de 2014, a petición de INTER-ABOGADOS, S.L., sobre los hechos relativos a la posible disolución matrimonial de la Sra. Betty y el Sr. Juan.

I. Antecedentes de hecho

Como antecedentes esenciales a tener en cuenta para la emisión del presente dictamen conviene señalar los siguientes:

PRIMERO.- Con fecha de 15 de agosto de 2005 la Sra. Betty, de nacionalidad colombiana, y el Sr. Juan, de nacionalidad española, contrajeron matrimonio civil en Barcelona. El mismo se estableció bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales.

SEGUNDO.- En 2006 y 2007, respectivamente, y fruto de la susodicha unión matrimonial, nació un hijo llamado Pedro y una hija llamada Vanesa.

TERCERO.- Desde 2005 (año en que contrajo matrimonio) hasta octubre de 2013 la Sra. Betty trabajó en la inmobiliaria que regentaba el Sr. Juan; sin percibir ningún tipo de salario ni cotizar a la Seguridad Social. Al mismo tiempo, la Sra. Betty se encargaba de las tareas del hogar y del cuidado de la familia.

CUARTO.- El Sr. Juan era titular de diversos vehículos y de un yate. Su nivel económico era tal que el matrimonio viajaba asiduamente y acudía con frecuencia a restaurantes.

QUINTO.- El Sr. Juan, durante las mencionadas fechas en el antecedente TERCERO, adquirió, además, diversas viviendas fruto de una promoción. Inscribió las mismas única y exclusivamente a su nombre, arrendándolas posteriormente y percibiendo unos ingresos en concepto de alquiler ascendentes a la cantidad de 12.000-€ mensuales, siendo siempre ingresados en una cuenta cuyo único titular era el propio Sr. Juan.

SEXTO.- En octubre de 2013 se dictó sentencia contra el Sr. Juan; bajo la que se le condena a 4 años de prisión por la comisión de un delito de estafa inmobiliaria. El Sr. Juan se halla desde octubre de 2013 ingresado en el centro Penitenciario de Brians (sito en Barcelona).

SÉPTIMO.- En igual fecha de octubre de 2013, la inmobiliaria que regentaba el Sr. Juan cerró. Consiguientemente, la Sr. Betty perdió su trabajo y, al no estar dada de alta en la Seguridad Social, desde dicha fecha no percibe ingreso alguno ni tiene derecho a prestación de desempleo.

OCTAVO.- De los hechos que anteceden nace la voluntad de la Sra. Betty por instar ruptura matrimonial a través del divorcio, así como la intención por marcharse a su país con Pedro y Vanessa, ya que en España no encuentra trabajo ni tiene familia que le pueda ayudar a atender a sus hijos.

NOVENO.- Desde octubre de 2013, fecha en que el Sr. Juan ingresó en prisión, la Sra. Betty es la persona que se encarga de los hijos, atendiendo sus necesidades domésticas y emocionales. Por su parte, el Sr. Juan no ha dado órdenes a la entidad bancaria para efectuar transferencia alguna a favor de la madre de los menores. El total de la suma de los gastos que la Sra. Betty debe afrontar para el cuidado de sus hijos asciende a 800-€ / mes.

II. Cuestiones que se plantean

PRIMERA.- La Sra. Betty desea interponer, unilateralmente, demanda de divorcio. ¿Cuál es el procedimiento que debe seguir?

SEGUNDA.- Teniendo en cuenta los criterios de territorialidad y materia, además de que el Sr. Juan se halla en la cárcel, ¿cuáles son los juzgados competentes para el enjuiciamiento de la presente demanda de divorcio?

TERCERA.- Fruto del matrimonio entre el Sr. Juan y la Sra. Betty nacieron dos hijos, varón y mujer, y en fecha de hoy ambos son menores de edad, ¿qué efectos produce la interposición de la demanda de divorcio en relación a los mencionados hijos?

CUARTA.- El código civil catalán incorpora la obligatoriedad de establecer un convenio regulador o plan de parentalidad cuando los progenitores en proceso de ruptura de pareja tienen hijos en común, independientemente de si dicha ruptura se solicita de mutuo acuerdo o contenciosamente. ¿Qué deberá incluir dicho plan de parentalidad?

QUINTA.- En caso de divorcio, siempre es preferible abogar por una custodia compartida entre ambos progenitores. Sin embargo, en el presente supuesto, teniendo en cuenta el ingreso en prisión del Sr. Juan, ¿qué tipo de guarda y custodia, en suma, régimen de relaciones personales debe establecerse?

SEXTA.- Se desprende de los antecedentes de hecho que los ingresos del Sr. Juan, hasta su ingreso en prisión, eran notablemente superiores a los de la Sra. Betty. Así pues, ¿cabe la existencia de compensación económica por razón de trabajo y/o pensión compensatoria?

SÉPTIMA.- El Sr. Juan todavía no ha dado orden alguna a las entidades bancarias para que procedan al pago correspondiente en concepto de manutención de sus hijos. ¿Es por ende posible solicitar medidas, por parte de la Sra. Betty, para así asegurar el pago de las prestaciones económicas?

OCTAVA.- La Sra. Betty, en los antecedentes de hecho, ha manifestado la voluntad de regresar a su país con sus hijos. ¿Puede el Sr. Juan emprender alguna acción al respecto, solicitando medidas urgentes, si caben, con el fin de evitar la fuga de los menores?

III. Normativa aplicable y jurisprudencia de interés

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a la siguiente normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las mismas:

1. Artículos de la Constitución Española (en adelante, CE):

- Artículo 39 CE
- Artículo 149 CE

2. Artículos de leyes que son de aplicación:

- Artículos 21 y 85 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).
- Artículos 36, 45, 50, 61, 64, 213, 217, 424, 433, 721, 723, 726-728, 730, 732, 749, 753, 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).
- Artículos 225bis y 227 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Artículos 9, 13, 16, 22, 81, 86, 89-94, 97, 103, 107, 116, 142 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil (en adelante, CCEsp).
- Artículo 111-3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Catalunya (en adelante, CCCat).
- Artículos 231-19, 231-20, 232-5, 232-6, 232-8, 232-10, 232-11, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 233-6, 233-8, 233-9, 233-10, 233-11, 233-14, 233-15, 237-1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia (en adelante, CCCat).
- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

3. Tratados Internacionales aplicables:

- Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980.

4. Jurisprudencia aplicable:

- STC 238/1992, de 17 de diciembre; STC 218/1994, de 18 de julio; STC 78/1996 de 20 de mayo.
- ATC 48/2004, de 12 de febrero
- ATS 12/06, de 17 de marzo de 2006; ATS 8/05, de 16 de marzo de 2005; ATS 49/04, de 30 de septiembre de 2004; ATS 16/02, de 25 de junio de 2002; ATS rec. 207/2009, de 27 de octubre de 2009.
- STSJ CAT 7475/2008, de 31 de julio; STSJ CAT 5339/2013, de 30 de mayo; STSJ CAT 10899/2012, de 8 de octubre; STSJ CAT 9511/2008, de 5 de septiembre; STSJ CAT 15152/2009, de 25 de junio; STSJ CAT 29/2008, de 31 de julio; STSJ CAT 6917/2011, de 16 de junio.
- SAP Barcelona 578/2013, de 2 de octubre
- SAP Madrid 22/2010, de 26 de enero; SAP Madrid 401/2010, de 25 de enero
- SAP Castellón 11667/2004, de 30 de junio
- AAP Barcelona 97972/2004, de 10 de febrero
- AAP Murcia 96253/2004, de 27 de octubre
- AAP Santa Cruz de Tenerife 190845/2003, de 22 de septiembre

5. Bibliografía consultada:

Manuales:

ABARCA JUNCO, A.P.: *Derecho Internacional Privado. Vol I.* Colex UNED, Madrid. 2013.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A y VV.AA.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio.* Tirant lo Blanch, Madrid. 2010.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado. Vol II.* Comares, Madrid- 2010.

CARRASCO PERERA A., GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Introducción al derecho y fundamentos de derecho privado.* Tecnos, Madrid. 2013.

DE MIGUEL ALONSO, C.: *Notas sobre el proceso cautelar*. Revista de Derecho Procesal, número 4. Época, Madrid. 1966.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*. Atelier, Madrid. 2010.

Webgrafía:

HAGUE CONFERENCE. INCADAT. *La base de datos sobre la sustracción internacional de niños*. www.incadat.com

IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA (ICAB): *Document de treball: guia i model de pla de parentalitat*. Diciembre de 2010. www.icab.cat

NOTÍCIAS JURÍDICAS. Base de datos legales. www.noticias.juridicas.com

VLEX. Base de datos legales. www.vlex.es

IV. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Procedimiento a seguir

a) Ordenamiento jurídico aplicable

Antes de nada, es preciso dilucidar cuál es la ley aplicable en el presente supuesto, es decir, determinar si las leyes españolas son susceptibles de ser empleadas o no. Tal y como se desprende de los antecedentes de hecho, la Sra. Betty es colombiana y el Sr. Juan, español. Existe, por tanto, un conflicto interno de normas civiles, dando lugar a una confusión sobre cuál es la ley que debe utilizarse.

El Artículo 149.1.8 CE dispone que es tarea del legislador estatal la aprobación de cuantas normas sean necesarias para resolver los conflictos que puedan suscitarse en ámbito civil o bien decidir si hay que remitirse, total o parcialmente, a las normas de DIPr que regulan los conflictos internacionales¹: *el estado tiene competencia: en materia civil (...) en cuanto a las normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho.*

El citado precepto legal se halla en íntima conexión con el Artículo 16 CCEsp, en el que se contempla tanto el supuesto de resolución de conflictos de leyes a través de reglas internas como a través de la remisión a normas de DIPr. Como afirma Abarca Junco², el apartado 1º del Artículo 16 CCEsp dispone inicialmente que “*los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de las distintas legislaciones civiles en territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV CCEsp*”. Sin embargo, en la enumeración de las particularidades, limita el alcance de la remisión anterior; de modo que únicamente serán de aplicación los Artículos 8 a 12 CCEsp.

Si acudimos a los Artículos 8 a 12 CCEsp, el Artículo 9.1 y .2 nos es de completa aplicación para el presente caso. Indica el mismo, en su apartado primero, que *la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la*

¹ Abarca Junco, A.P.: *Derecho Internacional Privado. Vol I. 2013*. Colex UNED, Madrid. Página 92 y ss.

² Abarca Junco, A.P. Op. Cit. Página 93.

sucesión por causa de muerte. En cuanto al apartado segundo, *in fine*, se desprende que *la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el Artículo 107*.

En remisión al último Artículo mencionado, el apartado segundo establece qué ley regirá el divorcio. Se trata de un artículo redactado mediante **puntos de conexión en cascada**, es decir, si la primera circunstancia expuesta no concurre se pasa a la siguiente y así sucesivamente. Pasemos, pues, a examinar si se van cumpliendo los supuestos enunciados:

- a) *La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda*: conviene recordar que la Sra. Betty es colombiana. Así pues, podemos estar ante dos situaciones: 1) que la Sra. Betty haya adquirido la nacionalidad española por residencia (mínimo 1 año después de haber contraído matrimonio con un español o dos años de residencia en España por ser originaria de un país Iberoamericano), de acuerdo con el Artículo 22.2.d) del Código Civil Español; 2) Que la Sra. Betty preserve, todavía, la nacionalidad colombiana.

Si la Sra. Betty es española, el Artículo 107.2 CCEsp ya es de aplicación y, por ende, será la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda la que rija en el divorcio.

No obstante, si la Sra. Betty todavía no ostenta la nacionalidad española, este criterio no puede ser aplicable, así que debemos analizar el siguiente expuesto en el Artículo 107.2 CCEsp.

- b) *A falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento*: efectivamente, se desprende de los antecedentes de hecho que la ley de residencia habitual común del matrimonio era la española ya que ambos residían en Barcelona (España).

De este modo, **será la ley española la que rija el divorcio entre ambos y sea de aplicación**. Como se trata de un artículo “en cascada”, los siguientes criterios que contempla ya no cabe examinarlos.

b) Código Civil aplicable

El Capítulo V del CCEsp, bajo la rúbrica “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”, indica en el Artículo 13.1 que *las disposiciones del Título Preliminar del CCEsp, así como las contenidas en el título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España*. Prosigue, el apartado segundo, afirmando que *en lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto de lo que sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales*.

Sin embargo, este artículo es pre-constitucional, de modo que su valor ha quedado afectado tras la promulgación de la Constitución de 1978. Es afirmada, por la doctrina mayoritaria, su falta de vigencia; quedando ésta reducida a un mero nivel formal, de modo que el susodicho Artículo *ya no puede determinar las relaciones entre el Código Civil y el resto de Derechos civiles, puesto que es ahora la Constitución la que establece estas relaciones*. Los Artículos 149.1.8º y 149.3 CE son ahora los encargados de determinar el derecho que debe aplicarse. Por tanto, el Código Civil Español queda relegado a una simple norma del ordenamiento del Estado que, en virtud el principio de competencia contenido en el Artículo 149.1.8º CE y de la función como derecho supletorio que le atribuye el Artículo 149.3 CE, puede ser objeto de aplicación en los territorios autonómicos en los que concurre, además, un derecho civil propio, como es en el caso de Catalunya. Así pues, el Código Civil Español podrá aplicarse en Catalunya, tal y como sostiene Salvador Corderch³ de las siguientes maneras: *como derecho directamente aplicable, como derecho supletorio o como derecho civil propio a través de la incorporación de preceptos del código civil al ordenamiento autonómico*.

En consecuencia, determinados preceptos contenidos en el Código Civil Español deberán aplicarse de forma directa en todo el territorio pues las materias sobre las que recaen son competencia exclusiva del Estado (Artículo 149.1.8º CE). *Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*, tal y como dispone el citado precepto de la CE significa la aplicación general y directa en toda España del Título IV

³ Salvador Corderch, P.: El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana. 1984. Editorial RJC. Barcelona. Páginas 44 y ss.

del libro I del Código Civil, exceptuando las normas correspondientes al régimen económico matrimonial. Sin embargo, ello no viene precedido por la aplicabilidad del Artículo 13 CCEsp, hecho que conviene remarcar y máxime cuando desde la reforma de 1981 del CCEsp se derogaron los artículos relativos al régimen económico matrimonial.

De todos modos, cabe traer a colación el sentido amplio y muy poco restrictivo del redactado del Artículo 149.1.8º CE, de modo que el Estado sólo pretende salvaguardar y ostentar una competencia sobre el vínculo matrimonial y sus vicisitudes pero bajo ningún supuesto sobre las consecuencias económicas o las consecuencias que pueda entrañar una eventual disolución. Fruto de ello, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia resulta adecuada a la Constitución y completamente legítima.

Por su parte, el Código Civil Catalán establece en su Artículo 111-3.1 la delimitación territorial del derecho civil de Catalunya, afirmando que *tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*. Es más, en su Artículo 111-3.3 hace referencia a los extranjeros que adquieran la nacionalidad española; quedando sometidos al derecho civil catalán mientras tengan vecindad administrativa en Cataluña, salvo que renuncien a tal sumisión.

Por tanto, **para el presente supuesto** cuya materia es el divorcio (ruptura matrimonial) **será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil de Catalunya y, supletoriamente, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en el Código Civil Español**. Además, para la materia relativa al régimen económico matrimonial se aplicará únicamente lo contenido en el Código Civil Catalán.

c) Procedimiento formal

Entrando ya en el fondo del asunto, tal y como define Álvarez Alarcón⁴, el divorcio es una causa de disolución de un matrimonio válidamente celebrado en virtud de una

⁴ Álvarez Alarcón A. y VV.AA. *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. 2010. Tirant lo Blanch. Madrid. Páginas 132 y ss.

sentencia. Implica declarar judicialmente la disolución vincular, en vida de ambos cónyuges, con eficacia jurídica desde que la resolución alcanza firmeza (efectos *ex nunc*).

Se desprende del presente supuesto de hecho que es la Sra. Betty la que pretende instar demanda de divorcio unilateralmente. Ello en términos jurídicos es conocido como **divorcio contencioso**, es decir, no concurre o media conformidad o acuerdo con el otro cónyuge. El Código Civil Español lo regula en su Artículo 86, íntimamente relacionado con el Artículo 81, exigiendo como requisito el haber transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio (reforma del CCEsp), ya no es necesario alegar una causa para obtener el divorcio a instancias de un cónyuge; el anterior sistema causalita ha quedado derogado.

Sin embargo, se podrá prescindir del cumplimiento del plazo de los tres meses, mencionado anteriormente, cuando exista un riesgo para la vida de uno de los cónyuges; pero, en el presente supuesto, ello no es de aplicación.

Así pues, por el momento, la Sra. Betty sí que estaría en facultades de solicitar el divorcio contencioso, ya que contrajo matrimonio en agosto de 2005 y nos hallamos en el año 2013; con lo cual, han transcurrido más de los tres meses mínimos requeridos.

Por otra parte, los antecedentes de hecho indican que el matrimonio civil entre la Sra. Betty y el Sr. Juan se constituyó en virtud de capitulaciones matrimoniales, las cuales determinaron, entre otros pactos, el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

El Artículo 231-19.1 CCCat, en conexión directa con el Artículo 231-20.1 del mismo cuerpo legal, determina que los capítulos matrimoniales podrán contener las estipulaciones o pactos que ambos cónyuges crean convenientes e incluso aquellos en previsión de una ruptura matrimonial, es decir, los cónyuges pueden incluir en los mismos acuerdos sobre la regulación de una eventual y futura crisis matrimonial, como por ejemplo, una renuncia anticipada a la prestación compensatoria o cuestiones similares.

De este modo, para determinar qué proceso debe seguirse, en primer lugar, deberá acudirse a lo dispuesto en los capítulos matrimoniales y examinar si existe alguna estipulación o pacto al respecto, es decir, si en caso de divorcio ambos cónyuges establecieron algún procedimiento a seguir. Sin embargo, en este caso sólo, tal y como admiten los antecedentes de hecho, los capítulos únicamente han sido suscritos para establecer el régimen económico matrimonial.

Mencionado lo anterior, será la propia Sra. Betty la que inste procedimiento de divorcio contencioso, ya que para el presente caso es totalmente imposible iniciarlo de mutuo acuerdo, tal y como se ha explicado anteriormente. Para dilucidar qué procedimiento debe seguirse deberá atenderse a las leyes pertinentes.

En el Capítulo I, del Título I, del Libro IV de la LEC, bajo el título “*De las disposiciones generales, De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*”, se halla la normativa aplicable. De conformidad con el Artículo 753 LEC, el procedimiento seguirá los cauces del juicio verbal pero con una particularidad: habrá contestación a la demanda en el plazo de 10 días (modificación introducida por la Ley 13/2009); asemejándose el acto de la vista al del juicio ordinario contemplado en el Artículo 433 LEC.

Asimismo, en el caso que nos atañe, la intervención del Ministerio Fiscal será de carácter obligatorio pues concurren menores; en aras de lo exigido por el Artículo 749.2 LEC: *siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor.*

El Artículo 770 LEC regula cuál es el **procedimiento que debe seguirse**. La Sra. Betty deberá presentar demanda acompañada de los documentos pertinentes: inscripción del matrimonio, inscripción del nacimiento de sus hijos en el Registro Civil, documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges (nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales). Es aquí cuando, si así lo pretende, la Sra. Betty deberá solicitar las medidas provisionales que estime oportunas. Una vez presentada, si es admitida a trámite, el Sr. Juan dispondrá de 10 días para contestarla. En la misma contestación, si lo desea, podrá formular reconvencción o solicitar, también, las medidas cautelares que crea pertinentes.

Se citará a ambas partes para celebrar la vista, en la que deberán concurrir por sí mismas, junto con la presencia de sus respectivos abogados. También acudirá el

Ministerio Fiscal y pueden personarse como partes terceros cuyo interés esté justificado. Es en esta fase en la que se practicarán las pruebas pertinentes y se dará audiencia a los menores, si así se requiere y se cumple con los requisitos para ello. En caso de no poderse practicar todas las pruebas en el acto de la vista, se podrán practicar en otro momento si así lo señala el Tribunal (dicho plazo no podrá exceder de treinta días).

No obstante, *ello no impide que los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial o en cualquier instancia, puedan someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial* (exceptuando los casos en los que exista o haya existido violencia familiar o machista), tal y como deja entrever el Artículo 233-6.1 CCCat, en conexión directa con el Artículo 770.7ª LEC. En Catalunya, la mediación civil familiar se rige por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Sin embargo, en el presente caso, dado el ingreso del Sr. Juan en prisión, esta propuesta parece bastante inviable y utópica.

Finalmente, exige el Artículo 89 CCEsp sentencia declarativa firme para que el matrimonio disuelto por divorcio pueda tener lugar y producir efectos. Además, una vez inscrito en el Registro Civil podrá ser oponible frente a terceros.

SEGUNDO.- Competencia.

Es preciso, primeramente, aclarar ciertas cuestiones que pueden resultar notablemente relevantes en la dilucidación del procedimiento a seguir.

En el presente supuesto, el matrimonio civil contraído en España por la Sra. Betty, de nacionalidad colombiana, con el Sr. Juan, de nacionalidad española, es un matrimonio mixto. Ello es sumamente relevante porque pueden desprenderse las situaciones descritas en el fundamento jurídico primero.

a) Jurisdicción o competencia internacional

El Artículo 36.1 de la LEC nos remite a lo dispuesto en la LOPJ, así como en los Tratados y Convenios internacionales aprobados y ratificados por el Estado Español,

para dilucidar cuál es el alcance y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles.

Por su parte, y en atención a la anterior remisión, la LOPJ, en su Artículo 21.1 dispone que *los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y **entre españoles y extranjeros** con arreglo a lo establecido en presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.*

Por tanto, debe advertirse qué es lo que prevé la propia LOPJ en relación a la competencia de los tribunales que llevarán el eventual divorcio entre la Sra. Betty y el Sr. Juan. El Artículo 22.1 de la LOPJ, en conexión directa con el Artículo mencionado anteriormente, dispone que en el **orden civil**, los **juzgados y tribunales españoles**, serán competentes en materia de **separación y divorcio** cuando *ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España [...]*. En el presente supuesto, se cumplen los dos primeros requisitos que el Artículo contempla. Al tratarse de un Artículo **cuyos puntos de conexión en cascada se hallan unidos mediante conjunciones coordinantes disyuntivas** (o...o) y no copulativas (y...y), sólo con el mero cumplimiento de uno de los requisitos es suficiente para que los tribunales civiles españoles puedan declararse competentes sobre la materia civil en cuestión. Así pues, tanto si la Sra. Betty ostenta la nacionalidad española o no, los tribunales civiles españoles serán competentes porque tanto ella como el Sr. Juan poseen la residencia habitual en España al tiempo de interposición de la demanda (es irrelevante si él se halla en la cárcel o no, pues ésta se encuentra sita en España igualmente).

Por último, se ha barajado, para el presente supuesto, la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003, por gozar, el caso, de una cierta *repercusión transfronteriza*, y hallarse previsto en los fueros de competencia descritos en el Artículo 3 del mencionado reglamento: *demandante lleva un año de residencia en España*, siempre y cuando la Sra. Betty no haya adquirido la nacionalidad española. Sin embargo, y en palabras de Abarca Junco⁵, no conviene proceder a la aplicación del mismo, ya que sería errónea,

⁵ Abarca Junco, A.P.: *El Reglamento (CE) N° 2201/2003 (I): competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de divorcio, separación y nulidad*. Consejo General del Poder Judicial. [doc. en línea].

pese a las resoluciones contradictorias existentes en materia de aplicabilidad del Reglamento. No debe efectuarse una aplicación indiscriminada de lo contenido en el Reglamento 2201/2003.

b) Competencia territorial, objetiva y funcional

En cuanto a la **competencia territorial**, determina el Artículo 50 de la LEC, ésta recaerá sobre el tribunal del domicilio del demandado, excepto si la Ley dispone otra cosa. Al tratarse de un Artículo de mínimos, es preciso acudir a los Artículos 45 y 769 LEC, además de al 85 LOPJ, que los completa. En materia de **divorcio** será, por tanto, **competente objetivamente** para conocer el procedimiento el **Juzgado de Primera Instancia** del lugar del domicilio conyugal. No obstante, si ambos cónyuges residen en distintos partidos judiciales, será competente el tribunal del **último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado**, a elección del demandante que interpone la demanda de divorcio.

La Sra. Betty tiene su domicilio en Barcelona, correspondiente al último domicilio del matrimonio, y el Sr. Juan se halla en prisión. No obstante, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (*vid.* Autos 16/06, de 17 de marzo de 2006; 8/05, 16 de marzo de 2005; 49/04 de 30 de septiembre de 2004; y 16/02, de 25 de junio de 2002, entre otros) que la estancia en prisión no supone, bajo ningún concepto, la pérdida del domicilio; fundamentándose ello en el riesgo de los no infrecuentes traslados de los reclusos de un centro a otro que pudieren producirse.

Por consiguiente, prevalecerán siempre los criterios establecidos en la LEC a efectos de fijar la competencia territorial de los tribunales civiles españoles.

Por tanto, **la demanda de divorcio deberá interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona.**

Y, en cuanto a la **competencia funcional**, ésta recaerá sobre el mismo tribunal, ya que tal y como señala el Artículo 61 LEC, *el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto los autos y providencias que dictare y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare, salvo disposición legal que disponga otra cosa.*

TERCERO.- Efectos de la demanda de divorcio respecto de los hijos

La mera interposición de demanda de divorcio conlleva determinados efectos en relación con los hijos, pero es cuando el proceso concluye y se emite fallo favorable al divorcio, que dichos efectos son considerados plenos.

No obstante, ninguno de los efectos que produce el divorcio (así como la nulidad o la separación) conlleva la alteración de las obligaciones de los padres para con sus hijos, tal y como lo dictamina el Artículo 233-8.1 CCCat y el Artículo 92 CCEsp. Es decir, únicamente variará la forma en que deberán atenderse a dichas obligaciones, priorizando siempre que éstas se ejerzan conjuntamente en la medida de lo posible. Así pues, puede establecerse una clasificación en atención al ámbito en que se produce cada efecto en los hijos derivado del divorcio:

- a) **Presunciones de paternidad:** en base al Artículo 116 CCEsp, en caso de divorcio se produce un cese de las presunciones de paternidad existentes a favor del marido.
- b) **Patria potestad:** en principio subsiste en favor de ambos progenitores. No obstante, en virtud del Artículo 92.2 y .4 CCEsp el juez se confiere la privación de la misma cuando en el proceso se revele causa para ello o bien para decidir, en beneficio de los hijos, que sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
- c) **Convivencia de los hijos sometidos a patria potestad:** en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio parental, dispone el Artículo 91 CCEsp, en conexión directa con los Artículos 103.1^a CCEsp y 233-10.2 CCCat, que será el Juez quien determinará las medidas en relación con los hijos, es decir, con quién deben quedar sujetos a la patria potestad y de qué forma el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de ellos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; atendiendo siempre al interés del menor y preservando su derecho a ser oídos (Artículo 92.2 CCEsp, en concordancia con

el apartado sexto del mismo artículo); así como al carácter conjunto de las responsabilidades parentales (Artículo 233-8.1 CCCat).

De forma excepcional, los hijos pueden ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez; así se desprende del propio Artículo 103.1ª *in fine*. Del mismo modo, ello queda reflejado en el Artículo 233-1.a) CCCat, en conexión directa con los Artículos 233-3.2 y 233-4.1 del mismo texto legal.

Asimismo, con respecto al cónyuge que no tenga consigo a los hijos menores, el Juez, de conformidad con el Artículo 94 CCEsp, debe establecer cómo gozará del derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, o sea, determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender en función de las circunstancias que concurran.

En último lugar, invocar que *en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen*, así queda reflejado en el Artículo 233-11.2 CCCat.

- d) **Satisfacción de alimentos:** igualmente, la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, tal y como decreta el Artículo 233-10.3 CCCat. No obstante, el juez deberá, también, conforme el Artículo 93 CCEsp, en relación directa con el Artículo 233-4.1 CCCat, determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos; así como adoptar las medidas necesarias para que las prestaciones realizadas por los progenitores se adecúen a las necesidades de los hijos en cada momento.

Si hubiere hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios y convivieren en el domicilio familiar, el Juez deberá también fijar los alimentos que les sean debidos de conformidad a los Artículos 142 y siguientes del mismo CCEsp y Artículo 233-4.1 CCCat, en remisión efectuada al Artículo 237.1 del mismo cuerpo legal.

CUARTO.- Plan de parentalidad.

Tanto si el proceso es iniciado de mutuo acuerdo como si es contencioso (tal y como ocurre en el presente supuesto) y existen hijos comunes bajo la potestad de ambos cónyuges, determina el Artículo 233-2 CCCat que deberá redactarse un plan de parentalidad. Prosigue el Artículo 233-8 CCCat que el objeto de tal plan de parentalidad no es otro que la determinación de cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y deberá aportarse con independencia del convenio regulador (Artículo 233-9 CCCat).

Según “*La guía y modelo de plan de parentalidad*” elaborada por el ICAB⁶ el plan de parentalidad es un instrumento basado en la autonomía de los progenitores y dirigido a ordenar las cuestiones principales que pueden afectar al hijo o hijos en común en caso de ruptura de la relación de los progenitores. Éste concreta cómo los progenitores ejercerán las responsabilidades en relación a sus hijos y detalla los compromisos que asumirán sobre aspectos básicos de la vida cotidiana de sus hijos, como la guarda, los cuidados o la educación, además de la salud, la religión, las actividades de ocio, el régimen de relaciones personales con el progenitor no ejerciente (o con familiares cercanos), la distribución de las vacaciones, festivos o días especiales como cumpleaños o similares.

El Artículo 233-9.2 CCCat, junto con el Artículo 90 CCEsp, detalla qué elementos deben incluirse, como mínimo, en el plan de parentalidad (*vid.* los citados preceptos legales para su conocer dichas enumeraciones). Seguidamente, dispone el Artículo 233-10.1 CCCat que *la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos*. Conviene recordar que, en nuestro supuesto de hecho, el Sr. Juan se halla ingresado en prisión. Por consiguiente, lo más razonable es que en el plan de parentalidad que la Sra. Betty deberá elaborar, sea ella quien solicite la guarda y custodia de sus hijos, en lugar de abogar por una guarda conjunta.

⁶ “Document de treball: guia i model de pla de parentalitat”. Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona, desembre 2010. Vid.: http://www.icab.cat/files/242-236774-DOCUMENTO/Guia_Model_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf

De esta manera, y como el plan de parentalidad no va ligado a ninguna modalidad concreta de ordenación del régimen de guarda y debe elaborarse con independencia del régimen de guarda acordado o propuesto, no sería extraño que en el caso que nos atañe tanto la Sra. Betty como el Sr. Juan elaborasen dos planes de parentalidad distintos; aportando cada uno lo que creyere más conveniente.

Así pues, en caso de elaborar la Sra. Betty su propio plan de parentalidad, éste debería estructurarse y contener los elementos que siguen (se exponen resumidamente):

- **Preliminar. Establecer el deber de información y colaboración entre ambos progenitores:** ante cualquier modificación, cambio, circunstancia sobrevenida relativa a los hijos deberán comunicarla mutuamente; así como facilitar documentos, decisiones, entre otros que afecten a los menores.
- **Decisiones relativas a la guarda de los hijos y al lugar en que vivirán habitualmente:** quién ostentará la guarda de los hijos, asimismo, determinar si residirán de forma habitual en la que era, hasta la fecha, vivienda familiar.
- **Manera cómo deben realizarse los cambios en la guarda:** determinarlo y tener en cuenta, en el presente caso, el ingreso en prisión del Sr. Juan aunque nada impide el establecimiento de una cadencia para que los hijos acudan al centro penitenciario de Brians y se comuniquen con su padre.
- **Régimen de estancias (vacaciones, fechas señaladas...):** establecer cuál será dicho régimen y cómo se distribuirá: vacaciones de Navidad, Semana Santa, cumpleaños, entre otros.
- **Tipo de educación y actividades extraescolares, formativas y de ocio:** qué tipo de educación se propone para los hijos (pública, privada, concertada, laica, religiosa, bilingüe...), quién se encargará de relacionarse con los tutores de sus hijos y asistir a las reuniones que el centro proponga.
- **Decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos:** la Sra. Betty se compromete a comunicar su intención de

cambiar de domicilio y, si procede, una revisión del plan de parentalidad a fin de modificarlo para así adaptarlo lo mejor posible a las necesidades de los hijos.

- **Modificaciones, revisión del plan y recurso a la mediación familiar:** incluir en este punto si se prevé modificación futura del plan de parentalidad; en caso que la aplicación del plan de parentalidad provoque diferencias entre ambos progenitores o deba modificarse su contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos o a las nuevas circunstancias de los progenitores.

QUINTO.- **Guarda y custodia.**

No cabe confundir el término guarda y custodia de los hijos, con la **titularidad y ejercicio de la patria potestad**. Explica Ángel Carrasco Perera⁷ que, con carácter general, la sentencia que pone fin a la relación matrimonial suele mantener la titularidad de la patria potestad, pero podrá privar de ella a los progenitores si en el proceso judicial se revela que concurre causa alguna. En cuanto al ejercicio de la patria potestad, si la sentencia que pone fin a la relación matrimonial no dispone nada sobre el particular, corresponderá al cónyuge que tenga la guarda y custodia de los hijos.

En cuanto a la **guarda y custodia de los hijos**, prosigue el citado autor, que la finalidad de la medida de guarda es determinar con qué progenitor va a vivir el menor o los menores tras la ruptura matrimonial. Éste será el encargado de realizar las tareas cotidianas concernientes al cuidado, educación y formación integral del menor. Tanto en el Derecho Civil español como en el catalán coexisten dos modelos de guarda y custodia: la guarda única y la custodia compartida.

Una de las particularidades que presenta el derecho de familia catalán, con respecto al Estatal, es la guarda conjunta como modalidad óptima para el ejercicio de las responsabilidades parentales de los progenitores, así lo determina el Artículo 233-10 CCCat.

⁷ Carrasco Perera A., González Carrasco, C.: *Introducción al derecho y fundamentos de derecho privado*. Tecnos, 2013. Madrid. Página 204 y ss.

Idéntica tesis es la que ha venido defendiendo TSJ de Catalunya en su línea jurisprudencial, afirmando y reiterando (*vid.* STSJ CAT 7475/2008, de 31 de Julio; STSJ CAT 5339/2013, de 30 de mayo; STSJ CAT 10899/2012, de 08 de octubre) que la guarda y custodia compartida se configura como la mejor opción.

Sin embargo, y a pesar de las ventajas hacia una guarda y custodia compartida que parte de la jurisprudencia estima, éstas quedan desdibujadas cuando el propio TSJ CAT (*vid.* STSJ CAT 9511/2008, de 05 de septiembre; STSJ CAT 15152/2009, de 25 de junio; y, STSJ CAT 29/2008 de 31 de julio; entre otras) argumenta que *no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que de lege ferenda pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial*". Y es que en determinados supuestos el interés del menor puede desaconsejar el establecimiento de este tipo de guarda. Es por ello, que se prefiere no imponerla de forma indiscriminada, sino entrando en el fondo de la cuestión y examinar cuál es la situación existente.

Iguales son los criterios que el Artículo 233-11.1 CCCat enumera y que deben ser valorados para así elegir, con objetividad, cuál es la mejor forma y régimen de guarda.

Teniendo en cuenta las circunstancias peculiares existentes, en el presente supuesto debería abogarse por una **guarda única**, ya que el Sr. Juan se encuentra ingresado en prisión y poco puede atender a las necesidades de sus hijos. Además, siempre ha sido la Sra. Betty la que se ha dedicado al cuidado de la familia al mismo tiempo que trabajaba en la inmobiliaria regentada por el Sr. Juan, ello lo podemos constatar en los antecedentes de hecho.

El **criterio a)** descrito en el Artículo 233-11.1 CCCat se cumple con creces, es decir, la vinculación afectiva entre los menores y la Sra. Betty es más grande que entre el Sr. Juan y los hijos. Ello es así no sólo en la actualidad, sino que lo ha venido siendo durante todos los años de matrimonio ya que la Sra. Betty era la que compaginaba el cuidado de los hijos con el trabajo en la inmobiliaria.

El **criterio b)** también es favorable a la Sra. Betty ya que el entorno en el que se encuentra actualmente el Sr. Juan, ingresado en prisión, no es el más idóneo para garantizar el bienestar de sus propios hijos ni procurarles un ambiente adecuado.

Por su parte, el **criterio d)** también juega a favor de la Sra. Betty pues es ella la que dedicó más atención a sus hijos antes del divorcio, además de ser la que ejercía más tareas para procurarles el mayor bienestar.

El **criterio g)** es más beneficioso para la Sra. Betty debido a que ella es la que tiene un domicilio óptimo, así como horarios, para dedicarse al cuidado de los hijos.

Además, es preciso traer a colación el **apartado e)** del Artículo 233-11.1 CCCat, en conexión directa con el Artículo 770.4 de la LEC. Según ambos Artículos la opinión expresada por los menores cuenta y en caso que el procedimiento fuere contencioso, y así se solicitare de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, se oirá a los hijos menores o incapacitados siempre y cuando tengan suficiente juicio o más de doce años.

Asimismo, es doctrina del TSJ de Catalunya (a modo de ejemplo *vid.* STSJ CAT 6917/2011, del 16 de junio) que los parámetros contenidos en el Artículo 233-11.1 CCCat no configuran, bajo ningún concepto, un listado de supuestos taxativos y de forzosa legal observancia, sino que *atendiendo a uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes.*

En conclusión, por todo lo expuesto y argumentado anteriormente, en el presente supuesto debe otorgarse la guarda y custodia exclusiva (o única) a la Sra. Betty.

SEXTO.- Prestación compensatoria y compensación económica.

En primer lugar, es preciso analizar si procede o no el otorgamiento de compensación económica por razón de trabajo a la Sra. Betty. Para ello, acudimos a lo establecido en el Artículo 232-5.1 y .2 del CCCat en que se establece un *numerus clausus* en relación a los requisitos que deben concurrir para que ésta pueda concederse. En el presente caso, es de notable interés valorar las siguientes condiciones:

(1) En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro; (2) siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio [...] el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior [...]; (3) tiene derecho a compensación [...] el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente.

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, en el supuesto que nos atañe concurren indicios suficientes para, efectivamente, otorgar a la Sra. Betty una compensación económica por razón de trabajo, cuya cuantía no podrá superar en ningún caso *la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges* (Artículo 232-5.4 CCCat).

Las evidencias que motivan dicha concesión son, primeramente, el hecho de haber estado la Sra. Betty trabajando, durante un total de ocho años, en la inmobiliaria que regentaba el Sr. Juan sin percibir ningún tipo de contraprestación económica y no estar dada de alta en el régimen de la Seguridad Social. Asimismo, el otro hecho que hace viable el otorgamiento de la compensación económica por razón de trabajo es el haberse dedicado, al tiempo que compaginaba su trabajo, al cuidado de la familia; de manera más sustancial que el Sr. Juan ya que la Sra. Betty dedicaba igual tiempo al trabajo que al cuidado de los menores.

Para fundamentar su petición la Sra. Betty puede presentar pruebas documentales, tales como informes o cartas firmadas por ella durante el período en que trabajó en la inmobiliaria, además de proponer prueba testifical, tanto de clientes de la inmobiliaria como de personas cercanas a la familia o al ámbito de los menores, que puedan atestiguar el cuidado que la Sra. Betty ha ofrecido a sus hijos de forma continua (declaraciones de vecinos, profesores de los menores...).

En cuanto al cálculo de la cuantía que corresponde en concepto de compensación económica por razón de trabajo y en relación a su forma de pago, deberá estarse a lo mencionado en los Artículos 232-6 y 232-8, ambos, del CCCat. Asimismo, dicha compensación deberá solicitarse *en el proceso que causa la extinción del régimen*, es decir, en el proceso de divorcio (Artículo 232-11.1 CCCat).

Por su parte, decreta el Artículo 232-10 del CCCat la **compatibilidad** del derecho a la compensación económica por razón de trabajo *con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos*. Por ende, es preciso analizar si concurre o no el derecho a prestación compensatoria para la Sra. Betty. La Sección

Tercera del Capítulo III del CCCat es la que contiene los Artículos legales relativos a la misma. Asimismo, también resulta de aplicación lo dispuesto en el Artículo 97 CCEsp.

El Artículo 233-14.1 CCCat menciona los requisitos que deben concurrir para poder solicitar la prestación compensatoria. Conviene, para el presente supuesto y tal y como se desprende de los antecedentes de hecho destacar los siguientes: (1) *la podrá solicitar el cónyuge que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, su situación económica resulte más perjudicada;* (2) *no podrá exceder del nivel de vida del que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago;* (3) *el derecho de alimentos de los hijos será siempre prioritario.*

Del mismo modo, el Artículo 97 CCEsp requiere que, para el otorgamiento de dicha compensación, se produzca: (1) *un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y;* (2) *dicho desequilibrio debe conllevar un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.*

Tal y como podemos comprobar, en el supuesto que nos atañe concurren los requisitos exigidos para poder ostentar dicha prestación compensatoria ya que la Sra. Betty es la que se ha visto más perjudicada, en términos económicos, tras el cese de la relación. Igualmente, durante el matrimonio ostentaba cierto nivel de vida, que, tras el divorcio, se verá claramente mermado. Sin embargo, antes de ser otorgada y en el momento de fijar su cuantía, la autoridad judicial deberán examinar los elementos a los que hace referencia el Artículo 233-15 CCCat. En atención al citado precepto legal, deberá valorarse, entre otros:

(1) la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta la compensación económica por razón de trabajo; (2) si la realización de tareas familiares ha mermado la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos; (3) las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, considerando su edad, estado de salud y forma de guarda y custodia que se atribuya en relación a los hijos; (4) la duración de la convivencia; y (5) los nuevos gastos familiares del deudor, en caso que los hubiere.

Teniendo en cuenta todos los elementos que deben concurrir para que la prestación compensatoria sea otorgada, conviene afirmar que efectivamente se cumplen los requisitos necesarios para obtener dicha prestación. Además, la cuantía de la misma se verá reducida por concurrir también una compensación económica por razón de trabajo.

Por último, señalar que en aras al Artículo 97 CCEsp, la compensación *podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia*. Si no existiere acuerdo entre los cónyuges, será el Juez quien determine su cuantía, en base a los requisitos establecidos en el propio Artículo invocado.

SÉPTIMO.- **Medidas para asegurar el pago de las prestaciones económicas.**

En el Título IV de la LEC, denominado “de las medidas cautelares”, queda recogido el objeto de las mismas, así como el procedimiento para solicitarlas.

Acudiendo al Artículo 773 LEC, este posibilita al cónyuge que insta la demanda de divorcio solicitar *en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad*.

En conexión con el Artículo anterior, conviene analizar el contenido del Artículo 721 LEC que establece obligatoriedad de instancia de parte para la solicitud de las mismas. Todo actor, ya sea principal o reconvenicional, podrá solicitar la *adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*. No podrá nunca acordar el tribunal medidas más gravosas que las solicitadas.

La Sra. Betty, en efecto, para asegurar el pago de las prestaciones económicas puede, *a priori*, solicitar la adopción de medidas cautelares siempre y cuando **exista sentencia cuyo fallo sea favorable** (se conforma como la base de solicitud de dichas medidas) y conlleve la imposición de pago de una determinada prestación económica al Sr. Juan.

La existencia de sentencia no es el único requisito para que las medidas cautelares puedan ser concedidas. El Artículo 728 LEC establece tres requisitos más, de carácter fundamental e imprescindible:

- **Periculum in mora o mora procesal:** es considerado por De Miguel y Alonso⁸ como el *temor urgente y razonable de un daño jurídico posible, inminente e inmediato de ser causado por el deudor durante el desarrollo del proceso*

⁸ De Miguel y Alonso, C.: *Notas sobre el proceso cautelar*. Revista de Derecho Procesal. Núm. 4. Año 1966. Editorial Época, Madrid. Página 96.

principal, alterando la situación inicial existente. Es decir, la dilación excesiva en el tiempo del fallo definitivo podría provocar situaciones irreversibles o causar daños. Para evitarlo, es preciso adoptar ciertas medidas cautelares tendentes a asegurar el fallo proclamado inicialmente⁹.

- **Fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho:** tal y como afirma De Miguel y Alonso¹⁰ *supone la necesaria justificación por parte de quien solicita las medidas cautelares de que el resultado del proceso para o en el que se solicita será probablemente favorable para él mismo.* Es decir, deben aportarse todas las evidencias (documentos y demás pruebas) que permitan realizar al Tribunal un juicio provisional tendente a verificar si, efectivamente, concurren reales posibilidades que el fallo definitivo de la sentencia recaiga favorablemente sobre el solicitante de las medidas cautelares¹¹. La determinación de la apariencia de buen derecho consiste sólo en el mero *establecimiento sobre si existe un cierto juicio positivo por parte del juzgador de que el resultado del proceso principal podría llegar a concretarse de forma favorable al actor;* no debe, por lo tanto, *determinar con total y absoluta precisión la viabilidad del mismo*¹².
- **Caución:** se trata de una “contra cautela” o nueva medida cautelar como garantía de la solicitada. El Artículo 728.3 LEC prevé la prestación de caución para evitar que la adopción de la medida cautelar pueda suponer la causación de perjuicios al demandado, bien por ser rechazada la demanda, o por falta de presentación de la misma dentro del plazo preclusivo establecido¹³.

Señala, muy acertadamente, Francisco Ramos Méndez¹⁴ *que la concesión de la medida cautelar supone una gran ventaja inicial para el favorecido por la medida, puesto que se obtiene al inicio del juicio un adelanto de la ejecución. Como contrapartida, la persona gravada por la medida debe obtener asimismo una garantía que la ponga a salvo de posibles abusos y que le asegure a su vez*

⁹ Vid. SSTC 238/1992, 218/1994, 78/1996 y ATC 48/2004.

¹⁰ De Miguel y Alonso, C. Op. Cit. Página. 450.

¹¹ Vid. AAP Barcelona, Secc. 4ª, de 10 de febrero de 2004.

¹² Vid. AAP Murcia, de 27 de octubre de 2003 (2004\96253).

¹³ De Miguel y Alonso, C. Op. Cit. Página. 450.

¹⁴ Ramos Méndez, F. *Sistema procesal español*. 2010. Atelier, Madrid. Página 146.

la indemnización de daños y perjuicios en caso de que, a la postre, se revele injustificada la concesión de la medida.

Es por ello que son muy pocos los supuestos en los que puede llegar a dispensarse del otorgamiento de caución para la concesión de una medida cautelar. En este sentido, y ante la disparidad de posturas, la AP Barcelona, en su AAP Barcelona 107781, Secc. 14ª, de 23 de diciembre de 2002, consideró que la ausencia del requisito de ofrecer caución es un defecto subsanable; admitiendo como subsanable el *incumplimiento del requisito del ofrecimiento de la caución*, pues según el Artículo 732 LEC sólo se requiere el “ofrecimiento”, sin emitir valoración alguna sobre la forma en que debe prestarse (debiendo ser el momento de su prestación una vez se hayan acordado las medidas cautelares). Dicha subsanación se realiza mediante la aplicación del Artículo 213 LEC o analógicamente el Artículo 424 del mismo cuerpo legal; acordando el Tribunal un lapso de tiempo para que pueda prestarse la caución pertinente¹⁵.

Igualmente, conviene saber que, en aras al Artículo 64.2 LEC, no es necesario otorgar la caución en líquido, sino que puede presentarse mediante aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Si la Sra. Betty cumple con los tres requisitos expuestos y contenidos en el Artículo 728 LEC sí que puede solicitar medidas cautelares, ya sea antes de la demanda, con la misma o después (Art. 730 LEC). Ahora bien, para el supuesto que le atañe, su formulación debería aspirar a obtener la medida cautelar del Artículo 727.1ª LEC “*El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos*”. Al tratarse de asegurar el pago de las prestaciones económicas que le pertoque recibir, el objeto es asegurar la entrega de una cantidad líquida. No obstante, recordemos que a pesar de la existencia de un listado de medidas cautelares en el mencionado Artículo, éstas se configuran como un *numerus*

¹⁵ Vid. AAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 4ª, de 22 de septiembre de 2003.

apertus, tal y como se desprende del Artículo 726.1 LEC *cualquier actuación directa o indirecta*.

En cuanto a la competencia se refiere, preceptúa el Artículo 723 LEC, recaerá sobre el mismo tribunal que esté enjuiciando el asunto en primera instancia o el futuro tribunal también competente para conocer de la demanda principal; tramitándose la solicitud de medidas cautelares en pieza separada.

Igualmente, en caso de impago por parte del Sr. Juan, la Sra. Betty puede hacer valer el Artículo 227.1 del Código Penal según el cual:

Aquél que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

OCTAVO.- Medidas para evitar la fuga de los menores.

En los antecedentes de hecho, la Sra. Betty manifiesta la voluntad de regresar a su país (Colombia) y llevarse consigo a sus dos hijos menores de edad.

Sin embargo, si el Sr. Juan pretende oponerse a dicho traslado, puede realizarlo amparándose en el 103 CCEsp, en relación directa con el Artículo 158.3 CCEsp, y en el Artículo 233-1 CCCat. El Artículo 103 CCEsp, en su último párrafo, prevé qué medidas pueden adoptarse en caso de existencia de riesgo de sustracción de los hijos menores por parte de alguno de los cónyuges o por terceras personas:

- a) *Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c) *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

Por su parte, el Artículo 233-1 CCCat confiere al cónyuge que formula la demanda o al que la contesta (dentro del plazo de 10 días) poder solicitar una o varias de las medidas provisionales que el propio artículo contiene en un *numerus clausus*.

El apartado h) del citado precepto legal dispone que se podrán adoptar las medidas provisionales *necesarias para evitar el desplazamiento o la retención ilícitos de los hijos, si existe el riesgo*.

Así pues, el Sr. Juan podría ampararse en dichos Artículos y solicitar las medidas que prevé el citado Artículo 103 CCEsp; además de instar en la contestación a la demanda, la medida cautelar mencionada, tal y como preceptúa el Artículo 233-1 CCCat.

Conviene traer a colación diversas sentencias, entre las que destaca la SAP de Barcelona 578/2013, de 02 de octubre de 2013, cuyo supuesto de enjuiciamiento era similar al presentado en el supuesto de hecho pero habiendo ya la madre realizado un traslado ilícito e ilegal de los menores a USA. En la SAP 578/2013, el padre había ya solicitado *la prohibición de la salida de los hijos del territorio nacional, la retirada de pasaportes de los hijos y la prohibición de modificación de domicilio y residencia, con notificación a la embajada americana y a la policía nacional*. La Audiencia Provincial, motiva que dichas medidas fueron ya estimadas y que, además, ***el pretendido traslado (a USA) no se basa en el interés de los menores y pone en grave riesgo la relación paterno filial***.

Sin embargo, la cuestión del traslado ilícito de menores propiciada por la ruptura de un matrimonio, generalmente mixto, lleva siendo sujeto de actualidad jurídica desde hace años. Era conocido el vacío legal existente en torno a la misma, y por ello, en el 2002 el legislador modificó el Código Penal a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, añadiendo el Artículo 225 bis cuya rúbrica es *de la sustracción de menores*. En base al mismo, se considera sustracción:

- a) El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.
- b) La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

De este modo, el progenitor que, sin causa justificada para ello, sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

Si el Sr. Juan solicita la medida provisional citada anteriormente y, aún siendo ésta concedida, la Sra. Betty traslada de forma ilícita a los menores a Colombia, el Sr. Juan, además de hacer valer lo dispuesto en el Artículo 225 del CP puede ampararse en el

Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. España es miembro de la Conferencia de la Haya y Colombia, aunque no sea miembro, ha firmado el Convenio. Por tanto, ambos países quedan sujetos bajo el mismo. En base a las disposiciones legales contenidas en el susodicho convenio, el Estado que desea que el menor sea restituido debe solicitarlo al país en que el menor fue sustraído dentro del período de un año, a contar desde el momento en que tuvo lugar el traslado ilícito. Una vez solicitado, exige el convenio que el menor se restituya en un período no superior a seis semanas.

Dispone Calvo Caravaca, A.L.¹⁶, que el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 es de **carácter fáctico**. Ello significa que no se trata de un convenio clásico de DIPr, pues no regula la ley aplicable al fondo de la titularidad de los derechos de guarda y visita, ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental; así como la competencia judicial internacional en torno a estas cuestiones, ni la validez extraterritorial de decisiones en estas materias. Dicho convenio, prosigue Calvo Caravaca, afirmando que, *sólo establece una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual*.

Consecuentemente, el Convenio incorpora en su Artículo 16 una regla de “competencia judicial internacional negativa”, denominada así por el propio Calvo Caravaca¹⁷. En base a la misma, debe, en primer lugar, **determinarse que el menor trasladado ilícitamente**, según lo dispuesto en el propio Convenio, **no tiene que ser restituido**. Una vez determinado, si el retorno del menor no se ordena, las autoridades judiciales o administrativas estarán entonces facultadas para entrar en el fondo del asunto. En cambio, si se ordena el traslado del menor, ya no cabrá entrar.

Finalmente, el Artículo 3 expone en qué supuestos se considera que el **traslado o la retención del menor se produce (o se considera) ilícita**. En caso de traslado de los hijos menores por parte de la Sra. Betty, deberá entrarse a valorar la consideración del mismo:

¹⁶ Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado. Vol. II*. 2010. Editorial Comares, Madrid. Página 417.

¹⁷ Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J. *Op. Cit.* Página 417.

- Si se ha producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Dicho derecho puede resultar bien de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado; y
- Si ese derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Sin embargo, y contradictoriamente a lo expuesto, hallamos jurisprudencia, como la STS 2248/2011, de 31 de enero, en la que el Tribunal Supremo aboga por mantener la guarda y custodia a una madre que se llevó a su hijo de año y medio a EE.UU. incumpliendo el régimen de visitas acordado dictado mediante sentencia. Casos de esta índole son muy peculiares, pero el TS abogó por el denominado “interés superior del menor”, igualmente contenido en el Artículo 211-6 CCCat y en el Artículo 92.8 CCEsp, admitiendo que el menor ya estaba perfectamente integrado en su nuevo ambiente y que sería *un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.*

Por tanto, en el presente supuesto, podría darse el caso que aunque la Sra. Betty se llevase a sus hijos a Colombia, los tribunales abogaran por un no retorno; teniendo en cuenta que el Sr. Juan se halla ingresado en prisión y la poca relación que tendrían los menores con él, así como la ya posible adaptación a su nuevo país.

V. Conclusiones

PRIMERA.- En aras de lo dispuesto en el Artículo 107 CCEsp, la ley española será la que rija en el procedimiento de divorcio entre la Sra. Betty y el Sr. Juan.

Asimismo, en base al Artículo 149.1.8º CE y demás disposiciones concordantes, resultan de aplicación los Artículos contenidos en el CCCat. Subsidiariamente, deberá atenderse a lo establecido en el CCEsp.

En cuanto al procedimiento formal, este se desarrollará según el cauce previsto en la LEC, contenido en el Artículo 753 y siguientes; desarrollándose por el procedimiento previsto para el juicio verbal pero con la peculiaridad de la concesión de un plazo para emitir contestación a la demanda.

SEGUNDA.- La competencia jurisdiccional de la demanda de divorcio contencioso, instado por la Sra. Betty, corresponde, dentro del orden civil, a los juzgados y tribunales españoles, tal y como prevé la LOPJ.

La competencia territorial recaerá sobre el Tribunal del domicilio del demandado, es decir, en Barcelona, según el Artículo 50 LEC.

La competencia objetiva la ostentan los Juzgados de Primera Instancia. Y, según la propia LEC, la competencia funcional también será objeto de los mismos Tribunales.

TERCERA.- Los efectos que el divorcio pueda llegar a conllevar no alterarán las obligaciones de los progenitores para con sus hijos; únicamente variará la forma en que deban atenderse. Cuestiones como la patria potestad, la convivencia de los hijos sometidos a la misma o la satisfacción de alimentos deberán ser dilucidadas en el proceso, ya sea a través del plan de parentalidad o de oficio.

CUARTA.- Aunque nos hallemos frente una demanda de divorcio contencioso, con respecto del Artículo 233-2 CCCat, deberá presentarse un plan de parentalidad cuyo contenido versará sobre el modo en que deberán ejercerse las responsabilidades parentales, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 233-9 CCCat.

QUINTA.- En el presente caso, y dadas las circunstancias peculiares y extraordinarias del mismo, la Sra. Betty se halla plenamente facultada y amparada por el Artículo 233-

11 CCCat, de modo que puede solicitar la guarda y custodia única; pese a que el CCCat abogue, en primera instancia, por la modalidad compartida.

SEXTA.- Prestación compensatoria y compensación económica no son incompatibles. De este modo, la Sra. Betty se encuentra en disposición de solicitar ambas, basándose en los antecedentes de hecho expuestos y en los Artículos 232-5 y 233-14 CCCat. La situación económica resultante tras la ruptura conyugal, así como el cuidado ofrecido a sus hijos o el trabajo desempeñado en el hogar familiar, son varios de los argumentos que cabe esgrimir en pro de ello.

SÉPTIMA.- Efectivamente, cabe la solicitud de cuantas medidas cautelares sean suficientes, en amparo de la propia LEC, para que la Sra. Betty pueda tener asegurado el pago de las prestaciones económicas que le correspondieren. Deberá valorarse el *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora*, así como la prestación de caución, para la concesión de las mismas.

OCTAVA.- El Sr. Juan, haciendo uso de lo estipulado en los Artículos 233-1 CCCat y 91 CCEsp, podrá solicitar las medidas previstas en ellos para evitar la fuga de los menores. Sin embargo, nada impide que la resolución judicial, en atención al interés de los propios menores, permita a la Sra. Betty realizar el traslado sin que quepa oposición alguna por parte del Sr. Juan y sin poder solicitar la aplicación del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

VI. Lugar y firma

Dictamen emitido en Barcelona el 20 de enero de 2014.