

Consejo de Estado: Dictámenes
Número de expediente: 438/2014 (JUSTICIA)

Referencia:	438/2014
Procedencia:	JUSTICIA
Asunto:	Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.
Fecha de aprobación:	24/7/2014

Conclusiones sobre el ANTEPROYECTO DE LEY



TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día, 24 de julio de 2014, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen: "En cumplimiento de la Orden de V. E. de 21 de abril de 2014, cuya entrada se registró ese mismo día, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

VI.- Conclusiones

Entre las observaciones realizadas en los apartados precedentes del presente dictamen acerca del contenido del Anteproyecto, cabe destacar, a modo de recapitulación final, las siguientes:

1. La aplicación de las normas reguladoras de los efectos de la nulidad, separación o divorcio al cese de la convivencia *more uxorio*, prevista en el proyectado art.159 del CC, debe adecuarse a la doctrina recaída en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 93/2013, de 23 de abril.

Este pronunciamiento ha considerado contrarias a la libertad personal consagrada en el art.10.1 de la Constitución las disposiciones reguladoras del estatuto jurídico económico de las parejas de hecho contenidas en algunas legislaciones autonómicas (por ejemplo, respecto del uso y mantenimiento de la vivienda o de la pensión compensatoria) que se imponen a sus integrantes, en defecto de pacto en contrario, aun cuando éstos no las hayan aceptado voluntariamente (FJ 11º b).

Los términos imperativos en que se manifiesta el nuevo art.159 del CC, al señalar que, en caso de ruptura de las parejas de hecho, "las relaciones paterno filiales serán establecidas de conformidad con lo dispuesto en los art.90 y siguientes" del CC, comportan la imposición de tales normas en todo caso, aun cuando los componentes de la pareja no las hayan aceptado e incluso si éstos hubieran mostrado su oposición.

Los art.90 y siguientes del CC no sólo regulan las relaciones paterno filiales tras el cese de la convivencia sino también otras cuestiones de índole económica (como la atribución del uso de la vivienda y su mantenimiento o el reconocimiento de una pensión por desequilibrio económico) que no están necesariamente condicionadas a la existencia de hijos comunes y que, en realidad, se encuadran en las relaciones entre los cónyuges o miembros de la pareja.

La aplicación imperativa de la regulación del CC a las uniones no matrimoniales no vulnera la jurisprudencia constitucional si permanece circunscrita -como en el Anteproyecto- a las relaciones paterno filiales, concretamente a las previsiones atinentes al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos con el progenitor que no vive con ellos y la pensión de alimentos (art.92, 92 bis y 93 del CC), por cuanto se trata de normas de orden público derivadas tanto del mandato otorgado a los poderes públicos para la protección de los hijos "con independencia de su filiación" (art.39.2 de la Constitución), como del deber de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda" (art.39.3 de la Constitución).

En cambio, los preceptos que regulan la atribución del uso y el mantenimiento de la vivienda o la pensión por desequilibrio económico (art.96 y 97 del CC) sólo pueden extenderse a las uniones no matrimoniales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional reseñada, cuando sus integrantes hayan manifestado su voluntad de adherirse a las mismas a través de cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de tal decisión. Resulta necesario, por ello, que el proyectado art.159 del CC no haga referencia "a lo dispuesto en los art.90 y siguientes" y concrete con mayor precisión aquellos preceptos que son aplicables a las uniones no matrimoniales, sean o no pareja estable.

2. La aplicación a los hijos incapacitados judicialmente, en caso de nulidad, separación o divorcio, de las mismas medidas que a los hijos menores de edad, contemplada en el nuevo art.94 del CC, ya se viene realizando de manera habitual al amparo del ordenamiento civil vigente, por más que en el mismo falte una previsión expresa al respecto, dada la identidad de razón existente entre la condición de unos y otros hijos, que es la falta de capacidad de obrar común a ambos y la consiguiente sujeción a la patria potestad ordinaria -si son hijos menores- o prorrogada -si son hijos incapacitados-.

En todo caso, el sintagma "hijos con la capacidad judicialmente complementada a los que se les ha nombrado alguna institución de protección y apoyo", utilizado por el Anteproyecto al amparo de la

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, para referirse a lo que el CC y la LEC identifican como hijos incapacitados, no parece adecuado. La expresión "hijos con la capacidad judicialmente complementada" debería evitarse principalmente por motivos de orden sustantivo, ya que la sentencia judicial de incapacitación no modifica ni complementa la capacidad de las personas sino que declara el estado de incapacitación y determina la extensión y límites de ésta, y, además, la persona instituida judicialmente para velar por los incapacitados puede, según los casos, limitarse a complementar la capacidad de éstos (curatela) o, de modo mucho más amplio y frecuente, representarles (tutela y/o patria potestad prorrogada), en cuyo caso no existe el referido complemento sino sustitución en la realización de aquellos actos que el incapaz no puede efectuar por sí mismo.

También existen razones de coherencia terminológica que desaconsejan utilizar dicha expresión, pues son numerosos los preceptos del CC y la LEC no modificados por el Anteproyecto que emplean el calificativo "incapacitados", de ahí que, dentro de las mismas normas y para referirse a una única institución, se hablaría en unos casos de hijos "incapacitados" y en otros de hijos "con la capacidad judicialmente complementada", con la consiguiente confusión conceptual. En definitiva, no es razonable que una misma realidad tenga distintas denominaciones dentro del mismo cuerpo legal.

3. El contenido mínimo del convenio regulador establecido por el Anteproyecto en el nuevo art.90.1 del CC es más preciso que el contemplado en la normativa actual, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

- El art.90.1.a) del CC introduce el "plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos" dentro del contenido del convenio regulador. Este plan constituye un avance positivo en la regulación de todas aquellas cuestiones relevantes que atañen al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos y el régimen de estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor que no convive con ellos. No se menciona, en cambio, el "plan de medidas" respecto a los hijos incapacitados a que hace referencia el proyectado art.770.1.1ª de la LEC. Por razones de congruencia, el art.90.1.a) del CC debería hacer alguna alusión a este plan de medidas, junto al plan de ejercicio conjunto de la patria potestad.
- El art.90.1.a).4º del CC señala que, dentro del plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, se deberá determinar el lugar de residencia de los hijos a efectos de empadronamiento. En este punto, el Anteproyecto introduce una limitación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges consistente en que dicho lugar "deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo". El art.15, párrafo 1º, de Ley 6/1985, de 1 de julio, reguladora de las Bases del Régimen Local, y el art.54.1 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, disponen: "Toda persona que vive en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que reside habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año".

Esta regla es de aplicación necesaria y no meramente preferente, de ahí que deba suprimirse del Anteproyecto el adverbio "preferentemente". Cuestión distinta es que dicho criterio legal y reglamentario pueda encontrar serias dificultades de aplicación si los cónyuges acuerdan la guarda y custodia compartida y los periodos de convivencia de los hijos con cada uno de sus padres están equilibrados hasta el punto de que no puede determinarse con cuál de ellos pasan más tiempo en cómputo anual, tal y como ha observado el Consejo Fiscal.

Para tal hipótesis, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, defiende que los padres deberán decidir de común acuerdo el lugar de empadronamiento de los hijos.

Esta posición, que el Consejo de Estado considera razonable, quedaría reflejada en [el art.90.1.a\).4º del CC](#) si se dijera que el lugar de empadronamiento "deberá coincidir con el de aquel de los progenitores con el que los hijos pasen la mayor parte del tiempo en cómputo anual, cuando esta circunstancia pueda determinarse". En otro caso, habrá que estar a lo dispuesto en [el proyectado art.94.1 del CC](#).

- [El art.90.1.c\) del CC](#) no es coherente con [el art.96.4 del CC](#): en el 1º de estos preceptos se dice que el convenio regulador deberá especificar la repercusión que el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en la contribución a las "cargas familiares", a los "alimentos" y a la "pensión compensatoria"; en el 2º, en cambio, se establece, para el caso de falta de convenio, que el Juez deberá prever "la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla", sin mencionar las "cargas familiares". Así pues, es preciso coordinar la redacción de ambos preceptos, en el sentido de incluir en este último art.96.4 del CC una referencia a las "cargas familiares".

- [El art.90.1.g\) del CC](#) incorpora al convenio regulador la prevención de recurrir a la mediación familiar. Este extremo, no contemplado en la normativa vigente, plantea el problema del alcance de la referida "prevención", que -según el 2º de los significados atribuidos a esta palabra por el Diccionario de la Real Academia Española- es la "preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo". De acuerdo con los términos actuales del Anteproyecto, [no resulta claro si los cónyuges que incluyan este extremo en su convenio regulador se verán jurídicamente obligados a recurrir a la mediación antes de acudir a la vía judicial](#). En principio, la prevención de la mediación en el convenio regulador sólo tiene sentido en cuanto suponga una sumisión de los cónyuges al mecanismo de la mediación familiar y no una mera declaración de intenciones. Por ello, debería sustituirse "prevención" por "compromiso", de forma que [el art.90.1.g\) del CC](#) diga: "El compromiso, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar...".

5. [La aprobación del convenio regulador se reserva a la autoridad judicial en el proyectado art.90.2 del CC](#), sin cambio alguno respecto al ordenamiento vigente. La Dirección General de los Registros y el Notariado ha solicitado que también se prevea la posibilidad de que el convenio regulador se formalice en escritura pública notarial, como alternativa a su aprobación judicial, de acuerdo con lo que se dispone en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, actualmente en tramitación. De ser el contenido de este anteproyecto el que dice el mencionado centro directivo, la coordinación con el ahora sometido a consulta sería una exigencia ineludible.

4. [La eficacia del convenio regulador se regula en el nuevo art.90.3 del CC](#) en unos términos que no resultan acordes con la naturaleza de las relaciones paterno filiales. De acuerdo con dicho precepto, las obligaciones que se deduzcan del convenio alcanzado entre las partes serán exigibles y susceptibles de ejecución desde que se inste judicialmente su aprobación. Como es bien conocido, las relaciones paterno filiales están informadas por principios de orden público, de rango constitucional y legal, orientados a la protección de los hijos menores de edad, cuya observancia queda garantizada mediante la intervención de la autoridad judicial. Esta y otras circunstancias desaconsejan apartarse del [principio general de homologación judicial del convenio regulador](#), sin perjuicio de que pudiera preverse la eficacia retroactiva de los convenios reguladores aprobados judicialmente o la facultad de que el Juez así lo acuerde [dicha retroactividad, que, por su propia naturaleza, sólo podría predicarse de los pactos o cláusulas de índole económica o patrimonial](#).

5. Junto al convenio regulador y la sentencia de nulidad, separación o divorcio, el Anteproyecto introduce por 1º vez en el CC, en [el proyectado art.91.3](#), [el mecanismo de la mediación familiar](#), como forma de determinación de las medidas en caso de nulidad, separación o divorcio, en línea con lo ya dispuesto en [la vigente regla 7ª del art.770 de la LEC](#), según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

[La reforma pretende potenciar la mediación familiar](#) y, a tal fin, le dota de una regulación específica en [el art.2.2 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles](#), respecto del cual debe destacarse:

- [El párrafo 2º de ese art.2.2](#) realiza una enumeración de diferentes tipos de controversias que pueden someterse a mediación familiar. El encabezamiento de ese 2º párrafo ("Entre los conflictos

intrafamiliares susceptibles de mediación familiar se encuentran los surgidos: ...) da a entender que se trata de una relación meramente ejemplificativa de supuestos. Sin embargo, la formulación de alguno de ellos sugiere la conclusión contraria, como es el caso, por ejemplo, del contemplado en la letra c), relativo a los conflictos entre "personas unidas por vínculo de parentesco hasta el 4º grado por consanguinidad o afinidad" sobre asuntos de "herencia u otros de ámbito familiar", que deja al margen aquellos que pudieran surgir entre parientes vinculados por otros grados de parentesco.

En el caso de que se pretenda que la lista de asuntos contenida en **el párrafo 2º del art.2.2** sea abierta, la referencia al grado de parentesco debería desaparecer de dicha letra c) y llevarse a la cláusula general contenida en el párrafo 1º del precepto.

Por el contrario, si lo que se persigue es que la relación de asuntos objeto de mediación familiar quede cerrada, **el párrafo 2º del art.2.2** debería comenzar diciendo: "Los conflictos intrafamiliares que pueden someterse a mediación familiar son los siguientes: ...". De elegirse esta 2º opción, deberá tenerse en cuenta que la letra a), al referirse exclusivamente a las "personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho", deja fuera el supuesto de que "los progenitores vivieren separados y no estuvieren unidos por algún vínculo", al que, sin embargo, resultan de aplicación las disposiciones relativas a los efectos de la nulidad, separación y divorcio de acuerdo con **el párrafo 2º del proyectado art.159 del CC**.

- La inclusión en el ámbito de la mediación familiar de alguno de los conflictos contemplados **en el párrafo 2º del proyectado art.2.2 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles** podría resultar discutible.

Tal es el caso de los conflictos entre "los menores de edad y las personas con capacidad judicialmente complementada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho" -letra d)- y entre "la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia" -letra e)-

Teniendo en cuenta que los menores, incapacitados y acogidos, no gozan de plena capacidad de obrar y se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad respecto de sus representantes legales, tales asuntos deberían seguir estando sometidos a control jurisdiccional.

Asimismo, la mediación entre "la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica", que el Anteproyecto permite en orden a "la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores", **debería restringirse al "derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos"**, que es el único reconocido a los adoptados, conforme **al ordenamiento vigente, por el art.180.5 del CC**.

La especial complejidad afectiva de la filiación adoptiva aconseja ceñir el ámbito de la mediación, única y exclusivamente, al derecho de los hijos adoptados a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, quedando al margen cualesquiera otras cuestiones que pudieran suscitarse.

6. **La modificación de las medidas adoptadas en caso de ruptura de la convivencia** -por acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente o, en defecto de éste, por sentencia- se supedita, en los **proyectados art.90.3 y 91.2 del CC y 775.1 de la LEC**, a que **"así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges"**.

La eliminación en el Anteproyecto de la exigencia, **contemplada en el ordenamiento vigente, de que se haya producido una alteración "sustancial"** de las circunstancias existentes en el momento de la adopción de tales medidas, podría comportar que, a partir de la presente reforma, cualquier cambio de circunstancias, **incluso aquel objetivamente poco relevante, determine una modificación de medidas, incrementando innecesariamente el número de conflictos en este ámbito y la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales**.

La conveniencia de que las relaciones paterno filiales se desarrollen de manera pacífica y estable con posterioridad al cese de la convivencia justifica que la modificación de las medidas adoptadas **sólo se**

produzca en presencia de cambios relevantes de las circunstancias subyacentes, y así debería disponerse expresamente en la norma proyectada.

7. El Anteproyecto dedica **el proyectado art.92 del CC** al **ejercicio de la patria potestad** y **el nuevo art. 92 bis del CC** a **la guarda y custodia de los hijos y al régimen de estancia**, comunicación y relación de éstos con el progenitor que no vive con ellos. Este criterio sistemático presenta, sin embargo, algunas imperfecciones, dado que algunas previsiones del art.92 del CC son aplicables a la materia regulada en el art.92 bis del CC y viceversa: se trata, concretamente, **del apartado 2 del art.92 del CC y de los apartados 3 y 8 del art.92 bis del CC**, en los cuales se contemplan los principios y trámites procesales que el Juez debe observar al decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de estancia, comunicación y relación de los hijos, así como los requisitos exigidos para la modificación, limitación y suspensión judicial de las medidas adoptadas en tales ámbitos.

Siendo estos apartados comunes a las instituciones recogidas en los artículos 92 y 92 bis del CC, cabría agruparlos en un nuevo art.92 ter del CC o, en otro caso, replantearse la sistemática seguida en este punto por el Anteproyecto.

8. **El ejercicio de la patria potestad** se rige por reglas diferentes, desde las reformas de 1981, en función de que el cese de la convivencia se haya producido por decisión judicial -es decir, por sentencia de nulidad, separación o divorcio- o de que exista una separación de hecho entre ambos progenitores. El Anteproyecto responde al mismo esquema:

- En el caso de sentencia de nulidad, separación o divorcio, **el proyectado art. 92.3 del CC** no innova la regulación vigente, por cuanto se limita a recordar que la regla general, prevista en el párrafo 1º del **vigente art.156 del CC**, es que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, sin perjuicio de que el Juez, en interés del menor, pueda atribuírsela total o parcialmente a uno de ellos en la referida sentencia.

La única diferencia respecto de la legislación anterior radica en que, de acuerdo con el Anteproyecto, la decisión de atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores no podrá ser adoptada por ellos de común acuerdo en el convenio regulador sino que corresponde en exclusiva al Juez, tal y como estaba previsto antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y parece coherente con el carácter irrenunciable de la patria potestad.

En tales términos, el Anteproyecto sigue respondiendo a principios sustancialmente idénticos a los que inspiran la normativa actual.

El ejercicio conjunto de la patria potestad en situaciones de cese de la convivencia no debe, sin embargo, alcanzar a cualesquiera decisiones atinentes a la vida de los hijos sino sólo a aquellas que les afecten de modo relevante, pues en otro caso podría obstaculizarse el normal desenvolvimiento de la guarda y custodia. Atendiendo a esta realidad, **el párrafo 2º del proyectado art.92.3 del CC** prevé que **el Juez deberá establecer un "plan de ejercicio de la patria potestad de los hijos"** en el que se determine "la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos".

Esta previsión indica las cuestiones que, como mínimo, deben considerarse incluidas dentro del ámbito de ejercicio de la patria potestad -la educación, la salud, el bienestar y la residencia habitual de los hijos-, sin perjuicio de otras que el Juez pueda determinar.

Tales cuestiones entran, por tanto, dentro del ejercicio de la patria potestad y no en el de la guarda y custodia. En definitiva, el precepto examinado ajusta de un modo razonable el ámbito del ejercicio de la patria potestad a las nuevas circunstancias derivadas de la ruptura de la convivencia.

No merece el mismo juicio favorable **el nuevo inciso 2º que el Anteproyecto incorpora al párrafo 1º del art.156 del CC**, a cuyo tenor: "El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio del empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostenta la guarda y custodia de los mismos". En una situación de nulidad, separación o divorcio, el derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos, como todas las facultades inherentes a la patria potestad, corresponde a quienes ejerzan ésta, que, en principio, serán los mismos progenitores que ostenten su titularidad, salvo que el Juez decida atribuir dicho ejercicio a uno de ellos, tal y como se prevé expresamente en **el proyectado art.92.3 del CC**. De este modo, **es correcto desligar este derecho del ejercicio de la guarda y custodia, pero no lo es vincularlo a la titularidad de la patria potestad**, dado que, en determinadas ocasiones, el

ejercicio de ésta podría recaer total o parcialmente en uno solo de los progenitores, que deberá ser quien determine ese domicilio.

En definitiva, la determinación del lugar de "residencia habitual" constituye una decisión que debe incardinarse dentro del ejercicio de la patria potestad, junto con la "educación", la "salud" y el "bienestar" de los hijos, en los términos establecidos en **el nuevo art.92.3 del CC**, que no resultan coherentes con lo dispuesto en el **inciso 2º del párrafo 2º del proyectado artículo 156 del CC**.

Este inciso debería ser suprimido, llevándose **al art.92.3 del CC**, con todo el detalle que se quiera o resulte pertinente, las cuestiones que forman parte del ejercicio de la patria potestad y no de la guarda y custodia de los hijos.

- En el supuesto de separación de hecho de los cónyuges, resultan actualmente de aplicación los **vigentes art.156** ("Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, **atribuir al solicitante la patria potestad** para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio") **y 159** ("Si los padres vivieren separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, **al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad**).

El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de 12 años") del CC, cuyas respectivas formulaciones no resultan congruentes, como ha destacado la doctrina científica. Para remediarlo, **el proyectado último párrafo del art.156 del CC** aporta una solución única a estos supuestos: "Aunque los progenitores vivan separados, la patria potestad se ejercerá por ambos, salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que aquélla sea ejercida total o parcialmente por aquél con quien los hijos convivan". Este criterio es coherente con el establecido en el **nuevo art.92.3 del CC** en caso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio y en **el 1º párrafo del vigente art.156 del CC**.

9. De acuerdo con **el proyectado art.92 bis.1 del CC**, el Juez puede acordar la guarda y custodia compartida a instancia de uno solo de progenitores y, **excepcionalmente, cuando ninguno de ellos lo solicite, si con ello se protege adecuadamente el interés de superior de los hijos**.

El esquema diseñado por el Anteproyecto plantea las siguientes consideraciones:

- En 1º lugar, la guarda y custodia compartida se configura en **el nuevo art.92 bis.1 del CC** como un **modelo ordinario y alternativo a la guarda y custodia individual que el Juez puede acordar en interés del menor**, a falta de acuerdo entre ambos progenitores (es decir, si uno pide guarda y custodia compartida y el otro se opone) y sin necesidad de que concurran circunstancias excepcionales. **Esta es ya la situación vigente en el ordenamiento español**, tras los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con **el vigentes art.92.5** ("Se acordará el régimen compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento") y **92.8** ("Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5º de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, **con informe favorable del Ministerio Fiscal**, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor") del CC.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 señaló que "la excepcionalidad a que se refiere **el art.92.8 del CC** viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda y custodia compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla" (FJ 3º), la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/2012, de 17 de octubre, consideró inconstitucional, por contraria a **los art.24.1 y 117.3 de la Constitución**, la exigencia, prevista en el **vigente art.92.8 del CC** para decretar la guarda y custodia compartida a instancia de

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041

Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

uno solo de los progenitores, de que el informe del Ministerio Fiscal fuese "favorable", y, en fin, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, recaída en un recurso de casación en interés de Ley, dispuso que "la redacción del **art.92.8 del CC** no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, **habrá de considerarse normal e incluso deseable**, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, **siempre que con ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea**".

De acuerdo con estas decisiones jurisprudenciales, **la guarda y custodia compartida, adoptada a solicitud de uno de los progenitores, no constituye una decisión que deba justificarse en razones de excepción**. El Anteproyecto sometido a consulta no hace sino recoger este estado de cosas.

- En 2º término, **la atribución de la guarda y custodia compartida, cuando ninguno de los progenitores lo haya solicitado, puede otorgarse de forma excepcional**, de acuerdo con **el art.92 bis.1 del CC**, "si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos".

Al examinar esta previsión, importa subrayar que, **si ambos cónyuges solicitan la guarda y custodia individual de sus hijos para sí y la atribución de dicha guarda y custodia a cualquiera de ellos garantiza adecuadamente el interés superior de los hijos**, no parece justificado que el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida como forma de no acceder o no dar la razón a ninguno de ellos, en una suerte de "decisión salomónica", como gráficamente ha sido calificada por diversas entidades durante la tramitación del expediente y por el propio Consejo General del Poder Judicial.

Por tanto, **en ausencia de petición expresa por parte de uno de los progenitores, la guarda y custodia compartida no debe ser para el Juez una alternativa ordinaria a la guarda y custodia individual sino que ha de configurarse como un mecanismo excepcional de protección del interés superior de los hijos menores**, de forma que sólo pueda ser decretada cuando dicho interés no resulte debidamente garantizado a través de la guarda y custodia individual solicitada por cada uno de sus padres y únicamente pueda ser protegido mediante la guarda y custodia compartida. En **el nuevo art.92 bis.1 del CC**, la excepcionalidad del supuesto estriba en que la guarda y custodia compartida podrá adoptarse por el Juez sin que ninguno de los progenitores lo pida y no en que - como entienden el Consejo General del Poder Judicial y este Consejo de Estado- dicho modelo sea la única manera de proteger adecuadamente el interés superior de los hijos. Por tal razón, debería sustituirse "si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos" por "si sólo de esta forma se protege el interés superior de los hijos".

Adicionalmente y en línea con el carácter excepcional que la guarda y custodia compartida debiera tener cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado, cabría valorar la conveniencia de introducir el informe preceptivo (no vinculante) del Ministerio Fiscal como requisito procesal previo para que el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida: la atribución al Ministerio Fiscal de este especial cometido -que el Consejo de Estado estima deseable- no vulneraría **los art.24.1 y 117.3 de la Constitución** desde el momento en que serán los Juzgados y Tribunales quienes, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, aprecien libremente si el interés superior del menor justifica el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.

- Por último, debería excluirse expresamente en el Anteproyecto la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores estén de acuerdo en atribuir la guarda y custodia en exclusiva a uno de ellos o cuando alguno de ellos muestre su negativa a asumir la guarda y custodia.

10. **El régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores** con el progenitor que no vive con ellos y otros parientes y allegados se regula en **el proyectado art.92 bis.2 del CC**. El Anteproyecto prescinde del **término "visitas"**, utilizado por la regulación actual, que no es acorde - como se señala la exposición de motivos- con la relevancia que se pretende atribuir al "contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor": en su lugar **se habla de "estancia, comunicación y relación"** de los progenitores con los hijos menores, que parece más adecuado a la evolución lógica del sistema.

Asimismo, se contempla el derecho de los hijos a mantener relaciones y comunicación no sólo con los abuelos y otros parientes y allegados, como prevé la regulación vigente, sino también con los hermanos

Los cambios introducidos merecen una valoración positiva, por cuanto contribuyen a ordenar los vínculos entre los hijos menores de edad y su familia extensa.

11. Los criterios recogidos en **el nuevo art.92 bis.4 del CC** para la determinación del régimen de guarda y custodia y de estancia, relación y comunicación con los hijos son adecuados en relación con la finalidad pretendida.

En particular lo es la referencia a "las relaciones que los progenitores mantengan entre sí" -cuya inclusión ha sido cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial, con base en alguna decisión jurisprudencial-, dado que tales relaciones, cuando no son buenas, se proyectan necesariamente en la esfera de los hijos menores y deben, por ello, ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el modelo de guarda y custodia elegido, máxime si se hubiera solicitado de forma compartida, pues, en tal caso, el mayor o menor grado de cooperación de los cónyuges es sin duda relevante.

Además, dicha circunstancia podría ser invocada por el Juez civil, en el supuesto de que aprecie indicios de violencia doméstica o de género a lo largo del procedimiento, para excluir de la guarda y custodia a uno de los progenitores, sin necesidad de realizar valoraciones de índole- jurídico penal como las que el Anteproyecto les autoriza a hacer en **el párrafo 2º del art.92 bis.5 del CC**.

12. La exclusión del régimen de guarda y custodia y de estancia, relación y comunicación de los hijos en caso de violencia doméstica o de género se regula en **el proyectado art.92 bis.5, 6 y 7 del CC**, conforme a las siguientes notas:

- La exclusión del régimen de guarda y custodia, en caso de delitos de violencia doméstica o de género, **no sólo alcanza a la guarda y custodia compartida -como en la normativa vigente- sino también a la individual**, tal y como precisa **el nuevo art.92 bis.5 del CC**. El Anteproyecto acierta en este punto, ya que el presupuesto de hecho contemplado en este precepto -delito de violencia doméstica o de género- tiene idéntica virtualidad en orden a no atribuir la guarda y custodia en cualquiera de sus 2 modalidades (individual o conjunta) al progenitor al que le resulte imputable.
- La comisión de un delito de violencia doméstica o de género excluirá la guarda y custodia -según **los 2 primeros párrafos del proyectado artículo 92 bis.5 del CC**- en los 3 siguientes supuestos:
 - 1.- que "uno de los progenitores haya sido condenado penalmente por sentencia firme";
 - 2.- que "se haya dictado una resolución judicial motivada" en el curso de determinado proceso penal "en la que se constaten indicios racionales y fundados de criminalidad"; y
 - 3.- que "el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito".

Los 2 primeros supuestos -condena penal por delito de violencia doméstica o de género o resolución judicial dictada en proceso penal que constate indicios fundados y racionalidad de criminalidad por la comisión de tales delitos- constituyen indudablemente causa justificada para no atribuir la guarda y custodia al progenitor que esté incurso en ellos.

El Anteproyecto aclara en este punto la regulación vigente y, por ello, merece una valoración positiva.

Igual valoración debe darse a la previsión de que la extinción de la responsabilidad penal -en el 1º de los casos mencionados- o la sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional -en el 2º- habilitan a la parte afectada para solicitar del Juez la revisión de las medidas adoptadas en relación con la guarda y custodia.

No puede decirse lo mismo del 3º supuesto, consistente en que el Juez del procedimiento civil no podrá otorgar la guarda y custodia cuando "advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito".

El Anteproyecto no contiene un tratamiento jurídico adecuado de los indicios de violencia entre los progenitores o respecto de los hijos que puedan apreciarse en el curso del procedimiento civil. No cabe duda de que el Juez civil, en el curso de un proceso matrimonial o de menores, puede excluir la guarda y custodia de los hijos cuando aprecie indicios fundados de la existencia de conductas violentas entre progenitores o en el seno de la familia, y, además, resulta razonable y justificado que así lo haga.

Pero esta facultad le asiste al Juez civil con independencia de la calificación penal de tales hechos y, por ende, de la prescripción de los mismos (es decir, aun cuando no estuvieran tipificados o hubieran prescrito), máxime cuando **el proyectado art.92 bis.4 del CC** contempla "las relaciones entre los progenitores" como uno de las circunstancias que deberán tenerse en cuenta para la atribución de la guarda y custodia.

El problema surge cuando se pretende que los indicios apreciados en el proceso civil determinen una exclusión automática de la guarda y custodia, sin una previa resolución o sentencia de naturaleza penal en la que se haya constatado la existencia de aquéllos. A falta de una resolución de naturaleza penal que valore tales indicios, la única forma posible de cohonestar la protección de los bienes jurídicos afectados por los indicios de violencia con la garantía de los derechos de las partes del proceso civil matrimonial o de menores sería que la exclusión de la guarda y custodia no se contemplase en términos imperativos, sin perjuicio de la consideración preferente que a tales indicios deba darse y de la cual podría quedar reflejo en el Anteproyecto, introduciendo en **el nuevo art.92 bis.4 del CC**, en el que se enumeran los criterios que deberán tenerse en cuenta para la atribución de la guarda y custodia o el régimen de estancia, relación y comunicación, un 2º párrafo en el que se dijera: "En todo caso, la existencia de indicios fundados de violencia entre los progenitores o de éstos respecto a sus hijos tendrán una consideración preferente para resolver sobre tales cuestiones, con independencia de la calificación penal que pudiera darse a los mismos".

Por lo demás, debería suprimirse **el párrafo 3º del art.92 bis.5 del CC**, en el que se dispone que, "si se alegasen en la demanda o en el transcurso del procedimiento, hechos o circunstancias relacionados con los párrafos anteriores que se revelasen inciertos, el Juez deducirá testimonio de las actuaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que se determinen la responsabilidades a que haya lugar".

Dentro de las facultades de todo órgano jurisdiccional se encuentra la de deducir testimonio de las actuaciones, dando el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, cuando considere que en el transcurso del proceso civil o de otro orden pueda haberse cometido un hecho tipificado como infracción penal. Por ello, no es precisa una previsión singular en la que esta posibilidad se convierta en una obligación ("deducirá testimonio"), máxime si se hace depender -como en el Anteproyecto- de **la alegación de hechos "inciertos", pues esta circunstancia -la de ser inciertos- no integra por sí misma ningún tipo penal.**

- La exclusión del régimen de guarda y custodia de los progenitores encuentra una posible excepción cuando se dé el caso, contemplado en **el proyectado art.92 bis.6 del CC**, de que ambos estuvieran afectados por dicha circunstancia. Esta previsión podría tener sentido en el supuesto de que ambos progenitores sean condenados en el orden penal por actos de violencia recíproca, en orden a evitar que los hijos menores tuvieran que quedar bajo la guarda y custodia de personas distintas de sus padres o de una entidad pública de protección de menores. Sin embargo, los genéricos términos en que está redactada **permitirían incluso que el Juez atribuyese la guarda y custodia a los progenitores que hubieran ejercido la violencia contra sus propios hijos**, lo cual no resulta en modo alguno aconsejable y, por ello, tendría que descartarse expresamente en la norma proyectada.

Por lo demás, debería aclararse expresamente si la guarda y custodia en este tipo de situaciones puede ser individual, si ha de ser necesariamente compartida o si caben ambas.

- El régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos con el progenitor quedará excluido como regla general en los casos de condena penal firme, salvo que, excepcionalmente, el Juez decida establecerlo -de acuerdo con el **1º párrafo del proyectado art.92 bis.5 del CC**- si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos.

El ordenamiento vigente no contiene una prohibición general del régimen de estancia, comunicación y relación con los hijos menores, debiendo ser el Juez quien, caso por caso, determine si existen circunstancias de suficiente gravedad para limitar o suspender el mencionado régimen.

Teniendo en cuenta que el régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos menores tiene implicaciones diversas a las de la guarda y custodia, debería valorarse la opción de mantener el esquema actual, de forma que, sin establecer una prohibición general de relación con los hijos menores, se facultase al Juez para limitar o suspender o derecho en función de tales circunstancias.

13. La adopción de cualquiera de las medidas relativas al ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia de los hijos y del régimen de estancia comunicación y relación de éstos con el progenitor que no vive con ellos y otras personas deberá "considerar prioritaria -como dice el nuevo art.92.2 del CC- la protección del interés superior de los hijos", correspondiendo al "Juez y al Ministerio Fiscal" el deber de velar por el cumplimiento de su "derecho a ser oídos".

La norma proyectada reconoce explícitamente en el art.92.2 del CC el principio del "interés superior del menor" -hasta ahora sólo contemplado en la mencionada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art.2 y 9.1)- y, lo que es más importante, supera la contradicción existente, en lo que a la regulación del derecho de audiencia de los menores se refiere, entre dicho cuerpo legal y la legislación procesal civil.

Dicha antinomia, en su momento denunciada por la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, consiste en que el vigente art. 92.6 del CC -tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio- contempla la audiencia de los menores de forma condicionada ("cuando se estime necesario"), mientras que los art.770.1.4ª y 777.5 de la LEC exigen dicha audiencia en todo caso por encima de determinada edad ("12 años").

El proyectado art.92 bis.3 del CC y los también nuevos art.770.1.4ª y 777.5 de la LEC prevén ahora de forma coordinada la audiencia de los hijos menores si el Juez "lo estimare necesario y conveniente en atención a su edad, madurez y circunstancias". Esta reforma debe valorarse positivamente, por cuanto articula el trámite de audiencia a los hijos menores de manera flexible con la finalidad de evitar posibles conflictos de lealtades.

14. La contribución de los progenitores a las necesidades de los hijos se regula en el nuevo artículo 93 del CC, debiendo resaltarse los siguientes aspectos:

- La contribución de los progenitores a las necesidades de los hijos menores de edad se rige en el artículos 93.2 y 3 del CC por criterios distintos según se trate de gastos "ordinarios", "extraordinarios" o "voluntarios". La jurisprudencia menor ya viene realizando la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, que el Anteproyecto recoge y completa con la mención a los gastos voluntarios.

Dentro de los gastos "extraordinarios", definidos en el artículo 93.3 del CC, deberían incluirse no sólo los imprevisibles sino también aquellos que no tiene carácter periódico, tal y como preveía el texto inicial del Anteproyecto. El Consejo General del Poder Judicial observó que "la referencia conjunta a la imprevisibilidad y no periodicidad constituye una redundancia" y, por ello, se eliminó la referencia a los gastos no periódicos.

Sin embargo, puede pensarse en necesidades previsibles de los hijos que no sean periódicas (por ejemplo, un curso de idiomas en el extranjero cuando se alcance determinada edad) y que, por ello, generen gastos que deban reputarse extraordinarios. Por ello, parece aconsejable que los gastos extraordinarios sean definidos como aquellos que se produzcan por "necesidades imprevisibles o no periódicas e indeclinables de los hijos".

Por otra parte, debería evitarse que tales gastos voluntarios puedan convertirse en un instrumento que cada uno de los progenitores utilice -frente al otro- para ganarse el favor de los hijos, de ahí que se comparta en buena medida la reflexión efectuada por el Consejo General del Poder Judicial acerca del carácter consensuado que deberían tener tales gastos.

- La contribución de los progenitores a las necesidades de los hijos menores de edad se ha reformado en un doble sentido:
 - Por una parte, **se modifica el concepto de alimentos en favor de los hijos mayores de edad**, dando nueva redacción al párrafo 2º e introduciendo un **nuevo 3º párrafo en el art.142 del CC**, y añadiendo una nueva causa de extinción de los alimentos entre parientes en el **nº 5 del art.152 del CC**. Con estos ajustes se persigue, en síntesis, que la obligación de alimentos a los hijos o descendientes mayores de edad cese cuando éstos tengan recursos o medios económicos **o se encuentren en situación de poderlos obtener**, en línea con lo que viene ya diciendo la jurisprudencia menor. Se trata, en definitiva, de una reforma pertinente.
 - Por otra parte, **se otorga legitimación en el 1º párrafo del art.93.4 del CC al progenitor con quien convivan los hijos mayores de edad para reclamar los alimentos a éstos debidos**, siguiendo la doctrina jurisprudencial. El párrafo 2º de este mismo precepto dispone, y ésta es una novedad del Anteproyecto, que **la pensión "podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad**, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares". Con esta asignación directa a los hijos mayores de edad se pretende cohonestar **la titularidad del derecho de alimentos, que pertenece a los hijos mayores de edad, y la legitimación para solicitarlos, que corresponde al cónyuge con quien conviven**. En todo caso, no queda claro si se trata de una asignación ex officio, que el Juez puede acordar en favor de los hijos mayores de edad aunque el progenitor con quien convivan no lo haya solicitado, o sólo juega a instancia de parte. Por lo demás, no existe razón aparente para que esa posibilidad de asignación directa de la pensión se contemple únicamente respecto de los hijos mayores de edad **y no para los hijos emancipados**.
 - **La obligación de abonar alimentos a los hijos**, con independencia de que sean menores de edad o mayores de edad y emancipados, **cesará en los supuestos de extinción de la obligación de alimentos entre parientes** enumerados **en el art.152 del CC**, de acuerdo con **el art.93.5 del CC**. Sin embargo, **la obligación de alimentos a los hijos menores de edad, en cuanto es consustancial a la patria potestad que se deriva del mero hecho de la filiación**, no puede cesar o extinguirse por las mismas causas que **la obligación de alimentos entre parientes, que tendrían que ser únicamente aplicadas a los hijos mayores de edad**. Por ello, debería ponderarse la pertinencia de restringir los supuestos de extinción del **art.152 del CC** a la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad, dejando al margen la obligación de alimentos a los hijos menores de edad.
15. **El uso de la vivienda familiar** se aborda en **el proyectado art.96 del CC**:
- **El art.96.2 del CC** recoge 3 criterios de atribución del uso de la vivienda familiar -"**interés superior de los hijos**", "**necesidades de los cónyuges**" y "**titularidad de la vivienda**"-, **desvinculando dicha atribución de la guarda y custodia de los hijos menores**. **Aun siendo razonable que la regla taxativa del ordenamiento vigente, que otorga en todo caso el uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostente la guarda y custodia de los hijos menores**, pueda encontrar algunas excepciones en razón de las necesidades de los cónyuges o la titularidad de la vivienda, el Anteproyecto debería seguir contemplándola como regla preferente o general.
 - **El art.96.3 del CC** regula el periodo de uso de la vivienda familiar, distinguiendo 2 supuestos:
 - 1.- **si usa de la vivienda el progenitor que tiene la guarda y custodia de los hijos, su derecho se extingue cuando cese la obligación de prestarles alimentos;**
 - 2.- **si usa de la vivienda el progenitor que no ostenta la guarda y custodia de los hijos, su derecho expira a los 2 años**. La distinción entre ambos supuestos resulta pertinente, dado que **la limitación temporal del uso de la vivienda sólo debe admitirse cuando no existan hijos menores de edad necesitados de protección a cargo del cónyuge que usa la misma**.
 - **El art.96.4 del CC** establece, para el caso de falta de convenio, que el Juez deberá prever "**la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla**". **El art.90.1.c) del CC**, por su parte, señala que el convenio regulador deberá contemplar la repercusión que el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en la contribución a las "**cargas familiares**", a los "**alimentos**" y a la "**pensión compensatoria**". Debería coordinarse la redacción de ambos preceptos, incluyendo en **el art.96.4 del CC** una referencia a las "**cargas familiares**".

- **El art.96.5 del CC** realiza una distribución de los gastos y tributos de la vivienda, entre los cónyuges usuario y propietario, que se adecua a las posiciones jurídicas de las partes. Se echa en falta, no obstante, **una mención a los seguros de vivienda** que no se encuentran vinculados a su adquisición o mejora (por ejemplo, un seguro sobre el contenido de la vivienda o un seguro de continente suscrito después de la amortización del préstamo), que, en principio, no pueden considerarse deudas de los cónyuges sino cargas familiares.

La prima de tales seguros no puede ser propiamente calificada de gasto extraordinario y tampoco tiene un encaje natural dentro de la definición de los gastos ordinarios dada por el Anteproyecto, que incluye a los de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda. Debería, por ello, hacerse una referencia expresa a esta cuestión.

- **El art.96.6 del CC** determina los efectos de la atribución judicial de la vivienda no poseída en propiedad, distinguiendo en función de que exista un título distinto del de propiedad o se disfrute de ella por tolerancia de un 3º. Las soluciones dadas a ambos supuestos son congruentes con las diferentes situaciones jurídicas contempladas.

En todo caso, **cabe observar que ni la LAU ni el Anteproyecto sometido a consulta prevén quién deberá abonar la renta en caso de atribución judicial del uso de la vivienda arrendada**. En principio, la renta debería ser abonada por el progenitor a quien se haya atribuido el uso de la vivienda, salvo que, atendida la capacidad económica de ambos cónyuges, **el Juez considere que el otro debe contribuir a su satisfacción**. Dado que el contrato de arrendamiento es, junto con el derecho de propiedad, el título de posesión de la vivienda familiar más frecuente, podría incluirse en el CC o en la LAU una previsión al respecto.

- **El art.96.7 del CC** regula el consentimiento necesario para la disposición de la vivienda familiar en términos idénticos a la regulación vigente.

- **El art.96.8 del CC** permite la anotación preventiva o inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de Propiedad. **El reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente sólo tiene interés cuando se otorgue al cónyuge no titular**.

El Anteproyecto debería corregirse, disponiendo que es susceptible de anotación preventiva o inscripción el derecho de uso del cónyuge "no titular" de la vivienda.

16. La pensión por desequilibrio económico se recoge en **el proyectado art.97 del CC**, en el que se introducen algunos cambios, el más importante de los cuales es la mención -entre los criterios que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento y cuantificación de dicha pensión- a "la atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de gastos que la misma genere". Esta previsión concuerda con los **nuevos art.90.1.d) y 96.4 del CC** y se justifica en los términos que ya han sido examinados.

17. **Los proyectados art.1.396, párrafo 1º, y 1.417, párrafo 2º, del CC** disponen que la disolución del régimen económico matrimonial -sociedad de gananciales o régimen de participación- **comportará su liquidación de oficio si hubiere hijos menores o incapacitados dependientes de sus progenitores**.

Como justificación de esta previsión, la exposición de motivos del Anteproyecto señala que "**uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos**". Tales relaciones "mejorarán -según dice la propia exposición- solventando el aspecto económico desde el principio, de ahí la necesidad e importancia de su reforma".

La regulación proyectada en este punto no comporta una lesión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, dado que la liquidación del régimen económico del matrimonio -que ahora se impone

de oficio en razón del interés superior de los hijos- es una consecuencia derivada de su libre decisión de disolver el vínculo matrimonial.

18. Dentro de los efectos ex lege derivados de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, el nuevo art.102 del CC incluye 3 nuevos:

- El 1º y más importante de ellos es la suspensión de los efectos del régimen de participación o de la sociedad de gananciales, resultando de aplicación, en lo sucesivo, el régimen de separación de bienes (art.102.1.3º y 102.2, en relación con los también nuevos art.1.394, párrafo 2º, y 1.415, párrafo 2º, del CC).

La suspensión ex lege de los efectos del régimen económico del matrimonio y, en particular, de la presunción de ganancialidad, con ocasión de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, constituye una medida coherente con la voluntad de cese de la convivencia que los cónyuges ponen de manifiesto con la presentación de la demanda y que muy frecuentemente ya es efectiva en aquel momento.

En tal sentido, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. El Anteproyecto aplica este criterio desde la fase de admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, y lo hace además con un punto de equilibrio, al considerar gastos de la sociedad de gananciales aquellos vinculados, en general, al levantamiento de las cargas familiares o las necesidades de los hijos o a la administración de los bienes gananciales.

- El 2º de los nuevos efectos atribuidos por el Anteproyecto a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio es el de que las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido en favor del otro "quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador" (art. 102.1.4º del CC, inciso 1º). Se trata igualmente de una medida adecuada al cese de la convivencia, aunque sería más correcto que el precepto dijera "salvo voluntad en contra expresada por el testador".

A continuación se dispone que "si no se dictare sentencia estimatoria o si hubiere reconciliación de los cónyuges quedará sin efecto lo dispuesto en este apartado" (artículo 102.1.4º del CC, inciso 2º). La consecuencia contemplada por el Anteproyecto para el caso de que no se pronuncie sentencia estimatoria o haya reconciliación entre los cónyuges no es en modo alguno exclusiva de esta medida sino común a todas ellas, que cesarán sin excepción en ese hipotético supuesto.

Así debería decirse, a modo de cláusula general, en el proyectado art.102.4 del CC ("Si no se dictare sentencia estimatoria o hubiere reconciliación entre los cónyuges cesarán los efectos legalmente previstos en este artículo"), suprimiéndose su actual contenido ("Las obligaciones que se deduzcan del convenio alcanzado entre las partes serán exigibles y susceptibles de ejecución desde que se inste judicialmente su aprobación. Aquéllas cesarán si no se aprobare, sin que tengan efectos retroactivos"), que reproduce innecesariamente lo ya dispuesto en el art.90.4 del CC y nada tiene que ver con los efectos ex lege de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

- El último de los efectos asignados por el Anteproyecto a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio es el cese, salvo pacto en contrario, de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art.102.1.5º del CC).

Parece que esta previsión debiera traducirse en los oportunos ajustes en otros preceptos del CC. Así, por ejemplo, el art.83 de este cuerpo legal sigue diciendo que la sentencia de separación "produce la suspensión de la vida de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica".

Sin embargo, el cese de dicha posibilidad, a la vista del Anteproyecto, tiene lugar, por ministerio de la Ley, con ocasión de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

19. El Anteproyecto considera que la liquidación del régimen económico del matrimonio es uno de los puntos de conflicto entre los cónyuges que más contribuyen a empeorar las relaciones con sus hijos y, por ello, introduce una serie de modificaciones en la LEC encaminadas a que dicha liquidación se produzca lo antes posible.

Tales modificaciones afectan tanto a los procesos matrimoniales (art. 770 a 778 de la LEC) como al procedimiento para la liquidación del régimen económico del matrimonio (art.806 y 811 de la LEC) y, entre ellas, merecen destacarse las siguientes:

- La demanda de nulidad, separación o divorcio deberá ir acompañada, si el régimen económico matrimonial no se hubiera liquidado con anterioridad, por una solicitud de formación de inventario. Durante la tramitación del expediente se ha observado que la obligación de que el inventario se forme durante el proceso matrimonial -hasta ahora era una mera posibilidad- **incrementará los costes de éste**. No obstante, resulta claro que tales costes se producirán de igual modo si el inventario de los bienes se realizase en el seno del procedimiento para la liquidación del régimen económico. Por su parte, la obligación de solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial, prevista para el caso de que existan hijos menores o incapacitados dependientes de los progenitores, se encuentra justificada en el interés superior de éstos, sin que en ello pueda verse - como antes se ha señalado- una lesión en la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

- Tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio o de la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo y la consiguiente suspensión de efectos del régimen económico del matrimonio, se acordará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario dentro del mismo procedimiento matrimonial.

El **proyectado art.809 de la LEC** se ocupa únicamente de la pieza separada de formación del inventario dentro del proceso matrimonial, como se infiere de lo dispuesto en sus apartados 1 y 2. Pero no cabe duda de que **tanto la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial como la formación del inventario pueden tener lugar, al margen del proceso matrimonial, en un procedimiento para la liquidación de dicho régimen**.

Por ello, deben realizarse los oportunos ajustes en **el nuevo art.809 de la LEC** para que sus previsiones resulten de aplicación indistinta en el proceso matrimonial y en el procedimiento para la liquidación del régimen económico del matrimonio.

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial ha mostrado su "recelo" a la posibilidad, contemplada en **el nuevo art.809.2 de la LEC**, de que el Juez, "cuando exista razones de urgencia", pueda acordar inaudita parte reglas provisionales de administración y disposición de los bienes inventariados que serán ratificadas o levantadas en una ulterior comparecencia. Sin embargo, esta previsión no es sino una aplicación singular de la posibilidad general de adopción de medidas cautelares inaudita parte por razones de urgencia prevista en **el vigente art.733.2 de la LEC**.

- **Una vez disuelto el régimen económico del matrimonio por sentencia firme recaída en proceso matrimonial o en cualquier otro seguido al efecto, se procederá a su liquidación de oficio si hubiera hijos menores o incapacitados**; en otro caso, las partes podrán solicitar la liquidación del régimen económico en el plazo de 1 mes, y si no lo hacen y se trata de una sociedad de gananciales, se aplicará a los bienes inventariados el régimen de la comunidad de bienes.

En un momento anterior ya se ha señalado que la imposición de oficio de esta liquidación no puede reputarse lesiva de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

20. **Los art.3º y 4º del Anteproyecto** introducen la misma modificación, ya examinada en su momento, **en los art.38 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, y en el art.40 de la Ley 20/2011**, de 22 de julio, del Registro Civil.

Este proceder estaría justificado si la regulación proyectada entrase en vigor antes que la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, derogatoria de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil. Sin embargo, la referida Ley 20/2011 entrará en vigor el 22 de julio de 2014, a los 3 años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, como prevé su disposición final Xª.

Por ello, no existe razón aparente para la modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

21. La disposición transitoria 2º del Anteproyecto prevé la posibilidad de revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior "en casos concretos", sin que se diga cuáles son éstos, con la consiguiente inseguridad jurídica. Debería pues aclararse esta cuestión.

22. La referencia que el 1º inciso de la disposición final 1ª del Anteproyecto realiza al art.149.1.1ª de la Constitución, en el que se atribuye al Estado competencia exclusiva sobre "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", debería suprimirse, ya que el art.149.1.8ª de la Norma Fundamental, en el que se confiere al Estado competencia exclusiva sobre la "legislación civil", garantiza el mismo objetivo.

El Tribunal Constitucional viene entendiendo que, en presencia de varios títulos competenciales de posible aplicación, debe atenderse siempre al más específico (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional nº 97/2013, de 23 de abril de 2013, y 84/2013, de 11 de abril de 2013), que, en el presente caso y respecto de la materia regulada por el Anteproyecto, es el contemplado en el art. 149.1.8ª de la Constitución.

Igualmente, debería eliminarse del 1º inciso de la disposición final 1ª del Anteproyecto la oración "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho Civil".

El respeto a la legislación de las Comunidades Autónomas que cuentan con una normativa propia en materia de relaciones paterno filiales y, en particular, en relación con la guarda y custodia compartida (Aragón, Cataluña, Navarra y Valenciana), y a la de aquellas otras que pudieran aprobarla en el futuro, no exige la cita del indicado título competencial autonómico en la disposición final 1ª del Anteproyecto. Esta disposición debe limitarse a la precisa y sucinta mención de los títulos competenciales del Estado sobre la materia regulada.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que las competencias estatales sobre la "legislación procesal" y "la ordenación de los registros e instrumentos públicos" son exclusivas, de acuerdo con lo dispuesto en los art.149.1.6ª y 8ª de la Constitución, y así debería indicarlo el inciso 2º de la disposición final 1ª del Anteproyecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. someter al Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, para su aprobación como proyecto de Ley." V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 24 de julio de 2014

LA SECRETARIA GENERAL,
EL PRESIDENTE,
EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.

