

Antes de comenzar con las cuestiones remitidas por los compañeros, Doña Emelina Santana, recuerda que Reglamento 669/16 de protección de datos, entra en vigor el julio de 2018, que afecta directamente a la actividad de los abogados.

1.- ¿Son de obligado cumplimiento los criterios del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida, sobre que debe ser el régimen natural y deseable? ¿Cuáles son los criterios que más pesan a la hora de acordar un sistema de custodia compartida?

El TS desde el 2013 considera que el sistema de custodia compartida debe ser el normal y deseable, previa valoración de ciertas circunstancias, tales como la implicación de los progenitores, horarios, idoneidad, etc.

Las circunstancias que el TS indica han de estar supeditadas al interés superior del menor, de modo que habrá que determinar si las circunstancias existentes, de forma individual, favorecen dicho interés.

La Observación General nº 14 del Comité de Derechos del Niño del año 2013, define expresamente qué debe entenderse como interés superior del menor, que prevalece sobre cualquier otro.

La citada Observación es casi una lectura obligatoria para poder exponer y comprender el concepto de interés superior del menor. Desde la sección os invitamos a su lectura. Podéis acceder al enlace:

http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

La Magistrada recordó las primeras resoluciones sobre la custodia compartida, en las que se hacía referencia a que uno de los motivos para denegar este sistema de custodia, era la “mala relación de los progenitores”. En la práctica se convirtió en un arma para impedir la custodia compartida por parte de uno de los progenitores. El TS suavizó el requisito: añadiendo que la mala relación entre los progenitores, sería un motivo para no acceder a la custodia compartida, siempre que afectara negativamente al bienestar del menor. Doña Emelina lanzaba una interesante cuestión; pero ¿no afecta igualmente en custodia monoparentales?

Se aconseja que los Letrados transmitamos al cliente que sus hijos no deben ser un arma, no debe ser algo traumático para ellos. No tiene que afectarles la ruptura de sus padres.

Se hace referencia a la STS 182/2018 de fecha 4 de abril: En un procedimiento en el que previamente había existido una denuncia por violencia sobre la mujer -que había sido sobreseída-, el Juzgado de Primera Instancia accedió al sistema de custodia compartida, la Audiencia Provincial consideró que dada la corta edad de la menor y la mala relación entre los progenitores, no era el sistema adecuado, pero el TS concluyó que no existía razón suficiente para denegar la compartida. La corta edad del menor no entorpece ni debe ser obstáculo en sí mismo para denegar la custodia compartida. Todas las sentencias deben valorar el interés superior del menor. Incluso en este caso en el que existía una denuncia por violencia sobreseída.

Os pasamos la transcripción de la parte más importante de la citada resolución:

“La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.

Pues bien, situadas estas afirmaciones en el contexto adecuado, ninguna de ellas justifica una medida como la acordada:

1. La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dice la sentencia 526/2016, de 12 de septiembre de 2016 , «está en función y se orienta en interés del menor; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél (sentencias de 19 de julio 2013 , 2 de julio 2014 , 9 de septiembre 2015)».

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio de 2014).

2. Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre 2015; 135/2017, de 28 de febrero), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

3. La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (RCL 2015, 1136) , como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre .

4. En íntima relación con ese interés, es cierto que la sentencia 619/2014, de 30 de octubre , a que hace mención la 409/2015, de 17 de julio de 2015 , afirma lo siguiente: «Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014, de 16 de octubre ; 433/2016, de 27 de junio ; 409/2015, de 17 de julio y 296/2017, de 12 de mayo).

Nada de eso dice la sentencia y ninguna valoración se hizo de un procedimiento penal archivado, ni en el recurso ni en la oposición al mismo. La tensión entre los progenitores no es en sí misma causa para negar la custodia compartida. No lo ha sido para ampliar el régimen de visitas del padre con su hijo hasta aproximarla a un verdadero régimen de custodia compartida y ni si quiera el cumplimiento de este régimen durante unos meses ha revelado dificultad alguna para su desarrollo con absoluta normalidad.”

El TS viene entendiendo que no puede considerarse la custodia compartida como una medida excepcional. Así lo entiende también el TC.

Para un adecuado planteamiento del sistema de custodia, lo adecuado es exigir que la demanda o contestación incluya un plan de parentalidad. El TS considera que favorece a fijar el sistema de custodia (compartida o exclusiva) la existencia del plan, que debería ser “empático”, y que también haga referencia a qué hará el menor con el otro progenitor (clases extras, qué apoyo familiar se tiene, en definitiva, que el régimen propuesto sea compatible también con el otro progenitor).

El TS viene requiriendo el plan contradictorio de parentalidad, donde conste la disponibilidad, organización familiar, etc.. En concreto, la STS de 15 de junio de 2016 concluye que para que exista debate sobre el sistema de custodia compartida debe formularse 1) a petición de parte y 2) que se aporte un plan contradictorio sobre el interés de los menores, ya que de lo contrario no será posible debatir sobre ello. Ello ya se exige en otras comunidades vía derecho foral.

Consejo: que el cliente haga un ejercicio de cómo se va a organizar y que lo aporte como documento independiente a la demanda. Acreditar que lo propuesto se puede cumplir - con certificados del trabajo, del centro escolar sobre flexibilidad horaria, etc.-, hacerlo teniendo en cuenta el horario del otro progenitor. Si se hace de forma personal por el cliente MEJOR. Esto se produce en derecho comparado.

La falta del plan no es causa directa de denegación de la custodia compartida, si la demanda está fundamentada.

Apreciación de la ponente: Sería interesante que se llevara a cabo un estudio estadístico sobre cuántas custodias compartidas se acuerdan de mutuo acuerdo o contencioso.

2.- En un procedimiento de divorcio que existen tres hijos comunes, se ha suscrito un convenio regulador entre los progenitores, atribuyéndose la guarda y custodia a la madre, pero no se ha ratificado ante el juzgado, porque el padre desea hora que se adopte un sistema de custodia compartida.

Ambos progenitores tienen la misma profesión, igual categoría, trabajan en el mismo centro y perciben en mismo salario:

a) ¿Hasta qué punto vincula el convenio regulador entre las partes?

Previo a entrar en la contestación a la pregunta, Doña Emelina manifestó que es fundamental que cada parte tenga su propio Letrado para que ambos estén debidamente defendidos e informados de sus derechos.

Se considera que las partes tienen derecho a cambiar de opinión y, por lo tanto, la suscripción del convenio no vincula si no se ratifica.

Cosa distinta es que se venga cumpliendo voluntariamente durante un tiempo, salvo que el motivo es que no lo pactado no ha funcionado. Con independencia de lo anterior, se tratará de un documento a valorar como un documento privado.

Por otro lado, se han de distinguir las cuestiones de orden público procesal y las de orden privado. De modo que el pacto de la pensión compensatoria o la liquidación de gananciales es jurídicamente válido.

Planteada por los asistentes la posibilidad de que los acuerdos patrimoniales estén directamente vinculados a los acuerdos de orden público procesal, por la ponente se aconseja que se incluya una cláusula que condicione todas las materias a la ratificación completa del Convenio Regulador.

b) ¿Se pueden pedir Medidas Provisionales de forma coetánea a la demanda principal, interesando la custodia compartida?

Si, sin perjuicio de que en la vista no pueda determinarse por ser provisional la custodia compartida, y ser necesario un informe psicosocial.

3.- ¿Qué sucede si ambos progenitores pactaron un sistema de guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo en un Convenio Regulador no homologado judicialmente y con posterioridad uno de los progenitores se encuentra imputado en un procedimiento penal por violencia de género?

Si no está homologado, puede no dictarse sentencia, se inhibe a violencia.

Si ya se ha ratificado, no queda mas que dictar Sentencia, con independencia de que se solicite una modificación de medida por causa sobrevenida.

En los procedimientos de modificación de medidas, en caso de que exista un procedimiento de violencia sobre la mujer, si ya existe sentencia de separación/divorcio/relaciones paternofiliales, la competencia la seguirá manteniendo el juzgado de familia en virtud de la modificación del Artículo 775 LEC.

Por el foro se plantea la divergencia de criterios entre las Audiencias Provinciales sobre asunción de la competencia de los JVSM. Se remiten adjuntos a estas conclusiones dos Autos dictados por la misma Sección de la AP de Madrid, en los que en el mismo caso -medidas provisionales coetáneas y procedimiento principal de divorcio- con días de diferencia se fallo de forma contradictoria, en el primero se consideró competente el JVSM y en el segundo el de Familia.

4.- ¿Están obligados los hijos a prestar alimentos al padre, que fue condenado por un delito de malos tratos sobre la madre y por amenazas a uno de ellos?

Se anima a la lectura de la Sentencia de la AP de A Coruña de fecha 27 de septiembre de 2017, según la cual los hijos no están obligados a prestar alimentos. En primera instancia se negó debido a que el padre sí tenía ingresos, ratificándolo la Sala alegando que existía causa justa de desheredación

5.- Para extinguir una pensión de alimentos, a sabiendas de que el hijo está trabajando:

a) ¿Es suficiente con remitir un burofax al progenitor que recibe la cantidad o es imprescindible interponer un procedimiento de modificación de medidas?

No es necesario si existe acuerdo expreso. En caso contrario es imprescindible iniciar un procedimiento de modificación de medidas.

Doña Emelina anima a solicitar la justificación del rendimiento en los estudios o la vida laboral del hijo a través de unas Diligencias Preliminares en aquellos casos en los que no existe contacto entre el alimentante y el hijo.

Por lo asistentes se pone de manifiesto cómo en ciertos juzgados se ha extinguido la pensión de alimentos en un mero procedimiento de ejecución por haber desaparecido la causa que dio lugar a la obligación, pero se concluye que es una "lotería" y que por tanto, lo mejor es iniciar el procedimiento de modificación de medidas.

b) En caso de considerarse necesario interponer demanda de modificación de medidas ¿se declarará extinguida con efectos desde que se trabaja, desde la interposición a la demanda o desde el Auto de medidas provisionales?

Desde que se dicta la sentencia de modificación de medidas en aplicación de la jurisprudencia del TS.

La AP Madrid dictó Sentencia con fecha 16 de junio de 2016 -existen otras en este sentido-, en la que se considera que los efectos de la extinción serán desde la interposición de la demanda.

Se debe alegar enriquecimiento injusto del progenitor que percibe la pensión de alimentos.

Por los asistentes se indica que, en las conclusiones de reuniones de jueces, fiscales y abogados y familia de 2015, se aconsejó no acceder al despacho de ejecución cuando fuera obvio que existe causa de extinción de la pensión de alimentos, evitando al justiciable un costoso procedimiento de modificación de medidas.

Hay alguna Sentencia que incluso extingue las pensiones al estar acreditado que trabajaba desde hacía tiempo.

6.- ¿Se puede presentar una demanda de divorcio acumulando la acción de división de la cosa común?

Sin duda. No se produce debate al respecto al ser una posibilidad dada por el CC de forma expresa.

7.- En un procedimiento de ejecución firme mediante Auto de la Audiencia Provincial ¿Es posible seguir ampliando la demanda de obligación de hacer o es necesario interponer nueva demanda de ejecución?

No cabe, no es lo adecuado, ni en obligación de hacer. La resolución definitiva no pueda ampliarse.

Por los asistentes se indica que en los Juzgados de Alcalá de Henares es una práctica recurrente.

“Se ruega a los miembros de la sección, que, si tienen alguna resolución que quieran compartir sobre alguna de las cuestiones, la hagan llegar a la Sección a fin de compartirla con el resto de compañeros. ¡Gracias!”