

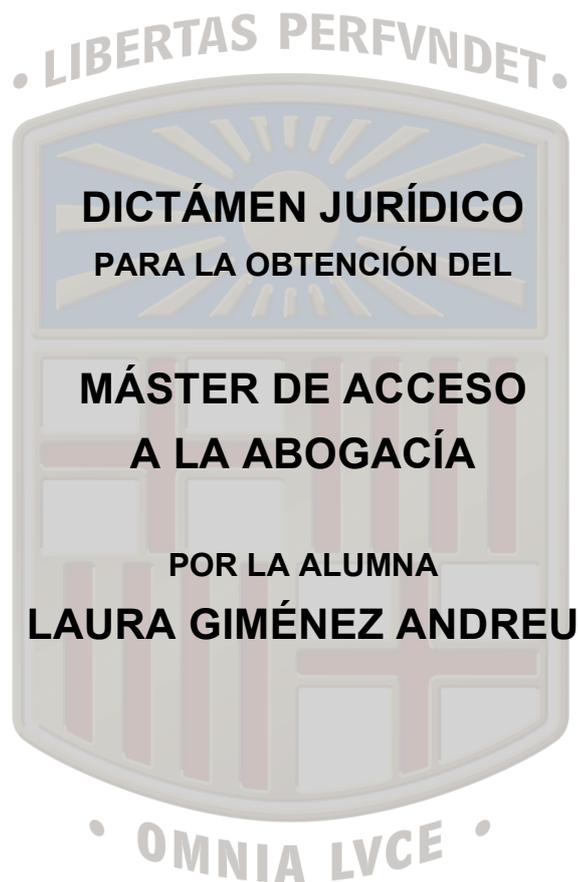


UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Trabajo Final de Máster

Máster de Abogacía

Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona



DERECHO CIVIL – FAMILIA Y MENORES

Caso N° 1C

TUTOR: Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Diciembre de 2018



SUMARIO

1. Descripción de los antecedentes	1
1.1 Hechos y datos en los que se basa el problema	2
1.2 Documentación	
1.2.1 Documentación de la que disponemos	2
1.2.2 Documentación que nos faltaría.....	3
1.3 Cuestiones que se nos plantean	
1.3.1 Cuestiones sustantivas	3
1.3.2 Cuestiones procesales	4
2. Análisis jurídico	
2.1 Fuentes aplicables al caso	
2.1.1 Normativa aplicable	5
2.1.2 Jurisprudencia aplicable	5
2.2 Análisis del caso	
2.2.1 Requisitos generales para la modificación de las medidas definitivas.....	8
2.2.2 Requisitos específicos para el cambio en el régimen de guarda.....	9
2.2.2.1 <i>Que el cambio resulte beneficioso para el menor</i>	11
2.2.2.2 <i>Que quede acreditada la incapacidad del progenitor custodio</i>	12
2.2.2.3 <i>Que quede acreditada la capacidad del progenitor no custodio.....</i>	13
2.2.2.4 <i>Se procurará no separar a los hermanos</i>	13
2.2.2.5 <i>Cumplimiento de los requisitos procesales</i>	14
2.2.3 Eficacia de la opinión del menor de edad	15
2.2.4 Requisitos específicos para reducir la pensión de alimentos	19
2.2.5 La emancipación de la adolescente	23
2.2.6 Legitimación activa y pasiva	26
2.2.6.1 <i>Legitimación en el procedimiento de cambio en la guarda y custodia.....</i>	27
2.2.6.2 <i>Legitimación en el procedimiento de reducción de la pensión de alimentos.....</i>	28



2.2.2.1 Legitimación en el procedimiento de alimentos tras haber adquirido la menor de edad la condición de emancipada	29
2.2.7 Procedimientos	
2.2.7.1 Procedimiento de modificación de medidas	29
2.2.7.2 Procedimiento de emancipación por concesión judicial	32
2.2.8 Papel del Ministerio Fiscal.....	33
3. Conclusiones.....	35
Emisión del dictamen.....	37
Bibliografía.....	41

1. Descripción de los antecedentes

1.1 Hechos y datos en los que se basa el problema

En el caso que nos ocupa, se nos presenta la situación familiar de Manuel y Emilia, los cuales contrajeron matrimonio civil en Toledo en 1992, teniendo una hija en común, Inmaculada, 10 años después (2002).

El matrimonio, tras 18 años juntos (2010), decidió divorciarse mediante procedimiento de mutuo acuerdo, por el que acordaron la patria potestad compartida y la guarda y custodia exclusiva a favor de Emilia debido a que su situación laboral le daba mayor disponibilidad, lo que la convertía en el progenitor más idóneo para su cuidado.

Tiempo después Manuel rehace su vida con Yolanda y fruto de esa relación nace, en 2013, su otra hija Ana, por lo que considera que pese a ser funcionario cualificado (cobrando 2.700 euros mensuales), los 1.150 euros que abona en concepto de pensión alimenticia para Inmaculada es elevada

En 2015, como consecuencia del traslado de domicilio de Emilia a Vilanova i la Geltrú por causas laborales, Manuel encuentra complicaciones para mantener el vínculo paterno filial con su hija, ya que tan solo podía compartir con ella la mitad de las vacaciones de verano y un par de días durante el año. Además, durante el poco tiempo que pueden pasar juntos se hace patente una mala relación entre su nueva pareja y su hija Inmaculada.

En el panorama actual, Inmaculada tiene 16 años y muestra una actitud rebelde, por lo que tiene enfrentamientos constantes con su madre y ha amenazado con irse a vivir con su padre Manuel. Sin embargo, Manuel muestra disconformidad con el cambio en la guarda y custodia, pues por un lado Yolanda muestra reticencias debido a su mala relación con Inmaculada.

1.2 Documentación

1.2.1 Documentación de la que disponemos

En el caso analizado se nos facilitan los siguientes documentos:

- Libro de Familia: documento acreditativo de todos los sucesos familiares que han tenido lugar mediante asientos que tienen naturaleza y eficacia de las certificaciones del Registro Civil.
- Sentencia de divorcio.
- Convenio regulador: acuerdo de los cónyuges donde constan las consecuencias jurídicas que se derivan de poner fin al matrimonio, entre

otras, las medidas acordadas o adoptadas en relación con los hijos menores de edad.

- Informe psicosocial: documento en el que se expresan las conclusiones extraídas por los expertos en relación con el menor de edad y que sirven al juez para apoyarse en su decisión en el momento de la adopción de medidas.
- Expediente escolar.

1.2.2 Documentación que nos faltaría

Tras el análisis de los documentos aportados, y en aras a evaluar las posibilidades de un eventual litigio, sería interesante contar con otros documentos que facilitarían la prueba frente al tribunal:

- Certificación del nacimiento del nuevo hijo.
- Declaraciones sobre Impuesto de Renta de Personas Físicas (IRPF);
- Certificaciones bancarias;
- Copia de las últimas 6 nóminas, ya que se ha de constatar al Tribunal que la reducción de la pensión atiende a circunstancias permanentes en el tiempo, y no a meras vicisitudes pasajeras; y
- Contrato de arrendamiento de uso de vivienda si lo hubiere.

1.3 Cuestiones que se nos plantean

1.3.1 Cuestiones sustantivas

En relación con los antecedentes de hecho expuestos por Manuel, nuestro cliente nos plantea una serie de dudas en aras a buscar una posible solución al conflicto o, en su caso, a título de asesoramiento acerca de la viabilidad de sus pretensiones en un eventual litigio.

Así las cosas, su consulta se centra en la posibilidad de que se lleve a cabo, en contra de su opinión y por la simple elección de su hija, una modificación de las medidas recogidas en el convenio regulador en relación con el cambio en el régimen de guarda establecido. Y, en todo caso, cuáles serían sus opciones para impedir este hecho y las posibilidades de éxito de su hija Inmaculada.

Del mismo modo, se cuestiona sobre la eficacia que podría llegar a tener la opinión de su hija menor de edad, Inmaculada, en relación con el mencionado cambio de guarda. Respecto de este punto, en concreto, tiene dudas acerca de cuáles serían las consecuencias que devendrían para el caso que su hija estuviera decidida a irse a vivir con él, y en qué medida un Juez permitiría este

cambio en las medidas definitivas cuando no existe petición por parte de los progenitores, sino que tan sólo existe la voluntad de la menor.

En otro orden de cosas, Manuel ha destacado el deseo de su hija Inmaculada en obtener la emancipación para el caso de no conseguir un cambio en la guarda y custodia. En este sentido, la consulta de Manuel se enfoca en las posibilidades de emancipación de Inmaculada cuando no existe consentimiento por parte de los progenitores y las consecuencias que tendría una eventual emancipación en relación con la guarda y custodia, así como la pensión de alimentos, y su posible reducción.

Por último, Manuel cree que paga una pensión muy elevada, pues si bien es funcionario con un sueldo de 2.700 euros, continúa pasando una prestación en concepto de alimentos por razón de 1.500 euros cuando su situación personal ha cambiado al haber creado un nuevo núcleo familiar donde tiene otra hija menor de edad. En este sentido, pide asesoramiento acerca de la viabilidad de su pretensión, y en su caso, si todavía se encontraría dentro del plazo para realizar esta solicitud, ya que el nacimiento de su otra hija y, por tanto, el momento en que cambiaron las circunstancias fue en 2013, habiendo transcurrido 5 años.

1.3.2 Cuestiones procesales

En lo que a las cuestiones procesales respecta, Manuel se cuestiona la posibilidad de que su hija pueda instar un procedimiento de cambio de medidas definitivas siendo menor de edad y, en su caso, a través de quién podría iniciarlo y cuál sería la vía para ejercitar esta acción.

En relación con la cuestión anterior suscitada, ponemos en conocimiento de Manuel que su hija Inmaculada, no tiene por sí misma capacidad de obrar para instar un procedimiento de modificación de medidas. Sin embargo, le informamos de que ésta podría poner en conocimiento del Ministerio Fiscal su disconformidad en continuar bajo la guarda y custodia de su madre. En este sentido, Manuel se pregunta sobre el papel que tendría esta figura ante el inicio de un procedimiento de modificación de medidas y, asimismo, las probabilidades de éxito de la acción.

Por otra parte, Manuel se pregunta cuál sería el procedimiento que debería seguir para el caso de decidir interponer una demanda para minorar la cuantía que paga a Emilia en concepto de alimentos de su hija Inmaculada. No obstante, tras el planteamiento de su hija menor a solicitar la emancipación por concesión judicial nuestro cliente, Manuel, también se pregunta cuál sería el procedimiento que seguiría dicha solicitud, así como su papel como interventor en el mismo.

2. Análisis jurídico

2.1 Fuentes aplicables al caso

2.1.1 Normativa aplicable

- Código Civil, en concreto, los artículos: 92.2; 320
- Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, artículo 775
- Artículo 12 de la Convención sobre Derechos del niño
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, y ratificada por España en 1990
- Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio)
- Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Circular 1/2001, de 5 de abril. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los Procesos Civiles, punto VII de medidas definitivas, adopción y modificación.
- Artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

2.1.2 Jurisprudencia aplicable

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 152/2005, de 6 junio [RTC 2005\152]

Tribunal Supremo

- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 61/2017 de 1 febrero [RJ 2017\370].
- Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 [RJ 2017\5262] (ECLI:ES:TS:2017:10824A)
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 557/2016 de 21 septiembre [RJ 2016\4448].
- Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 585/2015 de 21 octubre [RJ 2015\4784] (ECLI:ES:TS:2015:4442)
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm.413/2014, de 20 de octubre [RJ 2014\5613].
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 250/2013 de 30 de abril [RJ 2013\4607].
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 633/2012, de 25 de octubre [RJ 2012\9727] (ECLI:ES:TS:2012:6808)
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 508/2011, de 27 de junio [RJ 2011\4890] (ECLI:ES:TS:2011:4632).
- Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 614/2009, de 28 de septiembre [RJ 2009\7257] (ECLI:ES:TS:2009:5707).
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm.917/2008, de 3 de octubre [RJ 2008\7123].
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 105/2001, de 13 febrero [RJ 2001\2235].
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 151/2000, de 23 de febrero [RJ 2000\1169]
- Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, Rec. Núm. 2123/1989 [RJ 1991\7447].

Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia núm. 2/2014 de 9 enero [RJ 2014\1184] (ECLI:ES:TSJCAT:2014:5)



Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 203/2008, de 25 marzo [JUR 2008\142189].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) núm. 525/2004 de 9 septiembre [JUR 2004\293038].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 20 octubre 2000 [JUR 2001\44395]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 94/2013 de 8 febrero [JUR 2013\98918]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) núm. 748/2011, de 11 de noviembre [JUR 2011\432483] (ECLI:ES:APM:2011:13603).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) núm. 189/2005 de 4 marzo [JUR 2005\108654]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 165/2005 de 25 febrero [JUR 2005\84588].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 1061/2017 de 11 de diciembre [JUR 2018\56093]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 419/2004 de 30 junio [JUR 2005\1781].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 636/2017 de 29 junio [JUR 2018\74541]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 611/2017 de 22 junio [JUR 2018\75975]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 630/2012 de 3 de diciembre [JUR 2013\184758] (ECLI:ES:APMA:2012:2843)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 534/2008, de 15 de octubre [JUR 2009\65443].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 500/2005 de 15 junio [AC 2005\1714].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 641/2016 de 29 noviembre [JUR 2017\21525]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) núm. 219/2003, de 16 de septiembre [JUR 2003\236059].

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) núm. 123/2015, de 25 de noviembre [JUR 2016\129257]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 876/2012 de 4 diciembre [JUR 2013\40709] (ECLI:ES:APPO:2012:3272)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) núm. 64/2005 de 3 marzo [JUR 2005\90554].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de diciembre de 2003 [JUR 2004\59600]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) núm. 219/2003, de 16 de septiembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de junio 2000 [AC 2000\1280]

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Málaga de 14 de marzo de 2014.

2.2 Análisis del caso

2.2.1 Requisitos generales para la modificación de las medidas definitivas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en su artículo 775 prevé la posibilidad de llevar a cabo una modificación en las medidas convenidas por los progenitores siempre y cuando hayan variado de forma sustancial las circunstancias tenidas en cuenta cuando se aprobaron.

Así, antes de pasar al análisis de las condiciones que deben concurrir para estimar un cambio de medidas definitivas, debemos poner de relieve que esta modificación viene justificada por la adaptación de las mismas a una nueva realidad respecto de los hijos menores. Por tanto, no puede utilizarse este mecanismo en aras a realizar una nueva valoración de los hechos o un nuevo examen de la prueba, pues se vulnerarían los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

De ello se desprende que haya de establecerse una suerte de juicio comparativo entre la sentencia precedente, que determinó las medidas definitivas, y las pretensiones del posterior procedimiento. Así, de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, requiriéndose, una semejanza real que produzca contradicción

evidente entre las medidas que se pretenden y las que se decidieron en su momento para salvar la cosa juzgada como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Madrid¹ en aplicación de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo.

De este modo, para poder entrar a conocer sobre la pretensión de un cambio en las medidas definitivas adoptadas, reiterada jurisprudencia exige que se cumplan una serie de requisitos generales: (i) que los hechos en que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijo las medidas; (ii) que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida; (iii) que el cambio de circunstancias tenga estabilidad o permanencia en el tiempo y no obedezca a una situación de carácter transitorio; (iv) que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de quien solicita la modificación; y (v) que se acrediten por quien las alegue dichas alteraciones sustanciales ante los Tribunales – por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga² confirmada por el Tribunal Supremo³.

Por tanto, una vez determinados los requisitos que deben concurrir para apreciar que pueden existir motivos que justifiquen una eventual modificación en las medidas determinadas por sentencia firme, pasaremos a analizar cuáles son los condicionantes necesarios para que haya un cambio efectivo de las medidas concretas que se ejercen como pretensión en el supuesto que nos ocupa.

2.2.2 Requisitos específicos para el cambio en el régimen de guarda

Cuando hablamos del régimen de guarda y custodia, nos referimos al ejercicio concreto de una de las funciones de la patria potestad como es la tenencia del menor de edad en la compañía de los progenitores, que incluye: la convivencia, la asistencia, el cuidado, la educación y atención diarias, así como el medio para suplir su falta de capacidad jurídica.

En estos términos, resulta evidente que cuando se produce el cese de la convivencia de los progenitores, esta facultad no puede desempeñarse de forma conjunta, sino que debe de hacerse de forma excluyente, por lo que solo se encomienda a uno de ellos la guarda y custodia del menor. Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad permanece inalterable, en tanto se trata de un

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) núm. 748/2011, de 11 de noviembre.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 534/2008, de 15 de octubre de 2008.

³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 508/2011, de 27 de junio de 2011.

derecho del progenitor que es irrenunciable, intransferible e imprescriptible, como bien establece el Tribunal Supremo⁴ en varias de sus sentencias.

Y es que, la normativa relacionada con el interés del menor tiene carácter de orden público o *ius cogens*, de forma que aun existiendo convenio entre los progenitores respecto de sus hijos, estas decisiones deben ser ratificadas por los Tribunales— por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009⁵ -.

Es por esta razón que, tal y como establece Pinto Andrade⁶ «*los pactos que puedan haber convenido los cónyuges sobre la patria potestad y el modo de ejercicio de esta tienen una validez y eficacia relativas, al tratarse de materias sustraídas del poder de disposición de los padres y condicionadas a la apreciación judicial de que protegen adecuadamente el interés o el beneficio del menor (favor filii). En estas cuestiones (patria potestad y el ejercicio de sus facultades), el Juez no se encuentra condicionado por las peticiones de las partes, estando solo sometido a los superiores intereses de los hijos menores, puesto que las cuestiones controvertidas se rigen por preceptos imperativos, de orden público, ius cogens o Derecho necesario.*»

Llegados a este punto, es necesario señalar que para proceder a un eventual cambio de guarda y custodia no solo es necesario que concurren los requisitos generales para la modificación de medidas definitivas (*vid.* apartado 2.2.1 anterior), sino que además deben confluir otras circunstancias que pongan de manifiesto que el pronunciamiento judicial por el que se adoptaron queda totalmente desfasado, proyectándose sobre una realidad diferente de la originaria. Pues, de modo contrario, nunca se accedería a llevar a cabo la modificación de unas medidas que ya tuvieron en cuenta las circunstancias del menor cuando fueron determinadas en sentencia.

Así las cosas, a continuación se realizará un breve análisis respecto de los concretos requisitos, tenidos en cuenta por doctrina⁷ y jurisprudencia⁸, que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la procedencia de un cambio

⁴ Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991.

⁵ Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 614/2009, de 28 de septiembre de 2005.

⁶ PINTO ANDRADE, C. *El convenio regulador: La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona: Editorial Bosch, 2012, p. 57.

⁷ Entre otros autores, PÉREZ MARTÍN, A.J *Tratado de Familia. La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, 4º edición, Valladolid: Lex Nova (Thomson Reuters), abril 2014, Tomo IV, Cap. III p. 269-273

⁸ Entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 636/2017 de 29 junio de 2017.

en la guarda y custodia por el que los menores pasen a residir con el progenitor que hasta ahora no había ostentado la custodia.

2.2.2.1 *Que el cambio resulte beneficioso para el menor.*

Toda petición que pretenda una modificación de medidas definitivas debe fundarse sobre la base del interés del menor. Es más, éste es el principio básico y primordial en los procedimientos en los que intervienen menores.

Respecto a este principio, la jurisprudencia ha venido considerando que el interés del menor se ve más beneficiado cuando se evitan los cambios a los que se encuentra expuesto, por lo que la apuesta de los tribunales pasa por mantener la situación de origen. De esta forma, si los menores se encuentran adaptados a su situación personal y de convivencia de forma satisfactoria, no es aconsejable realizar un cambio de guarda, pues con ésta hay toda una sucesión de otros cambios directos como son el hogar, la familia de la que se rodea el menor, el cambio de colegio y las amistades.

En este sentido, el Tribunal Supremo⁹ denegó la custodia compartida en un procedimiento de divorcio tras una separación de hecho de un matrimonio bajo el fundamento de mantener la situación de hecho existente desde hacía que hace algo más de un año en atención al superior interés de los menores. Y en los mismos términos lo hizo la Audiencia Provincial de Córdoba¹⁰ determinando que pese a que no existía duda alguna de la idoneidad y buen ejercicio de su labor como padre, el contenido del informe del equipo técnico generaba una situación de duda sobre la conveniencia para la menor, por lo que la Sala aludía a su prudencia optando por mantener lo que hasta ahora había estado funcionando, pues la menor está acomodada al actual régimen y éste le permitía un amplio contacto con el padre.

Así, si lo que se pretende es la modificación de medidas de orden personal, como es la guarda y custodia, además de la concurrencia de un cambio de las circunstancias determinantes de la originaria adopción, será preciso acreditar, sin ningún género de dudas, que actualmente tales peticiones constituyen la mejor opción en favor de los menores, cuyo interés debe prevalecer siempre, como bien expone Pinto Andrade¹¹.

⁹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 585/2015 de 21 octubre de 2015.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 641/2016 de 29 noviembre de 2016.

¹¹ PINTO ANDRADE, C., *op.cit.*, p.110.

De acuerdo con lo anterior, y para tener en cuenta el mayor interés del menor es necesario dar audiencia al mismo con el objetivo de poder atender sus preferencias y adoptar aquellas medidas que más se adecúen a las mismas. No obstante, no siempre la voluntad del menor atiende a su mayor beneficio, de forma que su opinión tan solo se tendrá en cuenta cuando confluya con su mayor interés, como se expondrá más adelante (*vid.* apartado 2.2.3).

2.2.2.2 *Que quede acreditada la incapacidad del progenitor custodio.*

La alegación de una supuesta incapacidad del progenitor custodio para continuar con sus funciones debe ser acreditada por la parte que la alega haciendo referencia a los incumplimientos y consecuencias derivadas de los mismos. Así, para acreditar una supuesta incapacidad será necesario acudir a la exploración de los menores y las pruebas psicosociales.

Y es que, es indispensable probar que el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia es incapaz para desempeñar las funciones propias de este régimen, pues la idoneidad de un progenitor no implica la inaptitud del otro. Por ello, si no constan hechos que acreditan la falta de capacidad del progenitor custodio, no hay posibilidad de acceder a un cambio en las medidas definitivas, como afirman, entre otras, la Audiencia Provincial de Tarragona¹² y la Audiencia Provincial de Málaga¹³.

Por tanto, el cambio de guarda debe evitarse siempre que existan otras soluciones que provoquen menos cambios en el entorno del menor. Y en estos términos se pronuncia también Pérez Martín¹⁴ cuando establece que «*[S]i bien es posible que en ocasiones se haya detectado alguna disfunción en el ejercicio de la custodia, posiblemente ésta no sea de tal entidad que justifique el cambio del sistema de custodia, y pueda bastar con que se llame la atención al progenitor para que subsane las posibles deficiencias que puedan haberse cometido en el desempeño de esta función.*»

2.2.2.3 *Que quede acreditada la capacidad y el entorno favorable del progenitor al que se le va a otorgar la custodia.*

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de diciembre de 2003.

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 611/2017 de 22 junio de 2017.

¹⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.cit.*, Cap. III, p. 270.

Como veníamos comentando, dado que la idoneidad de un progenitor no implica la inaptitud del otro, no basta la acreditación de la falta de capacidad del progenitor custodio para aprobar un cambio de guarda. Es más, el progenitor no custodio deberá acreditar que, de otorgársele la guarda y custodia del menor, el interés del mismo estará mejor atendido, pues de lo contrario, tampoco se accederá a una modificación de esta medida.

De hecho, así lo manifestó la Audiencia Provincial de Madrid¹⁵ en una sentencia en la que se negaba el cambio de guarda y custodia bajo el fundamento de que, pese a la inestabilidad de ambos progenitores, la madre era quien había venido ejerciendo estas funciones, de forma que los menores ya se encontraban integrado en el núcleo materno, no siendo positiva, a los intereses de aquéllos una decisión de cambio de custodia.

Es por ello que, no solo debe concurrir la falta de capacidad del progenitor custodio, sino que además se debe acreditar la mayor capacidad del progenitor no custodio, ya que, de no ser así, prevalece el mantenimiento de la situación originaria a la que ya veníamos haciendo referencia.

2.2.2.4 *Se procurará no separar a los hermanos.*

La no separación de los hermanos es uno de los criterios primordiales a la hora de tener en cuenta un cambio de guarda y custodia, pues se erige como una suerte de principio establecido en aras a evitar perjuicios derivados de deshacer la unión entre los mismos.

Lo cierto es que este criterio ni siquiera viene interpretado por la jurisprudencia, sino que se encuentra expresamente previsto en el artículo 92 del Código Civil, si bien se entiende como una recomendación y no como un imperativo. No obstante, existen determinados supuestos en los que no existe obstáculo para que pueda modificarse la medida y atribuirse al progenitor hasta ahora no custodio¹⁶.

Así, cuando previamente no ha existido convivencia entre hermanos por ser hijos fruto de relaciones distintas no rige la regla de la no separación de hermanos, pues no se rompe ninguna unión si éstos nunca han llegado a convivir juntos.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 165/2005 de 25 febrero de 2005.

¹⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.cit.*, Cap. III, p. 272.

A título de ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁷ puso de manifiesto que, la regla de no separar a los hermanos puede ceder en aquellos casos en los que la separación sea la opción más conveniente a los intereses de los menores. Y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Córdoba¹⁸ determinó que si bien la doctrina viene aplicando, en la mayoría de los casos, la no separación de los hermanos, ésta puede obviarse cuando concurren especiales circunstancias que imponen dar prioridad al supremo interés del menor que supone atender su voluntad cuando uno de los menores quiere convivir con un progenitor, y el otro menor con el progenitor contrario.

2.2.2.5 Cumplimiento de los requisitos procesales

El último de los requisitos que deberá apreciarse ante la posibilidad de un cambio de guarda y custodia será el cumplimiento de los requisitos procesales, a saber, (i) la audiencia a los menores que tengan juicio suficiente, y en todo caso, a los mayores de 12 años; y (ii) la práctica de la prueba psicosocial.

Si bien al primero de los requisitos nos referiremos en el siguiente apartado (*vid.* apartado 2.2.3), respecto de la práctica de la prueba psicosocial hemos de precisar que se encuentra encaminada a la determinación judicial de la potestad sobre los menores, su ejercicio, su cuidado, convivencia y régimen de comunicaciones con el progenitor con quien no convivan habitualmente¹⁹.

El objetivo primordial, por tanto, pasa por otorgar al Juez los datos necesarios para poder tomar una decisión respecto de las medidas que afecten a los menores, supliendo los conocimientos técnicos sociales de los que carece el Juez, pero que tan útiles son para la aprobación o denegación de un cambio en las medidas definitivas.

En este apartado han quedado expuestos las circunstancias que deben concurrir ante una pretendida acción para modificar la guarda y custodia respecto de un menor de edad, sin que haya sido analizada la voluntad del menor sobre la misma. No obstante, en el caso que nos ocupa, encontramos que es la propia menor la que pretende que se lleve a cabo un cambio en esta medida, por lo que a continuación se procederá a analizar la eficacia que tendría su opinión en relación con la medida que pretende modificarse.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 20 octubre del 2000.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de junio del 2000.

¹⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEAGA, L. *Derecho de Familia y de la Persona. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, 1º Edición, Barcelona: Editorial Bosch, octubre 2007, Tomo VI, Cap. I, p.90.

2.2.3 Eficacia de la opinión del menor de edad.

Resulta de especial trascendencia la voluntad de los menores a la hora de valorar un cambio en las medidas definitivas. Así, cuanto más próximo se encuentre un menor a la mayoría de edad, mayor probabilidad de que se tengan en cuenta sus decisiones y, por tanto, de que se acceda a sus pretensiones, pues el fundamento último de tener en cuenta su opinión es la primacía del interés del menor.

Y es que, son varios los textos legales que exigen el derecho del menor a ser oído en aquellos procesos en los que vayan a tomarse medidas que directamente los afecten. En este sentido, el apartado sexto del artículo 92 del Código Civil prevé expresamente que el Juez, con anterioridad a acordar la guardia y custodia de los menores, oirá a éstos siempre que tengan suficiente juicio. El anterior precepto debe ser relacionado con lo dispuesto en el artículo 770 de la LEC cuando a su vez establece que el Juez oirá, en todo caso, a los mayores de doce años. Y de esta forma lo ha venido determinando el Tribunal Supremo²⁰ al entender en los siguientes términos que:

«[L]a aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño que prevén que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelve sobre su guarda y custodia, sin que ninguna parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez.»

De acuerdo con De la Iglesia Monje²¹ *«nos encontramos ante una evolución social que ha provocado un cambio en el estatus social del niño, y como consecuencia de ello, se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia»*. Y, de hecho, este cambio al que se viene aludiendo se ha instituido con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Concretamente, su artículo 9 desarrolla el derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales y administrativos, marcándose el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm.413/2014, de 20 de octubre de 2014.

²¹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I *El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar*, Revista crítica de derecho inmobiliario, 2017, nº 759, p. 347.

sexual; y con los criterios recogidos en el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño²².

En el plano jurisprudencial, se ha considerado que el acuerdo de medidas sobre menores en procedimientos afectan de forma directa a su esfera personal y familiar, por lo que el menor debe ser oído en aras a hacer efectivo su derecho, de conformidad con el artículo 9 de la LO 1/1996 (ahora LO 8/2015)²³.

Y es que, es el derecho del menor a ser oído el que permite conocer su voluntad respecto de las medidas que se van a adoptar respecto de su persona, como pueden ser, entre otras, la guarda y custodia objeto de análisis. Esta misma idea plasma Pérez Martín²⁴ en el siguiente tenor literal:

«[L]a voluntad del menor sobre la preferencia de convivir con uno u otro progenitor, si bien no es un elemento decisorio para resolver esta cuestión, constituye un dato importante atendible cuando tiene la edad y la capacidad suficiente para manifestarse sobre ellos y expresa unas razones justificadas como base de su elección, de modo que permiten al tribunal valorar las circunstancias concurrentes para respetar el deseo del hijo si se presenta razonable y conveniente para su estabilidad y formación prescindiendo de decisiones caprichosas o influenciadas a fin de evitar interferencias ajenas al objetivo primordial que debe informar tal resolución cual es el interés del menor y la necesidad de procurarle un ambiente familiar adecuado en el que se sienta cómodo e integrado.»

En el supuesto analizado, debemos tener en cuenta que Inmaculada tiene 16 años de edad y su prematura decisión del cambio de guarda y custodia viene determinada por un contexto de exacerbación por las continuas disputas con su madre. En concreto, según las palabras de la menor «*si no le deja hacer su vida se irá a vivir con su padre*», es decir, de las mismas se desprende que Inmaculada realiza una suerte de amenaza a su madre para el caso que «no le deje hacer su vida».

Resulta evidente que, ante una eventual demanda de modificación de medidas respecto de la guarda y custodia, se dará audiencia a Inmaculada por superar en gran medida la edad de 12 años a partir de la cual todo menor debe ser escuchado. Ahora bien, que sea preceptiva la escucha del menor en los procedimientos en los que se adoptan medidas que directamente los afectan no implica que esta opinión vaya sea determinante en la decisión el Juez.

Así, las decisiones de los tribunales pasan por atender no solo los deseos del menor respecto de las medidas a convenir, sino también las razones que expresa en la relación a las mismas. En este sentido, la Audiencia Provincial de

²² Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 152/2005, de 6 junio de 2005.

²⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.cit.*, Cap. III p. 285.

Málaga²⁵ atiende la voluntad del menor, tras ser escuchado, respecto de irse a vivir con su padre por entender que, a sus 13 años de edad y sin base para calificar sus manifestaciones de un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle, manifiesta su voluntad de una forma reflexiva y seria, por lo que supondría una infracción al ya expuesto principio *favor filii* obligar al niño a vivir separado de su padre.

No obstante, el razonamiento expuesto por un menor respecto de una eventual modificación de las medidas definitivas, resulta primordial en aras a proteger el fin último pretendido, que no es más que su propio interés. Lo único cierto es que se necesita que las razones del menor sean de una entidad suficiente como para adoptar un cambio en las medidas de guarda y custodia, más allá de las discusiones que puede haber entre el progenitor custodio y el menor de edad.

Y es que, hay que reconocer que, en la etapa de la adolescencia, puede existir un continuo enfrentamiento entre el progenitor custodio y el hijo que supera los límites ordinarios de la convivencia, ya que éste tiene la desagradable obligación de poner freno a las ansias de libertad y autoinsuficiencia que muestran los hijos en esta fase de su vida, y que posiblemente contrarreste con el ánimo comprensivo del progenitor no custodio que sólo ve al menor los fines de semana y vacaciones. Un cambio de custodia en estas condiciones solo serviría para invertir los papeles de los progenitores, y posiblemente, todo retornaría a la misma situación de rechazo del hijo frente al progenitor que coarta su libertad.²⁶

De acuerdo con este último inciso, se hace necesario poner de relieve lo sentenciado por el Tribunal Supremo²⁷ en un caso en el que no concede el cambio en la guarda y custodia establecida, pese a la voluntad del menor, por entender en los siguientes términos que:

«El interés del menor exige compromiso y colaboración por parte de sus progenitores tendente a resolver conflictos que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos, pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 630/2012 de 3 de diciembre de 2012.

²⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.cit.*, Cap. III p. 270.

²⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 633/2012, de 25 de octubre de 2012.

custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.»

Así, la misma interpretación que nuestro alto tribunal ha tenido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁸ en un supuesto en el que el menor se negaba a relacionarse con uno de sus progenitores. De esta forma, el TSJ puso de manifiesto que los Tribunales deben valorar el contenido de la audiencia del menor conjuntamente con otros factores, ya que en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso. Así, no cabe desconocer, sin la ponderación de los otros criterios contemplados en la norma, y la debida justificación o especial motivación, los deseos de los menores, cuando, como es el caso, tiene suficiente juicio. Sin embargo, entiende el TSJ de Cataluña que para que el deseo del menor con suficiente juicio pueda ser atendido siempre será necesario: (i) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada sin influencias; (ii) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo. Pues, sólo el superior interés del menor debe guiar las decisiones judiciales, y éste está en el mantenimiento del contacto con los dos progenitores cuando ambos son idóneos para atender sus necesidades y no existen causas objetivas que desaconsejen disminuirlos.

Y asimismo lo entiende la Audiencia Provincial de Pontevedra²⁹ que niega la posibilidad de un cambio de guarda por voluntad de un menor de 14 años bajo el fundamento de que los deseos del menor deben relativizarse, pues el menor manifestaba estar conviviendo a disgusto con su madre por el simple hecho de que el domicilio de aquella está lejos del Instituto y que su preferencia opera en razones de pura conveniencia y comodidad puesto que la madre le impone un mayor control, y su padre, en cambio, no le dice nada.

En esta misma línea la Audiencia Provincial de Madrid³⁰ vuelve a negar la mayor, bajo la justificación de que del dictamen de peritos se desprendía la clara preferencia de los menores por la figura paterna debido a las normas que deben cumplir en el domicilio materno proyectadas en pautas adecuadas de higiene, alimentación, colaboración en faenas domésticas o realización de tareas escolares, muy al contrario de lo que sucede en el entorno paterno donde los menores evidencian una ausencia de normas. En este sentido, entiende la Audiencia que la madre ha sabido adoptar un estilo educativo más acorde a las necesidades de los hijos, a diferencia del padre que ha venido inculcando un estilo educativo más permisivo.

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 2/2014 de 9 enero de 2014.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 876/2012 de 4 diciembre de 2012.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 94/2013 de 8 febrero de 2013.

Por tanto, sin perjuicio del derecho de los menores a ser oídos, el resultado de la audiencia no es vinculante para el Juzgador a la hora de adoptar las medidas de guarda y custodia. Es importante tener en cuenta que la voluntad del menor no siempre atiende a su mayor interés, en tanto en ocasiones éstos se mueven por capricho, negación de disciplina o hacia a aquel progenitor que les otorga mayores libertades.

Por ello, cuando la modificación de las medidas atiende a la voluntad del menor, el Juez no puede aprobar sin más lo que se desprenda de la misma, sino que debe entrar a analizar si su voluntad es acorde a su mayor beneficio. Así, el éxito en un cambio en la guarda y custodia deberá atender a tres cuestiones fundamentales: (i) la voluntad de los menores; (ii) el deseo y la capacidad del progenitor no custodio para asumir la custodia; y por último, (iii) la constatación por parte del Tribunal de que este cambio de custodia es lo más beneficioso para el menor, ya que por mucho que el menor quiera pasar a convivir con el otro progenitor, si el Tribunal determina que ese cambio no beneficia al menor, la petición será desestimada.

Y es que, los Tribunales se muestran reacios a modificar las medidas definitivas porque interpretan que lo más conveniente para el menor es evitar situaciones de cambio. Pues, si los menores se encuentran adaptados a su situación personal y de convivencia, no es aconsejable modificar la guarda y custodia, ya que con ello se modifican otros aspectos como el domicilio, la familia de la que se rodea el menor o el lugar donde cursan los estudios. Por tanto, solo se tendrá en cuenta un cambio en la guarda y custodia cuando la modificación en las circunstancias sean de una entidad tal que sólo con ésta se consiga el fin último al que se dirigen: el mayor bienestar del menor de edad.

2.2.4 Requisitos específicos para reducir la pensión de alimentos.

En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que la pretensión de reducir la pensión alimentaria es una modificación de las medidas definitivas acordadas o aprobadas por sentencia, por lo que deberá cumplir los requisitos generales analizados en el epígrafe 2.2.1 para poder proceder a su cambio.

No obstante, atendidas las condiciones generales que debe cumplir cualquier petición de cambio de medidas, debemos atender a los criterios que deben seguirse para entender que existe una alteración sustancial de las circunstancias que requieren una modificación en la cuantía de la pensión determinada.

Así, lo primero que debemos tener en cuenta es que la alteración sustancial que justifique un cambio en la medida puede ser alegada respecto del alimentante o el alimentista, pues el artículo 147 del Código Civil hace referencia expresa a que los alimentos se verán modificados proporcionalmente, al alza o a la baja, según el aumento o la disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que tuviera la obligación de satisfacerlos.

En el caso que nos ocupa, el motivo esgrimido por nuestro cliente, Manuel, para solicitar la reducción de la cuantía pagada en concepto de alimentos se encuentra en el aumento de los gastos del alimentante como consecuencia de haber tenido una nueva hija, Ana. Por tanto, en relación con el nacimiento de un nuevo hijo, resulta procedente entrar a analizar las principales exigencias tenidas en cuenta por la jurisprudencia para aminorar la pensión alimenticia previamente declarada.

En este aspecto, debemos hacer expresa mención de la controversia existente entre las distintas Audiencias Provinciales, las cuales han abordado sus resoluciones de forma muy dispar, como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Córdoba³¹, en cuya sentencia se alude a los diferentes criterios seguidos en la jurisprudencia menor.

Así, un sector de Audiencias Provinciales considera que el nacimiento de un nuevo hijo produce una alteración sustancial de las circunstancias capaz de justificar la modificación de la pensión con el objetivo de que el nuevo descendiente pueda gozar en idéntica posición de las condiciones del hijo preexistente, y sin que se vea comprometida su atención en perjuicio del que disfruta de una pensión alimenticia. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo núm. 105/2001 de 13 de febrero; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 525/2004 de 9 de septiembre y sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm. 64/2005 de 3 de marzo.

Posición antagónica a la anterior sostiene otra parte de la jurisprudencia menor que se ha posicionado a favor de que el nacimiento de un nuevo hijo no puede llevar implícito una alteración sustancial de circunstancias, pues es el padre quien ha escogido reorganizar su vida sentimental, sin que ello pueda ir en detrimento de hijos anteriores. Es interesante advertir que el fundamento esgrimido por esta corriente se basa en la falta de uno de los requisitos generales que deben concurrir para que quede justificado un cambio de medidas, en concreto, que la alteración de las circunstancias debe ser ajena al progenitor que alega la modificación. De este modo, este sector de Audiencias Provinciales entiende que el progenitor obligado al pago de alimentos tomó

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) núm. 219/2003, de 16 de septiembre de 2003.

libremente la decisión de tener nuevos hijos y que debió de haber sopesado con anterioridad sus cargas anteriores para comprobar que, con sus ingresos, podía hacer frente a las obligaciones anteriores y a las futuras. Por tanto, habiendo decidido libremente tener un nuevo hijo, debe asumir unilateralmente sus consecuencias – entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 189/2005 de 4 de marzo; sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 419/2004 de 30 de junio; sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 500/2005 de 15 de junio y sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 517/2002 de 7 de octubre.

Sobre la controvertida cuestión se alza el Tribunal Supremo³² fijando su postura al respecto y determinando una posición intermedia que concilia las antagónicas resoluciones de las Audiencias Provinciales como criterio interpretativo a seguir. Así, nuestro Alto Tribunal determina que *per se*, el nacimiento de un nuevo hijo no puede considerarse una condición sustancial que determine en todo caso un cambio en la prestación alimentaria, provocando un detrimento injustificado en las cargas preexistentes fijadas por la autoridad judicial, sino que se deberá analizar caso por caso, sin poder resolverse de forma taxativa a priori. De esta forma, nuestro Alto Tribunal entiende que, si el sustento del nuevo hijo es una carga para el nuevo matrimonio del padre, habrá que conocer el caudal o medios con los que cuenta esta nueva unidad familiar, pues sólo si el padre fuera el único progenitor que aportara ingresos a la unidad se trataría de una alteración sustancial de circunstancias que redundaría en una disminución del patrimonio del padre que deber hacer frente a la obligación de alimentos para con su hijo preexistente.

Por tanto, entre las circunstancias a valorar se halla la capacidad económica de la pareja con quien convive el obligado, y así lo ha venido reiterando hasta el momento en sus recientes sentencias, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo núm. 250/2013 de 30 de abril; sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2016 de 21 de septiembre; sentencia del Tribunal Supremo núm. 61/2017 de 1 de febrero y Auto del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017.

La doctrina también se ha pronunciado respecto de esta cuestión. De esta forma, Andrés Joven³³ pone de expreso manifiesto que *«el nacimiento de un nuevo hijo ha de ser considerado una decisión libre y voluntaria de cada persona que no puede exonerar de las obligaciones alimenticias previamente*

³² Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm.917/2008, de 3 de octubre de 2008.

³³ ANDRÉS JOVEN, J. Modificaciones de medidas definitivas. En Pedro González Poveda y Pilar González Vicente. *Tratado de Derecho de Familia. Modificación de medidas definitivas: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Sepin editorial jurídica, 2005, Capítulo XIII, pág. 938.

existentes, por cuanto los progenitores deben ser responsables de sus actuaciones y de las consecuencias que de éstas puedan derivarse. Debe, en todo caso, y para el supuesto de defenderse la tesis contraria, tenerse en cuenta que en el nuevo procedimiento se ha de probar no sólo el hechos objetivo del nacimiento de un hijo, sino también cuál es la situación personal, laboral y económica de la nueva pareja al estar la misma asimismo obligada al pago de los alimentos de ese hijo, siendo éste un factor que en muchas ocasiones se silencia y que puede conllevar la desestimación de la demanda presentada.»

De lo comentado hasta el momento se desprende que, para considerar que se han alterado las circunstancias, es necesario: (i) por un lado, que el alimentante vea reducida su capacidad económica como consecuencia de su obligación de atender nuevas cargas por el nacimiento de un nuevo hijo, ya que si se demuestra que tiene medios para absorber ambas obligaciones, resultará intrascendente el nacimiento de otros hijos; (ii) por otro lado, que la nueva pareja del progenitor no tenga medios o ingresos para poder hacer frente al nacimiento de su hijo, pues éste también se encuentra obligado, al igual que el otro progenitor, a hacer frente a los alimentos de su hijo. No obstante, y en relación con el caso que nos ocupa existe un tercer considerando a tener en cuenta, (iii) pues, si el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia ha seguido haciendo frente a ella con normalidad, durante un tiempo considerable, ya no podrá alegarse que se trata de un hecho nuevo a los efectos de pretender una reducción en la cuantía de la prestación por alimentos en relación con el hijo de su matrimonio anterior.

En relación con esta última cuestión, es necesario poner de relieve que la hija proveniente de la nueva relación de Manuel, Ana (nacida en 2013), tiene 5 años. En este sentido, es necesario advertir a nuestro cliente que, para poder promover una demanda de reducción de la pensión alimenticia, es necesario que el evento que lo justifique se haya producido de forma sobrevenida, de acuerdo con los requisitos generales de modificación de medidas definitivas tratado en el apartado 2.2.1.

El principal problema que se nos plantea en relación con este asunto, es que Manuel ha estado tolerando durante 5 años el pago de una pensión alimenticia de 1.150 euros tras el nacimiento de su nueva hija, queriendo ahora revertir dicha situación. No obstante, el inconveniente que tiene venir hoy a interponer demanda de modificación de medidas, es que ahora carecería de justificación por faltar uno de los elementos esenciales para poder instar el cambio: que el hecho nuevo en que se fundamente sea sobrevenido.

Esta opinión mantiene Pérez Martín³⁴ en tanto entiende que *«si después del nacimiento del nuevo hijo se siguió pagando durante cierto tiempo la pensión alimenticia de los otros hijos, ya no podrá considerarse esta circunstancia como un hecho nuevo a los efectos de minorar el importe de la pensión alimenticia, sino que deberá alegarse otra causa para que pueda prosperar la demanda de modificación»*. Es decir, el autor asemeja esta situación con aquellas en las que los hijos han nacido con anterioridad a dictarse las medidas o a suscribirse el Convenio o era previsible su nacimiento ya que, tanto en uno como en otro caso, se trata de un hecho pasado y no sobrevenido.

Por todo ello, debemos tener en cuenta que una eventual demanda para solicitar la minoración de la pensión de alimentos tan sólo será estimada cuando exista una alteración sustancial de las circunstancias de tal entidad que requiera una modificación en la cuantía de la pensión determinada, pues de lo contrario el progenitor obligado al pago no verá aceptadas sus pretensiones.

2.2.5 La emancipación de la adolescente

En la última discusión mantenida entre Inmaculada y Emilia, la menor ha dejado constancia del rechazo a continuar viviendo con su madre, y su preferencia de convivir con su padre, o en su caso, de independizarse con su novia Gloria.

Habiendo analizado los supuestos concernientes al cambio de guarda y custodia, en este punto es necesario analizar cuáles serían las causas y las consecuencias ante una supuesta aprobación de la emancipación de la adolescente.

Es importante tener en cuenta que la emancipación del menor de edad tan solo puede darse por concesión de sus progenitores o por concesión judicial cuando, no reuniendo el consentimiento de los padres, se reúnan las formalidades previstas. En el supuesto que se nos plantea, tanto Manuel como Emilia se oponen a la concesión de la emancipación a su hija Inmaculada, por lo que Inmaculada tan solo podrá obtener la emancipación mediante concesión judicial, que traerá consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Así las cosas, los mayores de 16 años pueden obtener la emancipación judicial, previa audiencia de los padres, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos, previstos en el artículo 320 del Código Civil y artículo 53 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: (i) cuando el ejerciente de la patria potestad contrajera nuevas nupcias o conviviera maritalmente con persona

³⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., *op. cit.*, Cap. III pág. 685

distinta del otro progenitor; (ii) cuando los padres vivieran separados; y (iii) cuando hubiese causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad.

En este sentido, es importante traer a colación que la jurisprudencia no entiende que estas causas operen de forma automática, sino que una vez concorra alguna de las causas expuestas, puede iniciarse el procedimiento en el que la aprobación de la emancipación de la adolescente quedaría sometida a valoración del Juez, de acuerdo con el principio de mayor interés del menor de edad.

En nuestro caso concreto, concurre el segundo supuesto que habilita a Inmaculada a iniciar el procedimiento de emancipación mediante su solicitud al órgano judicial para que le conceda este beneficio, en tanto Emilia y Manuel llevan 8 años divorciados. Respecto de la intervención de los progenitores en este procedimiento, cabe destacar que su derecho se limita a ser oídos, realizando las manifestaciones que consideren oportunas sin efecto vinculante para el Juez. Ahora bien, si bien estas manifestaciones no son vinculantes, es obligatorio dar audiencia a los padres para valorar las opiniones de éstos en su conjunto con las extraídas del menor en aras a obtener una decisión judicial.

Es necesario aclarar que, la justificación de la emancipación por concesión judicial se fundamenta en las malas relaciones que pueden surgir entre los progenitores, tras su separación, o entre éstos y los menores. De esta forma, se dota a los menores de independencia y autonomía para adoptar sus propias decisiones tras la ruptura de la convivencia, entre otras, su voluntad de convivir con quien considere oportuno³⁵. Así, lo entiende la Audiencia Provincial de Madrid³⁶ que otorgó la emancipación a una menor de 16 años que se negaba a convivir con su madre, bajo la interpretación de que dicho rechazo hacia imposible exigir el cumplimiento de la sentencia contra la voluntad de la menor, que convivía con su padre pese a ser su madre quien ostentaba su guarda y custodia.

Por tanto, una vez asentadas las bases sobre las que puede solicitarse la emancipación por concesión judicial, es importante analizar los efectos que produce la misma. De acuerdo con Sanmartín Escriche³⁷ *«la emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, en tanto se ha extinguido la patria potestad. Sin embargo, el menor*

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Comentario al artículo 320 del Código Civil». En De Pablo Contreras, P. *Código Civil comentado*. 2º Edición. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2016, Volumen I, consultado electrónicamente.

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 238/2007, de 15 de febrero de 2007.

³⁷ SANMARTÍN ESCRICHE, F. Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.217 consultado electrónicamente.

emancipado necesitará el consentimiento de sus padres como una suerte de complemento de la capacidad para determinados negocios jurídicos que tan solo pueden llevar a cabo los mayores de edad.»

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, si la emancipación judicial lleva implícita la desaparición de la patria potestad y la posibilidad de regirse como si de un mayor de edad se tratara, resulta necesario analizar qué sucedería con la pensión de alimentos a la que se encuentra obligado nuestro cliente.

En este sentido, ya adelantamos que la emancipación del menor de edad no conlleva de forma automática la desaparición del deber de alimentos de los progenitores para con sus hijos. De hecho, el artículo 93 del Código Civil prevé la posibilidad de que los progenitores sigan contribuyendo al pago de alimentos cuando el menor emancipado se encuentre conviviendo con alguno de ellos sin dependencia económica, o se encuentra en situación de necesidad. Así, resulta interesante subrayar que cuando existe un menor emancipado, la pensión alimenticia actúa del mismo modo que para los mayores de edad que ya no conviven con sus padres y que solicitan de ellos el pago de una pensión.

En esta línea, resulta interesante hacer referencia a una resolución del Tribunal Supremo³⁸ en la que se niega el derecho de alimentos a una hija que decide abandonar el domicilio familiar bajo el fundamento de que su elección de la libertad personal que se adquiere con la emancipación, tiene como consecuencia el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, como son las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno. Y en este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia³⁹ en una recentísima sentencia en la que también rechaza la pensión de alimentos a una hija mayor de edad bajo la misma interpretación esgrimida por el Alto Tribunal en la sentencia citada.

A mayor abundamiento, este mismo análisis fue el que sirvió al Juzgado de Primera Instancia de Málaga⁴⁰ para denegar la pensión alimenticia a una hija de 17 años, emancipado notarialmente, ante la reclamación de alimentos a su padre. Así, al igual que el Tribunal Supremo niega la obligación de prestar una pensión al padre de la menor sobre la base de que las ventajas económicas y de acogimiento que tenía la joven antes de emanciparse es el coste por la libertad obtenida por la menor al emanciparse. Es más, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga trae a colación que para que una deuda alimenticia

³⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 151/2000, de 23 de febrero del 2000.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 1061/2017 de 11 de diciembre de 2017.

⁴⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Málaga de 14 de marzo de 2014.

surja con todos sus efectos han de darse determinadas circunstancias que justifiquen la condición de la menor como «necesitada».

De todo ello se desprende que, cuando un menor de edad solicita la emancipación por concesión judicial el efecto inmediato que se obtiene es el cese de la patria potestad, sin embargo, hay otras consecuencias directas que no se tienen en cuenta pero que también juegan un papel importante. La realidad es que, mediante la emancipación, se da una condición del mayor de 16 años semejante a la de la mayoría de edad en tanto puede regir su persona y sus bienes, si bien con restricciones en determinados negocios jurídicos. Como consecuencia de ello, la obligación de alimentos de los progenitores, si bien no desaparece, pasa de recogerse como una obligación fruto del ejercicio de la patria potestad del artículo 154 del Código Civil a vehiculizarse por el artículo 143 del mismo cuerpo, que requiere de una situación de necesidad de la persona que tenga derecho a percibirlos.

Por tanto, con el otorgamiento de la emancipación a un menor de edad que pretende regirse personalmente y hacer una vida independiente de la de sus progenitores, se suprime el sometimiento del mismo a la patria potestad, y con ello, la obligación de alimentos por parte de los padres. Así, una eventual demanda para continuar percibiendo una pensión alimenticia por un menor que abandona su casa para desarrollar una vida personal independiente, requiere la acreditación por parte de éste de su situación de necesidad, pues la obligación por la quedan vinculados sus progenitores ya no es la de alimentos por el ejercicio de la patria potestad, sino la obligación de alimentos entre parientes.

2.2.6 Legitimación activa y pasiva

En el contexto de un procedimiento de modificación de medidas, el artículo de la 775 de la LEC otorga legitimación al Ministerio Fiscal, si hubiera hijos menores o incapacitados, y en todo caso, a los cónyuges, siempre que haya variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de aprobar o acordar las medidas.

Desde el punto de vista de la legitimación procesal, debemos tener en cuenta que, en relación con nuestro cliente Manuel, es posible que de las diversas controversias planteadas originen dos procedimientos distintos: por una parte, una posible demanda del Ministerio Fiscal en aras a posibilitar la modificación de medidas definitivas por el desacuerdo de Inmaculada en seguir viviendo con su madre; por otra parte, la interposición por parte de Manuel de una demanda de modificación de medidas con el objetivo de reducir la pensión alimenticia de Inmaculada bajo la pretensión de un nuevo hijo a su cuidado. De este modo, y

con el fin de hacer más comprensible este apartado, teniendo en cuenta el contenido expuesto en el precepto citado, se analizará la legitimación de los intervinientes en uno y otro proceso.

2.2.6.1 *Legitimación en el procedimiento de cambio en la guarda y custodia.*

En el caso que nos ocupa, hemos de tener en cuenta que es la hija menor de edad quien ha mostrado su deseo de abandonar la casa de su madre para irse a vivir con su progenitor no custodio, Manuel. En concreto, la decisión de Inmaculada se fundamenta en las sucesivas discusiones con su madre como consecuencia de su determinación a dejar los estudios, así como las continuas riñas de Emilia por las sospechas que tiene de que su hija fuma hachís.

Sin embargo, Manuel muestra reticencias hacia esta prematura decisión de su hija, debido: por una parte, a las reticencias de su nueva pareja, Yolanda, que no tiene una buena relación con Inmaculada; y por otra, porque considera que Emilia no ha sabido llevar una buena educación de la hija en común. Es, por tanto, que ninguno de los progenitores posee interés alguno en modificar las medidas respecto de la guarda y custodia. En consecuencia, y debido al manifiesto deseo de la menor, la cuestión se suscita en torno a la posibilidad de que la hija menor de edad pueda iniciar un procedimiento de cambio de medidas definitivas sin la aprobación de sus padres.

Es palmario que Inmaculada, siendo menor de edad, no ostenta capacidad para poder ser parte en un procedimiento judicial y, por tanto, para instar un cambio en la guarda y custodia. Sin embargo, del tenor literal del artículo 775 de la LEC, se desprende que su posibilidad de ser parte representada en el proceso pasaría por poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la necesidad de un cambio en la guarda y custodia, de modo que fuera éste quien instara una eventual modificación de medidas definitivas donde ostentaría la representación de los intereses de la menor.

En este sentido, que el procedimiento usual venga determinado por la solicitud de alguno de los cónyuges para instar un cambio en las medidas, ello no implica que el Ministerio Público no tenga atribuida esta facultad de modificación. En este sentido, Toribios Fuentes⁴¹ pone de manifiesto que «*si bien serán los cónyuges los que, respectivamente, tendrán la legitimación activa y pasiva en estos procedimientos, en el caso de que existan hijos menores de edad o incapacitados, el art. 775 de la LEC concede legitimación*

⁴¹ TORIBIOS FUENTES, G. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º edición. Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 1.454.

activa al Ministerio Fiscal, aunque en la práctica éste no suele utilizar esta prerrogativa.»

Sin embargo, lo cierto es que la Ley concede al Ministerio Público la legitimación activa para solicitar del tribunal una modificación de las medidas definitivas previamente acordadas o aprobadas. Así Marín Pareja⁴² pone de manifiesto que «*[l]a legitimación pasiva corresponde siempre al otro progenitor, si el demandante es uno de ellos, y sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal, cuando proceda; o a ambos progenitores cuando es demandante el Ministerio Fiscal.*»

A mayor abundamiento, es doctrina de la Fiscalía General del Estado⁴³ que cuando el Fiscal no actúa como demandante, puede ser parte, con todos los derechos, obligaciones y cargas que ello supone, pero se constituirá como parte sui generis, habida cuenta que su intervención se debe *ex Constitutione* a la defensa de la legalidad y del interés público. Por tanto, de todo ello se desprende que el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa a todos los efectos.

Así las cosas, informamos a nuestro cliente Manuel que, ante la negativa de los progenitores en iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas a instancia del hijo menor, la solución del menor puede pasar por poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la necesidad de una modificación de las medidas definitivas. De este modo, será el Ministerio Público quien, en aras a la representación de los intereses del menor, inicie los trámites de este procedimiento.

2.2.6.2 Legitimación en el procedimiento de reducción de la pensión de alimentos.

Como ha quedado expuesto al inicio de este apartado, el artículo 775 de la LEC otorga legitimación a los progenitores para instar una modificación de las medidas definitivas. Por tanto, Manuel se encuentra plenamente legitimado para interponer una demanda de modificación de medidas definitivas en aras a solicitar una reducción de la pensión alimenticia.

Esta demanda, deberá ir dirigida frente a Emilia, ya que es el progenitor custodio que se encuentra percibiendo la pensión de alimentos y, por tanto,

⁴² MARÍN PAREJA, I. La modificación de medidas definitivas. En Marín Castán, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 1º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 3.381.

⁴³ Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los Procesos Civiles, punto VII de medidas definitivas, adopción y modificación.

quien tiene el interés de que el otro progenitor ayude en las cargas y necesidades que se devienen de la obligación de ser padres.

2.2.6.3 *Legitimación en el procedimiento de alimentos tras haber adquirido la menor la condición de emancipado.*

Como se ha puesto anteriormente de manifiesto, la condición de emancipado del hijo menor de edad hace desaparecer la sujeción del mismo a la patria potestad. En este sentido, cabe destacar que cuando el menor se independiza pueden contemplarse dos situaciones diferentes: (i) que el menor emancipado continúe viviendo con sus padres y no obtenga ingresos; o (ii) que el menor emancipado decida hacer una vida independiente a los mismos.

La importancia de determinar una u otra situación tiene su relevancia en la legitimación de quien puede solicitar la pensión por alimentos. Así, cuando el menor emancipado continúa conviviendo con alguno de sus progenitores tras el divorcio o la separación, los tribunales otorgan la legitimación para reclamar alimentos al progenitor con el que conviven, al igual que ocurre con los mayores de edad, como ha dejado asentada reiterada jurisprudencia⁴⁴.

De contrario, cuando los menores deciden conformar su vida de forma independiente de la de sus progenitores, los tribunales entienden que la obligación de sus padres ya no se rige por sus funciones de guarda y custodia de cuidado de los hijos, sino por la regla general de obligación de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Por tanto, en estas situaciones se requiere la situación de necesidad del hijo que reclama los alimentos de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada (*vid.* apartado 2.2.5).

2.2.7 **Procedimientos**

2.2.7.1 *Procedimiento de modificación de medidas*

De los hechos analizados, se desprende que Manuel puede ser parte en dos procedimientos diferentes que, si bien ambos se sustanciarían por el procedimiento de modificación de medidas previsto en el artículo 775 de la LEC, la cualidad de parte que ostentaría en cada uno de ellos sería diferente. Así, mientras en el procedimiento de minoración de la pensión de alimentos sería demandante; poseería la cualidad de parte demandada, y más concretamente de codemandado junto con Emilia, en el procedimiento de modificación de la guarda y custodia.

⁴⁴ Entre otras, sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 411/2000 de 24 abril del 2000 y núm. 700/2014 de 21 noviembre de 2014.

En relación con el procedimiento de modificación de medidas, es interesante destacar que, una de sus características más significativas, es la posibilidad de estudiar con posterioridad al pronunciamiento adoptado en su día, la adecuación de las medidas a una situación posterior. De hecho, es esta necesidad de adaptación la que justifica un nuevo enjuiciamiento en aras a determinar si el cambio alegado como causa del nuevo procedimiento tiene entidad suficiente para promover el mismo, y de ser así, para adecuar la realidad fáctica sobrevenida con la realidad jurídica.

A tenor de lo anterior, se hace imprescindible incidir en las divergencias encontradas entre la jurisprudencia menor, en tanto, mientras una corriente determina que la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento no pone de manifiesto una inexistencia de cosa juzgada; otras Audiencias Provinciales interpretan que, en tanto las medidas pueden ser modificadas cuando se altera la causas que en su día fueron apreciadas, no se da la esencialidad manifiesta de la cosa juzgada y su cláusula *rebus sic stantibus*.

De un lado, podemos mencionar, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁵ en cuyas resoluciones establece que la ley posibilita que los efectos de la ruptura de pareja, se vaya adaptando a la propia realidad y dinámica familiar, pero respetando en cualquier caso el principio de cosa juzgada. De acuerdo con esta corriente, no estaría permitida la modificación si no es en base a nuevos hechos posteriores que alteran de forma sustancial la situación que se tuvo en cuenta al dictarse las medidas, pues ello sería contrario al principio de seguridad jurídica.

En sentido contrario se alzan, entre otras, la Audiencia Provincial de Castellón⁴⁶ entendiéndose que las medidas adoptadas, judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la separación o del divorcio, están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y no cabe su modificación— en este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba⁴⁷.

No obstante, cabe recalcar que lo que este proceso conlleva no es un impropio recurso de revisión respecto de los pronunciamientos en su día adoptados, sino la posible adecuación de aquéllos a las nuevas circunstancias concurrentes, por lo que quien interpone la solicitud de modificación de medidas debe señalar de forma clara y precisa al Tribunal, cuáles son los

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 203/2008, de 25 marzo de 2008.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) núm. 123/2015, de 25 de noviembre de 2015.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) núm. 219/2003, de 16 de septiembre de 2003.

hechos que entiende que se han alterado sustancialmente desde la fecha en que se dictó la resolución que se pretende modificar, y probarlo debidamente⁴⁸.

Por tanto, la esencia de este procedimiento, pese a la rúbrica que lo presenta, no es tanto la modificación de las medidas definitivas, sino la adecuación de las mismas tras una variación sustancial de las condiciones que en su día se tuvieron en cuenta en la sentencia en que fueron aprobadas.

Y así lo reza el artículo 775 de la LEC en su previsión de que podrá solicitarse la modificación de medidas definitivas siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En todo caso, dichas peticiones se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 770 de este cuerpo legal, de no haber acuerdo entre ambos progenitores, o por el artículo 777 si se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro.

En el supuesto que se nos presenta, es de notorio conocimiento que con alta probabilidad Emilia no estaría de acuerdo con una reducción de la pensión de alimentos de Inmaculada so pretexto del nacimiento de una nueva hija cuando hace 5 años del mismo. En este sentido, es de esperar que el procedimiento a seguir sea el establecido por el artículo 770 del mencionado texto, es decir, el mismo procedimiento que vehiculiza la tramitación de los litigios de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Así las cosas, el procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio verbal, que se iniciará mediante demanda a la que se acompañarán los documentos en los que el progenitor no custodio funde su derecho, en este caso, la necesidad de llevar a cabo una reducción de la pensión alimenticia.

Dado que se trata de una medida de carácter patrimonial, Manuel como parte actora deberá aportar todos los documentos que permitan evaluar su situación económica de acuerdo con esa nueva realidad jurídica que se pretende.

Siguiendo los cauces del juicio verbal, a la vista deberán acudir las partes acompañadas de abogado y procurador, bajo apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada traerá como consecuencia la admisión de los hechos, de contenido patrimonial, alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus pretensiones. Es decir, en el caso analizado, de no concurrir Manuel se tendrían por admitidos los hechos alegados por Emilia en su contestación a la demanda; y a la inversa de ser Emilia quien no compareciera a la vista del juicio.

Asimismo, es en el acto de la vista donde se practicarán las pruebas cuya práctica sea posible, quedando el resto relegadas a su práctica dentro del plazo señalado por el Tribunal, acordando todas aquellas que estimen

⁴⁸ ANDRÉS JOVEN, J., *op.cit.*, Capítulo XIII, p. 890.

necesarias para comprobar la concurrencia de circunstancias, sin que en ningún caso pueda exceder de 30 días desde la vista.

A mayor abundamiento, se oirá al menor de edad cuando el Tribunal entendiera que tiene suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de 12 años, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2.2.3.

Por último, cabe poner de relieve la referencia que hace el artículo 775 de la LEC en relación con la subsistencia de la opción de los progenitores en acudir en todo momento a la mediación o, en su caso, a realizar la solicitud de la modificación de medidas por un progenitor, pero con el consentimiento del otro, procediéndose en este último caso a vehiculizarse la acción por los cauces del artículo 777 del mencionado texto legal.

2.2.7.2 Procedimiento de emancipación por concesión judicial

En relación con el procedimiento relativo a la emancipación por concesión judicial, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) prevé que el mayor de 16 años podrá instar una solicitud de emancipación del que será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor.

En este tipo de procedimiento no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo que se formule oposición, en cuyo caso sí será preceptiva la asistencia de letrado a partir de ese momento. Por tanto, pese a no haber consentimiento de sus padres, si tampoco mediara oposición no sería necesario concurrir en el procedimiento mediante representación procesal y defensa técnica.

Así las cosas, la solicitud del mayor de 16 años que dé inicio al expediente será dirigida al Juzgado, con la asistencia de alguno de sus progenitores, y a falta de asistencia de los mismos, se nombrará defensor judicial del menor para instar el expediente. En todo caso, y hasta el nombramiento de un defensor judicial, el Ministerio Público asumirá su representación y defensa.

Cabe poner de manifiesto que tan solo podrá concederse la emancipación judicialmente para el caso que concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas en el artículo 320 del Código Civil y 53 de la LJV. En este sentido, será necesario acompañar a la solicitud de emancipación, los documentos que acrediten la causa que justifique una eventual emancipación, así como la práctica de prueba en el caso de que la hubiere.

Una vez iniciado el procedimiento, y admitida a trámite la solicitud, se convocará al menor, a sus progenitores, al Ministerio Fiscal y a quienes pudieran resultar interesados, a una comparecencia para que puedan ejercer su derecho a ser oídos por el Tribunal. Posteriormente, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y acordadas.

En la etapa final de este procedimiento, el Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando la emancipación. Y, de ser concedida dicha emancipación, se remitirá al Registro Civil el testimonio de la concesión de la emancipación para proceder a su inscripción.

2.2.8 Papel del Ministerio Fiscal

En relación al papel del Ministerio Fiscal, se hace inevitable destacar que, si bien el Ministerio Fiscal es una figura clave en los procedimientos en los que intervienen menores, no suele ser tener un papel primordial en tanto su función principal deviene de la elaboración de un informe preceptivo de acuerdo con el mayor interés del menor.

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa la labor del Ministerio Público es tan esencial que sin ella no habría procedimiento alguno a instar por parte de Inmaculada. Y ello por cuanto la función primordial que tiene el Ministerio Fiscal es la de defensa y representación de los intereses de la menor edad por cuanto éste no tiene capacidad jurídica para regirse por sí mismo en el ámbito jurisdiccional.

En este sentido, la propia Fiscalía del Estado⁴⁹ se ha pronunciado respecto de la labor del Ministerio Fiscal en aquellos procesos en los que intervenían menores, y ha venido dictaminando lo siguiente:

«[E]sta figura interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido. Y de esta forma, en los procesos especiales será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación legal de ausencia.»

Es, por tanto, la defensa del interés público lo que lleva al Ministerio Público a configurarse como parte en el procedimiento, de tal forma que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal la condición de parte con capacidad de actuación en representación y defensa del menor para intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación⁵⁰.

⁴⁹ Circular 1/2001, de 5 de abril. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los Procesos Civiles, punto VII de medidas definitivas, adopción y modificación.

⁵⁰ Artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Respecto del procedimiento de modificación de medidas, el papel del Ministerio Fiscal resulta más que significativo en tanto la menor de edad, que es quien pretende que se lleve a cabo un cambio en la guarda y custodia, no ostenta capacidad para poder ser parte en un procedimiento judicial. Así, una vez la menor haya puesto en su conocimiento su voluntad de convivir con el progenitor no custodio, es el Ministerio Público quien tiene legitimación activa para instar el inicio de este procedimiento. Será, éste entonces el momento a partir del cual los intereses de la menor se vean representados por esta figura.

Por otra parte, y respecto de la apertura de un eventual procedimiento de emancipación por concesión judicial, si bien el Ministerio Fiscal posee una función diferente, ésta no deja de ser menos representativa. De este modo, es Inmaculada, como menor de edad mayor de 16 años, quien tiene la capacidad de solicitar al Juzgado su posible emancipación. Sin embargo, una vez realizada dicha solicitud, como no consta el consentimiento de sus progenitores, será el Ministerio Público quien asuma su representación y defensa en tanto no se le haya nombrado defensor judicial.

En conclusión, mientras en el procedimiento de modificación de medidas la intervención del Ministerio Fiscal marca el inicio del proceso, sin el cual, no habría causa; en el procedimiento de emancipación por concesión judicial el inicio del procedimiento se lleva a cabo por el Juzgado tras la solicitud del mayor de 16 años, por lo que la apertura del expediente se llevaría a cabo en todo caso. Ahora bien, si en un principio el papel del Ministerio Fiscal puede resultar dispar en uno y otro procedimiento, lo cierto es que la base de su fundamentación sigue siendo la misma en tanto su intervención constituye el fin primordial de representación y defensa de los intereses de la menor.

3 Conclusiones

Tras la elaboración del análisis jurídico, y en aras a poder realizar el dictamen que servirá de base a nuestro cliente para tomar las decisiones que estime pertinentes, se han obtenido las siguientes conclusiones:

- I. Con el objetivo de poder instar un procedimiento de modificación de medidas definitivas, es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos generales: (i) que se trate de circunstancias acaecidas tras la aprobación de medidas; (ii) que éstas provoquen un cambio sustancial de la situación; (iii) que este cambio permanezca en el tiempo; (iv) que el cambio no haya sido buscado por quien solicita la modificación; y (v) que se acrediten por quien las alegue dichas alteraciones sustanciales.
- II. En concreto, el procedimiento de modificación del régimen de guarda y custodia requiere, además del cumplimiento de los condicionantes generales de modificación de medidas, la concurrencia de los siguientes: (i) que el cambio resulte beneficioso para el menor de edad; (ii) que quede acreditada, no solo la incapacidad del progenitor custodio, sino la capacidad del progenitor que pasará a ejercer las funciones de guarda; (iii) procurar la no separación de los hermanos; y por último, (iv) el cumplimiento de los requisitos procesales como es la obligatoria audiencia del menor.
- III. En relación con este último requisito procesal de oír al menor, debe tenerse en cuenta que, sin perjuicio del derecho de los menores a ser oídos, el resultado de la audiencia no es vinculante para el Juzgador a la hora de adoptar las medidas de guarda y custodia. Por tanto, el éxito de un eventual cambio en la guarda y custodia dependerá de: (i) la voluntad de los menores; (ii) el deseo y la capacidad del progenitor no custodio para asumir la custodia; y, por último, (iii) la constatación por parte del Tribunal de que este cambio de custodia es lo más beneficioso para el menor.
- IV. En otro orden de cosas, se ha analizado cuáles son las circunstancias que deben concurrir para solicitar una reducción de la pensión alimenticia. Así, el requisito esencial que debe concurrir es la alteración novedosa y sobrevenida de las circunstancias. En el concreto caso analizado del nacimiento de un nuevo hijo, la jurisprudencia ha acabado determinando que *per se* el nuevo nacimiento no implica una modificación en la prestación, sino que tan solo podrá alegarse cuando, como consecuencia del mismo, el nuevo núcleo familiar del alimentante vea reducida su capacidad económica, lo que incluye tener en cuenta los ingresos de la nueva pareja. Y, en todo caso, no cabe alegar un cambio sustancial de las circunstancias cuando el progenitor obligado al pago de la pensión

alimenticia ha venido tolerándola durante un tiempo considerable, pues ya no se trata de un hecho nuevo y sobrevenido, que es requisito esencial para que se vea estimada una eventual minoración.

- V. En cuanto a la legitimación acontece, cabe destacar que (i) en el procedimiento de cambio en la guarda y custodia poseerán legitimación activa tanto un progenitor respecto del otro cuando haya divergencia entre ellos; así como el Ministerio Fiscal frente a los progenitores; (ii) en el procedimiento de reducción de la pensión alimenticia tendrá legitimación activa el progenitor obligado al pago (Manuel) respecto del progenitor que percibe la pensión en concepto de alimentos por su hijo menor (Emilia); y para concluir, (iii) en el procedimiento de emancipación por concesión judicial tendrá legitimación activa para su solicitud el menor de edad que sea mayor de 16 años, concurriendo con sus padres si existe consentimiento; o dándose audiencia a los mismos si no existiera tal consentimiento, momento éste en que se otorgará un defensor judicial al menor de edad.
- VI. Respecto de los procedimientos, cabe destacar que, para la modificación de medidas, bien para instar un cambio en la guarda y custodia, o bien para solicitar una reducción de la pensión alimenticia, se seguirán los trámites previstos en el artículo 775 de la LEC. En cambio, para el procedimiento de emancipación por concesión judicial se seguirá lo establecido en los artículos 53 a 55 de la LJV, que más que un procedimiento, implica el inicio de un expediente.
- VII. Por último, destacar el papel que tiene el Ministerio Fiscal a lo largo de todos los procedimientos mencionados. Por un lado, el Ministerio Fiscal actúa en representación y defensa de los intereses del menor de edad en los procedimientos de modificación de medidas, tanto de guarda y custodia, como de alteración de la pensión alimenticia. Por otro lado, si bien también asume la representación y defensa del menor en el procedimiento de emancipación por concesión judicial cuando no existe consentimiento por parte de los progenitores, su actuación termina con el nombramiento del defensor judicial. No obstante, tanto en uno como en otro procedimiento tiene la análoga función de velar por el mayor interés del menor de edad.

Emisión del dictamen

El presente dictamen jurídico trata de resolver las cuestiones formuladas por nuestro cliente Manuel acerca de la modificación de las medidas definitivas acordadas por él y su ex mujer, Emilia, tras un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. En concreto, el objeto del dictamen es analizar las posibles vías de solución con las que cuenta Manuel para poder recomendarle aquella que resulte más conveniente en relación con su situación actual.

En primer lugar, es interesante poner de relieve que el Libro de Familia, la sentencia de divorcio y el convenio regulador, son documentos que se aportan en aras a demostrar las relaciones por medio de las cuales se justifica el derecho a la tutela que nuestro cliente pretende. En concreto, debemos tener en cuenta que Manuel y Emilia se divorciaron mediante un procedimiento de mutuo acuerdo, por lo que junto al escrito de solicitud de divorcio se debió acompañar la propuesta de convenio regulador. Por tanto, ambos documentos hacen prueba de las medidas acordadas, así como de los hechos y circunstancias que, en su momento, se tuvieron en cuenta para su aprobación.

En relación con la consulta de Manuel respecto del cambio de guarda a su favor por la simple decisión de su hija motivada por las continuas riñas de la menor con su madre Emilia, ponemos de manifiesto a nuestro cliente que por sí misma la menor no tiene capacidad jurídica para instar este procedimiento. Ahora bien, le hemos planteado la posibilidad de que Inmaculada ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal su voluntad de convivir con su padre, de forma que sería el Ministerio Público quien, en aras a velar por el mayor interés del menor instara el inicio de este procedimiento.

No obstante, informamos a Manuel que, de iniciarse el mencionado procedimiento de modificación de medidas, esta parte se opondría al mismo sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Un eventual cambio en la guarda y custodia de Inmaculada resultaría contrario a los intereses de la menor, en tanto la menor ha venido conviviendo con su madre Emilia desde hace más de 8 años, y acceder a este cambio implicaría, entre otros, un cambio de domicilio familiar de Vilanova i la Geltrú a Toledo, perdiendo su círculo social. Este hecho, sería contrario a la postura adoptada por los tribunales que abogan por mantener la situación de hecho existente para evitar cambios en el entorno de la menor.
- (ii) La capacidad del progenitor custodio queda totalmente acreditada, en tanto no ha devenido inapta para el fin que se le encomendó, sino que la ineficacia de sus funciones son consecuencia directa del comportamiento de Inmaculada. Así, como se desprende del expediente escolar aportado, la menor ha llegado a plantearse

abandonar los estudios cuando siempre ha sido una buena estudiante, lo que tan sólo se justifica con una etapa sediciosa transitoria, propia de la adolescencia, como corrobora el informe psicosocial que se adjunta.

Por tanto, no queda acreditada la incapacidad de Emilia para ejercer su función de guarda y custodia, pues ha venido desempeñando este papel desde que Inmaculada tiene 8 años de forma óptima, siendo un cambio temporal en el comportamiento de la menor el que ha provocado una alteración del ejercicio de la guarda.

- (iii) El entorno de Manuel no es favorable para la menor en tanto existe una mala relación entre la nueva pareja de su padre, Yolanda, con la menor, Inmaculada. De hecho, son sucesivos los enfrentamientos entre Yolanda e Inmaculada como consecuencia del rechazo de la menor a la pareja de su padre.

Por todo ello, el contexto familiar resulta contrario a los intereses de la menor, en tanto impediría que Inmaculada se desarrollara personal y socialmente, así como que se sintiera integrada en un entorno cómodo y adecuado a sus necesidades.

- (iv) Si bien es un requisito procesal dar audiencia a Inmaculada, la menor ha tomada la decisión de ir a vivir con su padre en un contexto de riñas y enfrentamientos constantes con su madre. De hecho, del tenor literal de sus palabras se desprende que *“si no le deja hacer su vida se irá a vivir con su padre”*, por lo que Inmaculada manifiesta el rechazo a su madre como consecuencia de su implicación para con la misma, motivo desestimado por los tribunales para acceder a los deseos de los menores por no resultar un cambio sustancial de entidad suficiente.

De lo anterior se concluye, que podemos demostrar ante el tribunal que, mediante una comparación entre los hechos que se tuvieron en cuenta en el proceso anterior y los que ahora concurren, existe una coincidencia tal que impide llevar a cabo un cambio en la modificación de medidas definitivas sobre la base de que no se ha producido ninguna alteración sustancial de las circunstancias. Por tanto, la defensa de Manuel centraría la cuestión en alegar que el cambio de guarda se trata de un mero capricho que, lejos de beneficiar a Inmaculada, complicaría su desarrollo social.

No obstante, y para el caso que no se llegara a acoger nuestra pretensión, defenderíamos que, un eventual cambio en la guarda y custodia de Inmaculada, si bien no es procedente, traería como consecuencia necesaria y directa la supresión de la pensión de alimentos a la que actualmente se encuentra obligado Manuel, o en todo caso, a una considerable reducción con

motivo de los gastos que a partir de ahora pasarían a correr de cuenta de nuestro cliente.

En otro orden de cosas, Manuel ha destacado el deseo de su hija Inmaculada en obtener la emancipación para el caso de que no se atiende su pretensión en un cambio de guarda. Pues bien, en relación con la emancipación ponemos en conocimiento de nuestro cliente que, si bien Inmaculada puede instar una solicitud de emancipación dirigida al Juzgado al ser mayor de 16 años, lo cierto es que la causa que la habilita para hacerlo, como es el divorcio de sus padres, no opera de forma automática. Así, indicamos a nuestro cliente que la forma en que intervendrá en este procedimiento no será como parte, sino como progenitor al que se le dará audiencia para que manifieste su avenencia o disconformidad con la solicitud de emancipación instada por Inmaculada.

En todo caso, comunicamos a Manuel que del informe psicosocial aportado se desprende que la menor no posee la capacidad suficiente para regir por sí misma su persona y sus bienes, dado que su decisión de emanciparse se debe a una decisión prematura que viene determinada por el contexto de discusiones constantes que tiene con su madre. Por tanto, la probabilidad de que la solicitud de Inmaculada para obtener la emancipación judicial sea estimada es bastante baja.

Por último, y en lo que respecta a la reducción de la pensión de alimentos, recomendamos a nuestro cliente Manuel no ejercitar dicha acción, en tanto las posibilidades de éxito de la misma es muy reducida. En este sentido, es necesario tener en cuenta que el principal argumento de Manuel para instar una minoración de la pensión alimenticia se centra en que posee otra hija fruto de su relación con Yolanda. Ahora bien, hace ya 5 años que nació Ana y, de acuerdo con la jurisprudencia existente en la materia, no cabe alegar un cambio sustancial en las condiciones del obligado al pago de alimentos cuando estas condiciones no son sobrevenidas, sino que han estado siendo toleradas por Manuel durante 5 años. Por tanto, las posibilidades de éxito de la acción de modificación de medidas para reducir la pensión alimenticia se ven reducidas al haber transcurrido 5 años desde el nacimiento de su otra hija.

No obstante, y para el caso de querer interponer demanda de reducción de alimentos aun previendo un resultado adverso, la defensa se centraría en acreditar ante el tribunal que, de acuerdo con los ingresos de Manuel, y en atención al nuevo núcleo familiar creado, sus posibilidades para hacer frente a la elevada pensión de 1.150 euros mensuales han disminuido. Así, para justificar estos extremos, solicitamos a Manuel que nos facilite los siguientes documentos: (i) declaración sobre Impuesto de Renta de Personas Físicas (IRPF); (ii) copia de las últimas 6 nóminas para hacer constar al Tribunal que la reducción de la pensión atiende a circunstancias permanentes en el tiempo, y no a meras vicisitudes pasajeras; y (iii) contrato de arrendamiento para el caso

de que Manuel se encuentre viviendo con Yolanda en un piso que no sea de su propiedad. Del mismo modo, solicitamos a Manuel análogos documentos respecto de su pareja, Yolanda, pues el tribunal evalúa y valora la capacidad económica del núcleo en su conjunto, ya que los gastos derivados del mismo son tanto responsabilidad de Manuel como de Yolanda. Por tanto, el resultado de la pretensión será diferente según si Yolanda trabaja o no, y la cuantía que obtenga como remuneración.

En relación con esta última idea planteada, sería interesante solicitar en la demanda la aportación por parte de Emilia de su declaración de IRPF, así como sus últimas 6 nóminas ante un posible cambio en su retribución laboral. El motivo principal de solicitar este documento se debe a que una reducción de la pensión alimenticia puede devenir como consecuencia de un cambio en las circunstancias concurrentes en el alimentante o en el progenitor custodio. Por tanto, teniendo en cuenta que siendo dos o más los obligados a dar alimentos, el pago de la pensión quedará repartida entre ambos, un aumento en los ingresos del progenitor custodio puede significar una minoración de la pensión alimenticia abonada por el progenitor no custodio.

De todo lo expuesto se concluye que nuestras recomendaciones para Manuel se encuentra dirigidas a (i) oponerse ante una eventual demanda del Ministerio Público para instar un procedimiento de modificación de medidas, sobre la base de que no concurren los requisitos necesarios, y en todo caso, este cambio iría en perjuicio de la menor; (ii) oponerse a la emancipación por concesión judicial solicitada por Inmaculada bajo el fundamento de que los documentos aportados ponen de manifiesto la incapacidad de la menor para regirse por sí misma, por lo que otorgarle la emancipación iría en contra de su beneficio y de su mayor interés; y por último, (iii) no iniciar un procedimiento de reducción de alimentos, por lo que no concurrendo las exigencias requeridas por los tribunales para aminorar la pensión alimenticia, se hace patente las pocas posibilidades de éxito de su acción.

Bibliografía

- ANDRÉS JOVEN, J. Modificaciones de medidas definitivas. En Pedro González Poveda y Pilar González Vicente. *Tratado de Derecho de Familia. Modificación de medidas definitivas: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Sepin editorial jurídica, 2005. ISBN: 84-95762-17.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I *El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar*, Revista crítica de derecho inmobiliario, 2017, nº 759.
- MARÍN CASTÁN, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 1º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 3381. ISBN: 978-84-9086-357-2.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Comentario al artículo 320 del Código Civil». En De Pablo Contreras, P. *Código Civil comentado*. 2º Edición. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2016, Volumen I, consultado electrónicamente en fecha 6 de noviembre de 2018.
- PÉREZ MARTÍN, A.J *Tratado de Familia. La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, 4º edición, Valladolid: Lex Nova (Thomson Reuters), abril 2014.
- PINTO ANDRADE, C. *El convenio regulador: La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona: Editorial Bosch, 2012. ISBN 9788497909655.
- SANMARTÍN ESCRICHE, F. Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.217 consultado electrónicamente.
- TORIBIOS FUENTES, G. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º edición. Valladolid: Lex Nova, 2014. ISBN:978-84-9898-385-2.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEAGA, L. *Derecho de Familia y de la Persona. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, 1º Edición, Barcelona: Editorial Bosch, octubre 2007. ISBN: 978-87-9790-299-1