



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT

DOCTORANDO: JOAN CERDÀ SUBIRACHS
DIRECTORA: JUDITH SOLÉ RESINA

Som actors a voltes,

Espectadors a voltes,

Senzillament i com si res, la vida ens dóna i pren paper.

Lluís Llach. Un núvol blanc.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. EL DIVORCIO EN ESPAÑA.....	21
2.1. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1889	23
2.2. LA LEY DE DIVORCIO DE 1932	27
2.2.1. <i>El contenido de la Ley de Divorcio de 1932 y su previsión de modificación de efectos.....</i>	<i>30</i>
2.3. FRANQUISMO, NACIONALCATOLICISMO Y REGULACIÓN RETRÓGRADA.....	32
2.3.1. <i>Separación y medidas en el Código Civil del franquismo</i>	<i>35</i>
2.3.2. <i>Tardofranquismo y divorcio.....</i>	<i>38</i>
2.4 LA LEY 30/1981	42
2.5. LA LEY 15/2005 COMO SUPERACIÓN DEL FRANQUISMO	47
2.6. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DESDE 1981	50
3. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y MEDIDAS PATERNOFILIALES VS. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.....	55
3.1. APROXIMACIÓN SOCIOLOGICA	57
3.2. EL AUGE DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS; MOTIVOS ECONÓMICOS	64
3.3. REALIDAD CUANTITATIVA Y CONFLICTIVIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS	70
3.4. LOS COSTES ECONÓMICOS, EMOCIONALES Y TEMPORALES DE LA MODIFICACIÓN	85
3.5. ROL NOTARIAL Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.....	100
4. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS COMO ESPECIFICIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA	109
4.1. EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA	113
4.2. CUESTIÓN INCIDENTAL – CARÁCTER AUTÓNOMO	130
4.2.1. <i>La reforma de octubre de 2015.....</i>	<i>132</i>
4.2.2. <i>La competencia del tribunal que acordó las medidas</i>	<i>136</i>
4.3. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL <i>PER SE</i>	144
4.4. EL CAMBIO DE RESIDENCIA	147
4.4.1. <i>El modelo residencial y sus consecuencias.....</i>	<i>147</i>
4.4.2. <i>Patria potestad y cambio residencia del menor.....</i>	<i>150</i>
4.5. LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	163
4.5.1. <i>Cambios sustanciales; temporalidad.....</i>	<i>170</i>
4.6. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN TIEMPOS LÍQUIDOS	173
4.6.1 <i>El denominado ‘mínimo vital’ como ancla.....</i>	<i>181</i>
4.6.2. <i>La retroactividad de la pensión.....</i>	<i>191</i>

4.6.3. <i>La prisión como indicador de la obligación de pago</i>	197
4.7. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA COMO MOTOR DE LA MODIFICACIÓN	201
4.8. CUSTODIA COMPARTIDA.....	207
4.9. FAMILIAS Y CONSTELACIONES FAMILIARES RECOMPUESTAS	224
4.10. LA EMANCIPACIÓN POSTERGADA COMO MANIFESTACIÓN DE LA SOCIEDAD LÍQUIDA. EL CASO DE LOS NINIS	232
4.11. EL MENOR ANTE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS	243
4.12. VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.....	249
4.13. PLAN DE PARENTALIDAD; INSTRUMENTO Y TESTIGO DEL CAMBIO.....	254
5. SOCIEDAD LÍQUIDA, CERTEZA DEL DERECHO Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.....	257
6. ELEMENTOS PROPOSITIVOS	271
7. CONCLUSIONES	279
8. BIBLIOGRAFÍA	287
ANEXO I. ÍNDICE DE LEYES CITADAS	307
ANEXO II. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	311

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AEFA Asociación Española de Abogados de Familia

ANME Asociación Nacional de Mujeres Españolas

AP Audiencia Provincial

AAP Auto de la Audiencia Provincial

ATS Auto del Tribunal Supremo

CIS Centro de Investigaciones Sociológicas

CCCat Código Civil Catalán

CCiv Código Civil

CE Constitución Española

CDFA Código del Derecho Foral de Aragón

GCPJ Consejo General del Poder Judicial

DRAE Diccionario de la Real Academia Española

INE Instituto Nacional de Estadística

JVSM Juzgado de Violencia sobre la Mujer

LEC Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SCAF Societat Catalana d'Advocats de Família

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

UAB Universitat Autònoma de Barcelona

UCD Unión de Centro Democrático

UE Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de modificación de medidas no solo constituye una manifestación genuina de la especificidad del derecho de familia, sino que se caracteriza por contener en su misma esencia el cambio, sustancial, como factor determinante para su ser o no ser. Sin cambio no hay modificación de medidas, de lo que se infiere que el legislador considera que el cambio en las estructuras y relaciones familiares constituye la excepción y no la regla.

Este planteamiento lo formuló el legislador de la transición, en la que la sociedad española observaba, no sin manifestaciones contradictorias, como el mundo de supuestas seguridades del franquismo (contratos de arrendamiento, empleos, oficios y matrimonios, todos ellos “para toda la vida”) daban paso a un distinto escenario, en un proceso paralelo pero acelerado respecto del experimentado por las sociedades del entorno de la española. Huelga decir que, con los escasos años de la Segunda República como “alteración de nuestra legislación familiar” y “ruptura demasiado violenta con las concepciones vigentes”¹, el franquismo enlazó con la más reaccionaria tradición española, que incluía la doctrina tradicional católica como principal, y prácticamente único, elemento inspirador de la legislación sobre familia, por lo que la regulación del divorcio, y del conjunto del derecho de familia surgido en general de la transición no tenía vinculación, al menos formal, con la tradición normativa española salvo el efímero periodo republicano.

Esa fue la especificidad española a un fenómeno global camino de lo que el sociólogo Zygmunt Bauman acuñó como sociedad líquida, en la que surge el precariado y la familia nuclear se ha convertido en una relación pura en la que cada socio puede abandonarla porque las instituciones ya no son anclas de relaciones personales. En definitiva, “Este mundo, nuestro mundo moderno líquido, no cesa de sorprendernos. Lo que hoy parece seguro y adecuado mañana puede parecer trivial, descabellado o un error lamentable” (Bauman, 2011, pp. 9-10). Escenario líquido del que son conscientes los operadores jurídicos que viven en primera línea profesional la naturaleza volátil de las resoluciones judiciales en

¹ Así se define en un manual universitario de Derecho de Familia editado en 1974. (Lacruz y Sancho, 1974, p. 17)

el ámbito del Derecho de Familia; “Nunca las llamadas medidas definitivas han durado menos²” (Guerra, 2013).

En este contexto, la pregunta retórica cuasi obligada es en qué unidad familiar no se producen cambios tras la ruptura y las denominadas “medidas definitivas” y cuántos de estos cambios no son sustanciales, especialmente si hay menores. Cierto es que, y de forma muy especial desde lo que convencionalmente se conoce como crisis, pocos son los autores y algunos los juzgadores que no se refieren, aunque casi siempre con cierta indefinición, a la falta de capacidad del legislador y del sistema judicial para dar respuesta a los nuevos paradigmas y a las circunstancias que envuelven a lo que fue una unidad familiar.

La doctrina atribuye al derecho de familia una especial capacidad pragmática para adecuarse a los sucesivos paradigmas y a los nuevos retos. El matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción internacional, la custodia compartida o la reproducción asistida mediante gestación subrogada podrían ser elementos de ese mundo líquido que, siguiendo a Bauman, no cesa de sorprendernos. A modo de significativo ejemplo, instituciones que parecían anclar la familia, como la legítima, se ven sacudidas al perder su sentido original³.

No obstante, una visión que enlaza, en lo ideológico, con el franquismo aún está presente en las universidades españolas, en las que se forman los operadores

² “Ahora todo ha cambiado, todo es volátil, todo es temporal. Del trabajo al paro se pasa en horas, de la solvencia a la insolvencia en minutos y las previsiones de los convenios y obligaciones económicas de los exesposos o exparejas en los supuestos de crisis matrimonial devienen muchas veces de imposible cumplimiento, transcurridos escasos meses desde su fijación y aprobación. Nunca las llamadas medidas definitivas han durado menos. La incertidumbre económica es muy grande, un horizonte negro nos puede afectar a todos y es aconsejable que los convenios contemplen cada vez más las diversas contingencias que pueden sobrevenir a la crisis matrimonial, pero ¿cómo hacerlo? Desde luego somos abogados y/o mediadores, pero no adivinos” (Guerra, 2013).

³ Esta es una de las conclusiones de la tesis *El judici de petició de llegítima*, de Orriols (2015): “Des del punt de vista sociològic, la llegítima ha perdut gran part del sentit original. Les famílies no es configuren ni evolucionen igual que abans (...) [la llegítima] es reclama quasi sempre quan el llegítimari ja ha acomplert més de 60 anys, quan l'economia de la generació ja està encarrilada i la funció d'aliments post mortem ja no té cap sentit (...). Amb l'aparició de les famílies reconstituïdes ha aparegut una nova funcionalitat de la llegítima: la protecció dels fills del primer matrimoni front als hereus del segon matrimoni” (p. 347).

jurídicos que deben dar respuesta a la complejidad de las relaciones familiares en la sociedad actual. De hecho, catedráticos como Alonso⁴ (2011), califican, en obras doctrinales, el divorcio como “la pandemia familiar más grave de nuestro tiempo” (p. 113).

Bauman (2017) sugiere que el amor se ha transformado en uno de los peones del juego interminable de seguridad frente a libertad a la que juega la persona humana. Y que, pese a todo y paradójicamente, una relación amorosa para toda la vida es hoy el sueño de jóvenes y viejos. Pero ello no es óbice, considera Bauman, para que las relaciones amorosas expresen todos los indicios de la transitoriedad de los acuerdos provisionales. Ello se manifestaría, también en el lenguaje cotidiano, en el que la expresión “la pareja”, ha sustituido a otras como “amor mío” o “mi mujer/mi hombre”.

Para Bauman (2003), las relaciones de pareja también están condicionadas por los tremendos poderes del mercado de consumo y, consecuencia de ello, la traslación de la ética del trabajo a las relaciones ha sido sustituida por la ética del consumo, motivo por el cual se huye del sentimiento “desde la confusión de la intimidad real hacia el mundo del polvo fácil, del divorcio intrascendente, de las relaciones no posesivas” (p.47).

Metodológicamente, siendo el objeto de la investigación jurídica la norma, los hechos y los valores, los cambios políticos, sociales, económicos y culturales determinan la generación de nuevas normas jurídicas, por lo que, hecho, valor y norma pasan a convertirse en una unidad concreta, que es dinámica y dialéctica (Álvarez, 2002, p. 86).

Todo ello, teniendo en cuenta que la presente investigación tiene como objeto un fenómeno jurídico-social en el que convergen factores económicos, sociales y políticos, influyendo y determinando a las expresiones normativas. El objeto a investigar es un fenómeno jurídico-social, lo que conduce a abarcar fuentes jurídicas indirectas o materiales, ya que el dinamismo social impacta y afecta al

⁴ Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

orden jurídico interpenetrándose en forma dialéctica (Witker, 1986, p. 37); y siguiendo a Witker, no debe olvidarse que existe interdependencia entre el derecho y la vida social, por lo que la investigación se centra en el derecho vivo (*law in action*) más que, por supuesto sin desdeñarlo, en el derecho como suma de normas jurídicas válidas (*law in books*). O lo que es lo mismo, y continuando con el planteamiento de Witker, la presente tesis pretende tener como objeto de estudio “las normas jurídicas y los hechos económico-sociales y políticos que concurren a su nacimiento, vigencia y eficacia, considerando multidisciplinariamente a un sector de la realidad impetrada y el comportamiento de sus destinatarios y aplicadores”, midiendo y evaluando la distancia entre en discurso normativo y el hecho regulado.

Ello no obstante, en ningún caso puede obviarse que nuestro sistema jurídico hace hincapié en el principio de legalidad, lo que limita el alcance de las resoluciones judiciales, aunque éstas se produzcan en un ámbito, como es el del derecho de familia, en el que se hay una confrontación cuasi permanente entre la norma y lo que se percibe en la sociedad⁵.

La modificación de medidas es un procedimiento y, como tal, es sustantiva y procesal a la vez; no puede existir acción sin proceso, el proceso es el derecho y viceversa (Orriols, 2015, p. 15). Sin que ello suponga, en ningún caso, que este trabajo se circunscriba ni tenga como prioridad el análisis del procedimiento en sí mismo, un procedimiento sin duda con interés propio al gravitar su naturaleza entorno a la excepción al principio de cosa juzgada.

Porque el legislador diseñó el procedimiento de modificación de medidas como aquel que puede desarrollarse con éxito solo, y solo sí, se ha visto alterada

⁵ “Este principio de legalidad provoca, y así ha ocurrido en algunos períodos de nuestra historia (sobre todo en la época de los cuarenta años de la dictadura franquista (1936 a 1975)), un conflicto entre la norma establecida –que obedece a un determinado contenido ideológico– entre lo que está vigente, y lo que se percibe en la sociedad, que si no se ha corregido, puede llegar a matizarse por algunos tribunales a la hora de aplicarla; pero siempre con el valor y carácter particular, debido a la carencia de fuerza normativa de la doctrina judicial. La jurisprudencia, con todo, es una fuente de doctrina importante en la medida que puede impulsar una reforma legal y es índice de que la norma vigente no se ajusta a la necesidad de la sociedad” (Gete-Alonso y Solé, 2014, pp. 770-771).

sustancialmente la realidad tenida en cuenta, la razón para decidir, o *ratio decidendi*, existente en el momento de acordarse las medidas objeto de modificación; planteamiento que ha servido durante décadas como auténtico filtro y elemento de disuasión a la hora de plantear una modificación de medidas. No obstante, el TS⁶, tras la entrada en vigor de la LO 8/2015 de 22 de julio, al desarrollar el concepto de interés del menor, matiza este planteamiento al alentar interpretaciones integradoras según las cuales las nuevas necesidades de los menores, por sí mismas, constituyen la concreción del cambio de circunstancias que permite procesalmente la modificación de medidas.

Sucinta y contundentemente, el magistrado Campo Izquierdo (2014) comparó el procedimiento de modificación de medidas como un silogismo en el que existe una premisa mayor (las medidas que se pretenden modificar), una premisa menor (la situación actual) y una conclusión o resultado de comparar ambas premisas. Ese es el silogismo en torno al cual, al menos hasta la precitada STS de 19 de noviembre de 2015, gravita cualquier procedimiento de modificación de medidas.

Por todo ello, la presente tesis tiene como objeto el estudio del procedimiento de modificación de medidas desde la perspectiva de respuesta, sustantiva y procesal, a la realidad líquida que no previó el legislador en su momento y a la que, posteriormente, ha obviado. Empleando terminología *baumiana*, la presente investigación *surfea*, como lo hacen hoy las personas en la sociedad actual, entre la realidad social, el derecho sustantivo y el procesal con la visión líquida de la sociedad como paradójico y atrevido punto de anclaje.

Partimos, necesariamente, del hecho que el sistema judicial, en su rol de legítimo ejecutor del orden diseñado por el legislador, homologa o acuerda medidas

⁶ “El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la LO 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" (STS de 19 de noviembre de 2015).

condenadas a la obsolescencia⁷, cuando no nacen ya obsoletas. La presente investigación tiene también, en parte, y por ello, el reto de tematizar un aspecto invisibilizado por el orden hegemónico, lo que, el sociólogo del derecho portugués De Sousa (2006) acuñó como “sociología de las ausencias” (p.23). Esa obsolescencia de las medidas acordadas o dictadas, que incluso se produce antes de su concreción, sería un ejemplo de aquello que, siguiendo en lectura obviamente abierta a De Sousa, “es producido activamente como no existente, como una alternativa no creíble, como una alternativa descartable”.

Porque, obviamente, un juzgador en particular y el sistema judicial en general no pueden aceptar que aquello que es dictado para organizar una realidad de acuerdo con la norma ya no existe porque está en mutación constante. Habría que preguntarse, incluso, y parafraseando a Heráclito, cuándo las circunstancias de una unidad familiar, especialmente si hay menores, son las mismas; si realmente una familia se baña dos veces en el mismo río de circunstancias.

Todo ello, claro está, teniendo siempre presentes, como necesaria y lógica prevención, las palabras sabias y contundentes de Eco (1990): “Una tesis demasiado panorámica constituye siempre un acto de soberbia” (p. 28).

Esta tesis tiene, en definitiva, el objetivo de analizar cómo el sistema judicial da respuesta, interpretando la norma “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”⁸, a la realidad cambiante de las unidades familiares que ya pasaron por un anterior procedimiento de separación y/o divorcio y, en ocasiones, también por un anterior procedimiento de modificación de medidas. Y hacer este análisis a la luz y en relación con una realidad social

⁷ A diferencia de lo que ocurre en la industria, la obsolescencia en las medidas de familia no es programada ni programable. No existen patrones para saber de antemano cuando unas medidas acordadas o dictadas se convertirán en obsoletas e incluso tóxicas debido a la multicomplejidad; pero sí pueden establecerse y detectarse indicadores de ello.

⁸ Como le mandata el artículo 3.1 CCiv.

muy distinta respecto de la cual el legislador dictó la norma: una sociedad líquida en términos *baumanianos*.

Todas las incertidumbres, los miedos, la precariedad, la ausencia de cualquier seguridad a largo plazo propias de los tiempos líquidos afloran, se manifiestan y coliden en un procedimiento de modificación de medidas, incluso, con mayor entidad y virulencia que en un procedimiento de separación o divorcio. De ahí la trascendencia y el interés de la respuesta del sistema judicial a esa realidad, porque en muchas ocasiones las medidas que se modifican fueron dictadas o acordadas antes de lo que convencionalmente se denomina crisis, o ésta se interiorizaba como algo transitorio.

La soledad y el miedo a la soledad son realidades irrefutables enraizadas firmemente en las vivencias de la modernidad líquida; todo rezuma fugacidad y nada inspira mucha confianza, aunque sea algo que, como el matrimonio, constituya un proyecto a largo plazo fundado en un contrato vinculante de obligaciones mutuas, señala Bauman (2017, p. 185). De ahí que los miembros de las parejas o los matrimonios *surfeen* en nuevas y sucesivas relaciones, tengan nuevos hijos, participen en familias reconstituidas, cambien de ciudad o de país de residencia, de domicilio... es decir, aporten, en ocasiones sin cesar, elementos objetivos que dejen obsoletas las medidas que en su momento se dictaron o acordaron como definitivas.

Esta fugacidad latente endógena a cualquier proyecto de relación amorosa-afectiva se sitúa y retroalimenta con el mundo externo a la pareja, en el que, a juicio de Bauman (2017, p. 23), se separa de forma cada vez más acusada el poder y la política, lo que se traduce en la impotencia del Estado y sus instituciones tradicionales para articular una estructura social más hospitalaria en relación con las necesidades, los sueños y los deseos humanos.

Porque lo que es seguro que no previó, ni pudo hacerlo, el legislador español cuando normativizó el divorcio en 1981 y lo reformó en 2005, fue el actual contexto en el que la gente ha despertado del optimismo socioeconómico que

protagonizó durante décadas. Bauman lo resumió en sabias palabras en la entrevista con Capdevila (2015) reproducida en su libro *Entendre el món*:

La realitat econòmica de la majoria de la gent va començar a ser benestant cap als anys setanta. Començaven a canviar la seva economia, a millorar-la. Després la situació va empitjorar, però fins al 2005 no es va fer clarament visible per dues raons. La primera és que les dones van començar a treballar: a les oficines, a les fabriques, així que ja no era només un membre qui sostenia la família. La segona és l'abús del crèdit. No tenies diners però anaves tirant de targeta. Era l'època del 'demà serà millor que avui'. Estàvem caminant a cegues i, de sobte, quan el crèdit es va col·lapsar i la gent no podia pagar els deutes, van començar a perdre la casa, la feina... De sobte es van adonar que l'economia anava en la direcció equivocada. Abans que això passés la gent era més aviat optimista, em compro una casa per un preu i la vendré pel doble. Però de sobte es van despertar. (p. 18).

Son numerosas las ocasiones en las que se modifican medidas, o se pretende hacerlo, que fueron dictadas o acordadas en el contexto optimista descrito en las precitadas palabras de Bauman. Personas con obligaciones de todo tipo (a modo de mero ejemplo, desde el pago de una determinada pensión a la obligación de desplazarse para estar con los hijos) que devienen de cumplimiento imposible, con el agravante de que el futuro que se avecina se intuye peor.

Y es en este despertar del optimismo a una realidad peor y con malas perspectivas, y en ocasiones como consecuencia de este mismo despertar, en el que el sistema judicial aborda la modificación de unas medidas dictadas o acordadas con vocación de definitivas.

La presente tesis se inicia con una rápida visión, con intención contextualizadora, del divorcio en España a través de la sucesión de normas, relacionando éstas con el contexto social y la situación jurídica de la mujer, que consideramos muy válido indicador del principio de igualdad y, por ende, de la calidad democrática de una sociedad. Igualmente se objetivan las sucesivas previsiones del legislador respecto de la modificación de medidas⁹. Todo ello en lo que pretende ser, más

⁹ Aunque empleemos este término *avant-la-lettre*.

que una puesta en antecedentes, una visión crítica sobre el “de donde venimos” para apoyar la explicación del “de donde estamos”.

A continuación, se aborda la relación entre separación y divorcio y modificación de medidas. Y se hace desde una perspectiva sociológica-cualitativa y también estrictamente cuantitativa, de todo lo cual se infiere que la modificación de medidas es un procedimiento en auge pese a presentar cifras relativas muy modestas, con lo que ello implica de evidenciar que una parte mayoritaria de los cambios relativos a las medidas acordadas o dictadas en un procedimiento de separación o divorcios se generan y consolidan al margen del sistema.

El núcleo expositivo principal de la presenta tesis se centra en la confrontación entre los principales exponentes de la naturaleza líquida de la sociedad española referidos a las relaciones familiares y la respuesta que obtienen cuando llegan a los tribunales a través de un procedimiento de modificación de medidas.

Seguidamente se aborda, desde un plano más teórico, la relación entre sociedad líquida, certeza del derecho y modificación de medidas. A continuación, desde el análisis del procedimiento, se formulan unos elementos propositivos, constituyendo el apartado de conclusiones la lógica ordenación crítica de todo ello.

2. EL DIVORCIO EN ESPAÑA

2.1. La regulación del Código Civil de 1889

El CCiv, en su redacción original de 1889, empleaba la palabra divorcio, pero en el sentido que posteriormente tuvo la mera separación¹⁰, es decir, sin que en ningún caso se rompiera el vínculo, coincidiendo con la concepción de la doctrina católica de que dicho vínculo solo se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges¹¹.

La regulación de la situación legal de la mujer no cambió sustancialmente con la aprobación del CCiv de la observada anteriormente por Arenal y según la cual el derecho había absorbido y sistematizado las injusticias consecuencia de la fuerza de la costumbre¹².

Y, de hecho, nada varió sobremanera respecto de la situación jurídica de la mujer, particularmente la casada, desde el siglo XIX hasta 1978, con la única excepción “inútil por lo que de efímera tuvo” del periodo republicano (Gete-Alonso y Solé, 2014, pp. 816-817), “inutilidad” que entendemos puede leerse solo desde de la perspectiva histórica, no desde los anhelos de libertad y empoderamiento de la mujer que, aún de forma poco consistente y en ningún caso mayoritarios, se vivieron en aquellos años.

Con el franquismo desmoronándose, un manual universitario lamentaba la influencia feminista que posibilitó la Ley de Matrimonio Civil de 1870 para alabar la regulación contenida en el CCiv, que se insertaba “... en una línea más moderada, [en relación a los países de nuestro entorno] limitándose a recibir de los antecedentes Códigos latinos la técnica y una parte de su redacción, pero

¹⁰ Y que se encargó de poner de manifiesto el franquismo en la modificación del CCiv de 1958.

¹¹ “El divorcio solo produce la suspensión de la vida en común de los casados” (art. 104 CCiv, en su redacción de 1889).

¹² “La mujer más virtuosa e ilustrada se considera por la ley como inferior al hombre más vicioso e ignorante, y ni el amor de madre, ¡ni el santo amor de madre! Cuando queda viuda, inspira al legislador la confianza de que hará por sus hijos tanto como el hombre. ¡Absurdo increíble! Es tal la fuerza de la costumbre, que saludamos todas estas injusticias con el nombre de Derecho” (Arenal, 1869, pp. 12-13).

conservando nuestra concepción católica de la familia, con arreglo a los patrones tradicionales” (Lacruz y Sancho, 1974, p. 17).

El divorcio-separación del CCiv de 1889, que derivaba de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, precisaba de un cónyuge culpable, de un cónyuge inocente y de la alegación de una causa legítima, como el adulterio. Y la regulación de esta causa sirve de indicador de la concepción en la que se asienta ideológicamente, desde la misoginia, el legislador del momento. Así, el CCiv, en el artículo 105¹³ en su redacción de 1889, considera causa legítima de divorcio el “adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer”.

La misoginia, más o menos enmascarada en tratamiento preferencial para con la mujer, ve en el matrimonio y su mantenimiento *ad eternum* una ventaja para la mujer, que el sistema anterior a la Segunda República forma como madre de familia hacendosa¹⁴.

Se consideraba que el matrimonio era no sólo la situación ideal para la mujer sino un objetivo en sí mismo, pero lo cierto es que la mujer soltera disfrutaba de más derechos civiles que la casada, lo que, en cierto modo, la equiparaba al hombre, ya que podía enajenar y gravar sus bienes, arrendar y comprar, ser prestamista y fiadora y, en general, contratar libremente (Scanlon, 1986, pp. 123-158).

¹³ Al tiempo de proclamarse la Segunda República, la redacción del artículo 105 del CCiv enumeraba las causas legítimas de divorcio:

“1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2.ª Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.

3.ª La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

4.ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5.ª El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

6.ª La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua”.

¹⁴ “Dios confió al hombre la misión de ganar con su trabajo para atender a las necesidades de la familia, y encomendó, a la vez, a la mujer, a la madre, el buen empleo de los recursos adquiridos, la buena administración interior del hogar, el cuidado de toda la familia”, según se afirma en la lección primera de *La niña instruida. Fisiología e Higiene*, un libro de texto editado en 1901 (Azcarza, 1901, p. 5).

Y es que, en el plano estrictamente legal, el matrimonio suponía para la mujer una alteración de su situación jurídica. Así, el CCiv vigente al proclamarse la Segunda República obligaba a la mujer a obedecer al marido (art. 57¹⁵) y a seguirle donde fijase su residencia (art. 58¹⁶); el marido era el administrador de los bienes conyugales (art. 59¹⁷) y representante legal de su esposa (art. 60¹⁸) y la esposa no podía comprar o vender sin licencia del marido (art. 61¹⁹). La esposa sin licencia del marido podía únicamente otorgar testamento y decidir y operar respecto del patrimonio de hijos ajenos al matrimonio (art. 63²⁰).

Desde la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME)²¹ se lanzó en 1929, y a través de su revista *Mundo Femenino*, una campaña en petición de una reforma del CCiv en sintonía con algunos países del entorno, en el sentido de que

¹⁵ “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”.

¹⁶ “La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero”.

¹⁷ “El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384.

Si fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces”.

¹⁸ “El marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador. No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

¹⁹ “Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley”.

²⁰ “Podrá la mujer sin licencia de su marido:

1.º Otorgar testamento.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos”.

²¹ La Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME), fundada en 1918, fue la primera gran organización femenina que aglutinaba mujeres de clase media (maestras, escritoras, periodistas...), todas ellas sufragistas; entre sus miembros estuvieron María de Maeztu, Clara Campoamor o Victoria Kent. (Matilla, 2001, pp. 91-92).

la mujer casada conservase su nacionalidad; tuviese plena capacidad jurídica; no perdiera la capacidad de disponer de sus bienes; tuviese igualdad de derechos y autoridad sobre los hijos; ejercicio conjunto de la patria potestad y otras de índole económico (Lizarraga, 2001, p. 43).

Todas estas reivindicaciones fueron dirigidas a la Comisión de la Reforma del Código Civil con recursos dialécticos como “¿Cuándo tendremos las españolas la satisfacción de ser redimidas en dicho Código?” (*Mundo femenino*, 1931).

Ya proclamada la República, la ANME sumó a sus peticiones el voto para la mujer con independencia de su estado civil y otras como la investigación de la paternidad (Lizarraga, 2001, p. 44).

En cualquier caso, y hasta la Constitución de 1931, como resume la historiadora Mercedes Montero (2010, p. 134), la mujer no contaba en el ámbito social y sus funciones esenciales eran el matrimonio, la maternidad y la educación de los hijos.

En este contexto, hay una relación directa entre la igualdad entre los sexos y el divorcio, es decir, la reivindicación del divorcio como lucha por la igualdad. Por ello los argumentos en contra del divorcio reflejan el desprecio por la condición de la mujer; el CCiv de 1889, desde su aprobación hasta la recepción de los preceptos de la CE de 1978 y con el fugaz paréntesis republicano, normativizó el sometimiento de la mujer casada al marido e hizo que a menudo se visualizase el divorcio como reivindicación feminista²².

²² “El pensamiento reaccionario parece unánime en señalar que la única que podría recobrar su libertad por el divorcio es la mujer (...) al hombre, lo que la ley no le permite se lo consienten las costumbres...” (Alberdi, 1979, p. 83).

2.2. La Ley de Divorcio de 1932

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 introdujo el divorcio en la norma en consonancia con el artículo 43 de la Constitución de 1931²³. En un solo artículo, la Constitución republicana señaló la igualdad en el matrimonio, anticipó la Ley de Divorcio, hizo añicos la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos y propuso normas de investigación de la paternidad; es decir, asumió lo que habían sido las reivindicaciones feministas. Y fruto directo de este artículo fue la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y de la Ley de Divorcio.

La Ley de Divorcio tuvo duración corta e incidencia escasa, además de servir para fortalecer la institución familiar- mediante la regularización de situaciones ya consolidadas²⁴.

De cualquier modo, y paradójicamente, el divorcio fue, de hecho, uno de los principales caballos de batalla del debate de la Constitución de 1931. Tanto es así que, en su discurso de presentación del proyecto constitucional ante las Cortes, Luis Jiménez de Asúa (jurista elegido diputado por el PSOE que presidió

²³ “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño”.

²⁴ Así, en 1936, el índice de divorcios en España era de 165 divorcios por cada mil matrimonios, es decir, un índice muy bajo. “La Ley del Divorcio no dio lugar a una crisis del matrimonio o de la institución familiar tal como habían advertido algunos de sus adversarios. Al contrario, el uso moderado que se hizo de la nueva legislación parece confirmar el argumento de quienes lo enfocaban desde la perspectiva de una institución social que había de fortalecer la familia y el matrimonio, al actuar como válvula de seguridad para ratificar la situación de estos matrimonios irremediabilmente rotos, e incluso permitir establecer las condiciones necesarias para emprender una nueva experiencia matrimonial” (Nash, 1983, p. 29).

la comisión constitucional) defendió su constitucionalización comparando su importancia con la prohibición del castigo corporal:

No es posible, por tanto, argüir que no es constitucional cualquiera de los preceptos que en nuestra Ley fundamental van a figurar, y no lo es porque el ansia popular lo está reclamando; y cuando nosotros llevamos la prohibición de los castigos corporales y el establecimiento del divorcio, es para que un Parlamento veleidoso, el día de mañana, no pueda, contra los principios y derechos que en el pueblo reclama, vulnerar todas esas ansias populares que están latentes y la Cámara ha de recoger²⁵.

Destacadas feministas de la época, como Nelken, diputada por el PSOE en aquel momento, y Campoamor describieron la Ley de Divorcio como la primera que desarrollaba el concepto de igualdad contenido en la Constitución de 1931, pese a lo cual la propia Nelken²⁶ consideró que la mayoría de las mujeres españolas estaban en contra del divorcio, acaso por ver en el matrimonio un anclaje social (Scanlon, 1986, p. 273).

En el debate parlamentario, las posiciones fueron enconadas²⁷ por parte de los sectores conservadores católicos, pese a que la aprobación fue por amplia mayoría. En cualquier caso, el debate parlamentario de la Ley de Divorcio tuvo un indiscutible componente ideológico, más allá de la técnica legislativa. Así, autores como Daza (1991) concluyen:

Más que el triunfo de la razón laica o la puesta en práctica de un proyecto laico coherente, se buscaba la imposición de unos principios y de un sistema de valores que pusiera fin a la prevalencia de modos de pensar y

²⁵ Así se recoge en el *Diario de Sesiones de las Cortes* (1931, p. 644); tras estas palabras se escuchó el hemiciclo la expresión “muy bien”, según la transcripción.

²⁶ Nelken (1931) mantuvo que la mayoría de las mujeres representaban un peligro para la República por su sometimiento a la Iglesia. Una de las frases de este libro es especialmente significativa al respecto: “Las mujeres españolas realmente amantes de la libertad, han de ser las primeras en posponer su interés propio al del progreso de España” (p. 36).

²⁷ “(...) para oponerme a la totalidad de la Ley de Divorcio. Y he de atacar la Ley de Divorcio, no descendiendo a los detalles de su aplicación, sino combatiendo la institución misma”. Así comenzó la primera intervención, a cargo del diputado Santiago Guallar Poza (diputado por Zaragoza elegido en las listas de Unión de Derechas; doctor en Teología y canónigo), según se recoge en el *Diario de Sesiones de las Cortes* (1932, p. 932).

En esa misma intervención, Guallar (p. 993) calificó la Ley de Divorcio de ultraje a la Iglesia, como las iniciativas legislativas de secularización de cementerios o la disolución de la Compañía de Jesús.

criterios de vida en común que habían sido hasta entonces dominantes en Europa (p. 175).

2.2.1. El contenido de la Ley de Divorcio de 1932 y su previsión de modificación de efectos

La Ley de Divorcio de 1932²⁸ (art. 1) prevé la disolución del matrimonio “cualquiera que hubieran sido la forma y la fecha de celebración”²⁹; contempla un completo elenco de causas concretas (art. 3); distingue entre cónyuge inocente y culpable aunque también (art. 63) prevé el divorcio por “mutuo disenso”; establece (cap. III) una serie de efectos (entre ellos alimentos, ejercicio de la patria potestad, ejercida por quien tenga a los menores consigo); separación sin divorcio (cap. IV) y estipula el procedimiento (cap. V).

Desde el movimiento feminista se valoraron de forma muy positiva aspectos de la Ley de Divorcio como que una de las causas fuese el adulterio de uno cualquier de los cónyuges, el desamparo de la familia o los malos tratos (Lizarraga, 2001, p. 65).

También hace la Ley de Divorcio de 1932 una serie de previsiones respecto a la posibilidad de modificar los efectos del divorcio:

- a) Artículo 18. Modificación “en virtud de causas graves en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos” del régimen establecido respecto de qué cónyuge tenga consigo a los hijos menores.
- b) Artículo 19. Recobramiento de la patria potestad por muerte del cónyuge que la ostentaba, salvo causas graves.
- c) Artículo 21. Posibilidad de, a instancia de parte, modificar la guarda de los menores en caso de nuevo matrimonio de quien la ostentase. En caso de que este nuevo matrimonio implicase comunidad de bienes, “el padre o

²⁸ Fue aprobada por las Cortes el 25 de febrero de 1932 y publicada, en versión corregida por haberse detectado errores materiales en la publicación de 11 de marzo de 1932, en la *Gaceta de Madrid* de 12 de marzo de 1932.

²⁹ Scanion (1986) atribuye esta redacción al intento conservador, subsidiario a la no aprobación de la ley, de que éste no tuviese carácter retroactivo para evitar que los casados antes de la promulgación de la ley pudieran divorciarse. (p. 268)

madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda. En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos”.

- d) Artículo 31. “El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato (...)”.
- e) Artículo 32. “Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos”.

Del somero análisis crítico de estas previsiones puede inferirse que la Ley de Divorcio de 1932 preveía la modificación de los efectos del divorcio de forma precisa y desde la perspectiva de unos principios (interés del menor, protección del cónyuge más desfavorecido) que perduran en la norma vigente, lo que refuerza el planteamiento según el cual tras el pozo del franquismo en cierta manera se retomaron, muchas décadas después, algunos principios esenciales.

2.3. Franquismo, nacionalcatolicismo y regulación retrógrada

La Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al Divorcio contiene lindezas jurídicas del estilo de: “El nuevo Estado español anunció, desde el principio, la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras Leyes el sentido tradicional, que es el católico”, y disposiciones que incluían la nulidad de los divorcios acordados judicialmente y de las bodas celebradas con alguno de los contrayentes, o por supuesto los dos, divorciados.

Formalmente se volvió al marco normativo anterior a la Constitución de 1931, pero el retroceso se ahondó con el fortalecimiento del papel de la Iglesia y de los preceptos retrógrados respecto del rol que debía desempeñar la mujer³⁰ en la “nueva” sociedad surgida del 18 de julio de 1936³¹.

El referido marco normativo tenía en la potestad marital contenida en el artículo 57 CCiv³² una de sus máximas expresiones. Su justificación por la doctrina del momento empleaba planteamientos próximos a los que se utilizan para explicar en la actualidad la naturaleza de derecho-obligación de la potestad parental. Así, De Cossío y Corral³³ (1948) argumentó:

Esta relación jurídica que impone, de una parte, el deber de obediencia, y de otra, el de protección, en cuanto implica sometimiento de la mujer al

³⁰ La presunta protección de la mujer casada se manifestaba en “liberarla” del taller y de la fábrica. Así en el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1939 (art. II.1) se señalaba que “El Estado (...) prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica”. El Fuero del Trabajo, de inspiración fascista, constituye un ejemplo de normal transversal. Reformado en 1958, rigió las relaciones laborales hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores.

³¹ El rol de la mujer surgido del 18 de julio de 1936 tuvo larga vida. En 1974 en los manuales de Derecho aún se señalaba: “La situación de esposa, en definitiva, es próxima a la de un menor emancipado, o de la de una persona capaz, a la que se limita la posibilidad de celebrar algunos actos concretos para los cuales necesita un *complemento de capacidad*” (Lacruz y Sancho, 1974, p. 119).

³² “El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido”.

³³ Catedrático de Derecho y abogado. Evolucionó desde el franquismo a la oposición democrática al régimen.

marido, no es otra cosa que la consecuencia del poder marital que nuestro Código consagra siquiera dotado de un contenido ético y de una finalidad trascendente que, al limitarle a las exigencias del bien de la familia, proscribire la posibilidad de cualquier abuso (p. 13).

Ideológicamente, la virulencia contra el laicismo y, por ende, contra el divorcio como una de sus nítidas manifestaciones en el ámbito social, fue una de las principales señas de identidad del sistema político surgido del golpe de estado de julio de 1936. Los teóricos del fascismo, como Valls Taberner³⁴, cualificaron de agresión la legislación laicista republicana y uno de los motivos que hacían inevitable el golpe de estado.

Quando estalló el conflicto armado entre los dos grandes grupos de la sociedad española, el positivo y el negativo (...) y el Movimiento Nacional, defensor declarado de los principios fundamentales y de los intereses permanentes de España y de la Sociedad, adquiría en seguida el carácter de Cruzada en defensa de la Civilización cristiana, todo ello para acabar con el ateísmo, la masonería, el socialismo, el anarquismo, el anticlericalismo, el laicismo y la diversidad de sectas heréticas y antisociales enemigas todas por igual del Catolicismo romano, que es odiado por ellas como La Luz es aborrecida por las tinieblas. (Valls Taberner, 1939, pp. 157-158).

Estas palabras fueron pronunciadas por Valls Taberner en una conferencia en la Universitat de Barcelona el 16 de junio de 1939.

En consonancia con “devolver” las leyes al catolicismo, el franquismo sometió la ley civil a la Iglesia y al Código de Derecho Canónico en todo lo referido al matrimonio. Y así, en la modificación del CCiv de 1958, se eliminaron “antiguas dudas sobre si era posible el matrimonio civil cuando sólo uno de los contrayentes no profese la religión católica. En el artículo cuarenta y dos y en el ochenta y seis, que ahora se reforman, queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil”, según se expresa en la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del CCiv, para adaptar la norma interna al

³⁴ Doctor en Derecho y Filosofía, se inició en el catalanismo, fue diputado de la Lliga en el Parlament de Catalunya y en las Cortes españolas y abrazó el golpe de estado de 1936. A partir de 1939 ocupó diversos cargos y puestos, entre ellos el de catedrático de Historia en la Universitat de Barcelona.

Concordato con la Santa Sede concertado el 27 de agosto de 1953, motivo por el cual dicha modificación apareció publicada en el BOE (1958) por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

El matrimonio civil surgido de la precitada reforma quedó reservado a que ninguno de los dos contrayentes profesase la religión católica y esta circunstancia fuese probada, de acuerdo con la redacción del artículo 42 CCiv. Porque desde sectores del derecho canónico³⁵ se criticó que, durante el primer franquismo, se permitiera el matrimonio civil a través de la complementación del artículo 42 del CCiv mediante Orden de 10 de marzo de 1941, que facultaba a los jueces municipales a autorizar el matrimonio civil de quienes, a falta de prueba documental de su acatolicidad, presentasen una “declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios”.

Todo ello supuso la prohibición del matrimonio civil para los católicos hasta la Ley sobre Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967, consecuencia colateral del Concilio Vaticano II. De hecho, el TS³⁶ consideró nulos matrimonios civiles entre personas obligadas al canónico por ser católicas.

³⁵ Maldonado y Fernández del Torco (1959), catedrático de Derecho, canonista y procurador en las Cortes franquistas, señaló que: “La forma del matrimonio civil sólo podía, por consiguiente, permitirla el legislador de 10 de marzo de 1941, si no quería enfrentarse con las leyes de la Iglesia, en lo casos en que ninguno de los contrayentes hubiese sido bautizado en la Iglesia católica, ni hubiese estado sometido a ella en algún tiempo de su vida” (pág. 158).

³⁶ STS de 21 de octubre, STS de 12 de noviembre de 1959, STS de 12 de diciembre de 1961, STS de 3 de marzo de 1967 y STS de 16 de abril de 1967. En la STS de 21 de octubre de 1959, en la que se aplican conjuntamente normas del derecho canónico y del civil, señala: “No puede ofrecer la menor duda que tanto conforme al canon 1099, como a lo dispuesto en el artículo 42 del CCiv en su redacción anterior dada la fecha del matrimonio y Orden de 10 de marzo de 1941, la señora E. venía obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica; y como quiera que no lo hizo y, por el contrario lo celebró de forma civil y éste se practicó con los requisitos extrínsecos puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo; es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigante en pugna tanto a los preceptos canónicos como a los civiles enunciados”.

2.3.1. Separación y medidas en el Código Civil del franquismo

En la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modificaron determinados artículos del CCiv Civil también se fijaron los términos de forma adecuada a la concepción canónica del Estado, al establecer (artículo IV) que:

En el texto del Código, la expresión «separación personal» sustituye en la forma conveniente el término «divorcio» y sus derivados”, que en el preámbulo se justificó señalando que “Se ha querido también desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de algunos artículos y rúbricas de Secciones y en una disposición general para la que en todo el Código el término «divorcio» se substituye por la expresión «Separación personal».

No obstante, lo más relevante es la sumisión del Estado a la Iglesia en materia matrimonial, justificada en la acomodación del derecho interno a un tratado internacional (Concordato de 27 de agosto de 1953):

La declaración de la competencia de la Iglesia para conocer y definir las causas matrimoniales en materia de nulidad, de separación, de dispensa de matrimonio rato y no consumado y de aplicación del privilegio Paulino, pero sin prejuzgar acerca del procedimiento que habrá de seguirse en cada una de ellas. El artículo ochenta y dos respetando las exigencias canónicas, regula los efectos civiles de las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica en tales causas. La reforma de los artículos setenta, setenta y uno y setenta y tres para prevenir cualquier conflicto que pudiera dimanar de la discordancia con ordenamiento canónico dispone que deberá estarse a lo decretado acerca del cuidado de los hijos por el Tribunal que conoció sobre la nulidad o la separación de los cónyuges, reconociendo además discrecionalidad al Juez civil para mejor acomodarse a las peculiaridades de cada caso, todo ello cuando se den motivos especiales. Y se aumenta a siete años la edad de los hijos con los efectos que antes se atribuían a la edad de tres años, por aconsejarlo así la experiencia vivida desde la promulgación del Código Civil. (Ley de 24 de abril de 1958, preámbulo).

En dicho preámbulo también se justificó la “posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges”.

Tras la modificación de 1958, el CCiv, en su artículo 68³⁷, fijó las medidas que adoptará el juez durante la sustanciación del proceso de nulidad o separación del matrimonio, en las que el juzgador tiene una cierta discrecionalidad atendiendo a las circunstancias (a modo de ejemplo, sobre con qué cónyuge han de quedar los hijos o cuál ha de ejercer la patria potestad); discrecionalidad que, a falta de acuerdo entre las partes (previsto en el artículo 71), no existe en la ejecución de la separación (artículo 73³⁸), que, a partir de la atribución única o dual de la culpabilidad, establece la asignación del cuidado de los menores.

³⁷ Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes:

Primera. Separar a los cónyuges en todo caso.

Segunda. Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquélla.

Tercera. Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllos ejercerá la patria potestad.

En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del Protutor y Consejo de Familia a la autoridad judicial.

El Juez determinará el tiempo modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos.

Cuarta. En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas:

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.

Quinta. Señalar alimentos a la mujer, y, en su caso, al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa.

Sexta. Acordar, si procede, el abono de litis expensas determinando la cuantía y la persona obligada al pago.»

³⁸ La ejecución de separación producirá los siguientes efectos:

Primero. La separación de los cónyuges.

Segundo. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso a los niños menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro

Respecto a la posibilidad de la modificación de los efectos acordados, el CCiv modificado en 1958, y al margen de la eventual variación entre lo acordado como consecuencia de la admisión de la demanda y lo dispuesto en ejecución, preveía:

1. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos (art. 73).
2. Los hijos, al cumplir los siete años de edad, pasarán al cuidado del padre si lo estaban al de la madre, pese a ser esta culpable, por mera cuestión de edad (art. 70).
3. Los tribunales podrán adoptar “medidas convenientes” respecto de los menores en caso de reconciliación entre los cónyuges si la separación se fundó en conato o connivencia de los progenitores para “corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas³⁹”, en el supuesto de que los menores estuviesen aún bajo la patria potestad de algunos de sus progenitores (art. 74).

caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

Sin embargo de lo anteriormente establecido si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.

Tercero. Perder el cónyuge culpable todo lo que hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

Cuarto. La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que les correspondan.

Quinto. La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos.

Sexto. El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo mil cuatrocientos treinta y cuatro.

³⁹ Ilustrativa de la concepción moral-terminológica imperante la distinción entre corrupción aplicada a los varones y prostitución a las mujeres.

2.3.2. Tardofranquismo y divorcio

El concreto rol que la mujer debía desempeñar en la sociedad y la proscripción del divorcio como consecuencia de todo ello y, en especial, de la exaltación del matrimonio como fin y meta de la mujer, fue mantenido por el franquismo hasta sus estertores; y ello pese a que la sociedad, superada la autarquía e inmersa en el desarrollo económico, era receptiva a otros modelos de vida a los que tenía acceso por fenómenos como la emigración, el turismo, el cine o los medios de comunicación. “La idea que el matrimonio significaba el éxito de la condición femenina y la soltería el fracaso, se mantuvo afincada hasta que los aires de fuera dieron lugar a los grandes cambios sociológicos que se produjeron en este país bien avanzada la década de 1960” (Abella, 1985, p. 160).

Fue entonces cuando una nueva generación urbana que no había conocido directamente el marco normativo republicano se planteó el divorcio como tema de debate, lo que fue percibido por el régimen como un nuevo y enésimo frente de amenaza. “El paso de la familia extensa y tradicional a la nueva familia nuclear y urbana, los cambios en los hábitos convivenciales y las nuevas modas enfrentaban a las generaciones y abrían grietas en los matrimonios. Las separaciones legales y el número de conflictos conyugales se multiplicaban y el divorcio se perfilaba como una amenaza para los valores imperantes” (Larumbe, 2004, p. 67).

En aquel contexto, fue definitivo para azuzar el debate el hecho que Italia aprobase una ley de divorcio en 1969, aunque restrictiva, ratificada en referéndum en 1974, y que el Vaticano, como consecuencia de los cambios impulsados a raíz del Concilio Vaticano II, mantuviese una posición menos beligerante ante cualquier atisbo de cuestionamiento de la institución matrimonial. En el referéndum italiano, el mundo laico y los católicos progresistas se unieron para sumar un 58% a favor del divorcio, mientras el Vaticano rehusó convertir la cuestión en cruzada (Arias, 1980). Cuando se aprobó en el Parlamento italiano la ley de divorcio, el periódico *ABC* publicó una crónica de su corresponsal en Roma

que parecía escrita en clave española⁴⁰ y que preveía, equivocadamente, un rechazo mayoritario en caso de referéndum.

El franquismo se quedó en compañía de estados como el Vaticano y Andorra defendiendo en su norma el carácter indisoluble del matrimonio. Portugal, la otra dictadura que quedaba en Europa occidental, restringió en 1966, en aplicación del Concordato de 7 de mayo de 1940, el divorcio al matrimonio civil, pero modificó éste, en marzo de 1975 y ya tras la Revolución de los Claveles, estableció la aplicación del divorcio también a los matrimonios católicos (Corral, 1992, p. 47).

Ello no obstante, y pese al contexto internacional, el franquismo sí mantuvo esa beligerancia respecto del divorcio, en contra del mero debate sobre el mismo y en defensa del orden moral tradicional, sancionando a los medios de comunicación⁴¹ que abordaban la cuestión seriamente mientras no podía impedir que publicaciones amables, también con el régimen, como *Hola*, se refiriesen constantemente a divorcios y separaciones de los famosos del momento, incluidos los nacionales. De forma paralela, los adláteres del régimen protagonizaban exaltaciones del matrimonio contraponiéndolo al divorcio y empleando el *caso italiano* como hilo conductor⁴².

⁴⁰ “La familia cuenta todavía mucho (...) Y las mujeres italianas, en general, no son muy propicias a que se abra un cauce a la disolución matrimonial, entre otras razones porque el matriarcado es una institución, suavemente celada, pero firmemente asentada” (Cortes-Cavanillas, 1969).

⁴¹ Un ejemplo de ello es el secuestro del número extraordinario de 25 de abril de 1971 de la revista *Triunfo*, dedicado al divorcio. El Ministerio de Información y Turismo, dirigido por Manuel Fraga Iribarne, “consideró que sus contenidos eran un claro alegato a favor del divorcio y en contra del matrimonio y la familia tradicional, por lo que decretó su secuestro, la suspensión por cuatro meses, la imposición de una multa de doscientas cincuenta mil pesetas y el procesamiento de cuatro colaboradores por *difundir ideas y noticias tendenciosas, que atacaban la moral y buenas costumbres*” (Larumbe, 2004, p. 68). Esta autora también cita las medidas del régimen contra *Diario Femenino* por abordar la cuestión.

⁴² Especialmente significativo en el tiempo y comentado en su momento fue el artículo “El divorcio, el agua y el vino”, de Pemán (1970), publicado en la tercera página del periódico *ABC*, en el que concluye que el divorcio no se derrota más que con una aceptación abierta del complejo psicofísico del amor, no sin antes arremeter contra los gobernantes católicos de Europa (en alusión directa a la Democracia Cristiana italiana por la ley del divorcio de ese país) por flirtear con el laicismo y aprobar el “divorcio matrimonial, cien veces antes que aprobar el divorcio político con las izquierdas”. La tercera, como se conoce el artículo de opinión que publica este periódico en

Y también es especialmente relevante que la Iglesia, por un lado, mantenía una postura de virulenta oposición a las normas divorcistas surgidas de los gobiernos de UCD pero, por otro lado, había contribuido a la socialización de la ruptura matrimonial, con la colaboración en la divulgación por parte de la prensa rosa, de las nulidades eclesiásticas como forma de ruptura del vínculo matrimonial católico, “costosa e hipócrita, reservada a una casta de privilegiados a través del monopolio en la materia de las autoridades eclesiásticas. Ya iba siendo hora de que los ciudadanos sin recursos económicos, huérfanos de contactos en las alturas o incapaces de simular dramas calderonianos, perversiones sádicas, o reservas mentales, pudieran disponer de un procedimiento judicial para solucionar, ante los Tribunales del Estado, situaciones familiares conflictivas o fracasadas” (El divorcio de UCD,1981).

Mientras el franquismo en su estadio último se aferraba al matrimonio indisoluble *versus* el divorcio como una de sus señas de identidad frente a la Europa democrática, la sociedad española se mostraba mayoritariamente partidaria del divorcio pese a la propaganda del régimen y al acallamiento del simple debate, impensable hoy pero posible en la sociedad de aquel momento a través del control, cuando no la simple y contundente censura, sobre los medios de comunicación social.

Así, en 1974, y de acuerdo con un estudio de la Fundación Foessa, vinculada a Cáritas, la mayoría de la población (71,6%) admitiría el divorcio en España, estando más hombres y clases más pudientes y formadas a favor del divorcio que mujeres y clases con menor poder adquisitivo y menor formación (De Pablo, 1976, p. 395). Otros estudios citados por Alberdi (1979) apuntan en la misma dirección.

Por todo ello, se infiere que el franquismo perdió su particular cruzada contra el divorcio iniciada con la Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al Divorcio y que, a la muerte del dictador, la sociedad española era mayoritariamente

su tercera página, era en aquellos momentos una de las principales tribunas de opinión del Estado.

partidaria del divorcio como posibilidad legal, aunque, pese a ello, la concreción normativa se postergó hasta 1981.

2.4 La Ley 30/1981

Con la aprobación de la Ley 30/1981 de 8 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, conocida como Ley del Divorcio, el Estado español recuperó la normalidad respecto a la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura.

La aprobación constituyó un hito de la transición⁴³ y permitió visualizar la implosión de la UCD, que vio rechazada su llamada “cláusula de dureza” introducida en el Senado y con la que se pretendía que el juez pudiese denegar el divorcio si consideraba que con ello se producía un grave perjuicio a alguno de los implicados. Los diputados ejercieron el voto secreto, lo que hizo que una treintena de diputados de UCD rompiesen la disciplina de voto; el impulsor de la Ley -el socialdemócrata Francisco Fernández Ordóñez- ya lo había advertido cuando fue nombrado ministro de Justicia, en septiembre de 1980: “En el tema del divorcio, que es de importancia histórica intentaré negociar una ley aceptable por todos y adaptada a la situación social de España. De cualquier forma, es algo para tratar con mucha prudencia y moderación” (Fernández Ordóñez: "Negociaré una ley de divorcio aceptable por todos", 1980).

Es preciso también subrayar que, en contra de lo que hizo la Constitución de 1931, la de 1978 fue menos taxativa en su previsión respecto del divorcio, limitándose el artículo 32.2 a determinar: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”; y que, pese a constitucionalizar el divorcio, el legislador eludió utilizar el término “divorcio” que, recordemos, fue eliminado de las normas en la modificación del CCiv de 1958.

Las presiones de la derecha más conservadora y, especialmente de la Iglesia, habían logrado que el divorcio siguiese fuera de la norma cuatro años después

⁴³ La aprobación por el Pleno de Congreso, el 22 de junio de 1981, fue también un hito informativo. Véase la noticia ‘Ya hay divorcio en España’ (1981), destacada en la portada de *La Vanguardia* del 23 de junio de 1981.

de las elecciones de junio de 1977 y casi seis después de la muerte del dictador. Y ello pese a la aceptación mayoritaria por parte de la sociedad española, para la que el *divorcio republicano* seguía, casi cuarenta años después, en su memoria sin que los años grises del franquismo la hubiese disipado, al menos totalmente, en la doble dimensión de referencia a otra posible situación jurídica (obviamente, retroalimentada por factores como el consumo de cine extranjero) y a los casos cercanos (divorcios pretéritos en el círculo familiar o relacional en los que los protagonistas ya habían fallecido o eran de edad muy avanzada).

En este sentido, es significativo en relación con la continuidad legal que, en su disposición transitoria primera, la Ley 30/1981 de 7 de julio dispuso: “Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente”. Y como ocurrió durante la República, los primeros años de vigencia de la Ley 30/1981 de 7 de julio sirvieron para regularizar situaciones consolidadas⁴⁴, para poner en orden jurídico convivencias en situación de pecado para la Iglesia o de amancebamiento desde la perspectiva de la norma hasta hacía poco en vigor; o simplemente para permitir a las personas manifestar su estado sin rubor, al menos, de trascendencia jurídica.

En cualquier caso, a mediados de la década de los setenta del siglo pasado, y coincidiendo con la muerte del dictador, confluyeron una serie de factores como el régimen de libertades, un mayor bienestar económico, el cambio de costumbres y usos sociales o la apertura real de fronteras, que contribuyeron a potenciar la aparición de pautas de comportamiento familiares diferentes a las del franquismo (Alberdi, 1979).

⁴⁴ A mediados de octubre de 1981, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lleida emitía el fallo del primer divorcio. Rafael Hueso tenía 64 años, a punto de jubilarse, residía en las cercanías de Marsella y hacía 36 años que vivía separado de su ya exesposa con la que se había casado en Lleida hacía cuarenta años. (El primer divorciado, a punto de jubilarse, 1981, p. 27) El primer día de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio, el 10 de agosto de 1981, se presentaron en los juzgados de Barcelona 29 demandas de divorcio, frente a las dos formalizadas ante los juzgados de Madrid, según informó al día siguiente *La Vanguardia*. (Veintinueve demandas de divorcio en el día de entrada en vigor de la ley, 1981, p. 159.

En 1981, respecto de 1932, ni la Iglesia tenía la influencia sobre la sociedad en general ni sobre la mujer en particular; ni tampoco sus posiciones eran tan virulentas. Ello no obstante, sí reafirmó que los católicos divorciados y vueltos a casar civilmente quedarían excluidos de la comunión; lo hizo mediante la difusión, el 15 de diciembre de 1981, de un exhortación del Papa Juan Pablo II (de carácter universal, pero que coincidió con los primeros meses de vigencia de la Ley 30/1981 de 7 de julio) en la que se argumentaba que la administración de la comunión a los divorciados suponía un mensaje confuso respecto a la indisolubilidad del matrimonio; la exhortación también atribuía al matrimonio civil, pese a no aceptarse, la categoría de mal menor respecto de las “uniones libres” (A los católicos divorciados y vueltos a casar no se les dará la comunión, 1981, p. 21).

Del hecho que el debate de la Ley del Divorcio fue virulento y que existe, o al menos existió, una cierta transversalidad del nacionalcatolicismo es ejemplo este fragmento del libro de Monzón Navarro (2016), más conocido como El Gran Wyoming:

Aún recuerdo los debates en el Congreso sobre la ley del divorcio, ya en los ochenta, y cómo algunos de los políticos que reivindicaron y reivindican el espíritu de la Transición y constantemente citan la Constitución como guía pertenecían al grupo de los acérrimos opositores a ese derecho tan elemental como es la decisión de una pareja de continuar su vida en la forma que estimen conveniente (p. 99).

En cualquier caso, y desde la perspectiva estrictamente sociológica, el divorcio reinstaurado en España en 1981 supuso que, por primera vez en más de cuarenta años, matrimonio y familia no tuvieran porque ser, socialmente, lo mismo.

A partir de la ley del divorcio pueden existir familia con matrimonio disueltos. También el matrimonio religioso cede su valor natural de monopolio familia frente al civil y queda relegado al ámbito de decisión privado. Son las personas las que deciden contraer o disolver el matrimonio, rompiendo el tabú religioso y legal de la indisolubilidad (...) El divorcio abre el camino de segundo o sucesivos matrimonios (Del Fresno, 2008, p. 178).

Y, precisamente, estos segundos “o sucesivos” matrimonios constituirán un elemento esencial o dinamizador por sus consecuencias (nuevos hijos, cambios de residencia, nuevas cargas familiares...) del cambio sustancial de circunstancia que conducirá a los procedimientos de modificación de medidas.

Entre su promulgación en 1981 y su reforma de 2005, la Ley de Divorcio fue interpretada por los tribunales con criterios sociológicos ex artículo 3 CCiv⁴⁵, lo que permitió ya romper los corsés impuestos por el legislador referidos a las causas y su expresión. Porque, como pondrá de manifiesto la Ley 15/2005 de 8 de julio, con la Ley 30/1981 de 7 de julio, el matrimonio no podría disolverse como consecuencia de un mero acuerdo en tal sentido entre los cónyuges. Pero los tribunales se acogieron a la desaparición de la *afecctio maritalis* como expresión genérica de la ausencia de voluntad de cumplimiento de los deberes conyugales, requisito impuesto por el legislador de 1981.

En cualquier caso, desde la perspectiva de la recepción social del divorcio con separación previa obligada diseñada por el legislador de la transición, puede afirmarse que el divorcio era menos asequible y más lento que en la mayor parte de los países occidentales, que en la década de los sesenta habían dejado atrás el divorcio-sanción y habían apostado por el divorcio-ruptura, lo que en la práctica convertía la ruptura del vínculo matrimonial en España en un divorcio-sanción (Madruga, 2006, pp. 212-213).

En el sentido expuesto, pueden entenderse la separación previa y la causa impuesta por el legislador de 1981 como unos de los últimos indicadores en materia de normativa de familia que pueden relacionarse directamente con el franquismo y/o nacionalcatolicismo. Y en ambos casos con incidencia directa en el cómo y el cuándo abordar una actualización de las medidas en vigor a las eventuales nuevas realidades, en un contexto social y económico ya inmerso, aunque de forma tardía en relación a los países del entorno, en lo que desde un

⁴⁵ Primordial en este sentido la STS 1464/1985 de 11 de febrero, en la que se alude al artículo 3.1 CCiv para entender que tirantez, desafección y discordia entre los cónyuges hacen intolerable la convivencia.

sector de la sociología se acuñó como postmodernidad y camino de la sociedad líquida baumiana.

2.5. La Ley 15/2005 como superación del franquismo

Si bien la Ley 30/1981 de 8 de julio, supuso la normativización del divorcio en España, como ya se ha expuesto, el legislador se vio lastrado por los planteamientos propios del franquismo en comunión con los de la Iglesia; fue un divorcio del “si, pero...” en el que, como recoge la exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el CCiv y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio “tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-*sanción*” y, lo más significativo, el matrimonio no podía disolverse como consecuencia de un mero acuerdo entre los cónyuges.

La exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio, es ejemplar en cuanto objetiva las disfunciones de la norma divorcista de 1981:

- a) El divorcio se concebía como un último recurso y sólo cuando no era posible la reconciliación tras un periodo de separación.
- b) En el procedimiento había que acreditar el “cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión”.
- c) Todo ello condujo a que la norma provocaba “casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal”.
- d) La dinámica socio-jurídica evidenció carencias y disfunciones, e hizo que los propios tribunales, “sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas”.

Con la Ley 15/2005 de 8 de julio, los cónyuges, como efímeramente en los años de la República, podrán divorciarse sin tener que alegar motivo más allá de su propia voluntad, ya que se introdujo en la norma un concepto primordial, lo que en la exposición de motivos se definió como “ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial”. Y aunque la norma mantiene la posibilidad de la separación previa al divorcio, su no obligatoriedad la redujo a un mero exotismo en la práctica forense⁴⁶.

Desde una visión crítica a la Ley 15/2005 de 8 de julio, el profesor Andrés Domínguez (2007) argumentó:

Nos encontramos ante una institución jurídica que se basa en la existencia constante del consentimiento de los dos cónyuges. El matrimonio se inicia sobre la base del consentimiento de dos personas, y va a subsistir siempre que se mantenga constante ese consentimiento. Por ello concluye con la manifestación realizada por uno o por los dos cónyuges de que ya no mantienen ese consentimiento (divorcio), o de que lo mantienen pero sujeto a la separación (p. 60).

El Gobierno presidido por el socialista Rodríguez Zapatero impulsó, pues, una reforma legislativa que, definitivamente, convirtió legalmente en España el matrimonio en una institución propia de la sociedad líquida, sometida a la voluntad permanente de sus actores respecto a su continuidad.

Desde la perspectiva del análisis del negocio jurídico, algunos autores consideraron que el matrimonio, con la Ley 15/2005 de 8 de julio, dejó de ser no solo un contrato sino también un negocio jurídico, porque los contratos o, en general, los negocios jurídicos se caracterizan por la necesidad de cumplir lo pactado (Flors, Montero y Arenas, 2006, p. 66). Estos autores incluso

⁴⁶ Lo predijo el profesor Sánchez en 2005: “En el futuro, la separación judicial quedará para aquellos cónyuges que quieran ver en ella una salida a sus desavenencias personales y que pretendan el mantenimiento del vínculo matrimonial bajo sus inherentes efectos, quizá pensando en una reconciliación no descartada *ab initio*” (p. 134).

consideraron que la Ley 15/2005 de 8 de julio, “ha dado lugar a lo que se había estimado imposible por contrario a nuestro orden público”⁴⁷.

En sentido contrario, y más en sintonía con el legislador de 2005, Sánchez (2005), resumió con contundente simplicidad el cambio legislativo:

El divorcio no dependerá de la demostración de que concurre causa alguna, ni tampoco de una previa separación ineludible, sólo dependerá de la voluntad expresa de uno o de los dos contrayentes (...) El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio. Se consagra pues, el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio (pp. 135-136).

⁴⁷ Y citando a Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2005): “No existe un derecho individual y libérrimo de la persona a la recuperación de su libertad”, pues “cualquier institución de este tipo, que pudiera existir en otros ordenamientos jurídicos hay que considerarla hoy como contraria al orden público de nuestra cultura. (...) Esa institución no puede dejar de ser semejante a los repudios hebraico y coránico, que es a lo que ha acabado por parecerse la separación o el divorcio por la voluntad de uno de los cónyuges y sin causa” (p. 111).

2.6. La modificación de medidas desde 1981

El legislador posterior al franquismo estricto previó la modificación de las medidas que se acordasen o dictasen, enlazando, con una mayor concreción, con la tradición legislativa al respecto.

Así, la redacción del artículo 90 del CCiv surgida de la Ley 30/1981 de 7 de julio, previó que “las medidas que el Juez adopta en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”, como enunciado principal al respecto.

Igualmente, en lo referido a la pensión compensatoria, se contempló su extinción o reducción (artículos 100 y 101 CCiv). Y, asimismo, en los supuestos de pensión de alimentos o compensatoria se previó la actualización, en unos momentos en los que la inflación era de dos dígitos⁴⁸.

La Ley 15/2005 de 8 de julio, apenas introdujo cambios en lo referido a modificación de medidas, ya que se limitó al artículo 775.2 LEC para resolver de forma definitiva que no se está ante una cuestión incidental.

En cualquier caso, es preciso subrayar que sólo y únicamente con una ley de divorcio consolidada normativa y socialmente se aborda la posibilidad real de solicitar de los tribunales una modificación de medidas, atendiendo al hecho que en los primeros años de vigencia de las sucesivas leyes de divorcio éstas dieron respuesta a situaciones ya consolidadas y, en todo caso, las medidas acordadas lo fueron en aquel momento, con la salvedad de las que habían sido dictadas con anterioridad a la Ley 30/1981 de 7 de julio, de significancia cuantitativa poco relevante y en la mayor parte de ocasiones procedentes de los tribunales eclesíásticos.

⁴⁸ En 1981 el IPC varió un +12,2%; en 1982 un +11,7 y en 1983 un +10,4%. Valores obtenidos del cálculo de variaciones del IPB en www.ine.es

Pero la realidad social de la España actual es muy distinta –prácticamente antagónica y más allá de las cifras– de aquella a la que el legislador de 1981 pretendía dar respuesta, en palabras del ministro impulsor de la Ley 30/1981 de 7 de julio, Fernández Ordóñez, y que incluyó, prácticamente mantenido hasta hoy, el diseño jurídico de la modificación de medidas.

No es controvertido que la española es una de las sociedades que más ha evolucionado en las últimas décadas, y que esta evolución se ha concretado en determinadas normas, como la que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; entendemos que es así en perspectiva histórica, pese a involuciones como la referida a la interrupción del embarazo.

La relación entre matrimonios y divorcios, la minorización del matrimonio canónico, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción internacional o la gestación por subrogación como formas normalizadas de acceso a la maternidad o paternidad, la custodia compartida y las familias reconstituidas son manifestaciones no sólo de que la sociedad para la que y en la que se hicieron unas leyes ha cambiado, sino que el cambio permanente, lo que podríamos denominar naturaleza líquida de la sociedad, se ha instalado en la vida de las personas y la estructura social; y lo ha hecho más allá de planteamientos ideológicos, lo que le aportado una transversalidad que la asienta⁴⁹, con la contradicción conceptual que ello supone.

En sentido estricto, la norma positiva en caso de crisis de pareja dispone lo que podríamos denominar “ámbito de intervención”. Y lo acotó el legislador de 1981 al modificar el artículo 90 del CCiv y determinar el contenido mínimo del convenio regulador y en el artículo 91 al establecer –en ausencia de convenio– sobre qué aspectos el juez debe establecer las medidas. Y ambos artículos prevén ya la modificación de las medidas por alteración sustancial de las circunstancias.

⁴⁹ A modo de ejemplo cuasi retórico al respecto: el Partido Popular en el poder y con mayoría absoluta ni se planteó reformar la norma que, desde 2005, permite el matrimonio entre personas del mismo sexo después de que, en 2012, el TC avalase dicha norma rechazando con ello el recurso planteado en su día por el propio PP.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la cifra de divorcios y separaciones en España está estabilizada en el siglo XXI por encima de los 100.000 al año, con un máximo histórico en 2006 de 145.919, mientras que en 2016 fueron 101.291; la explicación al aparente descenso de rupturas matrimoniales es simple: el INE contabiliza separaciones y divorcios, cuando la importancia cuantitativa de las separaciones se está convirtiendo en residual desde la reforma de 2005 que permitió solicitar directamente el divorcio.

En ese mismo año 2016, según el INE (Nulidades, separaciones y divorcios. Valores absolutos y variaciones internuales) el número de matrimonios fue de 175.343; es decir, por cada 1,74 matrimonios hubo un divorcio o separación, de lo que se infiere otro fenómeno directamente relacionado con el objeto del presente trabajo: las familias reconstituidas, auténtico “motor” de procedimientos de modificación de medidas.

Y todo ello con la sustantividad cada vez más relativa que tienen las cifras de matrimonios y divorcios, por cuanto, como indicador de la sociedad líquida, emergen las uniones *more uxorio*, de complejo o cuasi imposible abordaje estadístico por la confusión a estos efectos con otros tipos de convivencia, y que solo se manifiestan cuantitativamente en caso de ruptura con hijos menores a través del indicador de medidas paternofiliales. De todo ello podría inferirse que la realidad de la sociedad líquida en lo referido a uniones de pareja hace compleja, cuando no imposible, su cuantificación estadística, pudiendo ser solo abordada desde la perspectiva y metodología cualitativa con apoyo en determinados indicadores que sí permiten la cuantificación estadística, como el precitado de medidas paternofiliales.

La Ley 30/1981 de 7 de julio, llegó con una realidad, al menos legal, muy distinta a la actual, con una cuantificación de 0 divorcios al año. En 1980 sólo el 4,5% de los matrimonios fueron civiles, mientras en 2016 lo fueron el 72%, lo que constata la secularización del vínculo matrimonial y que, en el periodo, lo que era residual se ha convertido en mayoritario.

En la siguiente tabla –de elaboración propia a partir de datos del INE⁵⁰– se recogen datos de maternidad, matrimonios y divorcios comparados entre 1981 y 2016.

		1981	2016
Maternidad	Tasa bruta natalidad	14,1	8,80
	Indicador coyuntural de fecundidad	2,03	1,34
	Edad media maternidad	28,2	32
Matrimonio	Total	202.037	175.343
	% Civil	4,5%	72,16%
Divorcios		-	98.824

De todo ello se constata que la sociedad líquida actual dista sobremanera de aquella en la que el legislador de 1981 diseñó el procedimiento de modificación de medidas de forma aparejada a la normativización del divorcio, normalizado socialmente hoy con todas sus consecuencias legales y relacionales. Y ello conlleva que los cientos de miles de unidades familiares que, previsiblemente, organizan sus relaciones mediante las llamadas medidas definitivas dispongan para su eventual modificación y adecuación a nuevos escenarios de normas sustantivas y procesales surgidas en un contexto social distante cuando no contrapuesto.

⁵⁰ El INE -en sus series históricas sobre nupcialidad y por motivos metodológicos- excluye los matrimonios entre personas del mismo sexo. De ahí la diferencia entre la cifra de matrimonios celebrados en 2016 y la que aparece en esta tabla.

3. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y MEDIDAS PATERNOFILIALES VS. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

3.1. Aproximación sociológica

En la sociología clásica, entendiendo por ésta la surgida a mediados del siglo XIX con la obra de Comte, la familia aparece como una institución gobernada por leyes naturales, resistente al cambio y que debe interiorizar las normas externas para garantizar su viabilidad. Para Comte se trata de la primera forma social y tiene una gran función moral en cuanto que establece y es el medio de transición del orden personal al orden social, elevando la personalidad a la sociabilidad (Riezo, 2007, p. 129).

La teoría de Comte respecto de la familia, moderna por derivar de la Ilustración, se fraguó en un contexto en el que cualquier forma de familia ajena a la tradicional se omitía como motivo de estudio y teorización. Con las teorías sociológicas posmodernas “el individuo aislado, sin pautas de comportamiento dadas, es el único responsable de sus acciones, aproximándose de forma irremediable a una propuesta nihilista sin tragedia” (Del Fresno, 2008, p. 137).

Adorno y Horkheimer (1969), ya en es los años sesenta del pasado siglo, alertaron que mientras la familia garantizó protección y calor a sus miembros, éstos justificaban su autoridad, pero que, en un mundo en el cual la capacidad técnica y la habilidad frente a cualquier situación comienzan a ser decisivas para la suerte de cada individuo, la familia tradicional pierde su papel, como se constata en aspectos como el de la herencia⁵¹, que se vacía de todo sentido; y consecuencia de todo ello es que “la familia sólo se puede conservar ahora como ‘institución de cultura’ neutralizada, y semejante supervivencia ataca justamente a su nervio vital” (p. 142). Adorno y Horkheimer hablan, entendemos que como prolegómeno *avant-la-lettre* del concepto de sociedad líquida de Bauman⁵², de que los

⁵¹ Enlazamos y nos remitimos a lo ya señalado respecto de la legítima y una de las conclusiones acerca de la pérdida de función de esta institución contenida en de la tesis *El judici de petició de lilegítima* (Orriols, 2015).

⁵² Bauman (2006) reivindica el pensamiento de Adorno y da por superada la etapa en la que los individuos, a través de lo que denomina “Estado social”, disponían de “un seguro colectivo que cubriera el posible infortunio de un individuo o de una categoría de ellos”, por lo que, asevera, en “este capítulo de la historia moderna (...) los proyectos de emancipación contenidos en el legado de Adorno han sido anotados en pedazos de papel e introducidos en botellas” (p. 195).

individuos se “tornan fungibles” en la vida profesional y familiar y, como consecuencia, la familia, como institución, cumple cada vez menos su función de instrucción y educación.

De todo ello se infiere que el divorcio ha sido percibido por la sociología como el principal elemento visualizador de lo potencialmente efímero de la institución familiar en su configuración clásica, desdeñando abordar que los mismos factores que llevan al divorcio conducen también a la posibilidad que el *statu quo* surgido de un divorcio se puede ver sacudido en una o varias ocasiones, y que por ello será preciso actualizar las reglas del juego pactadas o acordadas en su momento. O que no toda institución familiar, incluso las regidas por normas clásicas de funcionamiento interno y proyección social, está reglada por el matrimonio-institución jurídica⁵³.

De hecho, Garzón⁵⁴ (2014) advierte que los cambios sociales y transiciones familiares ocurridos han tenido como consecuencia que también en el estudio de la familia se ha pasado de los estudios clásicos de la sociología y otras ciencias sociales al desarrollo de la *ciencia de familia* y que la familia “tuvo una función económica, jurídica, política y educativa, pero parece cerrar su ciclo convertida en una red de relaciones afectivas” (p. 40), lo que coincide con la versión baumaniana del amor, en su múltiples manifestaciones, como única ancla de las relaciones de pareja. Garzón subraya que, funcionalmente, la familia se ha visto desplazada de su clásico papel económico, que ahora asumen nuevas estructuras y organizaciones económicas, y recoge posiciones como la de Fiske⁵⁵, según la cual, desde la esfera económica, la relación entre recursos y

⁵³ España se sitúa, dentro del contexto europeo, en un grupo medio de países en relación al tipo de convivencia (matrimonio-pareja formalizada-pareja sin formalizar) junto a estados como Alemania, Reino Unido o Portugal, alejado del modelo tradicional representado por estados como Grecia, Turquía o Croacia y distante también del grupo de estados en los que, como Noruega, Dinamarca, Finlandia o Francia, sólo alrededor del 40% de las convivencias son matrimoniales, mientras que más del 18% simplemente son cohabitacionales y una franja de más del 38% son solteros que viven en pareja (Noack, Bernhardt y Wiik, 2014, pp. 20-21).

⁵⁴ Catedrática de Psicología Social de la Universitat de València.

⁵⁵ Profesora del departamento de Psicología de la Universidad de Princeton (New Jersey).

poder dentro de la familia se diluye, como se manifiesta en el hecho que no necesariamente quien controla los recursos e ingresos de una familia es la persona de una posición superior dentro de la misma; es la subversión del orden social privado mantenida durante siglos y coincidente con una determinada concepción de orden público.

Todo ello, que recoge cualquier reflexión sociológica o análisis cuantitativo de indicadores y a lo que el sistema judicial da respuesta diaria, es visto por parte de la doctrina jurídica como una auténtica pesadilla, abandonando con ello el pragmatismo⁵⁶ que se atribuye al derecho de familia. Ejemplo de esta frustración respecto a una realidad que, haciendo un juego de palabras, parece sólida en un mundo líquido, es la opinión de juristas según los cuales la ruptura de amores y vínculos constituye una epidemia en expansión que deja a las personas a la merced del pactismo y la judicialización excesivos.

La familia en la era de la globalización, de la mal llamada ‘posmodernidad’ (nombre vacío de significado), es una familia con heridas visibles: la disgregación de sus miembros, la violencia doméstica, la reclamación constante de derechos (...), el tedio de lo cotidiano, la incomunicación entre sus miembros (...), padres que declinan su autoridad (...) (Alonso, 2011, p. 112).

Sería esta una posición de cierta virulencia hacia una realidad que se reconoce pero que se detesta y se aborda con prevención y prejuicio ideológico por cuanto cuestiona un orden tradicional al que se atribuye condición de natural.

En contraposición, otros juristas, como el magistrado Pereda Gámez (2016), y que entendemos reflejan la posición mayoritaria, reclaman visiones sociológicas y antropológicas a la hora de abordar cuestiones candentes del derecho de familia, como la guarda compartida, convencido de que:

⁵⁶ Ya en el Código de las Siete Partidas se aceptan las relaciones libres como mal menor: “Barraganas defiende santa iglesia que non tenga ningunt cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los antiguos que ficieron las leyes consintieron que algunos las pudiesen haber sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas, et porque los fijos que nascieren dellas fuesen más ciertos” (Part. IV, Tit, XIV, Introducción).

L'estudi de la organització familiar, del repartiment de rols dins la família, de la varietat de models familiar, ens pot ajudar als juristes a entendre i acceptar, per exemple, que en una família en la que tots dos progenitors treballen i es cuiden de la casa i dels fills pot tenir més sentit la guarda compartida que en una família d'estructura tradicional, potser amb molts fills, potser d'immigrants. (p. 21).

Es decir, conocer más y mejor la realidad social para ofrecer mejores respuestas jurídicas.

Y no solo eso, y también al hilo de la custodia compartida, en derecho de familia, los hechos modelan la respuesta jurídica a las relaciones familiares:

No debe perderse de vista que, en gran parte, la custodia compartida es o ha sido, al menos hasta el momento, un campo en el que los supuestos de hecho concretos (la vida de las relaciones reales) son determinantes a la hora de decidirse o de modelar cómo se desarrolla la guarda de los hijos menores (Gete-Alonso y Solé, 2015, p. 19).

Todo ello se desarrolla en un contexto en el que hay coincidencia en que se está ante una nueva concepción de lo que debe considerarse como familia.

El acceso de las personas del mismo sexo al matrimonio, así como las facilidades para el divorcio producen una nueva imagen del viejo concepto, que no por ello debe ser considerado en crisis, si por crisis debe entenderse algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. Crisis significa aquí cambio y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio sin que se sepa, al menos de forma clara, cuál será el resultado final de este proceso. La velocidad en la que se están produciendo estos cambios comporta que la legislación devenga obsoleta muy rápidamente (...) (Roca, 2006, p. 225-226).

Por ello, la magistrada Roca aboga por el marco proporcionado por la aplicación de la regla de la titularidad de los derechos fundamentales, que considera hasta cierto punto más seguro.

Roca defiende que el derecho de familia actual está regido por los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar, lo que explicaría las soluciones legislativas, por ejemplo, respecto de las relaciones entre los cónyuges. Y todo ello produce un cambio metodológico sustancial.

Ese abordaje de las soluciones desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los individuos, entendemos se manifiesta, por ejemplo, en la jurisprudencia del TS cuando en múltiples sentencias de modificación de medidas se remite a interpretar los artículos 92, 5, 6 y 7 del CCiv en el interés del menor. Asimismo, el TS⁵⁷, también en procedimientos de modificación de medidas, ha esgrimido el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales para acordar la nulidad en procedimientos en los que los menores no habían sido escuchados; ello es especialmente ilustrativo respecto de la extensión a los menores de la democratización de la familia, entendida en un principio como manifestación de una dinámica de relación entre los sexos, fruto de los cambios en la ideología de género.

De hecho, Roca (2016) no duda que la familia posmoderna constituye un laboratorio de experimentación de técnicas jurídicas y sociales, con nuevos paradigmas alejados estrepitosamente de los viejos modelos (p. 249). Entre las causas del establecimiento de estos nuevos paradigmas, Roca sistematiza la destrucción del concepto de familia como núcleo debido al reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos; el acceso al matrimonio de personas del mismo sexo; el rechazo al matrimonio expresado en uniones de hecho que no están al margen de problemas jurídicos, y la generalización del divorcio como forma normal de extinción del matrimonio conducente a un nuevo tipo de familia, como es la reconstituida.

En cualquier caso, el papel del Estado respecto a la familia, y por tanto en su función legislativa y jurisdiccional, ha evolucionado y se ha visto condicionado por los escenarios cambiantes; líquidos en terminología baumaniana. Y los divorcios y las separaciones generan cambios y, en ocasiones, sitúan a las personas que los protagonizan en la periferia de la sociedad y de sus usos, al converger la desaparición de la familia como optimizadora de recursos económicos con su dimensión relacional y socializadora.

⁵⁷ Entre otras, STS 4233/2014 de 20 de noviembre.

En la introducción de *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Bauman (2013) describe con toda crudeza el fenómeno de los residuos humanos; lo hace comparando las personas, que en contraposición a la “nueva plenitud del planeta” quedan al margen de la convención mayoritaria, en un momento de “aguda crisis de la industria de eliminación de residuos humanos” (p. 17), con los residuos que genera la industria del automóvil, valiéndose para ello de la obra de Ivan Klima *Amor y basura*. Y no es baladí subrayar que esos “residuos humanos” a los que se refiere Bauman, al menos, formaron parte de una familia.

Albert Camus, en su discurso de aceptación del Premio Nobel que le fue concedido en 1957, ya avanzó los tiempos que luego Bauman denominó líquidos; y lo hizo desde la perspectiva de la persona como integrante de una generación: “Indudablemente, cada generación se cree destinada a rehacer el mundo. La mía sabe, sin embargo, que no podrá hacerlo. Pero su tarea es quizás mayor. Consiste en impedir que el mundo se deshaga”.

Bauman (2013) nos habla del mundo personal e intransferible de cada persona; de este mundo que se deshace y que convierte a las personas en seres humanos residuales (p.17). Y si la naturaleza líquida de las relaciones familiares ha generado fenómenos de objetiva positividad como es el de las constelaciones familiares, lo cierto es que también la conversión en seres residuales de los integrantes de una unidad familiar previamente rota provoca su destrucción endógena sin que el sistema judicial sea eficaz para hallar remedio a ello con el medio que el legislador diseñó al respecto, el procedimiento de modificación de medidas.

Obviamente, lo trascendente en todos estos fenómenos descompositivos, lo que obliga al Estado a intervenir, es la presencia de menores. En *Vieja y nueva moral sexual*, publicada en 1929, Russell (1930) nos explica que el Estado ha sustituido al padre en la función de proteger a las crías y a la madre de la violencia, para a continuación describir, según el rango social, las diferentes debilidades de lo que denomina “familia moderna”, entre las que destaca la falta de apego especialmente de los varones hacia sus hijos (p. 169-171) y las contingencias a las que está sometida la ayuda paterna en la proyección social de los hijos a través de la educación. Y Russell (recordemos, 1929) aboga por el divorcio

cuando “uno o los cónyuges no tienen bastante dominio para impedir que las discusiones lleguen a noticia de los hijos” (p. 298).

Pero es que el tránsito que se puede inferir de los enunciados de Russell o Camus respecto al hombre que busca su encaje en la institución familiar en concreto y en la sociedad en general, entendemos que Bauman (2013) lo da por finiquitado: “Mientras que la producción de residuos humanos persiste en sus avances y alcanza nuevas cotas, en el planeta escasean los vertederos y el instrumental para el reciclaje de residuos” (p. 17).

No es nada aventurado el relato según el cual una de las encrucijadas de las personas tiene lugar tras un proceso de ruptura familiar, desde cuya inmediatez difícilmente se podrán articular, en el mundo líquido en el que estamos subsumidos, las medidas y/o decisiones más aquilatadas y sostenibles, por lo que habrá que aguardar a la modificación de estas medidas (insistimos, desde la perspectiva no estrictamente jurídica que pueden ser medidas judiciales o simplemente decisiones más o menos consensuadas entre las partes) para que estas reglas de juego entre los actores puedan tener una determinada virtualidad.

3.2. El auge de la modificación de medidas; motivos económicos

Del auge⁵⁸ de los procedimientos de modificación de medidas como consecuencia de la denominada crisis de 2008, en su doble vertiente estrictamente económica y sociológica, dan fe las cifras estadísticas (ver epígrafe siguiente) pero también la percepción de los operadores y autores jurídicos en un contexto económico en el que reina el binomio salarios bajos-endeudamiento alto que sufren, especialmente, las familias en las que hay hijos menores de edad.

Desde el plano eminentemente práctico que da el ejercicio de la abogacía, Cómite y Ordóñez (2016) reflexionan sobre cuantos convenios de mutuo acuerdo no se habrán firmado como consecuencia de la extenuación que produce un procedimiento largo, de exasperante tramitación y elevado desgaste personal; “Al recapacitar sobre el resultado, y con la perspectiva del tiempo, el cliente que acude al despacho se lamenta de aquello que firmó” (p. 14).

Esto autores, insistimos que desde la experiencia de la práctica forense⁵⁹, alertan de la multiplicación de los procedimientos de modificación de medidas con el factor común mayoritario de la disminución de las obligaciones patrimoniales, en muchas ocasiones, como reacción a una ejecución por impago de pensiones.

⁵⁸ Utilizamos “auge” en el sentido de “crecimiento o incremento de algo” que le da el Diccionario de la Real Academia Española, no en la primera acepción (“período o momento de mayor elevación o intensidad de un proceso o estado de cosas”) porque entendemos que esa mayor intensión del número de procedimientos de modificación de medidas en relación a los procedimientos tras la inmediata ruptura está por venir.

⁵⁹ También describen otro fenómeno que se produce, especialmente, en zonas económicamente deprimidas, lo que permite situarlo en determinados partidos judiciales: la no-separación por imperativo económico. “Este hecho se produce dado que en situaciones donde ‘no hay nada que repartir’ y no es posible el sostenimiento y mantenimiento de dos núcleos familiares, los cónyuges se replantean su separación y opten por una convivencia pacífica, distante y consentida, donde realmente lo que existe es una separación de hecho bajo el mismo techo” (Cómite y Ordóñez, 2012, pp. 111-112). Cabría preguntar si cuando estas situaciones llegan a sus primeras medidas formales, consensuadas o dictadas, no estamos en realidad ante una modificación *sui generis* de medidas.

En el plano estrictamente económico, hay que tener en cuenta datos que interactúan necesariamente dentro del contexto social que lleva a las personas a resituarse en la sociedad en su conjunto en general y en su entorno más inmediato en particular; se trata de factores que afectan a las unidades familiares, que en ocasión están en la génesis de las rupturas y, en otras muchas y de forma más directa, en las modificaciones de medidas.

De acuerdo con datos de Eurostat (s.f.), desde 2012 España se ha convertido, en el contexto europeo, en el paradigma de la devaluación salarial; y ello frente al ascenso salarial constante, pese a partir de niveles bajos, entre 2000 y 2012, con el punto de inflexión en la reforma salarial.

Los precitados datos de Eurostat ofrecen también otras cifras que pueden ponerse en relación con la sociedad líquida en su manifestación española: las pensiones mantienen poder adquisitivo (y la incidencia que ello tiene sobre los casos de “reagrupación familiar” en torno al pensionista) y en los territorios *a priori* más dinámicos económicamente, como Illes Balears y Canarias, los salarios registran los niveles más bajos; y ello frente a territorios económicamente deprimidos y con altas tasas de paro. Son indicadores que se relacionan directamente con casos de precarización laboral (y su manifestación baumaniana, el precariado) y con cambios de residencia, ambos fenómenos en la génesis de no pocas acciones de modificación de medidas, sin dejar de lado que muchos de estos cambios de residencia son transfronterizos, especialmente si hay elemento extranjero en la unidad familiar.

Bauman, en su obra *44 cartas sobre el mundo líquido* (2011), reflexiona sobre los tiempos anteriores a 2008: “Fueron tiempos en los que predominó un tipo de vida alegre y desenfadada, basada en el principio de ‘disfruta ahora y paga después’, así como en la convicción de que mañana surgiría suficiente riqueza para acallar las preocupaciones por las deudas crecientes...”. Y advierte: “La orgía se acabó. Han llegado los días (¿meses?, ¿años?) de ajustar cuentas. Días de resaca y sobriedad” (pp. 152-153).

Es obvio que muchas medidas se acordaron en aquellos tiempos “de vida alegre y desenfadada”, cuando albañiles firmaban convenios con 800€ de pensión de alimentos por hijo y que, cuando “la orgía se acabó”, instaron la modificación de medidas, acogiéndose al beneficio de justicia gratuita por estar percibiendo únicamente el subsidio por desempleo de poco más de 400€ mensuales⁶⁰.

Sobre las singularidades de la crisis española, Navarro, Torres y Garzón (2011) relacionan directamente el altísimo endeudamiento de las familias españolas, incluso en los momentos álgidos de la bonanza económica, con las secuelas del franquismo, que dejó un paupérrimo Estado del Bienestar, y los bajos salarios. La consecuencia fue que, en los diez años anteriores al estallido de la crisis, el endeudamiento privado en España llegó a representar el 150,4% de la renta disponible neta, con una reducción correlativa del ahorro que llegó a situarse en tan sólo un 11% de dicha renta. Este endeudamiento, en todo caso, no se debió “como a veces se dice, a que los españoles hayamos vivido por encima de nuestras posibilidades, sino que los salarios han estado por debajo de nuestras necesidades” (p. 47).

El endeudamiento de las familias españolas constituye un elemento nuclear en las rupturas y en las modificaciones de medidas, endeudamiento que está relacionado objetivamente con los bajos salarios en general. Todo ello es “causa y efecto a la vez de la persistencia de un régimen de distribución de la renta que hace que la economía sea muy ineficiente y tenga que soportar constantemente un altísimo nivel de endeudamiento familiar” (Navarro, Torres y Garzón, 2011, p. 135).

La falta de estabilidad laboral, con sus consecuencias en la doble vertiente social y económica, se traslada también en forma de inestabilidad no sólo en las relaciones personales sino en las medidas articuladas tras la ruptura. Y es que según datos de la Agencia Tributaria (Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias, s.f.), referidos a 2015, 3,23 millones de trabajadores (que

⁶⁰ Se trata de un supuesto de hecho real dirimido ante los juzgados, similar a otros muchos, en los que el autor ha intervenido como letrado.

representan el 12% de los contribuyentes del IRPF y un 18,6% de los asalariados) estaban atrapados en el bucle empleo-paro, alternando ambas situaciones. En número absolutos, casi un millón de personas en España ingresaron en el segmento de trabajadores que alternan la percepción de ayudas con actividades remuneradas respecto a antes de la crisis de 2008. Y mientras las obligaciones económicas familiares establecidas en unas medidas, entendiéndose pensión de alimentos, son por meses como lógica forma de garantizar el sustento de los menores a los que están destinadas, la realidad líquida conduce al creciente fenómeno de la irregularidad de los ingresos de quienes están obligados a pensiones regulares, creándose una dicotomía generadora de imposibilidad y conflictos.

Para Bauman (2011), hay un antes y un después en el denominado mercado laboral, con 2008 como año que marca la diferencia. El mercado laboral era antes “algo amigable, repleto de oportunidades para escoger”, frente al actual “con míseras ofertas y abundantes rechazos, capaz de dictar sus condiciones contractuales a voluntad, cicatero en atenciones y generoso en crueldades, célebre por su mortífera ecuanimidad para con las tragedias y los estragos que sus caprichos van a causar en las vidas humanas” (pp. 160-161).

Cruzando los datos económicos globales europeos, los referidos a España y su interpretación y la visión de Bauman, podemos convenir que las economías familiares españolas han sufrido, y sufren, la *tormenta perfecta*: partiendo de salarios bajos pero en progresión, se sumaron por convicción, pero también por necesidad, a la orgía del endeudamiento; y la caída ha sido especialmente dura porque los salarios se han contraído de forma notable y por encima de la media europea. Lo que parafraseando al legislador sería una variación sustancial de circunstancias (art. 775 LEC).

Con anterioridad a ese *annus horribilis* de 2008 y sus consecuencias en años posteriores, las referencias y el énfasis a los cambios sociales eran distintos, por genéricos y poco profundos en la literatura jurídica sobre la modificación de medidas. Así se constata en la comparación de las referencias al respecto en las ediciones de 2007 y 2014 de la obra *La modificación y extinción de las medidas*.

Aspectos sustantivos y procesales del tratado de derecho de familia del magistrado Antonio-Javier Pérez Martín. En el volumen de la primera edición, de 2007, el prólogo se inicia con las dos únicas líneas al respecto en las más de mil páginas del volumen; escuetas pero que señalan la dirección: “Las relaciones humanas y económicas son tan cambiantes que lo que hoy parece inalterable, estático o imposible de modificar, mañana tiene una distinta configuración”. La cuarta edición del mismo libro, sin embargo, incide en los cambios sociales apuntados y sus efectos:

La crisis económica ha provocado que los juzgados de familia estén inundados de procedimientos dirigidos a modificar o extinguir las pensiones alimenticias y compensatorias que se adoptaron en la separación o divorcio. Junto a ello, los cambios legislativos y los numerosos recursos de casación resueltos por el Tribunal Supremo obligan a revisar los parámetros que se utilizaron para fijar aquellas medidas. En este libro, que alcanza su cuarta edición, se analizan una por una todas las peticiones de modificación y extinción de las medidas tanto personales como económicas, incorporando las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, que posibilitan la petición de custodia compartida y la extinción del derecho de uso cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

Junto a todo ello se ha producido la sensación generalizada entre los operadores jurídicos⁶¹ que la crisis ha supuesto la multiplicación de los procedimientos de modificación de medidas, algo que es matizadamente cierto.

De hecho, también la doctrina vive en arenas movedizas cuando aborda cuestiones relacionadas con el derecho de familia. “Los cambios son tan rápidos que un libro muy específico sobre el análisis de cualquier regulación referida al ámbito familiar corre el riesgo de quedar obsoleta muy rápidamente”, reconoce la magistrada Roca (2006, p. 207).

⁶¹ Así comenzaba Campo Izquierdo (2014), magistrado de Primera Instancia número 8 de Familia de Gijón, un artículo sobre el procedimiento de modificación de medidas publicado: “De unos años a esta parte se ha ido produciendo un aumento de la litigiosidad en los juzgados de familia, no porque se presenten más demandas de divorcio, separación o de guarda y custodia, sino debido a la solicitud de modificación de medidas, derivadas fundamentalmente de la crisis económica que vivimos desde aproximadamente el año 2008 y los cambios que se vienen produciendo en la sociedad y legislaciones formales sobre la custodia compartida”.

Y todo lo referido a la modificación de medidas, por su propia naturaleza, se sitúa en la cúspide de la convergencia de los cambios propios de la disciplina con la práctica forense, acuciada por dar respuesta a situaciones en las que se aúnan cambios jurisprudenciales, evolución social y necesidades de las personas que acuden a la Justicia porque la naturaleza líquida del mundo actual les ha resituado respecto de unas medidas que en su momento se acordaron como definitivas. Y el sistema debe dar respuesta.

En cualquier caso, puede convenirse que, si bien hay consenso doctrinal en la determinación de que la crisis que tiene su inicio en 2008, junto al restante conjunto de factores que se han detallado, afecta, como motor, a los procedimientos de modificación de medidas, hay escasa doctrina en lo referido a cuáles son los instrumentos adecuados para abordar esa realidad.

3.3. Realidad cuantitativa y conflictividad de la modificación de medidas

Existe una realidad cuantitativa referida a los procedimientos de modificación de medidas que permite inferir un auge tanto en números totales como en relación con los procedimientos judiciales de ruptura, sean estos de separación o divorcio o de medidas paternofiliales.

A partir de las estadísticas judiciales publicadas por el Consejo General del Poder Judicial (2018) con datos del periodo 20017-2017, se han elaborado una serie de tablas y gráficos para analizar e inferir conclusiones de la realidad cuantitativa de los procedimientos de modificación de medidas en el conjunto del Estado. El estudio se ha hecho en relación con el conjunto de procedimientos judiciales que abordan la ruptura de la convivencia afectiva-amorosa entre personas⁶², además de analizar el reparto territorial de los procedimientos de modificación de medidas entrados en los juzgados españoles en el año 2017.

El hecho de que estas estadísticas judiciales estén disponibles desde 2007 permite observar el reflejo de los asuntos en la materia entrados en los juzgados españoles en un contexto anterior, coetáneo y posterior a la denominada crisis de 2008; dando por supuesto que la llegada a los juzgados, y por lo tanto su reflejo estadístico, de estas cuestiones nunca es inmediato, debido al retraso en la toma de decisiones efectivas por parte de los justiciables causado por múltiples factores, entre lo que citaríamos como principales los de carácter estrictamente personal y propio (por ejemplo optar por la espera para que amaine la circunstancia, lo que puede producirse por motivos ideológico-morales) o, simplemente, porque no se dispone de recursos⁶³ para iniciar un procedimiento.

⁶² Han sido obviados los procedimientos de nulidad matrimonial por ser en el aspecto cuantitativo escasamente relevantes y por responder, en la mayor parte de los casos, a supuestos de hecho muy específicos y alejados de la conflictividad relacional al uso.

⁶³ Entendemos que este supuesto tiene especial incidencia en la franja de población que supera los umbrales para optar por la justicia gratuita, pero, en contraposición, tiene una economía doméstica que dista mucha de poder abordar, al menos de forma inmediata a la decisión, un procedimiento judicial.

Como hemos señalado, es imprescindible poner en relación todo lo concerniente a la modificación de medidas con el conjunto de procedimientos de ruptura de pareja. Por ello es necesario objetivar el conjunto de procedimientos de ruptura familiar; siguiendo el reflejo estadístico que hace el CGPJ, estos procedimientos se dividen en separaciones, divorcios y medidas relativas a la guarda y custodia de hijos. Evidencian al respecto que el valor porcentual de separaciones va a la baja como consecuencia, entendemos, de su escasa trascendencia tras la reforma operada en 2005, que convirtió la separación en un procedimiento residual, mientras que el número absoluto y relativo de procedimientos de medidas paternofiliales va al alza como consecuencia de la proliferación de las uniones *more uxorio*, uno de los indicadores indiscutible, como ya se ha mencionado, de la naturaleza líquida de la sociedad española actual.

Estamos ante un indicador estadístico que corrobora, ni que sea de forma indirecta, la caída del matrimonio como forma jurídica de articular una unidad familiar. Esta realidad estadística no hace sino ahondar en la constatación de la crisis del matrimonio como base de la vida familiar y rompe los esquemas tradicionales de interpretación sociodemográfica aplicados a la familia. Y ello porque las estadísticas que se refieren al estado civil ya no captan de forma apropiada la situación conyugal de las personas, y es preciso que vayan adecuándose a la nueva realidad familiar (Castro Martín y Seiz, 2014, p. 9).

A efectos de poder establecer la dicotomía del conflicto entre los procedimientos iniciales y los de modificación de medidas, se ha partido de la naturaleza consensuada o no de las entradas de los procedimientos de separación, divorcio y medidas de guarda y custodia en los órganos judiciales, diferenciación que recogen las estadísticas del CGPJ⁶⁴. Así, la entrada de procedimientos de separación, divorcio y medidas paternofiliales en los juzgados españoles en el periodo 2007-2017 fue el siguiente:

⁶⁴ Lo que no hacen estas estadísticas es reflejar un dato sin duda muy interesante: el referido a la transformación de los procedimientos en consensuales.

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

Acciones no consensuadas				
Año	<i>Separaciones</i>	<i>Divorcios</i>	<i>Medidas paterno-filiales</i>	<i>Total</i>
2007	3.670	50.247	12.677	66.594
2008	3.160	47.977	14.493	65.630
2009	2.947	47.567	16.483	66.997
2010	2.729	48.622	19.051	70.402
2011	2.475	48.328	20.988	71.791
2012	2.396	49.330	23.283	75.009
2013	2.231	47.611	25.194	75.036
2014	2.240	50.626	28.114	80.980
2015	1.980	49.963	28.104	80.047
2016	1.928	46.830	28.398	77.156
2017	1.761	45.019	28.011	74.791

Acciones consensuadas				
Año	<i>Separaciones</i>	<i>Divorcios</i>	<i>Medidas paterno-filiales</i>	<i>Total</i>
2007	6.541	80.633	5.534	92.708
2008	5.910	73.826	6.104	85.840
2009	5.521	68.395	6.992	80.908
2010	5.233	70.932	9.017	85.182
2011	4.872	68.851	10.214	83.937

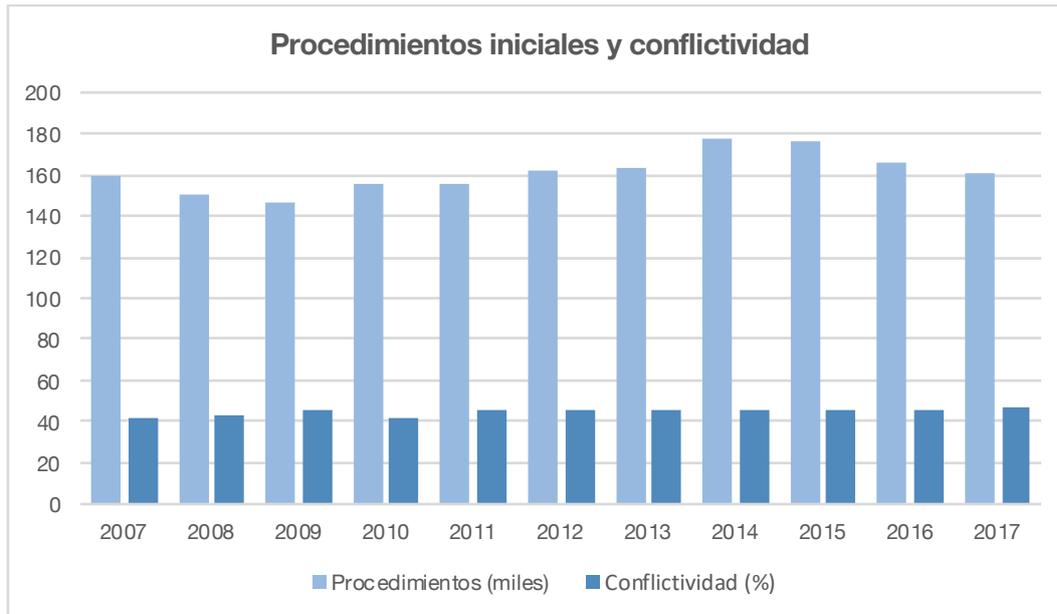
LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

2012	4.729	70.541	12.028	87.298
2013	4.632	70.329	13.849	88.810
2014	4.805	75.820	16.502	97.127
2015	4.619	73.414	17.932	95965
2016	3.912	67.189	18.225	89.326
2017	3.697	64.024	18.492	86.213

Totalizados los datos contenidos en las dos tablas precedentes y clasificados los procedimientos de distinta naturaleza en su condición de consensuados o no consensuados, se obtiene la siguiente tabla, que contiene una indicación del porcentaje de procedimientos no consensuados sobre el total:

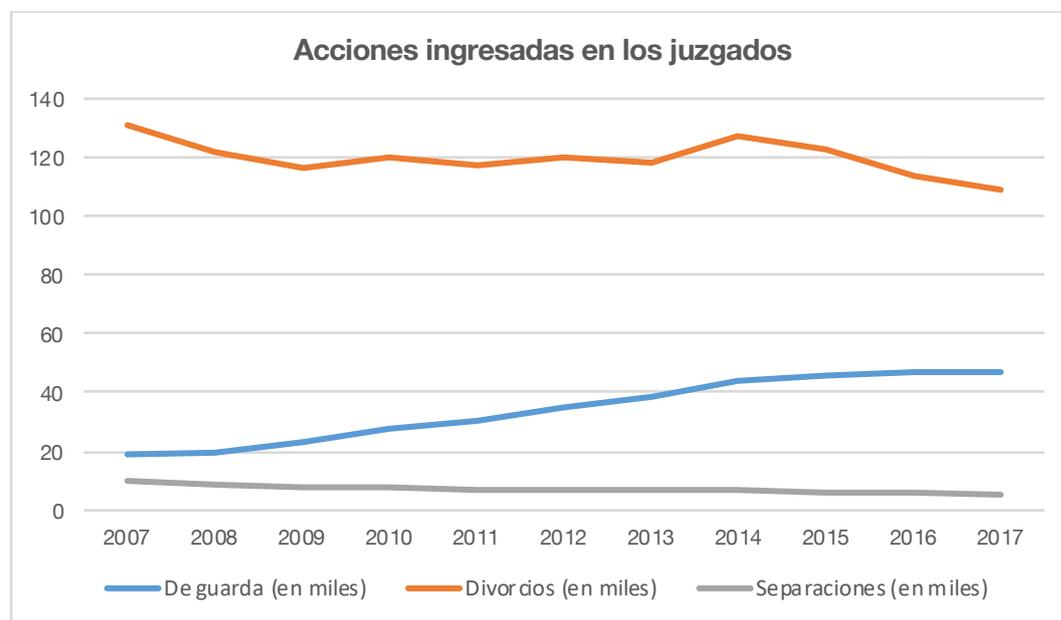
Procesos iniciales				
Año	<i>Consensuados</i>	<i>No consensuados</i>	<i>Total</i>	<i>% no consensuados</i>
2007	66.594	92.708	159.302	41,80%
2008	65.630	85.840	151.470	43,33%
2009	66.997	80.908	147.905	45,30%
2010	70.402	85.182	155.584	42,25%
2011	71.791	83.937	155.728	46,10%
2012	75.009	87.298	162.307	46,21%
2013	75.036	88.810	163.846	45,80%
2014	80.980	97.127	178.107	45,47%
2015	80.047	95.965	176.012	45,48%
2016	77.156	89.326	166.482	46,34%
2017	74.791	86.213	161.004	46,45%

Como es de ver en las tablas anteriores, la conflictividad -entendiendo por ésta la condición de consensuado/no consensuado con la que los procedimientos ingresan en los juzgados españoles-, en los procedimientos iniciales de separación, divorcio y medidas de guarda y custodia, se sitúa en el periodo estudiado entre el 41,80% y el 46,45%, con una ligera tendencia al alza, y siendo la media resultante del 45,25%.



El número total de procedimientos iniciales y la conflictividad de estos se manifiestan, pues, estables. En el periodo estudiado se registró un menor número de procedimientos ingresados en 2009 (147.905), frente a 2014 como el mayor número (178.107), pudiendo ser atribuibles estos picos a los efectos de la denominada crisis del 2008. Ello es, se infiere, lógica consecuencia del retraimiento del ingreso de procedimientos en los momentos de mayor incertidumbre y, en sentido contrario, en el mayor ingreso de procedimientos cuando la percepción de inseguridad comenzaba a desvanecerse; igualmente puede inferirse que el pico de 2014 en número de procedimientos entrados en los juzgados puede ser consecuencia de decisiones aplazadas en los momentos más álgidos de la crisis. En cualquier caso, cabe subrayar que los vaivenes no son especialmente significativos ni en cifras totales ni en los porcentajes de conflictividad, siempre por debajo de la mitad de los casos ingresados.

Esta lectura de una cierta estabilidad en el número de procedimientos de separación, divorcio y medidas de guarda y custodia colide con la que se produce en los medios de comunicación, según los cuales las separaciones y divorcios descienden en España, sin tener en cuenta la lógica de la reforma de 2005 en lo que atañe a las separaciones y al hecho emergente de las medidas de guarda y custodia, reflejo de la condición líquida de la sociedad y de un contexto en el cual la procreación fuera del matrimonio gana día a día terreno a éste, porque es más flexible en cuanto a los requisitos normativos previos a su formación –por ejemplo, vivienda en propiedad, cierto capital acumulado y trabajo estable– y se adapta mejor a tiempos de incertidumbre (Simó, Castro y Soro, 2005). Así, a partir de los datos contenidos en las anteriores tablas puede visualizarse la evolución del número absoluto de acciones de guarda y custodia en el periodo estudiado, en las que la progresión es constante, frente a las de divorcio, con ligeras oscilaciones, y separación, a la baja:

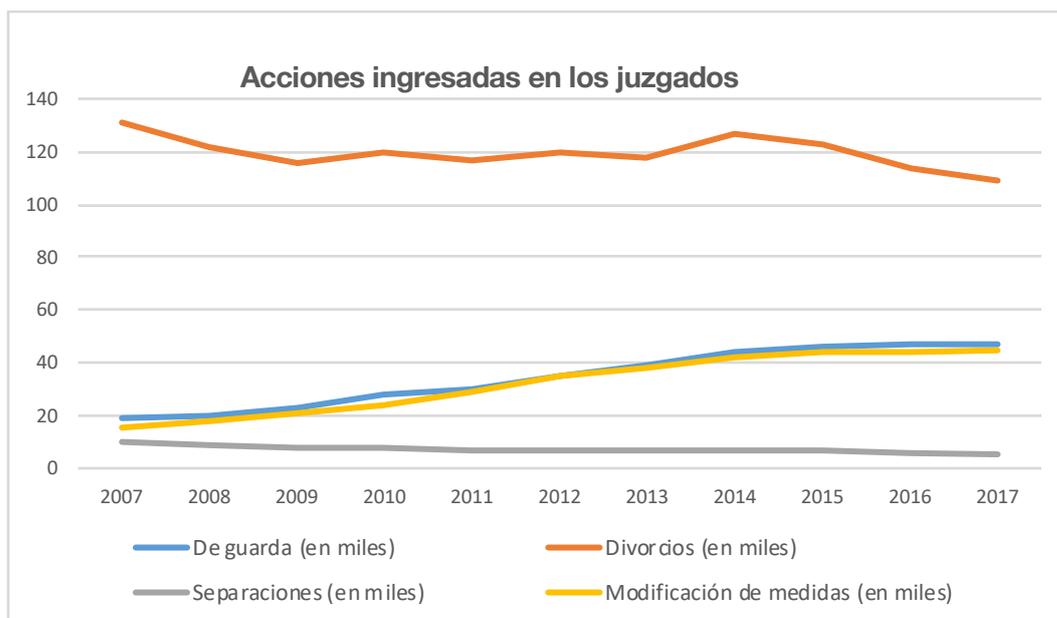


Frente la realidad estable, con los aspectos subrayados, de los procedimientos iniciales de familia, se confronta un auge cuantitativo de los procedimientos de modificación de medidas que, pese a ello, ofrecen cifras muy inferiores a las de procedimientos iniciales ingresados en los juzgados españoles.

También con los datos estadísticos recogidos por el CGPJ, hemos elaborado la siguiente tabla referida a los procedimientos ingresados de modificación de medidas:

Procedimientos ingresados de modificación de medidas				
Año	<i>No Consensuados</i>	<i>Consensuados</i>	<i>Total</i>	<i>% no consensuados</i>
2007	3.303	12.107	15.410	78,57%
2008	3.691	14.069	17.760	79,21%
2009	4.183	17.043	21.226	80,29%
2010	4.996	19.391	24.387	79,51%
2011	6.013	22.936	28.949	79,23%
2012	6.915	28.367	35.282	80,40%
2013	7.943	30.611	38.554	79,40%
2014	9.110	33.188	42.298	78,47%
2015	9.805	34.248	44.053	77,74%
2016	10.214	34.017	44.231	76,91%
2017	10.617	34.099	44.716	76,26%

La relación de los procedimientos ingresados de modificación de medidas, y su auge en relación con los restantes procedimientos de familia, se refleja en el siguiente gráfico, elaborada a partir de los datos contenidos en las tablas precedentes:

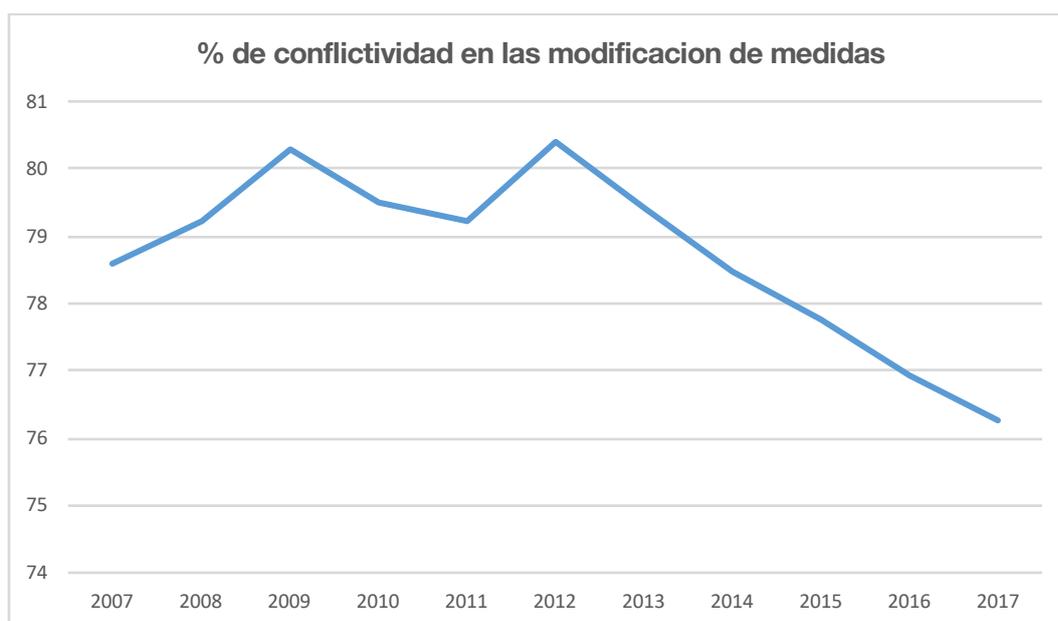


Del análisis cuantitativo de las estadísticas judiciales se infiere algo que, como percepción, tienen la mayoría de los operadores jurídicos: la conflictividad inherente al procedimiento de modificación de medidas es superior a la que se produce en los procedimientos de ruptura; conflictividad que se recoge en múltiples sentencias, en ocasiones, para rechazar una pretendida custodia compartida. O para imponer costas, algo prácticamente inexistente en los procedimientos de separación, divorcio y medidas paternofiliales pero que comienza a aparecer, con una cierta entidad, en los procedimientos de modificación de medidas.

Prácticamente 8 de cada 10 procedimientos de modificación de medidas que ingresaron en los tribunales españoles en el periodo 2007-2017 no fueron consensuados. Frente a ello, más de la mitad de las separaciones, divorcios y medidas paternofiliales que ingresaron en el mismo periodo lo fueron de mutuo acuerdo.

En ambos casos el nivel de conflicto se mantuvo estable en el periodo, con variaciones de 4 puntos (4,03) en el caso de las modificaciones de medidas (rango 76,26 – 80,29) y de menos de 5 puntos (4,65) en las separaciones, divorcios y medidas paternofiliales (rango 41,80 – 46,45).

Del análisis de la conflictividad de los procedimientos de modificación de medidas ingresados en los juzgados españoles en su conjunto, y pese a sus muy leves variaciones, puede observarse que la conflictividad es ligeramente más intensa en los años en los que incide la denominada crisis de 2008 y que, también levemente, esta conflictividad desciende cuando la sensación de inseguridad económica deja de ser tan intensa, y lo hace de forma paralela al aumento de número de acciones de modificación de medidas, como puede observarse en este gráfico, que pone de manifiesto también que cuando se avanza hacia una cierta normalización cuantitativa de las acciones de modificación de medidas la conflictividad desciende aunque, eso sí, el número de modificaciones sigue distando mucho del número de divorcios y su conflictividad sigue siendo muy elevada, lo que hace inferir un largo recorrido en ambos indicadores:



También debe ser destacado que, aunque leve, hay una relación entre el descenso de la conflictividad en las acciones de modificación de medidas y el incremento del número total de estas acciones, lo que nos debería llevar a pensar, si lo ponemos en contexto con la relación entre procedimiento provocados por la ruptura y procedimiento de modificación, que la normalización del procedimiento

de modificación de medidas lleva aparejada (insistimos, levemente), un descenso de la conflictividad. O, dicho de otro modo: se detecta una discreta tendencia a que no solo los casos conflictivos de modificación de medidas lleguen a los juzgados, sino a que las situaciones *de facto* se regularicen.

Las 44.716 acciones de modificación de medidas que entraron en los juzgados españoles en 2017 tuvieron un reparto geográfico relativamente cohesionado en el conjunto del Estado, como puede observarse en la siguiente tabla⁶⁵:

Reparto geográfico de acciones de modificación de medidas							
<i>Modificaciones de medidas</i>							
TSJ	<i>Población*</i>	<i>Número</i>			<i>Por cada mil habitantes</i>		
		<i>Consen.</i>	<i>No Consen.</i>	<i>Total</i>	<i>Consen.</i>	<i>No consen.</i>	<i>Total</i>
Andalucía	8.573.223	1.708	7.214	8.922	0,20	0,85	1,04
Aragón	1.315.713	297	806	1.103	0,23	0,62	0,84
Asturias	1.030.055	312	970	1.282	0,31	0,95	1,25
Illes Balears	1.160.591	422	867	1.289	0,37	0,75	1,12
Canarias	2.164.344	565	1.996	2.561	0,27	0,93	1,19
Cantabria	581.109	154	450	604	0,27	0,78	1,04
Castilla y León	2.423.875	442	1.526	1.968	0,19	0,63	0,82
Castilla la Mancha	2.034.801	348	1.361	1.709	0,18	0,67	0,84
Cataluña	7.453.957	2.332	4.829	7.161	0,32	0,65	0,96
Comunitat Valenciana	4.932.302	1.220	4.311	5.531	0,25	0,88	1,13
Extremadura	1.072.884	168	704	872	0,16	0,66	0,82

⁶⁵ De elaboración propia, cruzando los datos del Instituto Nacional de Estadística (2017) con los del Consejo General del Poder Judicial (2018).

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

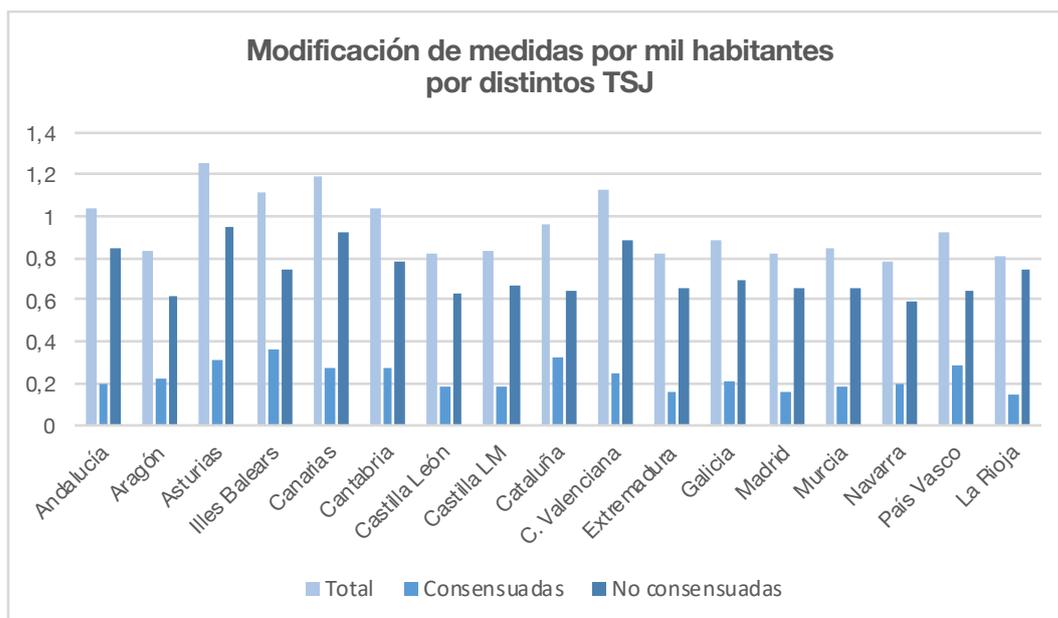
Galicia	2.703.662	544	1.848	2.392	0,21	0,69	0,89
Madrid	6.506.437	1.039	4.299	5.338	0,16	0,66	0,82
Murcia	1.474.071	281	967	1.248	0,19	0,66	0,85
Navarra	641.345	124	378	502	0,20	0,59	0,79
País Vasco	2.168.254	614	1.370	1.984	0,29	0,64	0,92
La Rioja	312.423	47	203	250	0,15	0,65	0,81
TOTAL	46549.046	10.617	34.099	44.716	0,23	0,74	0,96

* A julio de 2017

De todos estos datos se infiere que, del total estatal ponderado se extrae que entraron en los tribunales españoles 0,96 acciones de modificaciones de medidas por cada mil habitantes o, lo que es lo mismo, que 1,92 personas de cada mil se vio inmersa en un procedimiento judicial de esta naturaleza, y, en contraposición, 6,92 por cada mil habitantes iniciaron un procedimiento de separación, divorcio o guarda y custodia de menores.

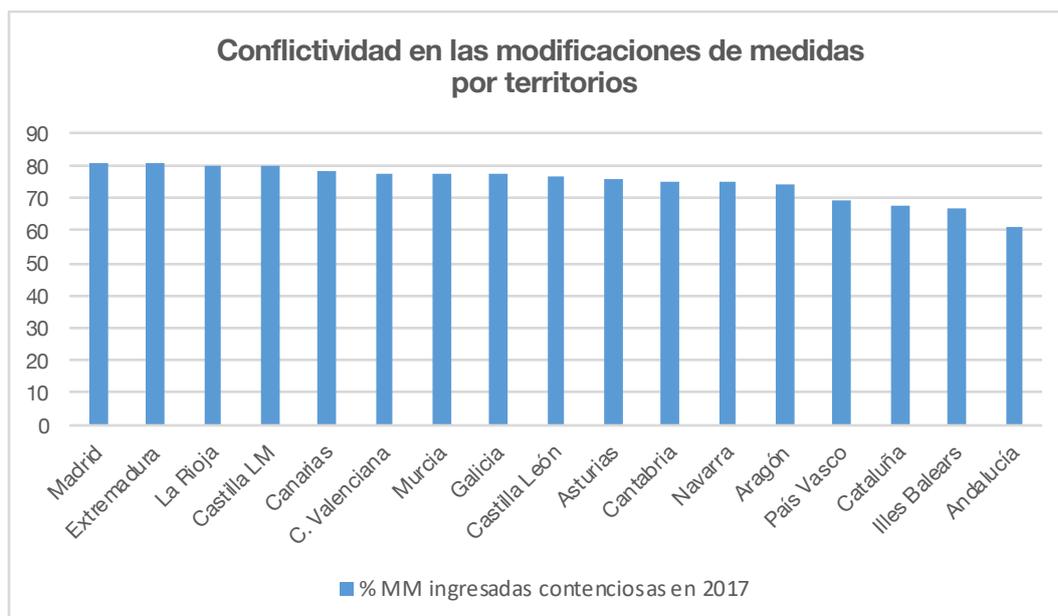
De acuerdo con los datos anteriores, y trasladando estos parámetros a las acciones que ingresaron como contenciosas en los juzgados españoles, resulta que, en 2017, 1,48 de cada mil habitantes se vio inmerso en una modificación ingresada como contenciosa, mientras que 0,46 habitantes de cada mil acudieron a los juzgados para modificar medidas de forma consensuada. Ese mismo año 2017, 3,71 personas por cada mil habitantes iniciaron de forma no contenciosa un procedimiento de separación, divorcio o guarda, mientras que, de forma contenciosa, por activa o por pasiva, lo hicieron 3,22 por cada mil habitantes.

La representación gráfica de la anterior tabla es la siguiente:



Pese a que de los anteriores datos se infiere una cierta homogeneidad (el rango de modificaciones de medidas por mil habitantes se sitúa entre el 1,25 de Asturias y el 0,79 de Navarra, con una media estatal ponderada de 0,96), cabe destacar que los ámbitos territoriales que se sitúan por encima de esta media (Asturias [1,25]; Canarias [1,19]; C. Valenciana [1,13]; Illes Balears [1,12]; Andalucía [1,04] y Cantabria [1,04]) y en la media, (Cataluña [0,96]), corresponden con espacios con litoral, con mayor actividad relacionada con el turismo y de población más joven. Por el contrario, y lógicamente, los índices menores se registran en territorios interiores con población envejecida, siendo destacable el caso de Madrid que, con características de territorio económica y poblacionalmente dinámico, presenta resultados ostensiblemente por debajo de la media y alejados de los de las zonas donde se registran más procedimientos de modificación de medidas y, pese a ello, Madrid lidera la conflictividad en estos procedimientos.

El nivel de conflictividad por ámbitos territoriales y en tanto por cien se recoge en el siguiente gráfico:



Nuevamente nos encontramos ante una cierta homogeneidad y, *grosso modo*, con una relación entre menor conflictividad y mayor uso de la acción de modificación de medidas, lo que es importante a la hora de refrendar la inferencia, ya apuntada, según la cual a mayor número de modificación de medidas menor conflictividad en los procedimientos.

También es de subrayar que, del análisis territorial del uso y conflictividad de la acción de modificación de medidas, no se detecta incidencia entre la existencia de derecho propio y el resto de los parámetros, lo que viene a confirmar la percepción entre los justiciables y/o operadores jurídicos de la naturaleza primordialmente procesal de la acción de modificación de medidas.

Todo ello hace evidente que en los procedimientos de modificación de medidas la conflictividad entre las partes es muy superior a la que se produce en los divorcios (entendiendo estos como primer procedimiento tras la ruptura), como objetivamente se refleja en las estadísticas judiciales. Y esta virulencia se manifiesta a menudo hasta el extremo de impedir un acuerdo entre las partes tras, a través del propio procedimiento, haberse objetivado el conflicto, lo que permite a los litigantes tomar conciencia de las diferencias reales y de los distintos escenarios que podría suponer una resolución judicial. Pese a ello, por fortuna,

son porcentualmente muy significativos, tanto en divorcios como en modificaciones, los supuestos en los que, tras la demanda y la contestación a la demanda, la depuración de los motivos de la controversia facilita el acuerdo, con el impulso de los respectivos abogados y, en ocasiones también, del propio juzgador en los prolegómenos de la vista.

Hay que tener en cuenta, y ello en lógica relación con los datos estadísticos, que en los procedimientos de modificación de medidas aflora un enconamiento entre las partes de naturaleza distinta al que se produce en un procedimiento de divorcio. Naturaleza distinta porque en un procedimiento de divorcio el conflicto y sus posibles vías de solución están abiertas, mientras que, en las modificaciones de medidas, con la obvia excepción de las que se formulan de mutuo acuerdo, siempre hay una de las partes que considera que el *statu quo* le beneficia y se ve amenazado en su zona de confort, aunque este confort sea relativo, por la contraparte.

Y este *statu quo* tanto puede ser una pensión de alimentos que ya no guarda la debida proporcionalidad ex artículo 146 CCiv, un régimen relacional que se ha apartado de lo que está escrito o un cambio de residencia impuesto por la fuerza, en ocasiones cuasi violencia, de los hechos. A veces, simplemente, son las ansias de volver a judicializar la situación o de ver el retorno a los juzgados que no se preveía, *per se*, como una amenaza.

Esta conflictividad objetiva y el aferrarse a la situación de hecho que se asume como positiva tienen, obviamente, motivos estrictamente propios de la condición humana, pero hay que tener en cuenta también factores relacionados con las particularidades de la situación española. Entre ellos, que la cultura del divorcio no solo es reciente en España, al menos en términos históricos, sino que nació en un contexto en el que, por los motivos ya expuestos, pero primordialmente por las reminiscencias del nacionalcatolicismo, fue un divorcio *sui generis*, pero del que se derivaba la existencia de vencedores y vencidos, con culpa, al menos, subyacente. Tanto es así que, aún hoy, a los despachos de abogados de familia, y por la práctica forense podemos afirmarlo, llegan personas con la pretensión

primera de “denunciar” infidelidades, evidentes o supuestas, o de “no darle” el divorcio al cónyuge.

Por ello es frecuente que, en los procedimientos de modificación de medidas, más aún que en los de divorcio, se pierda la honestidad. Es la guerra y todo vale, incluso con los intereses de los menores en juego. El escritor checo Ivan Klima, que sufrió las consecuencias de la dictadura comunista tras la primavera de Praga, considera que los países que, como España, han padecido dictaduras sufren una pérdida colectiva de honestidad⁶⁶, que se expande a todos y cada uno de los aspectos relacionales, no solo a la corrupción en sentido amplio.

⁶⁶ Afirmación recogida por Lobo (España, un extravío ético, 2017).

3.4. Los costes económicos, emocionales y temporales de la modificación

En el derecho de familia español no se utiliza como categoría, al menos de forma generalizada, la de familias “con alto nivel de conflicto”⁶⁷. Lo cierto es que, en el ámbito de la modificación de medidas, el conflicto entre progenitores se prolonga con virulencia más allá de la ruptura/divorcio para encadenar, en algunos casos, un sinnúmero de procedimientos de modificación de medidas. En ocasiones, la mera posibilidad de la sucesión de modificaciones de medidas, tras un primer procedimiento, actúa, o puede actuar, como elemento desestabilizador *per se* y potenciador del conflicto hasta situarlo en planos alarmantes, tóxicos o cuando no directamente patológicos.

Son situaciones en las que esta sucesión de procedimientos de modificación de medidas se ven como terceras, cuartas o quintas instancias en las que el filibusterismo procesal (para el que, obviamente, se precisa de profesionales dispuestos a ejercerlo) y el permanente escrutinio del contrario cobran protagonismo, con lo cual los progenitores se hunden en la acrimonia recurrente.

Todo ello sin olvidar que, en una sociedad líquida, todo es volátil. Y especialmente lo son los deseos y las posiciones de los menores en general y de los adolescentes en particular, con el riesgo y las consecuencias que supone si sobre estos deseos y posiciones se ha articulado una demanda de modificación de medidas que muy probablemente se enjuiciará cuando el deseo impulsivo del adolescente haya remitido. Un ejemplo de ello: “Lo cierto es que la hija, que convivió 4 meses con la madre en Madrid [con la intención de estudiar allí] volvió a vivir con su padre a Ibiza, siendo dicho progenitor quien ostenta la custodia de dicha hija desde la separación de los litigantes” (SAP Palma de Mallorca-Sección

⁶⁷ El ejemplo recurrente y paradigmático al respecto de familias “con alto nivel de conflicto” es el del caso *Kavanagh vs. Kavanagh*, dos abogados londinenses que dilapidaron su patrimonio en un procedimiento de divorcio iniciado en 2007 y que duró cinco años. De la virulencia del procedimiento el juez Clive Millon dijo que “el barco de un matrimonio puede irse a pique, pero esta pareja ha dirigido el suyo hacia las rocas a toda máquina”. Tras la debacle, la abogada Anna-Marie Kavanagh busca clientes con el argumento de que pueden beneficiarse de su terrible experiencia. (Woods, 2012).

4ª de 26 de enero de 2016). Las consecuencias para la madre actora, en este caso, fueron, además de la desestimación de la demanda, la condena en costas en primera y segunda instancia⁶⁸.

Porque los eventuales costes de la acción de modificación de medidas se concretan, o pueden concretarse, en la condena en costas⁶⁹ sumadas a los gastos propios, cuando menos, de abogado y procurador; así esa eventual condena en costas puede llegar a convertirse en un elemento más que alimente el conflicto entre las partes. Y ello, en todo caso, sin desdeñar la función que tienen las costas procesales de resarcir a aquel que, inopinadamente, se ha visto abocado, bien por activa bien por pasiva, a un procedimiento judicial que ha debido sufragar.

Las costas procesales, por su excepcional imposición en los procedimientos de familia, no actúan de freno eficaz a los querulantes de las modificaciones de medidas. Porque si bien hay resoluciones como la

SAP Barcelona-Sección 18ª de 25 de julio de 2013 que aplican el criterio del vencimiento objetivo contenido en el artículo 394 LEC⁷⁰, lo cierto es que esa es la excepción y no la regla.

⁶⁸ En este caso las costas superaron, para la actora que vio desestimada la acción, los 13.000€, incluyendo derechos de procurador, honorarios de letrado e IVA, entre primera y segunda instancia.

⁶⁹ Una de las realidades poco amables de la práctica forense de la abogacía es la condena en costas. En este supuesto, y mientras los procuradores deben atenerse al arancel, los letrados suelen aplicar criterios “de máximos” con los límites, según el colegio que deba amparar la minuta en última instancia, de los criterios públicos o de los “usos y costumbres y trabajo efectivamente realizado por el letrado” en los ámbitos colegiales en los que, para evitar la intervención y eventual sanción de Competencia, se optó por hacer desaparecer (*stricto sensu*, especialmente de las páginas web) los antiguos baremos, que pese a ello y cual meigas, haberlos *haylos*.

⁷⁰ El artículo 394 de la LEC que, con dos excepciones, recoge el principio del vencimiento objetivo es aplicable en los procedimientos de familia de tal manera que solo procede en caso de sentencia desestimatoria no imponer el pago de las costas en aquellos supuestos en los que concurren dudas de hecho y/o dudas de derecho. En el caso de autos no concurren dudas de hecho ni tampoco de derecho. La falta de acreditación de circunstancias nuevas que justifiquen siquiera la valoración de la modificación instada conduce a que por aplicación del principio de vencimiento objetivo deban imponerse las costas del procedimiento a la parte actora cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

Pese a que la LEC no ofrece excepción alguna al principio general del vencimiento en materia de costas contenido en el artículo 394, constituye un creer cuasi generalizado (en ocasiones más cercano a la fe que a la razón) que, en los procedimientos de familia, y por consiguiente también y por extensión en los de modificación de medidas, la regla es la no imposición de costas y la excepción lo contrario. Entendemos que con ello se contraviene el principio general objetivo porque, obviamente, la excepción puede producirse, pero no está exenta de necesidad de motivación al respecto, de la que están huérfanas innumerables sentencias de modificación de medidas en particular y de familia en general. En este sentido y contexto, son frecuentes, cuando las hay, las referencias genéricas a la especial naturaleza de los procedimientos de familia para eximir de la condena en costas que, entendemos, no constituiría más que una lectura aplicada de la potestad del juzgador contenida en el artículo 394.1 LEC que le permite apartarse del principio general cuando considera que hay dudas de hecho o de derecho; pero, en cualquier caso, estaríamos ante una insólita concentración de esas dudas en los procedimientos de familia. Habría, incluso, que plantearse si esta displicencia respecto de la imposición de costas que se observa en tantas y tantas sentencias de modificación de medidas no colide con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, habida cuenta que el TC considera que las costas constituyen un elemento integrante, como garante del acceso, del derecho de tutela judicial efectiva⁷¹.

⁷¹ Así se expresa en el FJ2 de la STS 120/2007 de 21 de mayo: “Entrando al fondo de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), es preciso señalar que este Tribunal ha reiterado que la decisión sobre la imposición de costas es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, si bien destacando que, siendo la imposición de costas una de las consecuencias o condiciones que pueden incidir en el derecho de acceso a la jurisdicción o que pueden actuar en perjuicio de quien actúa jurisdiccionalmente, existen también una serie de exigencias que el respeto a dicho acceso —integrante del derecho de tutela judicial consagrado en el art. 24.1 CE— impone tanto al legislador como a los órganos judiciales. En relación con estos últimos, se ha afirmado que están obligados a aplicar esas condiciones o consecuencias cuando éstas se funden en norma legal, de forma razonada y con la correspondiente motivación; de forma que no pueden, en el caso que enjuicien, imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones si no existe previsión legal de los mismos ni, en el caso de tener fundamento legal, olvidando las exigencias de motivación. Por esta razón, la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria para decidir sobre la imposición de las costas en el proceso no priva a este Tribunal Constitucional de la competencia para enjuiciar, a través del proceso de amparo, si la decisión judicial ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

Bien podría defenderse que cuando en una acción de modificación de medidas, según el juzgador, el actor no acredita la variación sustancial de circunstancias que abre la puerta procesal a la modificación, deja de existir cualquier motivo para apartarse del principio general objetivo. Ello no obstante, la misma sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que dictó la precitada sentencia de 26 de enero de 2016, unos meses después, y también en procedimiento de modificación de medidas⁷², acogió que dada “la naturaleza de la pretensión, que obliga a los particulares a acudir necesariamente a los Tribunales, sin poder solucionar la controversia por otra vía, no procede condena en costas salvo en aquellos casos en que concurra temeridad o mala fe de alguna de las partes” para fundamentar que “en supuestos como el de autos no rige el principio objetivo del vencimiento recogido en el art. 394 de la LEC para los procesos declarativos” porque la “especial naturaleza del litigio” tiene como consecuencia que “debe regir el principio subjetivo de la temeridad o mala fe. Lo que supone que no deba hacerse expresa imposición de costas a ninguna de las partes salvo que, por su actuación temeraria o contraria a la buena fe, una de las partes sea merecedora de las mismas” (SAP Palma de Mallorca-Sección 4ª de 12 de diciembre de 2016).

De cualquier modo, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, se alejó de “la corriente jurisprudencial en la que en el ámbito de derecho de Familia, de hecho se aplica como principio general el subjetivo o el de la temeridad, o también podría considerarse que se atiende a la facultad discrecional del Juzgador que le permite el artículo 394.1 de no efectuar expresa imposición de costas cuando concurren serias dudas de hecho o de derecho” para considerar que “no deben efectuarse planteamientos generales, sino atendidas las circunstancias del caso concreto, razonando si en el mismo se aprecian serias dudas de hecho o de derecho” (SAP Palma de Mallorca-Sección 5ª de 13 de julio de 2004). Todo ello en una fundamentación en la que califica de inconsistente, en

cuando la resolución judicial resulte inmotivada o incurra en error patente, arbitrariedad manifiesta, irrazonabilidad (por todas, STC [261/2006](#), de 11 de septiembre, FJ 1”).

⁷² En la primera sentencia la ponente fue la magistrada Fernández Alonso, y en la segunda Gelabert Ferragut; pero en ambos fallos las dos magistradas integraban la Sala.

relación a la necesaria acreditación de un cambio sustancial de circunstancias, el deseo de un padre de adelantar unos meses el régimen de visitas pactado anteriormente respecto de un lactante.

El argumento de la “especial naturaleza” del procedimiento, sea expresado de esta manera o de otra similar o equiparable en cuanto a su laxitud, para exonerar a la parte vencida de la condena en costas, raramente se argumenta en las sentencias de modificación de medidas, al entenderse la no imposición como criterio mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia. Ello no obstante, en alguna sentencias sí que se fundamenta, al argumentar, aplicado a un supuesto de divorcio pero que puede trasponerse al de la guarda de menores, que “no puede perderse de vista la especial naturaleza de este tipo de procedimientos ya que afecta al estado civil de las personas unidas a por un vínculo matrimonial y, en consecuencia, no puede ser objeto de regulación privada ni de transacción (artículo 1.814 del Código Civil)” (SAP Alicante-Sección 7ª de 24 de febrero de 2003).

En otras ocasiones, los tribunales recuerdan que la imposición de costas es inexcusable, aunque la parte vencedera no la haya solicitado y sin que, en consecuencia, tal aplicación venga regida por el principio dispositivo; antes al contrario, la imposición de costas es materia de derecho imperativo, ya que las normas que la regulan son mandatos al órgano judicial e incluso un eventual pacto entre las partes al respecto podría suponer la vulneración del artículo 1168 CCiv, que reserva la decisión sobre los gastos ocasionados en juicio a los tribunales con arreglo a la LEC (SAP Segovia-Sección 1ª de 19 de diciembre de 2017).

Las costas también se imponen en casos de desistimiento, aunque este se haya fundamentado en la variación durante el proceso de circunstancias esgrimidas al inicio de este, algo obviamente propio de la sociedad líquida en combinación con los tempos judiciales. Así, en el AAP Huelva-Sección 1ª de 22 de noviembre de 2017 se impone las costas argumentando que “tratándose de una modificación de una sentencia precedente, debe evitarse que la sucesión de procesos contribuya a generar inestabilidad familiar, y por tanto se debe exigir que exista

un cambio sustancial constatable antes de emprender el ejercicio de una acción judicial tendente dejar sin efecto un régimen previamente acordado”.

Por su parte, en la SAP Murcia-Sección 4ª de 9 de noviembre de 2017, se recuerda en su fundamentación que:

Esta Sala viene defendiendo reiteradamente durante los veinte últimos años que en materia de costas en estos procedimientos declarativos de familia rige el principio general del vencimiento objetivo, que en la actual regulación está recogido en el artículo 394 LEC, donde la excepción no es la concurrencia de circunstancias excepcionales, sino que en el caso concurren serias dudas de hecho o de derecho. No puede aceptarse, pues, que se invoquen circunstancias excepcionales, ni basta tampoco cualquier duda de hecho o de derecho, sino que han de ser serias, esto es relevantes, graves o importantes, pues en todo procedimiento siempre hay cuestiones discutibles, pero no son suficientes para desechar el principio general del vencimiento en materia de imposición de las costas procesales.

A juicio de la Sala, en este caso el actor pedía modificación a custodia compartida desde un acuerdo inicial de custodia materna exclusiva, pero sin invocar “ninguna circunstancia que haya variado ni beneficios para la menor con ello”.

En contraposición a lo precedente, la SAP León-Sección 1ª de 3 de noviembre de 2017, recuerda lo que “viene siendo habitual en esta Audiencia Provincial” de no hacer pronunciamiento de las costas “dada la naturaleza de los hechos debatidos” (en este caso una modificación de medidas en la que se pretendía la extinción de una pensión de alimentos referidas a una hija de 27 años).

Hay resoluciones, como la SAP Madrid-Sección 22ª de 17 de noviembre de 2017, que se alejan de automatismos y ajustan la resolución al escenario fáctico:

La Sala no encuentra motivo alguno para dejar sin efecto el pronunciamiento sobre condena en las costas de la instancia, a la parte demandante, por cuanto que se considera que de modo injustificado, y una vez analizado el fondo del asunto, ha propiciado un nuevo proceso de modificación de medidas, y (...) ha exigido a la parte demandada articular el oportuno derecho y obligación de defensa, en interés de los menores, lo que ha determinado el coste económico correspondiente del trabajo de los profesionales que han defendido y representado al demandado, de modo que no existiendo ninguna duda de hecho ni de derecho que ponga en tela de juicio o en cuestión el pronunciamiento de la sentencia apelada, teniendo en consideración el cauce procesal en el que se han debatido la

problemática, a la sazón, el proceso de modificación de medidas, se mantiene el pronunciamiento sobre condena en las costas de la instancia a la parte demandante.

La misma sección 22ª de la audiencia madrileña en SAP Madrid-Sección 22ª de 10 de noviembre de 2017, resuelve no imponer las costas a una madre demandada que se opuso a la extinción de la pensión de alimentos destinada a una hija de 29 años, al considerar que no existió temeridad en dicha oposición y pese a la estimación de la modificación. En esta SAP recuerda: “Lo que habitualmente determina la imposición de costas a quien ha originado de modo innecesario o indebido un proceso que ha exigido a la parte demandada articular la defensa con abogado y procurador, con el consiguiente coste económico que ello supone”. Y la misma Sala (SAP Madrid-Sección 22ª de 9 de junio de 2017) tampoco impuso las costas en un procedimiento en el que se pretendía la modificación del régimen de visitas:

Aun siendo cierto que el cauce procesal en el que se han debatido las cuestiones es el de la modificación de medidas, también lo es que en este supuesto sí puede afirmarse que el objeto en cuestión debatido es de naturaleza especial, en lo atinente a medidas personales que intentan modificarse, entendiéndose que el planteamiento de la parte actora lo ha sido con criterios de buena fe, y que, en cualquier caso, aunque inicialmente al momento de la interposición de la demanda pudiera haber suscitado alguna duda la cuestión, ella se despeja por medio de la diligencia de exploración de la menor practicada el 26 de noviembre del 2014, es decir, durante el curso del procedimiento.

En ocasiones se penaliza al actor que se considera de mala fe, aunque ello suponga apartarse del criterio de no condena en costas, como ocurre en la SAP Zaragoza-Sección 2ª de 28 de marzo de 2017, al avalar la imposición de costas en primera instancia apartándose del criterio de Sala dado que “el criterio aunque excepcional en el presente caso nos parece acertado puesto que no sólo no acredita la existencia del hecho relevante, sino que silencia otros como los relativos al desinterés en las visitas a la hija fijados en la sentencia, o el incumplimiento continuado de abono de la pensión alimenticia fijada a favor de aquélla”.

De que la imposición de costas en los procedimientos de modificación de medidas no constituye una cuestión pacífica, pese a que sí existe una corriente mayoritaria, dan buena cuenta las fundamentaciones al respecto contenidas, en uno u otro sentido, en las resoluciones. A modo de ejemplo de la complejidad, el cuasi tratado al respecto contenido en la SAP Pontevedra-Sección 1ª de 23 de febrero de 2017 (ponente Rodríguez González), que comienza por evidenciar que “es verdad que la LEC no recoge ninguna excepción al principio general objetivo o del vencimiento en materia de costas en razón a que se trate de un procedimiento con base en el Derecho de Familia, y en este sentido, en principio, le es de aplicación el artículo 394 de la LEC”. A continuación, se refiere a “una corriente jurisprudencial que, en la práctica no sigue dicho principio en procedimientos de familia, al considerar que los procesos matrimoniales, se caracterizan por la singular naturaleza de los bienes en conflicto”, que sitúa, en este sentido, extramuros del ámbito de la autonomía de la voluntad y libre disposición de las partes para recordar:

También se ha dicho que las acciones en materia de familia se diferencian de otras acciones constitutivas en que los derechos cuya constitución, modificación o extinción se pretende, no sólo exigen la preceptiva declaración judicial, previa interposición de la demanda y sustanciación del correspondiente procedimiento seguido con intervención de partes y, en su caso, del Ministerio Fiscal, dado que la constitución, variación o extinción de tales derechos escapa de la esfera de autodeterminación de los sujetos, sino que, además, se trata de derechos cuya materialización puede solicitarse al órgano jurisdiccional, pero que carecen de una correlativa obligación en la otra parte. Esto es, el derecho existe porque lo reconoce la ley cuando concurren los presupuestos y requisitos legalmente previstos, mas no es un derecho que se ejercite "contra" o "frente a" quien no cumplió voluntariamente una obligación preexistente, puesto que no hay, o al menos es difícil de visualizar, una obligación a priori de consentir la incapacitación, la impugnación de filiación, paternidad o maternidad, la separación, el divorcio o nulidad del matrimonio, las resoluciones administrativas sobre protección de menores o la innecesaridad del asentimiento en la adopción, en la medida que tales obligaciones, en su caso, surgirán a raíz de la decisión judicial que así lo disponga, pero no antes.

Se pone de manifiesto en dicha sentencia que “no hay un derecho previo cuyo desconocimiento por el obligado ponga al titular en la tesitura de instar su defensa a través del pertinente proceso, asumiendo unos gastos que, en caso de ver

reconocido su derecho, habrán de repercutirse sobre el contrario para garantizar su indemnidad, porque "el que pierde paga", para, a continuación, evidenciar como criterio mayoritario el de no imposición de costas salvo apreciación de temeridad o mala fe y atendiendo a la naturaleza del procedimiento y definir que "nos hallamos ante una corriente jurisprudencial en la que, en el ámbito de derecho de Familia, de hecho, se aplica como principio general el subjetivo o el de la temeridad, o también podría considerarse que para materias como ésta exista una llamada a la facultad discrecional del Juzgador, como permite el artículo 394.1 de no efectuar expresa imposición de costas cuando concurren serias dudas de hecho o de derecho" y concluir que "el criterio que debe regir en la imposición de costas procesales en los procesos de familia o matrimoniales, con la excepción de aquellos que únicamente versen sobre cuestiones patrimoniales, no será el criterio del vencimiento establecido en el artículo 394. 1 de la LEC, sino el de la temeridad o mala fe, a las dudas que plantee, y en todo caso, habrá que estar al supuesto concreto a analizar".

Así las cosas, puede determinarse que la corriente mayoritaria es la aplicación del criterio general de no imposición de costas en los procedimientos de modificación de medidas, con las excepciones de mala fe o temeridad en las actuaciones procesales y, en principio, cuando se plantean y resuelven únicamente cuestiones ceñidas o directamente relacionadas con hijos menores; aplicándose el criterio general del vencimiento objetivo, también con excepciones, cuando se dilucidan exclusivamente cuestiones patrimoniales.

La consecuencia de todo ello es que quien se enfrenta como actor o como demandado a un procedimiento de modificación de medidas debe sumar a las incertidumbres que le hayan llevado a ello, además de las que son consecuencia directa de las que se ventilan en el procedimiento, las de una eventual condena en costas o, en sentido contrario, no verse resarcido de los gastos efectuados pese a obtener del tribunal lo pretendido. Y ello sin que existan criterios de predicción de la posibilidad mínimamente objetivos, tanto por la naturaleza misma de las volátiles cuestiones que se dirimen como por la falta de criterios unificados y mínimamente objetivables al respecto por parte de los tribunales.

Es necesario también subrayar, y según se extrae de la práctica forense, que la posibilidad de la condena en costas se bandea en las acciones de modificación de medidas. Es un riesgo que, en las más de las veces, no se contempla o no quiere contemplarse. Y es preciso poner de manifiesto que, como en la mayoría de los procedimientos, los importes de las tasaciones de costas son en ocasiones muy superiores a lo que podríamos denominar “precios de mercado” de un procedimiento de modificación de medidas.

En el plano económico, el procedimiento de modificación de medidas en el que actúan profesionales a los que medianamente se retribuya su trabajo de forma adecuada no puede, o no debería, tener un coste para el justiciable inferior a los 2.000€⁷³ (minuta de abogado⁷⁴, derechos del procurador e IVA), que puede incrementarse de forma notable cuando intervienen otros profesionales (detectives, psicólogos...); sin olvidar los suplidos y gastos de desplazamiento cuando el pleito se dirime en el juzgado que acordó las medidas y alguno de los miembros de la unidad familiar, cuando no todos, residen en otro lugar.

Desde esta perspectiva, la modificación de medidas puede concebirse y/o ser percibida, incluso, como una forma de desgaste emocional y económico del otro o por el otro, cuando no como una forma más o menos sofisticada de maltrato con componente económico.

El precitado convencimiento entre los operadores jurídicos, especialmente los abogados, de la improbabilidad de imposición de costas en un procedimiento de modificación de medidas hace que este riesgo, con ser cierto, no actúe como

⁷³ En cualquier caso, hay profesionales que ofertan procedimientos de familia por mucho menos. Es el caso del web Don Divorcio (s.f), en el que el procedimiento de modificación de medidas se tarifa “desde” 550€ (se supone que IVA y procurador al margen). Y con la advertencia de que “Nuestras tarifas son las mejores del mercado en calidad/precio, si encuentras una tarifa más barata llámanos y hablamos”.

⁷⁴ Los baremos de colegios de abogados que aún están publicados, debido a que muchos los han retirado de sus webs para no ser sancionados por Competencia, recomiendan unos honorarios procesionales para un procedimiento de modificación de medidas “discrecionalmente a partir de 1.200€”, criterio que de aplicarse hace que el costo total para el justiciable no sea inferior a los referidos 2.000€.

elemento disuasorio ante acciones con escaso, cuando no nulo, fundamento. Aunque la realidad sea que se está ante conflictos en los que priman las percepciones y las emociones, y en los que en muchas ocasiones es complejo desligarse de ello hasta que ya se está inmerso en el procedimiento y, por ejemplo, la contestación a la demanda o simplemente acontecimientos sucesivos ponen severamente en entredicho la viabilidad de la acción ya iniciada.

Pero la gran paradoja en la sociedad líquida es que el curso procesal de una modificación de medidas provoca, con insultante frecuencia, que las circunstancias esgrimidas como de variación sustancial hayan, a su vez, cambiado; que lo solicitado haya perdido cualquier atisbo de sostenibilidad; o que el mal que se pretendía evitar sea ya irreversible. Y todo ello puede ocurrir sin pasar de primera instancia, donde, desde la práctica forense, se puede afirmar que desde la interposición de la demanda a la firmeza de esta (en el supuesto de que no sea apelada) nunca pasarán menos de seis meses, aunque lo frecuente es que se acerque al año de duración del procedimiento, dependiendo en demasía, claro está, no sólo del partido judicial sino del propio juzgado al que corresponda el enjuiciamiento. O de circunstancias como el filibusterismo procesal de la parte adversa o el colapso de los equipos psicosociales, si se ha recurrido a ellos.

Y todo ello sin olvidar que los procedimientos de modificación de medidas requieren, si cabe, mayor especialización que los restantes procesos de familia debido a las especiales circunstancias sustantivas y procesales, además de a su mayor conflictividad objetiva; se dirimen conflictos a menudo de gran calado con sofisticados matices. Por ello es, en estos procedimientos de modificación de medidas, donde se hace más rotunda la falta de una jurisdicción de familia tan reclamada por las asociaciones de abogados especializados porque, mientras, el lugar donde se dictó la resolución que se pretende modificar supone diferenciar

entre el acceso a un tribunal especializado o no, que puede ser incluso mixto de primera instancia e instrucción⁷⁵.

Desde la perspectiva estrictamente emocional para progenitores y menores, los sucesivos procedimientos de modificación de medidas suponen, por un lado, el enquistamiento fatal del conflicto y de las prevenciones de todo tipo que afectan al día a día y, por el otro, la inmersión en la más absoluta incerteza; en un mundo líquido donde las seguridades no existen.

Nadie cuestiona que un divorcio (y, por extensión, la ruptura de una relación que se creía sólida) supone un hecho estresante y nada fácil de gestionar emocionalmente, un conflicto de relación interpersonal que constituye una situación compleja entre dos personas en interacción.

Desde la psicología se apunta que la separación de la pareja conlleva un desequilibrio general de la familia con repercusiones en todos los ámbitos, y que este desequilibrio tensionado comienza antes de que decidan formalmente romper, y se mantiene en el tiempo hasta que todos los acontecimientos se superan, lo que no siempre ocurre (Fariña & Arce, 2006). Precisamente a esa superación, que no siempre ocurre, no contribuye una eventual acción de modificación de medidas, en lo que tiene de aportación de incerteza baumiana a una situación que se podría creer de ancla liturgializada por una resolución judicial. Y ello por no hablar de las sucesivas modificaciones o, simplemente, de las advertencias o amenazas de interponerlas⁷⁶.

Siguiendo a los precitados autores, toda ruptura de pareja con hijos menores de por medio supone un conflicto parental, la inestabilidad e inseguridad propia que

⁷⁵ Sin que ello pretenda, en absoluto, minusvalorar a nada ni a nadie, desde el convencimiento que el buen, y el mal, derecho se hace o se puede hacer en todas partes. Simplemente, se trata de evidenciar que la especialización de todos los operadores jurídicos que intervienen en un determinado tipo de procedimiento puede facilitar su recorrido en beneficio de los justiciables.

⁷⁶ Desde la práctica forense podemos afirmar que tras una primera modificación de medidas ya nada vuelve a ser igual porque lo que se consideraba sólido vuelve a percibirse como líquido. Y que en ocasiones una de las partes, cuando no las dos, convierten la incerteza en amenaza permanente, con lo que ello conlleva de tensión que, obviamente, repercute en el día a día y afecta a los menores, cuando los hay.

acompaña a cualquier disolución familiar, y la disminución del nivel económico. La activación de un procedimiento de modificación de medidas contencioso (y lo son, *grosso modo*, tres de cada cuatro), se produce en un proceso de recomposición o, cuando menos, de superación de la ruptura e, indefectiblemente, reactiva las incertidumbres, cuando no el pánico, y el conflicto. Pero incluso el mero planteamiento de un cambio, o la concreción legal de éste, que supone una modificación de medidas consensuada activa mecanismos que hacen aflorar la condición líquida del mundo actual.

Con todo ello (realidad cuantitativa, costes económicos y emocionales, complejidad procesal...) se evidencia que el procedimiento de modificación de medidas no se adapta a las necesidades de la sociedad líquida. Y ello, de forma extractada, porque:

- a) Desde la perspectiva estrictamente procesal estamos ante un procedimiento idéntico al primero que deben abordar las parejas en el momento de su ruptura. Con el agravante, desde la reforma operada en octubre de 2015 en la LEC, de posible “deslocalización” del procedimiento hacia el lugar donde se dictó la resolución que se pretende modificar, con todo lo que ello supone, incluido lo relativo al encarecimiento del proceso.
- b) Estamos ante un procedimiento económicamente costoso; en principio, y aún teniendo en cuenta la variedad de precios que registra el mercado de servicios jurídicos, con costes equivalentes a los de un primer procedimiento de separación, divorcio o medidas de guarda. Además, hay que tener en cuenta la posibilidad de condena en costas, mucho más elevada que en un primer procedimiento como consecuencia de la eventual interpretación restrictiva del filtro procesal de la variación sustancial de circunstancias y de una mayor apreciación casuística de la temeridad o la mala fe.
- c) El procedimiento permite ser utilizado como forma de presión, incluso acoso, al demandado o demandada, sin otro límite, en principio, que la eventual condena en costas. Cada una de las modificaciones interpuestas obliga al demandado a comparecer ante un tribunal con abogado y

procurador, y aunque económicamente si la acción es infundada puede resarcirse de los gastos en los que haya incurrido a través de la imposición de costas, las consecuencias emocionales son obvias y de imposible resarcimiento.

- d) La modificación de medidas es un procedimiento que requiere de una gran especialización en todos los operadores jurídicos que intervienen en él; y ello porque el procedimiento suma sus especificidades a las de un primer procedimiento de separación, divorcio o guarda, entre las que destacan las concurrencias de normas diversas de aplicación en el conjunto del Estado y la asunción por parte del TS, con su doctrina, de un papel cercano al del legislador. A ello se suma que estamos sin una jurisdicción especializada, con acceso restringido a los juzgados especializados de familia según la competencia territorial y con una escasez de medios no controvertida, especialmente manifestada cuando se pretende acudir al informe de especialista.
- e) Las primeras medidas en un procedimiento de separación, divorcio o guarda aportan a los litigantes una, quizá falsa, sensación de seguridad, la posibilidad de aferrarse a aquello que dispone una sentencia y a partir de lo cual articular relaciones y economía; en definitiva, organizarse la vida, aunque sea en tiempos líquidos. Y frente a ello, la aún mera posibilidad de ver modificadas esas medidas supone incertidumbre en sus dimensiones relacionales, económicas y vitales.
- f) Pese a que modificar unas medidas puede urgir tanto o más que el dictado de unas primeras medidas, el legislador no ha previsto el equivalente a las medidas provisionales previas del artículo 771 LEC⁷⁷, debiendo acudir, si se invoca urgencia, a las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda contempladas en el artículo 773 LEC, las denominadas coetáneas. Y con la posibilidad, tantas veces concretada en los juzgados,

⁷⁷ Ciertas son las posibilidades, especialmente cuando hay menores afectados, de utilizar a vía procesal que ofrece la LJV para determinados supuestos, pero ésta no permite abordar lo que constituyen grandes ejes de los procedimientos de modificación de medidas: cambios de custodia, modificación o extinción de pensiones...

que, pese a que se tramiten las provisionales, se acaben acumulando *de facto* con el procedimiento principal con la celebración de una única vista.

Todo ello no hace más que corroborar que el de modificación de medidas es un procedimiento diseñado por el legislador de 1981 para una sociedad que en nada se asemeja a la actual en los términos que nos ocupan, en la que los cambios sustanciales tras una sentencia de separación o divorcio eran improbables, y en caso de producirse difícilmente trascendentes. Frente a ello hoy nos encontramos con medidas obsoletas ya desde el momento de ser dictadas. Estamos ante un procedimiento inadecuado para una sociedad líquida que ha desbordado los escenarios sobre los que se pretendió ofrecer salidas comedidas a los eventuales cambios que pudieran producirse; y hoy la sociedad se ha instalado, forzadamente si leemos a Bauman, en el cambio permanente.

3.5. Rol notarial y modificación de medidas

La LJV 15/2015 de 2 de julio trajo consigo la posibilidad del divorcio notarial, con los límites, *grosso modo*, que sea de mutuo acuerdo, que no tenga consecuencias para menores (*nasciturus* incluidos) o personas con capacidad modificada.

La irrupción notarial en un ámbito que hasta la LJV tenían vedado los fedatarios públicos está generando nuevos escenarios, como son la modificación de medidas acordadas en convenio notarial y la asunción por parte de los juzgados de pseudo-modificaciones de medidas contenidas en documento público.

La casuística de modificaciones de medidas acordadas en sede notarial que llegan a los juzgados tiene su razón de ser, obviamente, en disensos entre las partes producidos con posterioridad a la separación o divorcio ante notario; en el primer caso, como era habitual antes de la reforma de 2005, se aprovecha el divorcio para la modificación de medidas. Disensos precitados que, de acuerdo con el artículo 775 LEC, deben tener su fundamento procesal en la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar o acordar las medidas que se pretende modificar; pero a nadie se le escapa, y la práctica forense lo reafirma, que la parquedad expositiva usual de los convenios dificulta, a la hora de plantear una modificación de medidas, la fijación de la *ratio decidendi* al momento de la ruptura para formular el necesario ejercicio intelectual de establecer el cambio sustancial de circunstancias.

Asimismo, desde la práctica forense, se observa que, en los divorcios notariales, especialmente por su sumariedad, existen más posibilidades que una de las partes, la *a priori* más débil, alegue *a posteriori* unas circunstancias incardinables en el vicio en el consentimiento. Porque si bien el divorcio o la separación notarial no dista mucho de una separación o divorcio en sede judicial ex artículo 777 LEC, en esta última hay un elemento decisivo, en lo fáctico⁷⁸, a la hora de atajar un

⁷⁸ Otro elemento fáctico sería lo habitualmente ceremonioso y privado de una notaría, que puede actuar como coadyuvante ambiental represivo y torcer la voluntad del consentimiento, frente al cierto bullicio propio de una oficina judicial, propiciador de lo contrario. Casi todos los operadores jurídicos han sido testigos del “pues no firmo” en el momento de ratificar un convenio en sede

posible vicio en el consentimiento: el tiempo que transcurre entre la firma privada del convenio y su ratificación en sede judicial. En contraposición a lo que ocurre en las separaciones o divorcios notariales, cuando estos se hacen en sede judicial, y aunque lo sean por decreto del letrado de la administración de justicia ex artículo 777.10 LEC, no existe unidad de acto entre la firma privada del convenio y su posterior ratificación en sede judicial; esos días o semanas de por medio permiten un plazo de reflexión cuando no de consultas con profesionales terceros. Y ello sin dejar de lado que el precitado artículo 777.10 LEC dispone que:

Si [el letrado de la administración de justicia] considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Es decir, la separación o divorcio por decreto del letrado de la administración de justicia contempla expresamente una suerte de control, no de legalidad, pero sí de respeto a los derechos de la partes o de sus hijos mayores o menores emancipados. También el precitado artículo 777.10 LEC recoge directamente la vía del artículo 775 LEC al disponer: “La modificación del convenio regulador formalizada por el Secretario judicial se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurren los requisitos necesarios para ello”.

Sabida es la dificultad de abordar una modificación de medidas cuando hay proximidad temporal con la firma del convenio cuyos efectos se cuestionan. Dificultad en múltiples dimensiones, que incluyen la ausencia de elementos que permitan establecer la *ratio decidendi*, como suele ocurrir en la gran mayoría de los convenios, y la recurrente invocación de la adversa al principio *pacta sunt servanda* del artículo 1255 CCiv. Invocación a este principio obligacional que

judicial, en la que es impensable cualquier, ni que sea leve, inducción a la ratificación si se ha expresado la voluntad contraria.

puede haberse contraído de forma cuasi sumaria ante fedatario público y cuya eventual modificación obligará a una compleja acreditación de circunstancias:

Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación (STS 2011 de 4 noviembre), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la sentencia recurrida se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya habían admitido su validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997 (SSTS 31 de marzo 2011; 20 de abril y 10 de diciembre 2012), sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 C.C, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses (STS de 30 de abril de 2013).

A todo ello se suma, y no es baladí a efectos prácticos, que el notario es fedatario de los documentos públicos que se otorgan en su presencia pero que sólo puede ser testigo de estos en muy determinadas circunstancias, pese a que, a los efectos de acreditar un eventual vicio en el consentimiento, este testimonio puede ser vital, sin que ello prejuzgue irregularidad alguna por parte del fedatario interviniente. Y a nadie se le escapa la importancia de poder determinar y acreditar, en alegación de vicio en el consentimiento en un convenio, una serie de circunstancias (quién abonó los honorarios, de quién eran de confianza los profesionales que intervinieron, las dudas y los dimes y diretes que pudieron producirse antes de una firma...) que envolvieron la firma del convenio y su elevación a público.

Dicho lo cual, conocidas son las reticencias de los notarios, cuando no abierta oposición, a deponer como testigos en procedimientos civiles. Lo hacen partiendo de la disyuntiva de que si el testimonio tiene que versar sobre el instrumento público autorizado por el notario, está regido en la forma y en el fondo por la legislación notarial, forma parte de su estatuto profesional-funcionarial y tiene como límite el propio documento, y que si, en contraposición, se pretende un testimonio referido a actos o documentos ajenos al instrumento público - aunque hayan tenido relación previa, simultánea o, incluso, posterior a la autorización de éste- queda al margen de la función pública y de la legislación

notarial, pero en cuanto el notario haya tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su función asesora y fedataria debe quedar amparado por su obligación de respetar el secreto que preside las relaciones con quienes reclaman su ministerio, obligación que conforme al artículo 371.1 LEC le eximiría del deber de comparecer en el juicio o vista (Pujol, 2010).

También es destacable, en el divorcio notarial, la atribución de control de los acuerdos entre las partes que se atribuye a los notarios (al igual que a los letrados de la Administración de Justicia) que se les mandata en el artículo 90.2 párrafo tercero del CCiv tras la modificación implementada por la Ley 15/2015 de 8 de julio, que entró en vigor en fecha 23 de julio de 2015. Destacable, al menos en el plano de lo teórico, porque, de acuerdo con la redacción de este párrafo, debe inferirse que nada de lo contenido en un convenio ante notario es “dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados”, circunstancia susceptible de revisión judicial sólo, entendemos, en el curso de un procedimiento de modificación de medidas.

Capítulo aparte merece la alegación ante los tribunales de los pactos privados, aún recogidos en documento público notarial, alcanzados entre las partes que, en ocasiones, son validados, entendemos que de forma contraria a la ley por abordar cuestiones indisponibles como son las pensiones de alimentos, por los juzgados. Tal es el caso que la SAP La Rioja-Sección 1ª de 9 de noviembre de 2017, administración concursal de por medio, tuvo que corregir al Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño con radical contundencia: “La Sala estima que no puede llevarse a cabo tal rebaja y demora en el pago de la pensión de alimentos contrariando lo acordado en la sentencia de divorcio y al margen del procedimiento de modificación de medidas, que es el cauce legalmente previsto en el que tal pretensión debe ejercitarse”. En este caso, además, el juez del concurso en el que estaba inmerso el progenitor pretendía atraer la posible modificación de medidas, que la AP de La Rioja, en la precitada sentencia, no duda en que “en los supuestos en que se haya instado la separación, nulidad o divorcio, el juez de familia mantendrá su competencia para pronunciarse sobre

las medidas patrimoniales interesadas” y que cosa distinta, y competencia del juez del concurso, serán los alimentos del concursado.

Entendemos que, contraviniendo la indisponibilidad de la pensión de alimentos fijada en sentencia de separación, divorcio o guarda, otras resoluciones dan pábulo a la posibilidad de que acuerdos otorgados ante notario operen cual modificación de medidas. Así el AAP Barcelona-Sección 12ª de 6 de marzo de 2017:

En el presente caso, se alega un acuerdo transaccional de carácter verbal, es decir que no consta documentado y dicho acuerdo es negado de contrario desde el momento en que está exigiendo el cumplimiento de la sentencia íntegra. Que se exija que la transacción posterior a la sentencia conste en documento público no es por una mera cuestión de forma sino porque cualquier acuerdo posterior que impida la ejecución de una resolución firme supone en cierta medida una modificación de la sentencia y siendo ésta una decisión de autoridad, cuyo testimonio constituye un documento público, cuando la misma va a ser sustituida por otro convenio privado debe, cuando menos, efectuarse con las garantías de que las partes son las que son, tienen capacidad suficiente para convenir, conocen el alcance de lo que suscriben y lo que pactan no es contrario al orden público, circunstancias todas ellas que garantiza la intervención notarial o en su caso el haber solicitado la homologación judicial a través de un nuevo proceso de modificación.

Como es de ver, en la precitada resolución (auto dictado en incidente de oposición a la ejecución) se equipara un acuerdo entre partes ante notario, con menores de por medio, con un procedimiento de modificación de medidas.

El precitado AAP de Barcelona se corresponde, en cualquier caso, con una corriente muy minoritaria, siendo en la práctica totalidad de casos rotunda la postura de los tribunales respecto a la naturaleza de los documentos públicos notariales que, por pretender cambiar lo dispuesto en una resolución judicial, operan, o se postulan a ello, cual modificación de medidas. Así, la SAP Asturias-Sección 7ª de 26 de abril de 2010 señala:

No pudiendo una escritura notarial no homologada en sede judicial contradecir o revocar lo dispuesto en una sentencia firme. (...) No corresponde a las partes determinar extrajudicialmente la existencia de una situación de desequilibrio económico entre las mismas, ni mucho menos establecer, fuera del cauce procedimental legalmente establecido,

la pertinencia y cuantía de la pensión compensatoria que habrá de percibir uno de los cónyuges en tal concepto. Siendo atribución exclusiva de los Tribunales el establecimiento de la misma, no puede fundamentar la apelante su constitución en base a un documento inhábil para tal efecto.

En STS de 18 de noviembre de 2014, la Sala Primera corrigió matizadamente a la Sección 22ª de la AP de Madrid en relación al pábulo dado a un convenio ante notario con el que unos progenitores, al momento de la ruptura, determinaron el modelo relacional; y dicho convenio fue tenido en cuenta, en primera y segunda instancia, cuando los progenitores, en una suerte de modificación de medidas (formalmente, como no podía de otro modo, unas medidas paternofiliales) acudieron finalmente a los tribunales. La Audiencia madrileña consideró dicho convenio ante notario un negocio de derecho de familia expresión del principio de autonomía de voluntad, que no puede excluirse de las previsiones del artículo 1091 del CCiv, según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y en ese convenio se dispuso que el menor permanecería bajo el cuidado cotidiano de su madre. El TS, aún sin descalificar *per se* el precitado convenio ante notario, señaló en su sentencia que “el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen”.

En cualquier caso, nada impide que el convenio destinado a integrarse en una futura demanda de mutuo acuerdo, o de transformación del procedimiento, se otorgue en escritura pública. Y ello porque, como se recuerda en la SAP Barcelona-Sección 12ª de 5 de septiembre de 2016:

Este tribunal ha reseñado, con reiteración, la validez y en suma plena eficacia de los convenios extrajudiciales de la separación de hecho de los cónyuges, no obstante su falta de ratificación judicial en proceso consensuado, al tratarse de negocios jurídicos de Derecho de Familia, siempre que reúnan los elementos esenciales del artículo 1261 del Código Civil, y cuando tales convenciones, amparadas en el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, no se encuentran afectadas por los vicios del consentimiento del artículo 1265 del Código Civil.

Y, obviamente, la firma del convenio ante notario puede ser decisiva a la hora de combatir una invocación de contrario referida a la existencia de vicio en el consentimiento o, que de todo se ve en los juzgados, de no reconocimiento de la firma en el momento de la ratificación del convenio en sede judicial.

4. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS COMO ESPECIFICIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA

Son las nuevas realidades de la sociedad líquida las que azuzan al sistema judicial a dar respuestas, en múltiples ocasiones a través de los procedimientos de modificación de medidas, a situaciones no consolidadas como la custodia compartida o alterna. De hecho, un magistrado de la Sala 1ª del TS y ponente de múltiples sentencias de familia, Seijas Quintana (2016), señala:

Las características especiales del procedimiento de familia (...) han permitido que en situaciones no consolidadas, como la guarda y custodia compartida, en la que el TS va por delante del legislador, haya podido servir [el interés superior del menor] como instrumento de cambio de las relaciones de familia por la alteración de las circunstancias, especialmente referidas a una evidente apuesta jurisprudencia por este sistema de custodia, impensable hace algunos años (p. 268).

Ni que sea por la compleja relación entre la modificación de medidas y el principio de cosa juzgada, este procedimiento tiene especificidades propias y características sumadas al hecho de englobarse dentro de los procedimientos de familia, de particularidades especiales, como los enuncia el magistrado Seijas Quintana.

Porque la familia subsiste como institución, pero sus miembros actúan conforme a los nuevos escenarios sociales, propios de la sociedad líquida, y ante situaciones como la falta de trabajo o de vivienda, cambio de valores y la incidencia de todo ello en la dignidad de las personas. Son estos cambios, cuando se producen tras la adopción de medidas, los que generan su modificación.

En las conclusiones de su tesis doctoral, Del Fresno (2008) atribuye a las jóvenes parejas y familias (rango de edad entre 25 y 35 años) la percepción del cambio social como constante e inhibidor de “la toma de decisiones de largo plazo, orientándose al corto plazo (...) incluso las relaciones de pareja están cargadas de interinidad. En el seno de las parejas y las familias el cambio más significativo es la normalización de las relaciones de género igualitarias” (p. 457).

Del Fresno (2008), entiende que la familia no sufre un proceso de desinstitucionalización, sino de posmodernización. Y ello porque “simultáneamente, frente al cambio, tienen la habilidad de adaptarse y combatirlo

con el objetivo de garantizar la estabilidad y viabilidad de las familias y sus miembros” (p. 454)

Ello enlaza con la visión de Bauman sobre cómo se estructura y qué funciones cumplen la familia o las formas de vida familiar en nuestra sociedad. Sostiene Bauman (2015) respecto de la familia que la situación actual emergió de la disolución radical de aquellas amarras acusadas, justa o injustamente, de limitar la libertad individual de elegir y actuar; y que se está produciendo “una redistribución y una reasignación de los ‘poderes de disolución’ de la modernidad”, lo que ha ido mucho más allá de, por ejemplo, la asignación de los patrimonios heredados.

Y a todo ello da, o trata de dar, respuesta hoy el derecho de familia y su expresión que entendemos más genuina, el procedimiento de modificación de medidas. Porque las familias precisan de instrumentos jurídicos, unas medidas adaptadas a una realidad cambiante, para poder desarrollar su habilidad adaptativa y así cumplir su función social.

Autores como Moreno (2018) comparten que son fundamentalmente los tribunales, quienes, mediante la aplicación de los postulados de la cláusula *rebus sic stantibus* a situaciones incardinadas en el derecho de familia, han superado la ausencia de regla general aplicable a lo que, sin duda, constituye un reto en múltiples dimensiones para el sistema jurídico, como lo es el hecho de modificar unas medidas acordadas tras un procedimiento judicial o, simplemente, que esta posibilidad exista. En todo caso, para Moreno, las viejas instituciones como la cláusula *rebus sic stantibus* permiten resolver problemas en tiempos nuevos (pp. 16-17).

4.1. El principio de cosa juzgada

Principio de cosa juzgada y sociedad líquida aparecen como conceptos antitéticos. Lo uno representa permanencia y lo otro, metamorfosis; lo hierático y lo dinámico; lo seguro y lo incierto. Para Bauman, la incertidumbre es la única certeza y nada puede ocurrir con certeza absoluta.

Pues bien, a lo largo de las últimas décadas, el legislador y la aplicación de la norma en los tribunales han asumido que el principio de cosa juzgada y la evolución lógica de las relaciones familiares que, tras una crisis, se vieron reguladas por unas medidas definitivas, consensuadas o dictadas por la Justicia, son conceptos y concepciones necesitados de una solución pragmática que pasa necesariamente por la reinterpretación y la adaptación⁷⁹.

Todo ello, sin dejar a un lado el debate doctrinal en torno a si la cosa juzgada constituye una esencia misma del sistema judicial sin la cual no cabría hablar de jurisdicción⁸⁰ o, por el contrario, se trata de una suerte de convención, como se infiere de lo dicho por Chiovenda (1922) del oficio del juez, de la cual solo se derivaría necesariamente “que la sentencia debe poderse mandar a ejecución, pero no puede tenerse en lo futuro como norma inmutable del caso decidido” (pp. 412-413). En todo caso, Chiovenda (1933) determina que en la cosa juzgada “los hechos continúan siendo los que fueron y el ordenamiento jurídico no pretende que sean considerados como verdaderos los que el juez considera como base de su decisión” y ello porque el juez no se ocupa de saber cómo sucedieron las cosas, sino que “se limita a afirmar que la voluntad de la ley en el caso concreto es lo que el juez afirma ser voluntad de la ley” (p. 340).

⁷⁹ Como ilustrativo ejemplo de ello, en la Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia se apuesta por “actualizar estas tablas según se produzcan cambios en la estructura de gastos de las familias y, como mínimo, cada cinco años”.

⁸⁰ Así lo mantiene Serra (1981) en el comentario al derogado artículo 1.252 CC contenido en la obra dirigida por Albadalejo (p. 627).

En cualquier caso, es preciso subrayar que, en nuestro ordenamiento, la derogación del artículo 1.252 del CCiv que supuso la entrada en vigor de la LEC en 2001, tuvo como consecuencia que la cosa juzgada pasase a ser un instituto de naturaleza procesal, que recoge la doctrina según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible, “en el sentido de que no se impide que la cosa juzgada despliegue su eficacia por la nueva circunstancia de que los litigantes aduzcan argumentos o razones que no esgrimieron en el primer proceso pero que ya existían en la fecha de la interpelación judicial” (SAP Palma de Mallorca-Sección 4ª de 25 de julio de 2011)⁸¹.

Nos encontraríamos ante una realidad procesal, y de ahí la importancia de la regulación en el artículo 775 LEC de la modificación de medidas y su condición *sine qua non* (“siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”), que se convierte en auténtico caballo de batalla ante los juzgados de familia y nos remite necesariamente a los postulados de Calamandrei sobre el proceso como instrumento del derecho.

Es incontrovertido que múltiples factores sociales y la naturaleza líquida de la sociedad han hecho que esta necesidad de modificación de medidas (las nacidas

⁸¹ En esta sentencia también se recuerda: “El hoy derogado artículo 1.252 del Código Civil, estableció que para apreciar la existencia de cosa juzgada en un juicio, es necesario que entre el caso resuelto por sentencia y aquel en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. La exigencia de las tres identidades clásicas en los elementos "personal", "real" y "causal" en los dos procesos, ha sido puesta de manifiesto por unánime doctrina jurisprudencial, cuya cita resulta ociosa, para cuya constatación "es necesario un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso... requiriéndose una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos" (sentencia del Tribunal de 25 de junio de 1982, citada por la de 26 de mayo de 2004). La cosa juzgada material tiende a garantizar la seguridad y la paz jurídica, pues de no existir esta institución se prolongarían indefinidamente los procesos generándose sucesivas resoluciones sobre idéntica problemática que podrían resultar contradictorias, lo que vulneraría la legítima expectativa de los ciudadanos que acuden a los tribunales de justicia a obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, tal como se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional (SSTC 77/1983, 221/1984, y 242/1992, entre otras). En definitiva, la función negativa de la cosa juzgada implica la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto”.

como “definitivas”) se haya multiplicado exponencialmente desde la que lejana normativización del divorcio en la España de la transición.

Pero también las medidas de familia se ven sacudidas por lo que el procesalista argentino Berizonce (2009) describe como “fenómeno de la deflación de la cosa juzgada” y que opera en dos direcciones principales: (i) el relajamiento de la inmutabilidad en relación a los límites objetivos como consecuencia del angostamiento del concepto de cuestión amparada por la cosa juzgada y (ii) la derivada de los procedimientos “sumarios”⁸² que vacían de contenido la significación de la cosa juzgada material (p. 198). No obstante, Berizonce no cuestiona la cosa juzgada como concepto absoluto, sino que, citando a Barbosa Moreira (2004), alude a un corrimiento y ampliación de los límites fronterizos de la cosa juzgada (p. 729 y ss).

Es preciso también contextualizar el auge de los procedimientos de modificación de medidas con la realidad cambiante de cosas y circunstancias, eso es la vida líquida, que ha influido en la doctrina del TS respecto de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que la vincula a cuestiones tan candentes, y propias de tiempos líquidos, como la crisis económica y sus manifestaciones laborales e inmobiliarias. Así en la STS de 30 de junio de 2014, que niega automatismo en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pese a defender su aplicación bajo determinados supuestos, se resume la doctrina al respecto y defiende su aquilatada aplicación “en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico”. Y ello porque, se fundamenta en la precitada STS:

⁸² En frecuente ver en la práctica forense como, en aras de la economía procesal, medidas provisionales previas o medidas provisionales (y, por lo tanto, sin todos los trámites procesales que previó el legislador para la adopción de medidas definitivas) acaban metamorfoseándose en medidas definitivas. Y ello ocurre, entre otras cosas, por el masivo y en cierta manera normalizado retraso en la celebración de las comparecencias de medidas provisionales previas (para las que el artículo 771.2 LEC prevé un plazo de la comparecencia “que se celebrará en los diez días siguientes”) o las provisionales previstas en el artículo 773 LEC.

Se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos.

Dejando al margen el conflicto doctrinal sobre la naturaleza contractual del matrimonio o relación análoga, sí es preciso subrayar, para abordar la variación de circunstancias que permitiría relacionar el hecho matrimonial o simplemente relacional con la eventual aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que es posible concebir no solo el matrimonio en sí sino también la realidad que queda fijada (mediante convenio o medidas acordadas) como un escenario en el que son aplicables fundamentaciones parejas a las de la precitada doctrina del TS sobre la cláusula *rebus sin stantibus*. Y que el legislador y el desarrollo jurisprudencial subrayan la necesidad de justificar la imprevisibilidad al momento de la concreción de las circunstancias que luego se desencadenen. Imprevisibilidad propia de la sociedad líquida que la doctrina precitada del TS aplica al escenario inmobiliario y también al laboral. Para Moreno (2018), es preciso siempre tener presente que en las medidas que eventualmente sean objeto de modificación hay siempre un acreedor y un deudor, cuya situación puede verse modificada en el tiempo; de ahí la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* (p. 13).

El profesor Salvador Coderch (2009) significó al respecto que la promulgación el año 1889 del CCiv supuso una ruptura con la doctrina medieval de la cláusula *rebus sic stantibus* y que la recuperación de esta doctrina por parte del TS a mediados del siglo pasado lo fue con carácter excepcional y sesgado y que sólo fueron las consecuencias de la denominada crisis de 2008 las que llevaron al TS a un incremento de la revisión de contratos, como antes lo habían supuesto las consecuencias de la guerra que siguió al golpe de estado de julio de 1936 (p. 4).

Y por todo ello, y simplemente como elemento para la reflexión, se puede plantear si en realidad el procedimiento de modificación de medidas no es, desde esta perspectiva, más que una mera avanzadilla que refleja la fragilidad del concepto

de cosa juzgada, o acordada, en tiempos líquidos. Piénsese, a modo de ejemplo, en cómo los avances o cambios tecnológicos, al igual que los vaivenes inmobiliarios o financieros, pueden afectar a un contrato, en ocasiones, de forma temporalmente cercana a su concreción. Y en la relación sociojurídica que todo ello tiene con los procedimientos de modificación de medidas tanto por la realidad material como por la realidad líquida que indefectiblemente impregna a los actores.

En cualquier caso, el procedimiento de modificación de medidas se erige como un elemento que permite visualizar desde su expansión acotada la posibilidad de adaptar a nuevas realidades resoluciones judiciales que, desde la institución de la cosa juzgada, pusieron fin a un procedimiento. En este sentido Berizonce (2009) recuerda que la cosa juzgada no deja de ser un concepto típicamente político y, en consecuencia, inevitablemente condenado a transfigurarse y mutar a partir de su consustancial relatividad, “sin escozor de la esencia del principio que anida en la salvaguarda de la seguridad jurídica” pero dando respuesta a “las ansias de justicia que se trasuntan en el difuso y difícilmente aprehensible inconsciente colectivo” (p. 222). Ejemplo de ello sería, dentro del ámbito de la modificación de medidas, la asunción jurisprudencial, pero también progresivamente social, de la custodia compartida como solución idónea en beneficio de los menores tras la ruptura de sus progenitores. Pero, en la sociedad líquida, el inconsciente colectivo al que alude Berizonce alcanza, o puede alcanzar, otros ámbitos, ya sean del derecho de obligaciones en general (obligaciones que han de cumplirse en escenarios cambiantes) o de la recepción social de la represión penal de determinados comportamientos.

En una sentencia dictada en tiempos sociológicamente ya muy lejanos, la Audiencia de Barcelona (SAP Barcelona-Sección 12ª de 27 de julio de 1998), con Pascual Ortuño de ponente, apuntó que la modificación de medidas:

Es la concreción en la esfera de los efectos de las sentencias matrimoniales del principio jurídico "rebus sic stantibus", por lo que se refiere a las consecuencias que se derivan de la acción principal sobre estado civil que, por la naturaleza esencialmente evolutiva de las relaciones de familia, precisan de una vía de actualización para adecuarlas a las circunstancias

personales, sociales o económicas que concurren en cada momento concreto en un núcleo familiar determinado.

Veinte años más tarde, y también con Pascual Ortuño como ponente, en SAP Barcelona-Sección 12ª de 12 de marzo de 2018, la Audiencia barcelonesa actualizó el planteamiento a la luz del CCCat al señalar que:

Como se ha reiterado por la doctrina y la jurisprudencia, la acción de modificación de medidas del artículo 233-7 del Código Civil de Catalunya es la plasmación en derecho de familia de la cláusula "rebus sic stantibus", y del examen comparativo de las situaciones del momento inicial y del momento presente a la vista de las pruebas aportadas por las dos partes, ha de concluirse que sí que ha existido un empeoramiento en la posición del recurrente.

Se entra así en la pugna jurídica entre la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* y el principio *pacta sunt servanda*, recogido este último en el artículo 1.258 del CCiv, tantas veces alegado para oponerse a una modificación de medidas acordadas a partir de un convenio y enfatizado como principio fundamental del sistema contractual español en la STS de 13 de noviembre de 2013⁸³. En todo caso, en STS de 15 de noviembre de 2014, y resolviendo como en la sentencia anterior un litigio contractual, el TS abogó por adaptación de las instituciones a la realidad social del momento:

Así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura [*rebus sic stantibus*] tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.

⁸³ Se señala en esta STS, que resuelve un litigio contractual, "que lo que implica una clara infracción de los artículos que se citan en este motivo del recurso y que se resumen en el principio de *lex contractus* y el citado de *pacta sunt servanda*, principios que han sido aplicados reiteradamente por la jurisprudencia (sentencias de 1 de junio de 2009 , 19 febrero 2010 , 2 diciembre 2011), que se ponen en relación con el principio de autonomía de las partes, que proclama el artículo 1255 del Código civil: sentencias de 13 julio 2007, 19 abril 2010 que dice que tal principio fundamenta el sistema contractual español".

En la misma sentencia, el TS acude a la crisis como elemento que hace mutar las circunstancias:

Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente), en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, ha tomado cuerpo en la reciente Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014) con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa a su régimen de aplicación.

Estamos, pues, ante una confrontación jurídica entre lo sólido (*pacta sunt servanda*) y lo líquido (*rebus sic stantibus*) que va más allá del derecho de familia y su específica vía procesal del 775 LEC y que tiene en la denominada crisis de 2008, en observación del TS, un punto de inflexión, con la economía como fenómeno “capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”. Y es obvio que esta aseveración del TS al hilo de la imposibilidad de cumplir en sus términos un contrato mercantil debido a la alteración de las circunstancias económicas es extrapolable, por ejemplo, a la imposibilidad de abonar en los términos en la que fue acordada por las partes una pensión, en un ámbito, como es el derecho de familia, en el que sustantiva y procesalmente esta alteración de las circunstancias está prevista.

Díaz Picazo (1996) teorizó al respecto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* desde la premisa que estamos ante una excepción al principio general de *pacta sunt servanda*, y consideró que dicha excepción sólo es aplicable si se dan una serie de requisitos: (i) estar ante una obligación de tracto sucesivo; (ii) la obligación debe estar pendiente de ejecución, al menos en parte y (iii) la base del negocio ha de haber desaparecido de forma sobrevenida como consecuencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias.

La profesora Rubio (2017) se pregunta si en tiempos líquidos acaso no resulta paradójico, precisamente, alegar alteración sobrevenida de las circunstancias (p.197), remitiéndose a Navas (2015) para aventurar que la variación de

circunstancias de forma más o menos significativa a lo largo de ejecución de un contrato de tracto diferido no resulta un hecho anómalo sino, más bien al contrario, una realidad anticipable (p. 178). Estaríamos ante un planteamiento extremo, la consagración de la ausencia de eventuales medidas correctoras con el argumento, precisamente, que cualquier cambio, a peor, era previsible y en consecuencia debe ser asumido. Planteamiento que entendemos no tiene cabida en el ámbito del derecho de familia, máxime si se viesen involucrados menores de los que hay que defender su supremo interés; o, simplemente, por el mandato de protección de las personas más vulnerables económicamente y en evitación de su exclusión social por no poder hacer frente a sus cargas familiares.

En el ámbito general del derecho contractual, sostiene Rubio (2017), la alegación de una alteración sobrevenida de circunstancias sobre el equilibrio económico de las prestaciones genera tradicionalmente, y a la vez, interés doctrinal y reticencia jurisprudencial porque, habitualmente, se ha esgrimido como último recurso desesperado de una de las partes. Y considera que el impacto de la alteración sobrevenida de circunstancias:

Solo debería tener una aplicación ‘normalizada’ en los supuestos ajenos a la causa onerosa”, de lo que pone como ejemplo el caso de una atribución liberal en el que se da eficacia revocatoria a la supervenencia o supervivencia de hijos, a la ingratitud del donatario o a la pobreza del donante, “o en contextos vinculados a la causa familiar en los que se ha debilitado la intensidad del cambio acaecido que permita instar la modificación de un acuerdo previamente adoptado (art. 90.3 o 100 Cce o ats. 231-20 o 233-7 CCCat) o incluso en el ámbito sucesorio en los casos de sucesión mediante pacto sucesorio (art. 431-14.d) CCCat) (p. 199-200).

Esta confrontación entre lo sólido y lo líquido en el ámbito del derecho de familia, entendemos que se resuelve cada día en los tribunales a partir de la casuística concreta de cada uno de los procedimientos de modificación de medidas. Pero, al margen de la aplicación pragmática del derecho, hay que observar, como lo hace la profesora Moreno (2018), que las de familia no son unas relaciones estrictamente contractuales, sino que se derivan de un pacto, cuando han sido fruto de un convenio o de una resolución judicial, sin que ello constituya óbice

para que los juzgados sí trasladen al ámbito de un procedimiento de familia el principio *rebus sic stantibus* (p. 28).

La profesora Moreno pone como ejemplo de esta aplicación por parte de los tribunales de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito del derecho de familia la STS de 2 de junio de 2011 en la que hay una remisión a la sentencia de 11 de abril de 2008 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Málaga, cuyos fundamentos de derecho resume: “Las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales en defecto de acuerdo entre los cónyuges tienen vocación de estabilidad y no pueden modificarse más que si se demuestra que se han alterado sustancialmente las circunstancias que se tomaron en cuenta para su fijación, lo que supone trasladar al ámbito familiar el principio contractual «rebus sic stantibus»”.

En un ámbito tan específico como es el del derecho de familia, es donde más puede perturbar la fuerza de la cosa juzgada cuando ésta es consecuencia del error judicial o, simplemente, de su falta de empatía con personas y circunstancias. En este sentido, el catedrático Luna Serrano (2015) recuerda que la antigua regla de la *res iudicata pro veritate habetur*, que puede suponer precisamente que acaso *non est veritas*, ha de tenerse por tal, aunque la sentencia sea equivocada o se aparte de la solución de la efectiva verdad del objeto del enjuiciamiento. Y ello a pesar de que hoy se ha abandonado la antigua construcción según la cual la cosa juzgada constituía una ficción y “se considera que la autoridad de la cosa juzgada que adorna a la sentencia firme obedece a superiores razones de política del derecho, a los intereses generales de seguridad y de certeza, a las exigencias de orden y de paz que deben imperar entre los ciudadanos”, además de la necesidad de que los pleitos no se eternicen y de los intereses relacionados con la reputación del sistema judicial. (p. 222-225).

En todo caso, no hay que olvidar que el parámetro de verdad que valida *ex ratione* cada resolución judicial busca y proviene de un fundamento de verdad procesal, es decir, que no estamos ante una verdad material o empírica sino ante una verdad procesal, o lo que algún autor recientemente ha denominado, realidad virtual. En esa verdad procesal está el límite, la frontera, de la Justicia; y de ese

límite, y de ningún otro, debe necesariamente partirse cuando se pretende una modificación de los efectos.

Y, precisamente cuando en el ámbito del derecho de familia, tras una sentencia de primera instancia en la que se acuerdan medidas que una de las partes considera equivocadas o apartadas de la solución definitiva⁸⁴, se aborda la posibilidad de combatir dicha sentencia, surge la opción de eludir la procesalmente encorsetada vía de la apelación y buscar la solución que se pretende a través de un procedimiento de modificación de medidas. Para ello será preciso determinar y estructurar qué cambios sustanciales se han producido desde que el juzgador tuvo conocimiento de los hechos hasta el momento de plantear la modificación de medidas, algo que puede producirse con cierta frecuencia si la unidad familiar se mueve en ambientes líquidos⁸⁵.

Y cabría preguntarse al respecto hasta qué cierto punto la naturaleza líquida de la sociedad no permite abordar en un eterno agujero negro procesal sucesivas modificaciones de medidas en procedimientos híbridos entre lo que sería una modificación en sentido estricto y una apelación. Porque parece obvio que toda modificación tiene también un componente, más o menos relevante en cada supuesto, de cuestionamiento de la resolución judicial que se pretende modificar.

En todo caso, es significativo que numerosas sentencias de modificación de medidas aludan, y lo sigan haciendo, al concepto “santidad de la cosa juzgada”⁸⁶

⁸⁴ No puede desdeñarse que “el derecho, en cuyo ámbito hay amplio lugar para la fantasía, tiende a operar apartándose y poniéndose por encima de la realidad y a acercarse más que a la verdad a la efectividad en aras precisamente de alcanzar una más fácil realización” (Luna, 2015, p. 39).

⁸⁵ A modo de meros ejemplos: cambios de residencia como consecuencia de la actividad laboral o profesional; pérdida del uso de la vivienda por no renovación del contrato de alquiler; nuevas relaciones que impliquen la inmersión en una constelación familiar, etcétera.

⁸⁶ Prolija en la expresión es la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga. A modo de mero ejemplo en una sentencia de modificación de medidas: “Siendo verdad que significan una quiebra de la llamada “santidad” de la cosa juzgada, al permitir la modificación de las decisiones judiciales en el punto relativo a los efectos de medidas económicas, personales y familiares dimanantes de la situación de crisis matrimonial o como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho.” (SAP Málaga-Sección 6ª de 8 de junio de 2016).

La expresión también se emplea en otras jurisdicciones, como la Social. A modo también de mero ejemplo, la STS de 16 de junio de 2015: “No se trata de unificar doctrinas contrapuestas, sino de imponer la llamada “santidad de la cosa juzgada””.

a la hora de fundamentar una modificación de medidas, máxime cuando la propia LEC, en su exposición de motivos, considera tópica la expresión y se aparta de “superadas concepciones de índole casi metajurídica”.

En cualquier caso, puede entenderse como disonante y al menos estéticamente cuestionable que el sistema judicial de un Estado que, en tiempos históricamente muy recientes era confesional y en el que el nacionalcatolicismo laminó las opciones personales disidentes, siga utilizando el término “santidad” a la hora de abordar cuestiones relacionadas con el derecho de familia, máxime cuando la propia LEC invita a desdeñar concepciones rayanas con la metajurídica.

Lo cierto es que el TC, que diez años después de la entrada en vigor de la LEC también seguía utilizando la expresión “santidad de la cosa juzgada”, mantiene que, siendo la intangibilidad de las sentencias uno de los elementos integrados en el cuadro de garantías consagrados en el artículo 24.1 CE, “no quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la ‘santidad de la cosa juzgada’ en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; pero el derecho a la tutela judicial efectiva sí proscribire que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes puedan dejarse sin efecto” (STC 89/2011 de 6 de junio). Y en esa excepción de “sacrificio” del principio de cosa juzgada en aras del superior valor de la justicia se encuadraría el procedimiento de modificación de medidas⁸⁷, aunque la STC citada no tenga relación directa con el procedimiento en cuestión.

⁸⁷ LA STC se remite a la doctrina del TC: “Como indicamos en la Sentencia 67/1984, de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, ‘revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad’, sea ésta sustantiva o meramente objetiva” (STC 15/1986 de 31 de enero, FJ). Y es que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 CE), sin que sea lícito “sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional..., en aras de una ‘justicia material’, que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador” (STC 20/1987 de 19 de febrero, FJ4)”.

En STC 54/1997 de 17 de marzo⁸⁸, dictada cuando el procedimiento de modificación de medidas se consideraba una cuestión incidental, se asevera:

Un procedimiento de modificación de medidas significa una nueva demanda, no una fase posterior en el enjuiciamiento de la precedente. No se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial en la fortuna de uno o del otro cónyuge.

Tan suyo hizo el TS este planteamiento que, incluso, en STS de 14 de noviembre de 2011, indica:

Como afirmó en su día la STS de 17 marzo 1997, "no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge". Es decir, que en principio, la pensión es un derecho que no sufrirá alteraciones, a no ser que se produzca el supuesto de hecho del art. 100 CC. Por ello, dentro de la expresión "modificación por alteraciones sustanciales", debe incluirse la temporalización de una pensión acordada en principio como vitalicia.

Y el error de atribución se traslada a múltiples sentencias⁸⁹.

A menudo el juzgador ha reflexionado en sus sentencias, en clave constitucional, sobre la hipotética colisión entre el principio de cosa juzgada y el procedimiento

⁸⁸ En esta sentencia, el TC denegó el amparo solicitado por un abogado del Estado cuyos ingresos habían quedado reducidos a su nómina como tal al renunciar a un empleo en el ámbito privado; los ingresos como funcionario público prácticamente igualaban el importe de las pensiones a los que estaba obligado. La sentencia contó un voto particular que, entre otros extremos, se considera vulnera la libertad de trabajo consagra en el artículo 35.1 CE.

⁸⁹ Así, la SAP A Coruña-Sección 4ª de 27 de septiembre de 2012: "En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia del nuestro más Alto Tribunal de la que son expresión entre otras la STS de 17 marzo 1997, cuya doctrina reproduce la de 24 de noviembre de 2011, que señala al respecto: "no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge", en este caso de circunstancias económicas". La Audiencia Provincial de A Coruña repite el error de cita en la SAP A Coruña-Sección 4ª de 2 de diciembre de 2015, la SAP A Coruña-Sección 3ª de 29 de enero de 2015 y la SAP A Coruña-Sección 4ª de 5 de noviembre de 2016. También lo hacen otras audiencias, como en la SAP Castellón-Sección 2ª de 2 de mayo de 2016, y así hasta la saciedad.

de modificación de medidas. Así, la SAP Cádiz-Sección 5ª de 12 de enero de 2010, plantea el problema y ofrece la solución:

A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, in fine del Código Civil. No habilitan dichos preceptos anómalos cauces de revisión, ésto es, al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992, entre otras muchas). Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción.

En algunos puntuales casos se ha ido más allá, al considerar que las medidas adoptadas no producen la excepción de cosa juzgada. Así, en el AAP Palma de Mallorca-Sección 3ª, de 16 de octubre de 2000:

Las particularidades que ofrece el derecho de familia, en que las medidas adoptadas no producen la excepción de cosa juzgada y deben mantenerse mientras se conserven las circunstancias que determinaron su adopción. El Código Civil reitera en sus artículos 90 y siguientes, que las medidas acordadas por las partes y aprobadas por el Juez o las pronunciadas por éste, son susceptibles de modificación, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, a fin de que se vayan adaptando a la evolución cambiante de las situaciones personales y patrimoniales derivadas de la sentencia.

Especialmente relevante es la STSJ de Catalunya de 26 de septiembre de 2011, que atribuye a la cosa juzgada en derecho de familia una limitación temporal coincidente con el cambio de circunstancias:

La cosa juzgada de las medidas adoptadas en sede de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio es temporalmente limitada en tanto no se modifiquen las circunstancias, de forma que se posibilita la interposición de un nuevo procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia anterior (art. 775 LEC), así como (art. 775,3 LEC) la petición de medidas provisionales durante la sustanciación del mismo, que siempre podrán interesarse en caso de urgencia y claro perjuicio por la mora procesal (tras la reforma operada en el párrafo 2 del artículo 775,2 por la Ley 15/2005 de 8 de julio , ahora ya, sin ningún obstáculo procedimental).

En cualquier caso, el TC, en STC de 18 de abril de 2005 enfatiza que las medidas definitivas gozan de eficacia de cosa juzgada, “aunque condicionada a su posible modificación por el procedimiento adecuado”, pretensión modificadora que “puede ser ejercitada con ocasión del pleito de divorcio⁹⁰ o en un proceso *ad hoc* al exclusivo objeto de interesar la modificación de las medidas de separación”.

Se ha reiterado por la doctrina y en múltiples sentencias que el procedimiento de modificación de medidas no constituye ni revisión de la resolución judicial que sustenta las medidas en vigor, ni una tercera instancia, “ni una nueva oportunidad para que sean revisados una vez más los hechos y las pruebas aportadas en el anterior procedimiento”, como afirma Pérez (2014, p. 33)

En múltiples sentencias se ha advertido que, si bien la modificación de medidas produce excepción de cosa juzgada material, ello pueda conducir a una serie interminable de procedimientos, lo que llevaría a la quiebra de la seguridad jurídica⁹¹.

⁹⁰ El supuesto visto en amparo por el TC partía de una situación de separación previa a la del divorcio, pleito del que surgió la petición de amparo.

⁹¹ En este sentido, la SAP A Coruña-Sección 4ª 2565/2012 indica: “Si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC , es decir en los casos en los que se produjese “una

Igualmente, se han consolidado por la doctrina y la jurisprudencia los requisitos que son necesarios e imprescindibles para que una demanda de modificación de medidas prospere, como concreción del requisito de variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar o acordar las medidas que se pretende modificar contenido en el artículo 775.1 LEC.

Anteriormente, los tribunales habían simplificado, y por lo tanto dejado en un terreno más abierto, estos requisitos. Así, ya a finales del siglo pasado se habían objetivado los criterios jurisprudenciales al respecto⁹², como es de ver en la SAP Barcelona-Sección 18^a de 9 de octubre de 1998:

[La] doctrina mantenida por esta Audiencia Provincial, (entre otras, sentencias de 28 de enero, 4 y 25 de febrero y 18 de junio de 1988, 14 de marzo de 1992, 24 de abril de 1993 y más recientemente, la de esta misma Sección le 6 de julio de 1998), acorde con el de las restantes Audiencias, que en materia de solicitud de modificación de medidas de separación o divorcio los criterios a tener en cuenta son: a) que se trate de variaciones sustanciales; b) que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados, pues aunque no les alcanza el valor de cosa juzgada, tiene el límite derivado de que las causas en que se fundamente la petición modificativa, no hayan sido objeto de estudio y análisis en otro pleito anterior.

Pérez Martín (2014) sistematizó estos requisitos en la forma que, con múltiples variaciones más estilísticas que de fondo, aplican como criterio los tribunales:

- 1) Que los hechos en los que se base la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.

alteración sustancial de circunstancias", o "sustancial de fortuna" para el caso de la pensión compensatoria (arto 100 del referido texto legal), so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica”.

⁹² Es de gran utilidad, para conocer los criterios que se aplicaban el siglo pasado, el libro *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Barcelona*, de Pérez Martín (2000). Precisamente, Vega Sala destacó en el prólogo del libro la utilidad del corpus, habida cuenta que “al no llegar los procesos matrimoniales al Tribunal Supremo las sentencias no son publicadas con la profusión con que lo son las del Alto Tribunal” (p. 97).

- 2) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
- 3) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio.
- 4) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.
- 5) Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

Campo Izquierdo (2014), magistrado de familia al igual que Pérez Martín, considera que todo letrado que dirija una acción de modificación de medidas se debe preguntar antes si el supuesto reúne los siguientes requisitos:

- 1) Un cambio objetivo de circunstancias.
- 2) Que ese cambio sea sustancial, relevante, es decir, que tenga suficiente entidad.
- 3) Que sea involuntario.
- 4) Que sea un cambio con ciertos tintes de permanencia.
- 5) Que sea imprevisible. Graduando la previsibilidad o no en términos de una ordinaria diligencia.

De todo ello se puede concluir que el sistema judicial tiene que abordar la condición líquida de la sociedad evidenciada en los cambios sustanciales que experimentan las unidades familiares en sus múltiples manifestaciones (cambios de residencia, nuevas parejas, familias reconstituidas, pérdidas de ingresos, cambios de sexo...). y que la necesidad de dar respuesta jurídica a estas situaciones de cambio ha propiciado la construcción de un discurso jurídico sobre la aparente contradicción entre el principio de cosa juzgada y la modificación o extinción de medidas, muy especialmente, cuando estos cambios no son los propios del mero paso del tiempo y, en consecuencia, previsibles y previstos.

Pero este abordaje de una realidad ya juzgada lo hace el sistema judicial sin violentar el principio de seguridad jurídica y sin acudir en modo alguno a los motivos contenidos en el artículo 510 LEC, porque, como señala, Pérez Martín

(2014), “la modificación de medidas no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen todo procedimiento, ya que aunque admite esta posibilidad no se permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron” (p. 29).

4.2. Cuestión incidental – carácter autónomo

La especificidad del procedimiento también se manifiesta en la controversia, azuzada por lo que entendemos una posición errática y una escasa pericia del legislador, del carácter incidental o autónomo del procedimiento de modificación de medidas. Y con ello un elemento esencial desde la perspectiva sociológica y de la percepción del sistema judicial por parte de los justiciables: ¿dónde debe dirimirse el procedimiento?

Porque, para las personas inmersas en un procedimiento de modificación de medidas, es esencial el dónde, especialmente, si la respuesta supone o puede suponer una lejanía geográfica o social. Y ello, cuando, precisamente, en muchas ocasiones el cambio de residencia es el motivo principal o colateral de la acción.

Y es que una de las manifestaciones de la sociedad líquida en la que vivimos es la movilidad de la residencia, en ocasiones dentro del mismo Estado y en otras fuera, pudiendo atender dicha movilidad a factores diversos.

La reforma del artículo 775 LEC⁹³ contenida en la Ley 42/2015 de 5 de octubre supuso una regresión al fijar la competencia de los procedimientos de modificación de medidas en el mismo juzgado que dictara las medidas primigenias. Ello sitúa el procedimiento de modificación de medidas en una encrucijada, al tenerse que dirimir en juzgados en ocasiones alejados geográfica y socialmente del objeto del procedimiento, con lo que ello supone de encarecimiento del proceso y mayor complejidad de este, si se quiere evitar el dictado de resoluciones alejadas de la realidad⁹⁴.

⁹³ Nos referimos a la modificación introducida por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, con entrada en vigor a partir del 07/10/2015.

⁹⁴ A modo de ilustrativo ejemplo: cuando una modificación de medidas se dirige en un juzgado isleño no hay que practicar prueba (por ser hecho público y notorio) que los menores pueden viajar solos, y con toda la seguridad, utilizando el servicio de acompañamiento de las compañías aéreas. Pero cuando esa misma situación se dirige en un juzgado de la España interior, no sólo hay que practicar prueba al respecto, sino que se llega a cuestionar la posibilidad de que los menores viajen solos.

Esta iniciativa del legislador español colide en intención y efectos con la norma europea, que a través del Reglamento (CE) 2201/2003 acercó definitivamente, habiendo menores, la justicia al lugar y al contexto en la que debe desplegar sus efectos, al hacer factible y simplificar la modificación de medidas en el lugar de residencia de los menores, hubiese sido dictada la resolución inicial donde lo fuera. Justo lo contrario de la reforma del artículo 775 LEC contenida en la Ley 42/2015 de 5 de octubre (Cerdà, 2016, p. 7).

Todo ello se produce en un momento en el que los procedimientos de modificación de medidas se multiplican y llegan con un elevado índice de conflictividad a los juzgados, pese a que sólo una reducida parte se judicializa. Mientras la sociedad y sus valores se transforman y se configuran definitivamente en los propios de una sociedad líquida, el legislador parece dispuesto a dificultar el cauce que diseñó en el referenciado artículo 775 LEC, que, precisamente, da respuesta a la naturaleza líquida de las estructuras familiares.

4.2.1. La reforma de octubre de 2015

Antes de la reforma del artículo 775 LEC de octubre de 2015 el debate sobre si el procedimiento de modificación de medidas era autónomo o un incidente estaba cerrado y se consideraba autónomo.

Atrás quedaban los tiempos en los que el TS consideraba el procedimiento de modificación de medidas una cuestión incidental, posición efímera debido a que, ya en 2002, el TS estableció que la competencia en un procedimiento de modificación debe establecerse conforme a las reglas del artículo 769 LEC, prescindiendo, respecto de la atribución de competencia, de cuál fue el tribunal que acordó las medidas que se pretenden modificar. Con ello se configuró un híbrido, a caballo entre una cuestión incidental *sui generis* o (posición mayoritaria de la doctrina) un procedimiento autónomo.

El TS mantuvo su interpretación hermenéutica del artículo 775 contenida en ATS de 10 de octubre de 2001⁹⁵, exactamente, un año y catorce días. En ATS de 24 de octubre de 2002⁹⁶, se sentaron las bases de lo que ha sido hasta la reforma de la LEC de octubre de 2015 una doctrina cuasi pacífica, y con un doble argumento: uno estrictamente jurídico (“...sin que pueda aceptarse el criterio del auto dictado

⁹⁵ “El precepto [775 LEC] se refiere al Tribunal, designación genérica equivalente a órgano jurisdiccional, debiendo entenderse el que les dictó, el que acordó tales medidas definitivas. Ello se deduce de que el art. 775,2 se remite al art. 771, pero tan sólo en cuanto al trámite, al iter procesal, pero no a la competencia (“Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 771 ...”). Ello se corrobora en que si lo piden de común acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, se sigue el procedimiento del art. 776, variando tan sólo el trámite procesal, pero no la competencia (...) Esta solución en una hermenéutica literal del texto legal encuentra además su apoyo en la praxis mayoritaria en los Juzgados que acuerdan la remisión del procedimiento al Juzgado que dictó la resolución de separación y/o divorcio y así parece deducirse de la literalidad del citado art. 775 que la modificación de las medidas definitivas se solicita del propio tribunal que las dictó, variando, según los diversos supuestos de tal precepto, el régimen procedimental, pero sin afectar a la competencia”.

⁹⁶ “Una interpretación de las normas sobre competencia ajustada al principio constitucional de tutela judicial efectiva permite descartar inmediatamente en este caso el fuero de Logroño, pues aunque un Juzgado de dicha ciudad dictara hace ya más de trece años las sentencias de separación y divorcio, resulta que los litigantes contrajeron matrimonio en Sevilla, en esta misma ciudad vivieron hasta su traslado a Logroño y a la misma volvieron luego, hasta el punto de haberse tramitado ya en Sevilla un anterior procedimiento de modificación de medidas en el año 1985, de suerte que obligar ahora a los litigantes a pleitear en Logroño carecería por completo de justificación legal y razonable alguna”.

por la titular de dicho Juzgado porque, una vez recaída sentencia firme de divorcio, la modificación de medidas definitivas no se configura en el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto de la LEC como un incidente del juicio de divorcio ni como ejecución de la sentencia que le ponga fin”), junto a otro de sentido común, como es que no puede mandarse a pleitear a nadie a la otra punta de España.

Autos posteriores del TS (entre otros, el ATS de 11 de febrero de 2003⁹⁷ y el ATS de 28 de febrero de 2005) no sólo consolidaron la interpretación estrictamente procesal del precepto, sino que incidieron en la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva que, obviamente, queda mejor parado si el pleito se dilucida es un escenario próximo y no en la otra punta de España. Las escasas controversias al respecto en más de una década fueron resueltas de forma contundente y clarificadora por parte del TS⁹⁸.

Incluso defensores de la naturaleza incidental del procedimiento, como el magistrado Campo Izquierdo (2014), admitían, antes de la reforma del artículo 775 LEC de octubre de 2015, que dicha naturaleza y, en consecuencia, la competencia del tribunal que dictó las medidas a modificar, “entra en conflicto con la gran movilidad geográfica de las personas, hoy día, por razones laborales, familiares y económicas”. Campo Izquierdo sistematizó en el artículo citado los problemas que, a su juicio, generaba y de hecho planteaba en los juzgados la naturaleza autónoma del procedimiento: multiplicación de letrados en caso de litigar las partes con el beneficio de la justicia gratuita; posibilidad de varias ejecuciones en trámite simultáneo, con consecuencias como órdenes de

⁹⁷ “La modificación de medidas definitivas una vez recaída sentencia firme no se pueden considerar como un incidente del juicio principal, ni como ejecución de sentencia, por lo que ha regirse por lo dispuesto en el artículo 769 no 3 que establece que en caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales sería el tribunal competente, a elección del demandante, el domicilio del demandado o el de la residencia del menor. Por otra parte la atribución de la competencia al Juzgado del domicilio de la demandada y del menor se cumple con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, en cuanto evita desplazar al menor a Arrecife en el caso de que deba ser oído por el Juez”.

⁹⁸ Así en el ATS de 28 de mayo de 2013, el TS reitera que la modificación de medidas no constituye un incidente, que las normas competenciales a aplicar son las del artículo 769 LEC y que la cuestión no es controvertida en la doctrina emanada del TS.

retención diversas a empresa y entidades; dudas sobre acumulación, como en el caso de liquidación de sociedad de gananciales o división de la cosa común.

La reforma del artículo 775 LEC de octubre de 2015 fue duramente criticada, especialmente por los abogados especializados en derecho de familia, por cuanto, en muchas ocasiones, supone alejar el procedimiento de la realidad social.

Pérez Martín (2016) considera retrógrada la reforma “pues va a dar lugar a supuestos en los que, aún cuando ningún progenitor tenga su domicilio en la ciudad donde tiene su sede el juzgado que dictó la sentencia de divorcio, se vean obligados a acudir a él, con los evidentes perjuicios que ello supone, especialmente para el menor que reside en otra ciudad” (p. 244). Asimismo, Pérez Martín apunta al respecto eventuales conflictos competenciales generados por la reforma de la norma, como los que pueden aparecer con sentencias dictadas por Juzgados de Violencia sobre la Mujer o en situaciones en las que ya exista, además de la sentencia primigenia, una modificación dictada por otro juzgado que, a la vez, se pretenda modificar.

También se ha atribuido a la ignorancia del legislador la reforma de octubre de 2015 del artículo 775 LEC: “Supone una regresión al fijar la competencia en los procedimientos de modificación de medidas en los juzgados que dictaron las medidas primigenias” (Cerdà, 2016).

Del error fue protagonista destacado el en aquel momento diputado al Congreso del grupo de *Convergència i Unió* Jordi Jané, abogado de profesión, que actuó de portavoz. Error porque las escasas controversias al respecto de la competencia en más de una década habían sido resueltas de forma contundente y clarificadora por parte del TS. Y pese a ello, en la justificación de la propuesta de *Convergència i Unió* de reforma ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados⁹⁹, se aludió a la “evidente y palmaria laguna que surge

⁹⁹ Justificación de la enmienda 106 por parte del grupo de *Convergència i Unió*, según quedó recogido en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de julio de 2015.

aquí a los operadores jurídicos es ante quién debe presentarse la demanda de modificación de las medidas definitivas. Es decir, si debe presentarse para que sea turnada la demanda o bien dirigida al juzgado que dictó las medidas definitivas cuya modificación se pretende” y citando como doctrina actualizada del TS la efímera contenida en el referenciado ATS de 10 de octubre de 2001. Hubo unanimidad entre sus señorías.

4.2.2. La competencia del tribunal que acordó las medidas

La precitada reforma del artículo 775 LEC de octubre de 2015 supuso un cambio radical en la determinación de la competencia territorial de los procedimientos de modificación de medidas.

Del análisis de las sentencias que resuelven procedimientos de modificación de medidas y de la práctica forense se infiere que los cambios de residencia tienen una notable incidencia en las causas, directas o indirectas, de las demandas de modificación de medidas. Son muy habituales los procedimientos de modificación de medidas en los que los litigantes residen en distintos partidos judiciales -cuando no en lugares alejados y/o de difícil y costosa, en lo económico, comunicación-, lo que supone por sí mismo un elemento de notable disenso entre las partes cuando hay menores y, en consecuencia, régimen de comunicación y estancia.

Tras el estupor que provocó la reforma entre no pocos operadores jurídicos, se creyó por parte de algunos que era salvable el tener que acudir al “tribunal que acordó las medidas definitivas” para su modificación, como taxativamente expresa el artículo 775.1 LEC. Y ello en invocación del fuero de competencia del artículo 769.3 LEC, en sintonía, además de con el sentido común, con las normas supranacionales y su indubitada voluntad de acercar el foro al lugar de residencia de los menores. Pero no fue así.

Ya en el ATS de 30 de marzo de 2016, en el que actuó como ponente Salas Carceller, el TS resolvió escuetamente el conflicto negativo de competencia entre un juzgado de Santiago de Compostela y otro de Palma de Mallorca, ciñéndose estrictamente al redactado del artículo 775.1 LEC tras la reforma de octubre de 2015:

Para la resolución del conflicto negativo de competencia debemos tener presente que la demanda se presentó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la LEC, que da nueva redacción al art. 775 LEC que queda así: "El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la

modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas". De esta forma ya no es aplicable la regla sobre atribución de competencia recogida en el art. 769.3 LEC, que esta Sala venía aplicando a las demandas de modificación de medidas definitivas en relación con el régimen de visitas, guarda y custodia y pensión de alimentos de los hijos menores al considerar que el proceso de modificación de medidas no era un incidente del pleito principal, sino un procedimiento autónomo en cuanto a las reglas de competencia se refería.

En este auto se hace referencias a dos anteriores autos (ATS de 27 de enero de 2016 y de 24 de febrero de 2016) que resuelven conflictos de competencia planteados en supuestos en los que era aplicable la anterior redacción del artículo 775.1 LEC y en los que resolvió fijando la competencia territorial en el juzgado correspondiente al domicilio de los menores. Con ello, entendemos, el TS quiso visualizar de forma meridiana que el cambio de posición era consecuencia directa del cambio legislativo.

En ATS de 27 de junio de 2016, el pleno de la Sala de lo Civil resolvió el conflicto negativo de competencia territorial planteado por un juzgado de Alicante en un procedimiento de modificación de medidas relacionado con el régimen de visitas de un menor cuyo domicilio se había trasladado a Madrid. Y lo hizo aplicando estrictamente el artículo 775.1 LEC, es decir, remitiendo al procedimiento al "tribunal que acordó las medidas definitivas", de interpretación indubitada ya que (FD2), el "cambio que ha supuesto la reforma [de octubre de 2015] consiste, precisamente, en atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al tribunal que acordó las medidas iniciales, añadiendo a la redacción original el inciso «del tribunal que acordó las medidas» para identificar el órgano destinatario de la demanda de modificación".

Y la resolución se produjo en contra del criterio del ministerio fiscal, que interpretó:

El ámbito de aplicación del art. 775 LEC debe limitarse al supuesto en que las partes litigantes continúen domiciliadas o residentes en el ámbito territorial competencial del juzgado que dictó las medidas definitivas y que, en cambio, será de aplicación el art. 769.3 LEC cuando alguno de ellos lo

haga en otro partido judicial. A su juicio, cualquier otra interpretación vulneraría el principio de proximidad, aplicado por nuestros tribunales en los procesos relativos a menores y personas con la capacidad judicialmente modificada, en los que la determinación del principio de competencia territorial por la proximidad del órgano judicial supone el mejor criterio de protección de los superiores intereses que deben garantizarse, conforme a los tratados internacionales. En apoyo de su tesis, cita el art. 24.1 CE, la prevalencia de los tratados internacionales en aplicación del art. 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, las normas sobre protección de menores reconocidas en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

Respecto de la posición del ministerio fiscal, hay que subrayar que ésta es coincidente con la de buena parte de operadores jurídicos, especialmente de los abogados especializados en derecho de familia.

El pleno del TS, además de remitirse a la lectura estricta del artículo 775.1 LEC, hizo en el precitado ATS de 27 de junio de 2016 una inusual defensa de la reforma legislativa, a saber:

a) Coordinación legislativa: “No se trata, además, de una iniciativa aislada de la citada Ley 42/2015 de 5 de octubre, porque la coetánea Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, mantiene el mismo criterio: el fuero general en los expedientes de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en los de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda y en los de la administración de bienes de menores y discapaces es el de su domicilio (arts. 86.2 y 87.2), pero se regulan en esos mismos preceptos concretas excepciones que atribuyen la competencia de forma prioritaria al juzgado que previamente haya dictado una resolución estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia o la tutela”.

b) Principio de proximidad: “El principio de proximidad no es absoluto en el resto de los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de

menores que regula la LEC. De hecho, ni el art. 769.1 ni el art. 769.3 LEC establecen como fuero principal el domicilio de los menores”.

c) Ponderación de ventajas e inconvenientes: “El legislador ya ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de una solución que, una vez convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por exigencias básicas del principio de legalidad. No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas y que los inconvenientes que provoca no son insalvables. En primer lugar, este fuero de competencia aporta un factor de calidad en la decisión de cambio de las medidas, ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante. En segundo lugar, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio”.

e) Inconvenientes salvables; distancias escasas y videoconferencia: “Los inconvenientes de esta solución (...) se concentran en los concretos casos en que la modificación de las medidas afecte a hijos menores o discapaces que hayan dejado de residir en el partido judicial en el que se dictó la resolución inicial, pero, aun constatando el riesgo de que tales inconvenientes existan, no se consideran insalvables. De entrada, se trata de un problema que admite múltiples graduaciones en función del caso concreto: su entidad dependerá de la distancia entre ciudades, de las vías y medios de comunicación, de la residencia del progenitor no custodio, del régimen de estancia con él, de los vínculos con la ciudad de origen, etc., de modo que en muchos casos el asunto podrá tramitarse y resolverse en el juzgado que acordó las medidas sin especiales dificultades para los

menores o discapaces. Y, en función de las peculiaridades de cada caso, siempre será posible arbitrar los medios necesarios para minimizar esos inconvenientes: la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de las pruebas personales, previsto en el art. 229 LOPJ para las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas»; la colaboración de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados del domicilio del menor; las vías de cooperación y auxilio judicial previstas en la ley; incluso, cuando la exploración de los menores sea necesaria y resulte especialmente gravoso su desplazamiento al juzgado competente, podrá autorizarse el desplazamiento del juez de conformidad con el art. 275 LOPJ, cuando no se perjudique la competencia de otro órgano y venga justificado por razones de economía procesal”.

Pese a que, a tenor de la redacción del artículo 775.1 LEC tras la reforma de octubre de 2015, el margen interpretativo era escaso, el cierre de cualquier posible controversia como consecuencia del precitado ATS de 27 de junio de 2016 supuso la consolidación de un cambio sustancial en la práctica forense de los procedimientos de modificación de medidas en los supuestos en los que se ha producido un cambio de residencia. En este sentido, el cambio legislativo, y su consiguiente y consecuente interpretación por parte del TS, colide con una realidad de la sociedad líquida como es el cambio de residencia.

Fijar la competencia en el tribunal que acordó u homologó las medidas que se pretenden modificar abre una serie de interrogantes, especialmente como consecuencia de las posibilidades a las que, una vez fijada la competencia, alude el reiteradamente precitado ATS de 27 de junio de 2016.

Así, el TS parece desconocer la complejidad, habida cuenta de que los recursos de los distintos tribunales son los que son, de la generación de múltiples actos de comunicación y auxilio. Y es que el ATS se remite a los artículos 229 y 275 de la LOPJ para salvar la eventual distancia física entre justiciables, testigos o equipos psicosociales, y tribunal mediante videoconferencia o desplazamiento del juzgador (en concreto, el ATS se refiere en este aspecto a la exploración de

los menores) lo que, a día de hoy y a partir de la práctica forense, parece más una quimera -amparada, eso sí, en la norma- que una solución práctica y viable. Además, quedan interrogantes abiertos; a modo de ejemplo: ¿puede la exploración de un menor realizarse, con todas las garantías, mediante exhorto?

Todo ello sin olvidar que, en una sociedad líquida, el procedimiento de modificación de medidas no solo requiera inmediatez sino celeridad, so pena de que las medidas modificadas para dar respuesta a otras obsoletas nazcan, ellas también, inadecuadas a las circunstancias.

Pero la que, posiblemente, constituye la mayor paradoja relativa a la voluntad del legislador español de querer amarrar la competencia del procedimiento de modificación de medidas en el tribunal que las dictó sea, precisamente, su falta de competencia a la hora de atribuirse la competencia internacional a través del artículo 775 LEC.

Porque, en aplicación del artículo 8 del Reglamento 2201/2003, al haber elemento internacional, pasa a ser determinante el lugar de residencia de los menores para fijar la competencia, con independencia del tribunal que hubiese dictado la sentencia que se pretende modificar. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 15 de febrero de 2017 (asunto C-499/15) determinó que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro, y que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los de este último Estado miembro, es decir, en de la residencia habitual del menor.

En resoluciones como el AAP de Zaragoza-Sección 2ª de 10 de noviembre de 2017, se pone de manifiesto la incongruencia del legislador español al fijar en la norma interna la competencia para la modificación de medidas en el tribunal que dictó las que se pretenden modificar y, en el supuesto resuelto por el precitado

auto, se determina que los tribunales del Estado del domicilio de los menores en el momento de cuestionarse la custodia y el derecho de visita (en este caso, Grecia) serán los competentes para conocer la acción judicial entablada, en contra de lo establecido en el artículo 775 LEC, porque esta cuestión varía cuando hay un elemento transfronterizo, al resultar de aplicación :

(...) como sostiene la resolución atacada, el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003. La finalidad de este Reglamento cuyas directrices ya se daban en otros anteriores (el 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 y el Convenio de 28 de mayo de 1998) se encuentra en el ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, al prevenir que se aplicara a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial. Aún así no a todas, por cuanto materias como las alimenticias siguen rigiéndose por el Reglamento (CE) n° 44/2001.

En igual sentido que la resolución anterior, el AAP Barcelona-Sección 18ª de 9 de diciembre de 2016, explicita que el artículo 775 LEC es aplicable en cuanto a competencia solo si “conforme a los tratados, convenios y normas de la UE son competentes los órganos jurisdiccionales españoles”, como es el caso ex artículo 8 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, y aunque, como se producía en el caso objeto de resolución, el menor hubiese sido traslado fuera de España por la madre sin autorización paterna pero sin haberse activado el mecanismo por sustracción internacional de menores. Se recuerda en el auto que las normas internas de competencia (los artículos 21.1 y 2 y 22 quater LOPJ fueron los invocados en el procedimiento) solo son aplicables cuando aplicando las del reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro y según dicha normativa serían competentes los órganos jurisdiccionales del estado donde reside el menor.

Ello no obstante, hay que tener en cuenta que la atribución de la competencia en caso de modificación de medidas ex artículo 8 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 tiene una excepción en el artículo 9.1 del mismo, ya que cuando un menor cambia de residencia a otro Estado miembro, adquiriendo una nueva residencia, es competente el juzgado de la anterior residencia para conocer de la modificación durante los tres meses siguientes al

cambio. En estos supuestos, el *dies a quo* es el del traslado del menor y el *dies ad quem* el de la presentación de la demanda de modificación, como resuelve la SAP Santa Cruz de Tenerife-Sección 1ª de 17 de septiembre de 2015.

En cualquier caso, el reglamento contempla también reglas especiales en caso de sustracción o de retención ilícita del menor (art. 10 y 11, que prevén la conservación de la competencia del domicilio habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos), o cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor presente en un Estado miembro y la competencia no pueda determinarse sobre la base de su artículo 12 (art. 13), o cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de sus artículos 8 a 13 (art. 14), o incluso, con carácter excepcional y bajo ciertos requisitos, cuando el órgano jurisdiccional competente remita el asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que considere mejor situado para conocer del asunto (art. 15). También cabe observar que no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado (art. 14).

Una de las características de la sociedad líquida, con independencia de los cambios constantes que requieren respuestas rápidas que los sistemas judiciales no siempre son capaces de ofrecer, es precisamente la movilidad transfronteriza de personas familias y, en este caso, la legislación europea ha optado por decisiones judiciales de proximidad, mientras la española, en franca contradicción, prima -de forma especial tras la redacción del artículo 775 de la LEC dada por la reforma de 2015- la perpetuación del tribunal frente a la movilidad de las personas y las familias.

4.3. La modificación sustancial *per se*

La modificación sustancial de las circunstancias constituye, ex artículo 775.1 LEC, un requisito procesal inherente al procedimiento de modificación de medidas y una carga de prueba que corresponde al actor. Tiene, además, interés casacional, como ha declarado el TS en múltiples sentencias, siempre y cuando se cumplan los requisitos de dicho interés¹⁰⁰.

La carga de la prueba en relación al filtro procesal que constituye el requisito de modificación sustancial ha de entenderse aplicada a procesos “que regulan situaciones particulares e individualizadas” (Cómitre y Ordoñez, 2012, p. 20), lo que no permite referencias laxas, por ejemplo, a crisis en determinados sectores ni, por supuesto, a “la crisis” en general, por públicos y notorios que sean los hechos invocados¹⁰¹, so pena, para el actor, de verse perjudicado por la falta de prueba, ex artículo 217 LEC.

La modificación que abra la puerta a la modificación ha de ser, en todo caso, sustancial, “por haber querido el legislador que las medidas tengan vocación de permanencia y no sean semillero de pleitos de modificación” (STS de 27 de octubre de 2015).

Además, y de acuerdo con el TC (STC 8/2005 de 17 de enero), esa condición de sustancial no puede ser aplicada por los tribunales con ligereza, pues cuando se han producido una serie de hechos (como los incumplimientos del régimen de

¹⁰⁰ “El interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte” (ATS de 11 de noviembre de 2014).

¹⁰¹ Muy ilustrativa, en este sentido, la SAP Palencia-Sección 1ª de 8 de septiembre de 2011: “Podría entenderse que dada la actividad profesional a la que se dedica el actor, construcción, y la actual coyuntura económica del país, sería evidente un descenso en su volumen de negocio y, con ello, de ingresos (...) Pero tales circunstancias, por sí solas, no pueden entenderse suficientes para entender que ha existido una variación esencial de ingresos so pena de posibilitar una auténtica revisión de lo establecido en la sentencia inicial de divorcio por variaciones coyunturales o no esenciales de las circunstancias económicas del obligado al pago, quebrando, con ello, la necesaria seguridad jurídica”.

visitas, tan frecuentes en relaciones conflictivas entre los progenitores), no resulta constitucionalmente admisible, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que dichos hechos sean simplemente ignorados por los tribunales:

Al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al Tribunal. La afirmación de que no se han producido circunstancias nuevas, o la de que, habiéndose producido, no revisten entidad justificativa de un cambio del régimen de custodia, no pueden constituirse en un juicio apodíctico, sino en la conclusión de un razonamiento que desmonte la argumentación del órgano judicial cuya motivada resolución se apelaba. Así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo.

Ya en 1997, el TC (STC 54/1997 de 17 de marzo) determinó (FJ1):

Un procedimiento de modificación de medidas significa una nueva demanda, no una fase posterior en el enjuiciamiento de la precedente. No se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial.

Y que no constituye impugnación de la sentencia donde se aprobaron las medidas originarias “sino de un proceso *ex novo* con regulación y sustanciación”¹⁰².

En reiteradas sentencias, el TS sostuvo que, *per se*, hechos en principio relevantes no son determinantes a la hora de considerar que se ha producido el requisito procesal de la variación sustancial de circunstancias. Así, en la STS de 3 de octubre de 2008, se señaló:

Partiendo de la literalidad de la norma (artículo 100 C.C.), que alude a la alteración sustancial "de la fortuna de uno y otro cónyuge", la Audiencia entiende, con acierto, que el nacimiento de un nuevo hijo del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto de autos en el supuesto fáctico previsto por la norma. Si el sustento del

¹⁰² El legislador, con la reforma de la LEC de octubre de 2015, hizo que estos planteamientos del TC respecto al carácter autónomo del procedimiento de modificación de medidas sean revisables.

hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-, lo que no se hizo. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó.

En la STS de 27 de octubre de 2011, se dictó (FD3) doctrina según la cual “el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal”, con el argumento de que para variar una pensión el actor debe probar que “las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente.

En una sentencia temporalmente muy próxima a la anterior, y con la misma ponente, Roca, el TS (STS de 24 de noviembre de 2011) mantuvo el anterior criterio ante un supuesto en el que la alteración esgrimida por el actor para modificar la pensión compensatoria era la dimanante de la adjudicación de bienes gananciales valorados en más de cuatro millones de euros.

En lo que confluyen un gran número de resoluciones judiciales y doctrina es en el rol determinante de la denominada crisis económica de 2008 en afectar a la naturaleza sólida de las resoluciones judiciales dictadas, lo sean o no con un pacto previo materializado en convenio. La profesora Moreno (2018) comparte la apreciación de la crisis económica como marco de alteración de las circunstancias y apunta que los tribunales tienen en cuentas los datos económicos del acreedor y del deudor y consecuencia de ello son las resoluciones judiciales que moderan las obligaciones del deudor, bien sea minorando el importe de las pensiones de alimentos, repartiendo los gastos de los desplazamientos de los menores o con la temporalidad de las pensiones compensatoria (p. 138).

4.4. El cambio de residencia

4.4.1. El modelo residencial y sus consecuencias

Advierte Bauman (2006) sobre los efectos perversos de lo que denomina “incertidumbre fabricada”¹⁰³ que, junto a la precarización, se erige como instrumento de dominación en la sociedad líquida. “Hacer planes ‘para una vida’ no concuerda para nada con la dinámica del mercado (...) el equilibrio de poder entre planificación y mercado se acaba decantado decisivamente por el segundo”, todo ello en detrimento de la capacidad de empoderamiento de la población (p. 165).

En España, ese “hacer planes para una vida” ha ido vinculado -con más fuerza que en los países de nuestro entorno y desde la segunda mitad del siglo XX- al acceso a una vivienda en propiedad, con la financiación hipotecaria como sustitución de lo que había sido la tradicional ayuda familiar.

“Normalmente, se define España como un país de propietarios. La inmensa mayoría de los hogares españoles, a prácticamente cualquier edad, son propietarios de su vivienda habitual (...). El predominio de la propiedad entre los hogares españoles se ha visto acompañado por un intenso proceso de bancarización del acceso. Desde 1995, prácticamente el 90% o más de las personas que habitan en propiedad accedieron a través de un préstamo o hipoteca” (Módenes y López, 2014, pp. 122-123).

Los precitados autores¹⁰⁴ prevén en un futuro inmediato un escenario de sustitución del sistema residencial, con alquiler previo al acceso a la propiedad, fenómeno común en los países de nuestro entorno, y con la ausencia de un

¹⁰³ Entendemos que, a la sociedad, sería el equivalente de lo que es la obsolescencia programada al consumo.

¹⁰⁴ Módenes es profesor titular del Departamento de Geografía de la Universitat Autònoma de Barcelona y López doctor en Demografía e investigador del Centre d'Estudis Demogràfics.

auténtico mercado del alquiler como principal amenaza. Sólo si se produce esta sustitución del modelo residencial cabría esperar efectos positivos relevantes sobre la formación familiar y el adelanto de la fecundidad, se sostiene en el trabajo citado, que también subraya el cada vez más influyente comportamiento de disolución y creación de nuevos hogares a edades maduras.

Pese a un sistema residencial que tiene como consecuencia la dificultad del cambio de residencia, que se infiere del binomio propiedad-endeudamiento, lo cierto es que la movilidad de residencia por motivos de trabajo aumenta en España y los hace con especial fuerza tras los años más aciagos de la crisis. Según los datos de la Agencia Tributaria¹⁰⁵, en 2014, 95.436 trabajadores cambiaron su residencia entre comunidades autónomas, con saldos positivos en Madrid, Catalunya, Illes Balears, Murcia y Canarias, y con tendencia al alza.

De lo expuesto en este epígrafe se infiere que:

- a) Pese a la dificultad inherente debido al modelo residencial, la falta de expectativas conduce a la movilidad laboral y con ella a la residencial.
- b) El cambio de residencia en España ofrece más dificultades y genera más problemáticas y conflictos que en los países de nuestro entorno, debido al modelo residencial y a dos de sus atributos: la bancarización y la falta de un mercado de alquiler abierto y optimizado.

Estas dos inferencias se manifiestan con toda su complejidad en no pocos procedimientos de modificación de medidas entablados en los juzgados, tanto debido a la dificultad directa de los litigantes de hacer frente a las obligaciones producto de la bancarización del sistema residencial, como al cambio de residencia en busca de expectativas laborales y/o de viviendas de libre o fácil acceso¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Estos datos excluyen País Vasco y Navarra, al estar basados en información tributaria y disponer estos territorios de sistemas propios.

¹⁰⁶ Sería el caso de personas que, una vez separadas y ante la falta de expectativas, deciden “volver a casa” para ocupar la vivienda, por ejemplo, de los padres fallecidos, o regresar a su lugar de origen si en este el acceso a la vivienda es más asequible.

De forma muy ligada a lo ya expuesto -no sólo en relación al modelo residencial, sino también a la precarización laboral- están los “retornos” de los progenitores custodios a los lugares de residencia común inicial, lo que abre la puerta a la custodia compartida vía modificación de medidas, como resolvió la STS de 26 de junio de 2015, desdeñando como elemento esencial que el régimen de custodia hubiese funcionado de forma satisfactoria hasta entonces y considerando cambio sustancial el hecho de que ambos progenitores residiesen de nuevo en la misma conurbación, cumpliendo así, con la proximidad entre los domicilios en los que ha de vivir el menor, uno de los requisitos para el buen funcionamiento, en interés del menor, del régimen de custodia compartida¹⁰⁷. Dicha sentencia argumenta que, bajo esos supuestos, negar la custodia compartida supondría petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

La práctica forense ha permitido al autor observar esta práctica en familias que, establecidas en las Illes Balears desde otros puntos de España, tras la separación y una vez que el paso del tiempo ha permitido constatar la falta de viabilidad del mantenimiento de una vivienda, uno de sus miembros decide “volver a casa”, con las consecuencias que ello tiene si en la familia hay menores, lo que conduce habitualmente a un agrio procedimiento de modificación de medidas. El fenómeno también se produce en familias que habían buscado su futuro en grandes ciudades.

¹⁰⁷ Pese a no ser muy frecuentes estos “retornos” al lugar de residencia común inicial del progenitor custodio, si hay casos juzgados en los que se aplica el criterio contenido en la STS de 26 de junio de 2015, como la SAP Córdoba-Sección 1ª de 4 de octubre de 2016: “En la sentencia de 26 de noviembre de 2014 se atribuía la guarda y custodia a la madre, con un régimen de visitas limitado en favor del padre, dada la distancia entre las ciudades de residencia de ambos. Ahora, tras el regreso de la madre y la hija a la ciudad de (...), el progenitor plantea la procedencia del régimen de guarda y custodia conjunta, unido a la circunstancia del nacimiento de una nueva hermana, fruto de su actual relación.

La problemática planteada ha sido abordada en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2015, que atiende a un supuesto de hecho semejante al de autos, en el que se había establecido un régimen de guarda y custodia en favor de la madre mediante convenio regulador al producirse la ruptura matrimonial cuando la hija era muy pequeña y años después, cuando la hija se incorpora a la jornada escolar, el padre solicita el régimen de guarda y custodia conjunta”.

4.4.2. Patria potestad y cambio residencia del menor

Una de las problemáticas que más permite visualizar la falta de respuesta efectiva del sistema judicial a las cuestiones que surgen en las dinámicas familiares posruptura es el del cambio de residencia y sus consecuencias para los menores.

En “nuestra era moderna, caracterizada por continuos cambios, profundos y acelerados, en las condiciones de vida” (Bauman, 2011, p. 19), el cambio de residencia -especialmente cuando existen tantos factores de índole socioeconómica que pueden llevar a ello, como se ha expuesto en el epígrafe anterior¹⁰⁸- constituye una manifestación de la reacción combativa al “desempleo prolongado, la drástica reducción de las oportunidades vitales y el panorama cada vez más negro de las perspectivas” (Bauman, 2011, p. 21), protagonizado por una generación desconcertada por haber nacido y crecido, siguiendo a Bauman, en un mundo donde los individuos podían resguardarse “bajo un paraguas parapeto producido por la sociedad y ofrecido como servicio público” que se desvanece.

También debe tenerse en especial cuenta el elemento internacional que aparece frecuentemente en los cambios de residencia objeto de análisis: lo que era hace unos pocos años inusual, como son las parejas formadas por personas de distintos países, hoy forma parte de la realidad social como consecuencias de fenómenos migratorios, de la asequibilidad del transporte y de la denominada *generación Erasmus*¹⁰⁹. Por ello en ocasiones se esgrime el Reglamento UE 2201/2003 de forma torticera para intentar amparar en la custodia la potestad de determinar la residencia del menor, cuando es sabido que en dicho texto legal, al

¹⁰⁸ Obviamente, estos cambios de residencia debidos a factores socioeconómicos siguen conviviendo con aquellos oportunistas y relacionados, simplemente, con las ansias de “castigar” al progenitor no custodio estableciendo distancia física.

¹⁰⁹ Definida como el conjunto de “jóvenes socializados en un entorno cultural transnacional y fuertemente identificados con Europa”, que experimentan la movilidad como consecuencia conjunta de su concepción del mundo y de la precariedad. (Raffini, 2014, p.139).

igual que en otras normas de la UE, el término “custodia” se utiliza con el mismo o parecido alcance que la patria potestad en el estado español.

Dos son las cuestiones principales en las que el comportamiento del sistema, rehén del legislador, es dubitativo: la residencia del menor como parte del contenido de la patria potestad y la forma procesal de articular un cambio de residencia del menor contencioso. Y ello al margen de las eventuales consecuencias penales¹¹⁰.

4.4.2.1. Prevalencia del interés superior del menor

En opinión del magistrado Carreras Marañás (2013), no sólo la jurisprudencia no es contundente ni unánime respecto a la potestad del progenitor custodio a determinar la residencia del menor, sino que tampoco lo es el CCiv. Argumenta que el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con sus hijos puede coartar el derecho constitucional (art. 19 CE) del progenitor custodio a fijar libremente su residencia¹¹¹ (p. 191-192). Pese a ello, y a la cita de resoluciones judiciales en las que se ha considerado el cambio de domicilio como una decisión derivada de la custodia, Carreras Marañás se decanta por considerar el cambio de residencia incluido en el contenido de la patria potestad.

Y aunque las posiciones que mantienen que la atribución de la guarda supone la potestad de cambio de residencia del menor son minoritarias y van diluyéndose,

¹¹⁰ El tipo de 225 bis CP sanciona al “progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”. La expresión “sin causa justificada” en la descripción de la conducta típica ha provocado un debate doctrinal. En concreto, se discute si estamos en presencia de un elemento del tipo o, por el contrario, de una causa de justificación. (Marín de Espinosa, 2014).

El legislador exige modificar el lugar de residencia del menor sin consentimiento del progenitor con quien convive habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia (Díaz, 2004, p. 1.023), lo que deja al progenitor no custodio en una precaria situación.

Y caso conflictivo *per se* es el que se produce cuando, ante la ausencia de medidas pactadas o acordadas, uno de los progenitores, valiéndose de un momento de guarda fáctica, opta por el cambio de domicilio del menor.

¹¹¹ Entendemos que el planteamiento del magistrado Carreras Marañás no pondera el derecho del menor a relacionarse con sus ambos dos progenitores.

haberlas, haylas. Así la magistrada Martínez González, en una encuesta jurídica de Sepín (Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones, 2009), sostiene:

No es necesaria la autorización del otro progenitor, sino la mera puesta en conocimiento, dado que la guarda del menor implica la convivencia con el progenitor que ostenta la misma y éste goza del derecho de fijar libremente su residencia, reconocido por el art. 19 CE, y que el art. 10.2 de la Convención de los Derechos del Niño dice que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres y que los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar en su propio país.

Para fundar dicha posición, Martínez González se remite a sentencias cuyos pronunciamientos a día de hoy parecen superados por las más recientes sentencias del TS; en concreto, la magistrada Martínez González cita:

La juzgadora a quo estima que el traslado de domicilio del cónyuge custodio a otro país altera básicamente las circunstancias existentes, y ello, dice la sentencia, "puede" ser base de una demanda como la presente. La utilización de un verbo potestativo no es baladí, puesto que realmente el mero hecho de haberse producido un cambio de residencia por sí solo no puede amparar una modificación del régimen de guarda del menor (SAP Barcelona-Sección 18ª de 30 de septiembre de 1999).

Y sin que sea determinante para el cambio de guarda y custodia, la decisión unilateral de la madre de cambiar su residencia juntamente con el menor a un lugar distinto y distante, pues a pesar de ello el menor ha convivido siempre con su madre sin que se desprenda de esta relación y convivencia factor negativo para el mismo (SAP Madrid-Sección 24ª de 14 de septiembre de 2007).

Se concede a la madre la guarda y custodia del menor con la obligación de mantener la residencia del menor en la Ciudad de Melilla (...), ha de inferirse que si la madre no cumple esa obligación ya no tendrá la guarda y custodia del menor, lo que incide directamente sobre el derecho constitucional contenido en el artículo 19.1 de la Constitución Española (...) pues ciertamente la concesión de la guarda y custodia no podría quedar alterada por el hecho de que la madre cambiara de residencia, (...) ya que mantener lo contrario sería opuesto a toda lógica y al derecho a elegir libremente residencia cualquier persona, siendo las medidas personales de concesión de la guarda y custodia y la de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar o, en su caso, de fijación de residencia en lugar distinto, no condicionales, es decir, que la primera de ellas no puede establecerse

en función de que la residencia se constituya en lugar determinado (SAP Málaga-Sección 6ª de 2 de octubre de 2007).

Aunque quizá desde 2009, cuando escribió dichas palabras, la percepción social haya cambiado en algo y a positivo, el magistrado Forcada expuso en la encuesta jurídica precitada, y lo hizo con precisión, cuál es la recepción social del término “guarda y custodia”¹¹²

En España, y en los procesos de ruptura de forma más patente, existe una clara conciencia/creencia social/popular acerca de que el progenitor que obtenga la custodia de los hijos menores asume tal poder respecto a éstos, muchas veces sancionado legalmente en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar al hilo del art. 96 del Código Civil, que anula de facto la capacidad decisoria del otro progenitor, que ha quedado sólo como progenitor visitante respecto a los hijos menores. (...) Lo más grave de todo esto es que, cuando se trata de cambios que hace el custodio afectantes al lugar de residencia de un menor, a veces a miles de kilómetros de distancia y a veces a un país extranjero, parece asumirse en España, socialmente (lo que supone no sólo un grave error sino una gran injusticia), que tal decisión es exclusiva del progenitor custodio y que el progenitor visitante no tiene nada que opinar (Sepín, Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones, 2009).

El magistrado Forcada es contundente respecto a los cambios de residencia del menor: “En España el progenitor que ostenta la guarda y custodia, conforme a las normas de nuestro Código Civil, no puede trasladarse con su hijo menor a otro domicilio, menos a otro Estado, sin autorización del otro progenitor, que, seguramente, sólo ostenta derecho de visitas, pero durante las cuales también ejerce la custodia”.

Sea como fuere, la práctica forense permite establecer la frecuencia de los cambios de residencia del menor o menores atendiendo únicamente a los intereses, sean los que sean, del progenitor custodio y frente a la oposición, o incluso el desconocimiento, del otro progenitor cotitular de la patria potestad, lo que da lugar a agrios procedimientos.

¹¹² Incluso en escritos procesales y en sentencias sigue utilizándose la expresión “guardia y custodia”, en lo que parece un error de origen subliminal destinado a refrendar la autoridad contenida en la atribución.

En auto de 26 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón, el magistrado Campo Izquierdo señaló:

Está plenamente debatido y resuelto en la doctrina y jurisprudencia, que la decisión donde debe vivir el menor, sobre todo en cuestiones de cambio de domicilio, es una decisión incluida en el ejercicio de la patria potestad (...). Las decisiones sobre residencia/domicilio del menor deben ser consensuadas por ambos progenitores y en su defecto acordadas vía judicial, ya sea vía incidente del art 156 del c.c. sea vía modificación de medidas, con posibilidad de modificación provisional, del art 775 de la LEC.

Respecto a la eventual colisión con el derecho del progenitor custodio a fijar libremente su residencia, el auto citado señala:

Este derecho, que entiendo va referido a los adultos, en este caso a los progenitores; no puede conllevar que un cambio de residencia del padre o de la madre, conlleve de forma automática un cambio de residencia del menor, sin dar la posibilidad al otro progenitor de ser oído, de consensuar esa decisión o en su defecto obtener autorización judicial en uno u otro sentido.

Se concluye en dicha resolución que “resulta por tanto claro y manifiesto que el tener atribuido la guarda y custodia en exclusiva, no permite ni da derecho a ese progenitor a tomar decisiones unilaterales en materia de residencia/domicilio del menor”.

Entendemos que como reflejo de la esencialidad de la residencia de los menores para su adecuada relación con ambos progenitores, el TS (STS de 15 de octubre de 2014) desautorizó, confirmando una anterior sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián-Sección 3ª, de 22 de julio de 2013, lo acordado por el juzgado de primera instancia de Tolosa, en sentencia de divorcio, facultando a la madre al cambio de residencia cuando lo tuviera por bien:

Se atribuye a la Sra. Elisabeth la facultad de decidir sobre el cambio de residencia de los menores en los términos debatidos y aprobados en esta resolución judicial y siempre en los parámetros propuestos en el escrito de demanda, de modo que cualquier otra modificación deberá ser objeto de la debida aprobación por parte del Sr. Gabino, y en su defecto, de autorización judicial.

En la precitada STS de 15 de octubre de 2015, se reitera que la guarda y custodia deriva de la patria potestad:

De la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Respecto a la recurrente invocación del derecho constitucional a la libre elección de residencia, el TS, en esta misma sentencia, es radical al señalar:

El problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

La realidad, al margen del debate doctrinal, es que cuando las cuestiones derivadas del cambio de residencia de los menores no consensuado entre los progenitores llegan a los tribunales, se ha producido ya una situación fáctica que, analizada a la luz del principio del interés superior del menor, fundamenta el fallo de los tribunales. Ello refrenda que no existen, o no pueden aplicarse, mecanismos eficaces que den respuesta a la problemática de las familias cuando uno de los progenitores decide cambiar de residencia, dentro del territorio español o a otro Estado, junto al menor o menores.

El TS, al abordar cuestiones como las que nos ocupan, lo hace, obviamente, desde la perspectiva del superior interés del menor. En STS de 27 de septiembre

de 2016 (en la que acuerda la nulidad de actuaciones por cuestiones que no son de ver), reflexiona: “Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia”, sin que, en ningún momento, de sus resoluciones se pueda extraer otra guía que la precitada necesidad de resolver de acuerdo con el superior interés del menor.

En STS de 20 de octubre de 2014 se alude también a la importancia del cambio de residencia:

Afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado.

Y, lo que es más trascendente, se fija en esta sentencia como doctrina jurisprudencial que “el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.

En STS de 10 de septiembre de 2015, el propio tribunal formula un auténtico estado de la cuestión sobre su posición al respecto, al que se referirá en resoluciones posteriores:

1. STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013, que la Sala a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

2. STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014. El cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunde en beneficio de la menor.

3. STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011. Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los

términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

4. STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014. En procedimiento de modificación de medidas se plantea el traslado de provincia de la menor con su madre (progenitora custodia) que ha contraído nuevo matrimonio del que nació un hijo, que es autorizado por la SAP. "En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano."

La prevalencia del interés superior del menor hace que los tribunales deban ponderar y poner en relación diversas cuestiones e, incluso, dictar resoluciones "a futuro". En este sentido es significativa la SAP Madrid-Sección 22ª de 18 de noviembre de 2016, en cuyo fallo se estima el recurso del padre y se ordena "que, a la finalización del presente curso escolar, los hijos comunes sean reintegrados a Madrid, donde residirán en compañía de la madre, y con el régimen de visitas a favor del otro progenitor sancionado en el anterior procedimiento de divorcio, rigiendo, entre tanto, las medidas acordadas en la Sentencia apelada" para, a continuación, disponer:

De no producirse tal cambio residencial antes de finalizar el mes de julio de 2017, los menores quedarán bajo el cuidado cotidiano de don Juan Ramón, y con el régimen de visitas en favor de la madre contemplado, para el supuesto contrario, en la Sentencia apelada, de seguir manteniendo dicha progenitora su residencia en Galicia, y con los efectos económicos allí sancionados respecto de los gastos de viajes de los hijos.

En cualquier caso, parece observarse una tendencia en las resoluciones de las audiencias a despenalizar respecto de la custodia los cambios de residencia por motivos compatibles con la naturaleza líquida de la sociedad, como pueden ser la búsqueda de nuevos horizontes profesionales, o simplemente de empleo, o nuevas relaciones.

A modo de ejemplo de esta tendencia, la SAP Cuenca-Sección^{1ª} de 7 de junio de 2016, en la que se modifican las medidas a petición de la madre “dado que iba a contraer nuevo matrimonio e iba a trasladar su residencia” (de un pequeño pueblo de Cuenca a la conurbación de Madrid). La oposición del padre, que ante el traslado reclamaba la custodia para sí, obtuvo esta respuesta de la AP, que tiene en consideración las posibilidades de una gran conurbación urbana frente a las de una pequeña localidad:

Se ha producido un hecho relevante y esencial como es que la progenitora custodia ha contraído un nuevo matrimonio y ha trasladado su residencia a la localidad de Leganés. Pues bien, el Juzgador pondera y valora el interés más necesitado de protección -la menor Evangelina- y llega a la conclusión -plenamente compartida por este Tribunal- de mantener la guarda y custodia a favor de la madre dado que el cambio de custodia pretendido por el padre supone una ruptura total de la situación vigente desde 2010 -cambio de hábitos vitales- sin que se haya acreditado que dicho cambio de custodia pretendido por el progenitor no custodio suponga una mejora para la menor. Por el contrario, lo que se evidencia que la menor va a residir en una población donde las posibilidades tanto educativas como de ocio son notoriamente superiores a las que le ofrece la pequeña localidad de El Provencio, al disponer de varios colegios cerca de su nuevo domicilio, academias de inglés e instalaciones deportivas.

En la misma línea, la SAP Barcelona-Sección 12^a de 8 de abril de 2016, que resolvió en segunda instancia el supuesto de una madre que había iniciado una nueva relación sentimental y planteó al padre su interés en trasladar su domicilio a Villanueva de la Serena (Badajoz) así como la conveniencia de que los hijos la acompañaran. Ante la firme negativa del padre a aceptar el traslado de los hijos, la madre interpuso demanda de modificación de medidas en la que el demandado reconvino manteniendo su negativa al traslado y solicitando por reconvención en todo caso la guarda para sí o, subsidiariamente, la guarda compartida. La SAP subraya que en ningún caso se trata de “autorizar” un traslado y califica de “inapropiada” la petición en este sentido¹¹³ “por cuanto el derecho a la libertad de residencia, ínsito a la persona como derecho fundamental y libertad civil esencial de la misma, no puede ser restringido por la existencia de vínculos de filiación ni

¹¹³ Sin duda, un duro correctivo al letrado autor de la demanda.

por los deberes que se derivan de la responsabilidad parental. La doctrina constitucional expresa que se trata de un derecho incuestionable de cualquier persona, amparado por el artículo 19 de la Constitución Española”.

Esta SAP, de la que fue ponente, Pascual Ortuño, aporta una interesante reflexión al respecto, al considerar “cada vez más frecuente en el sistema denominado de "aldea global"¹¹⁴ instalado en los tiempos presentes como realidad social que, de acuerdo con lo que establece el artículo 3 del Código Civil común, ha de ser ponderado como fenómeno habitual que precisa de una respuesta jurídica adecuada”. En este contexto, la resolución de la AP considera:

La posición en el proceso del demandado es incoherente y, ciertamente, no está basada en el interés de los hijos, sino en su propio interés personal puesto que es más cómodo para él que sea la madre la que lleve, como hasta ahora, la principal carga en cuanto a las responsabilidades parentales, limitándose él a asegurar su propia relación frecuente con los hijos imponiendo que la actora mantenga su actual residencia en Terrassa.

Ante lo cual determina:

La postura del demandado es propia de un sistema patriarcal, ya afortunadamente periclitado, en base al cual la mujer queda ligada al varón, incluso tras el divorcio, por razón de que tiene que mantener su residencia cerca de la del hombre para facilitar que éste tenga mayores facilidades para mantener una relación con los hijos. Lo que subyace indirectamente es la exigencia a la mujer de que renuncie a sus propias expectativas vitales, e incluso a su felicidad personal formando una nueva familia, por causa de garantizar la servidumbre de visitas del padre a los hijos que pretende perpetuar el exmarido, lo que a todas luces no puede encontrar amparo jurisdiccional.

Con lo que el fallo, revocando el del juzgador *a quo*, acoge la pretensión de la madre de mantener la custodia y trasladar la residencia en los menores a una localidad de Badajoz.

¹¹⁴ En su obra *Mundo consumo: Ética del individuo en la aldea global* (2010), Bauman da un repaso al papel de la ética individual en el mundo de consumo globalizado e intenso en referencias a conceptos y teorías éticas.

4.4.2.2. Modificación de medidas – Jurisdicción voluntaria

El cambio de residencia es, o cuando menos puede ser, uno de los acontecimientos más relevantes en la vida de un menor. Con frecuencia, lo que posteriormente se reconduce con acciones civiles, se inicia como una “escapada” del progenitor custodio rayana con el tipo del 225.bis del CP. Y ello puede constituir una forma de maltrato infantil porque se coloca al niño en circunstancias impredecibles o caóticas, desprotegido de todos sus objetos y referentes y con privación de toda interacción con el otro progenitor y con su medio ambiente, incrementando en el niño los sentimientos de miedo, desconfianza y angustia, configurándose la dependencia afectiva del menor con el progenitor que unilateralmente ha decidido el cambio de residencia. (Lorente y Arbulo, 2002, pp. 121-122).

La gravedad y trascendencia del hecho son evidentes cuando no hay consenso entre los progenitores o, simplemente, uno de ellos toma la decisión de traslado de domicilio del menor. Y frente a ello no hay una respuesta unívoca del sistema judicial, sino una dicotomía entre la posibilidad de promover un expediente de jurisdicción voluntaria (incidente del artículo 156 CCiv) o una modificación de medidas.

Todo bajo la presión del traslado y con la posibilidad de que un ilícito civil se consolide. Porque, como señala el magistrado Campo Izquierdo:

No se debe permitir por los Juzgados/Tribunales que, por la vía de hecho, se impongan situaciones que vulneren derechos del menor o del otro progenitor. Quiero con ello decir que los cambios unilaterales de residencia deben conllevar consecuencias para el progenitor que los realiza: sea cambio de custodia, sea que el menor vuelva a su residencia inicial, etc. Para ello es necesario que se actúe con celeridad, tanto por el progenitor custodio, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de forma inmediata, como el órgano judicial que debe resolver cuanto antes, aunque sea de forma provisional (Sepín, Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones, 2014)

En puridad, la vía del artículo 775 LEC no es válida para impedir el traslado de domicilio de un menor, dado que una modificación de medidas no puede instarse de posible realidad futura, sino de una modificación sustancial, ya que para dilucidar la controversia en el ejercicio de la patria potestad está el incidente del

artículo 156 CCiv. No obstante, existiendo ya medidas en vigor, el magistrado Joven se inclina por la vía del artículo 775 LEC dado que el incidente del artículo 156 CCiv:

Dejaría sin resolver otros aspectos de la relación paternofilial y de los progenitores entre sí tan relevantes, como puedan ser el régimen de visitas del progenitor que queda en España para con su hijo, la forma de pago de los desplazamientos del niño para estar con dicho progenitor en uno u otro lugar, o determinar si la pensión alimenticia fijada resulta ajustada o no a la nueva situación creada (Sepín, Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones, 2014).

Además de considerar que acudir al incidente del 156 CCiv significa dilucidar una cuestión de la máxima importancia sin posibilidad de recurso.

En la misma encuesta jurídica, diversos magistrados coinciden en que el ámbito del artículo 156 CCiv no es el adecuado para resolver una cuestión de tanta trascendencia, ya que parece llamado a resolver conflictos propios de controversias extrajurídicas.

Desde su experiencia en el ámbito de la sustracción internacional de menores, el magistrado Forcada, y también en la misma encuesta jurídica de Sepín, argumentó que “en la tesitura de elegir entre ambos procesos, prefiero el más expeditivo, pero siempre que cumpla con determinados estándares internacionales”, dado que en normas internacionales “se contienen determinadas exigencias de procedimiento que deben tenerse en cuenta cuando, en el ámbito interno, se regula la forma de dilucidar estos conflictos”.

En cualquier caso, en la STS de 11 de diciembre de 2014, en su fundamento de derecho, se señala:

En el presente procedimiento se insta por la madre la modificación de medidas a fin de poder trasladarse con la menor a Castelldefels, lugar en el que trabaja su nuevo esposo. El Juzgado de Primera Instancia denegó la petición, atribuyendo la custodia al padre para el caso en que la madre trasladara definitivamente su residencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y autorizó el traslado, incrementando las estancias con el padre durante los períodos vacacionales e imputando los costes de los desplazamientos a la progenitora custodia.

Lo que entendemos contiene un aval tácito del TS a que, en caso de pretenderse el traslado, se pueda instar una modificación de medidas arguyendo al cambio sustancial que se pretende, no el ya acaecido como se interpreta de una lectura lineal y estática del artículo 775 LEC.

4.5. La pensión compensatoria

El debate doctrinal sobre la naturaleza de la pensión compensatoria¹¹⁵ es ajena a la realidad líquida de la sociedad. Es, y es preciso subrayarlo, una medida definitiva del juicio de separación o divorcio que queda definitivamente juzgado en el juicio que la establece o niega, sin que pueda reproducirse posteriormente, lo que, obviamente, no la sitúa al margen de la posibilidad modificativa a través de la vía contemplada en el artículo 775 LEC.

Como apunta Moreno (2018), bien podría (ella lo hace) utilizar el término “pensión por desequilibrio”, habida cuenta que tras la redacción dada al artículo 97 CCiv por la Ley 15/2005 de 8 de julio, lo determinante para que haya lugar a pensión - sea compensatoria o por desequilibrio- es precisamente el desequilibrio. Sea como fuere, el objetivo del legislador es fijar en el tiempo, con las correcciones que procedan, un determinado nivel de vida, el que se disfrutó mediante matrimonio. Por ello la pensión compensatoria puede valorarse como una institución impropia de la sociedad líquida.

Cualquier acción de modificación de medidas que se pretenda, pero especialmente si persigue la extinción de una pensión compensatoria, debe acreditar alteraciones sustanciales que “deben reunir el carácter de estables por lo que por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto, no pueden tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que

¹¹⁵ La naturaleza compensatoria-reparadora del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en cuanto a la posición económica de uno de los cónyuges respecto a la del otro constituye la mayoritaria, como, de hecho, se infiere meridianamente de la doctrina del TS: “[la pensión compensatoria] se aleja también de la puramente indemnizatoria o compensatoria -entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación (STS de 17 de julio de 2009) y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción-, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos” (STS de 20 de febrero de 2014).

Pese a ello, algunos sectores doctrinales consideran que la pensión compensatoria tiene una naturaleza alimenticia y resarcitoria.

reúnan caracteres de estabilidad o permanencia” (STS de 26 de marzo de 2014¹¹⁶); sin duda todo un reto en la sociedad líquida en la que vivimos.

Debe tenerse en cuenta que la pensión compensatoria es también, y lo es en el conjunto de normas, una medida dispositiva sometida a la autonomía privada¹¹⁷ y que debe dar respuesta a un desequilibrio económico existente en el momento de la separación o del divorcio, sin que sucesos posteriores puedan dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial¹¹⁸, por lo que ante estamos un presupuesto sustantivo, no procesal¹¹⁹.

¹¹⁶ En esta sentencia se niega la alteración sustancial y “no procede la extinción de la pensión compensatoria, pues el régimen laboral fijo de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo”.

¹¹⁷ Así lo estableció la doctrina del TS, a petición del ministerio fiscal, en STS de 2 de diciembre de 1987; tras reafirmar el principio dispositivo en el proceso civil, entregado al titular del derecho sustantivo, dicha sentencia señaló: “La ley no autoriza al Juez a que señale tal pensión [compensatoria] de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva”.

¹¹⁸ “Esta Sala es consciente que la hipotética pérdida del trabajo en la empresa del marido puede resultar muy probable debido a la crisis matrimonial. Pero incluso si ello sucediera, no podría considerarse una causa de desequilibrio teniendo en cuenta los hechos que se declaran probados” (STS de 19 de octubre de 2011).

¹¹⁹ Por ello no se produce preclusión, con lo que no cabe aplicar el artículo 400 LEC. Es clarificadora en este sentido la STS de 3 de junio de 2016: “De ello resulta que no hay dos momentos de ruptura conyugal, sino uno solo: el de la separación o el del divorcio, en el cual se determina de manera definitiva si concurre o no ese desequilibrio económico que sustenta el derecho, valorado en relación a la situación que se disfrutaba cuando acontece la ruptura de la convivencia conyugal, de la que trae causa, conforme al artículo 97 CC, quedando asimismo juzgada si el derecho no se hace valer o no se insta correctamente por la parte interesada, impidiendo que pueda reconocerse en la sentencia.

La sentencia de 18 de marzo de 2014, reiterada en otras posteriores, declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: “El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”.

Siendo ello así, la tesis mantenida en la sentencia recurrida resulta insostenible. No es un problema de renuncia, sino de un presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico, incorporándolo en su caso a la sentencia como medida definitiva, lo que deja sin aplicación el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La instauración del divorcio en España supuso no sólo la posibilidad de disolver matrimonios sino la de crear nuevos por parte de las personas que habían visto disuelto el suyo; ya era posible, y pasó a ser frecuente, casarse más de una vez en la vida, con la consecuencia del progresivo descenso de los años de duración del matrimonio¹²⁰. Además, tres factores sociológicos relevantes han sacudido los escenarios en los que hoy se acuerdan las pensiones o prestaciones compensatorias: (i) la edad de los cónyuges a la celebración del matrimonio, que se sitúa por encima de los 35 años (y con ello desaparece el supuesto antes tan típico de la mujer que no había tenido otra “ocupación” que la matrimonial); (ii) el descenso de los índices de natalidad y fecundidad¹²¹, y (iii) los divorcios de pensionistas o pre-pensionistas¹²², que difícilmente se producían hace unos años, y en los que la dualidad de las pensiones entre hombres y mujeres puede permitir la objetivación del desequilibrio¹²³.

¹²⁰ En 2015, en el que se produjeron 96.562 divorcios, la duración media del matrimonio en España disuelto por divorcio fue de 16,2 años (Estadística de nulidades separaciones y divorcios). La edad por rangos se representa en este gráfico de elaboración propia:



¹²¹ Según datos consultados en la web del INE, en 1981 los nacimientos por cada 1.000 habitantes eran 14,10, mientras que en 2015 fueron de 9,02. En el caso de la edad media de maternidad, era de 28,23 y 31,90 respectivamente en dichos años, mientras que el índice de fecundidad se situaba en 2,04 en 1981 y en 1,33 en 2015.

¹²² La edad media de los divorciados en 2015 fue de 46,5 años en los hombres y 44,1 en las mujeres (Departamento Prensa INE, 2016).

¹²³ En la STS de 26 de marzo de 2014, se señala al respecto: “Realmente en la sentencia impugnada se tiene en cuenta la situación económica radicalmente dispar que se va a generar tras la sentencia de divorcio pues ella percibirá una pensión de jubilación más de dos veces inferior a la de él. (...). El factor a tener en cuenta es que la escasa pensión de la Sra. Carmela es consecuencia de la “preferente y fundamental” dedicación a la familia durante más de treinta años”.

Todos los factores anteriormente enumerados constituyen indicadores que hacen concordar la realidad social con la definición de Bauman (2006) de vida líquida, entendiendo ésta por la forma de vivir en una sociedad en la que las formas de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en una rutina determinada; un modo de vida que no puede mantener ni su rumbo ni su forma durante mucho tiempo (p. 9). Una vida líquida en la que no sólo se producen desequilibrios (también como consecuencia de la ruptura de pareja) sino que estos, al igual que sus causas, tienen la capacidad de transformarse con rapidez.

El legislador catalán, en el preámbulo del libro segundo del CCCat (2010), asume este contexto sociológico al explicitar:

Ciertamente, muchos divorcios afectan a matrimonios de duración media bastante breve y a personas relativamente jóvenes, por lo que, en general, o bien ambos pierden de forma parecida o bien la convivencia conyugal no ha comprometido irremediabilmente las oportunidades económicas de ninguno de ellos.

Por ello, la norma catalana dice tener en cuenta la incorporación de la mujer al mercado de trabajo a la par que el hecho que:

No ha ido paralela, a la práctica, a un reparto de las responsabilidades domésticas y familiares entre los dos cónyuges y que en bastantes casos la actividad laboral o profesional de uno de los cónyuges se supedita aún a la del otro, hasta el punto de que, en determinados niveles educativos y de renta, continúa siendo habitual que uno de los cónyuges, típicamente la mujer, abandone el mercado de trabajo al contraer matrimonio o al tener hijos.

Así, el legislador catalán apuesta por “reconocer el derecho a prestación compensatoria vinculándolo al nivel de vida de que se disfrutaba durante el matrimonio (...) para los casos en que la prestación se satisface en forma de pensión, se insiste en el carácter esencialmente temporal de esta, salvo que concurren circunstancias excepcionales que hagan aconsejable acordarla con carácter indefinido” (art. 233.17.4 CCCat).

El alcance del desequilibrio -como eje a partir del cual se debe o puede establecer una pensión compensatoria- constituye, sin duda y más allá de la temporalidad, la cuestión que suscita los debates aplicados a situaciones concretas, sin que, a la luz de los recursos de casación que ello genera, se pueda afirmar que la definición de desequilibrio contenida en la doctrina del TS¹²⁴ sea útil a la hora de apaciguar los debates.

En este sentido, algunos autores han cuestionado que determinados desequilibrios deban ser compensados cuando el matrimonio se produjo desde situaciones personales dispares. Así, la profesora Cabezuelo (2002) señala:

La pensión compensatoria no puede ser entendida como un vehículo para dotar indirectamente de una inteligencia que la Naturaleza ha negado a uno de los cónyuges, ni para investirle de una dignidad académica que no posee, creando artificialmente un derecho adquirido a participar, a toda costa en un status social al que se accedió, acaso momentáneamente, por estar unido a una persona cuyo talento superior le permitió gozar de ciertas ventajas durante el poco tiempo que se mantuvo la convivencia (p. 51).

El legislador español de 1981 -con la modificación del artículo 97 del CCiv- o el catalán de 1998 -con el artículo 84 del Codi de Família-, pretendieron dar respuesta a la necesidad de proteger a la mujer, aún sin explicitarlo, ante las consecuencias negativas que pudiera tener para ella el divorcio. Y ello porque aún el legislador estaba imbuido del debate social sobre la conveniencia de la normativización del divorcio con los perjuicios que ello podría provocar en la mujer como uno de sus argumentos nucleares.

¹²⁴ “Por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial” (STS de 4 de diciembre de 2012).

Fueron los tribunales¹²⁵ quienes adaptaron las resoluciones a los cambios sociales y el legislador español normativizó, con la Ley 15/2005 de 8 de julio, la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria. Y en este sentido es preciso destacar que la normativización de la temporalidad no constituye cambio sustancial alegable *per se* para accionar una modificación de medidas, al

¹²⁵ Especialmente relevante en este sentido es la STS de 10 de febrero de 2005, en la que se hace una aproximación sociojurídica (FD2): “La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales -y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización -unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria”.

La sentencia también defiende la interpretación de la norma (FD3): “La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS. 31 marzo 1.978 y 7 enero y 25 abril 1.991 , entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1.974 - SS. 21 noviembre 1.934 y 24 enero 1.970 -, como con posterioridad - SS. 31 marzo 1.978 y 28 enero 1.989 -, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS. 10 abril 1.995 y 18 diciembre 1.997)”.

A continuación, enumera los factores que hay que tener en cuenta (FD3): “Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado - perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección”.

Para concluir que, efectivamente, la procedencia en el caso de autos de una pensión compensatoria temporal y con ello la existencia de esa posibilidad legal.

entender el TS¹²⁶ que ya con anterioridad al cambio normativo la temporalidad era práctica admitida.

¹²⁶ “La Sala debe valorar si el cambio legal operado en 2005, al introducir expresamente la posibilidad de pensión temporal constituye un cambio esencial de circunstancias que posibilitaría, si concurriesen las circunstancias económicas necesarias, la posibilidad de fijar un plazo a la percepción de la pensión compensatoria. Esta Sala debe declarar que la reforma del año 2005 vino a mencionar expresamente la posibilidad de fijar una pensión temporal, pero con anterioridad era ya una práctica admitida.” (STS de 26 de marzo de 2014).

4.5.1. Cambios sustanciales; temporalidad

El CCiv fija escuetamente los motivos de modificación (art. 100) y extinción (art. 101) de la pensión compensatoria. El lenguaje empleado por el legislador, además de escueto, es impreciso si lo ponemos en relación a la sociedad actual. “Sólo podrá ser modificada [la pensión compensatoria] por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen”, señala el artículo 100 CCiv.

Como causa de extinción de la pensión compensatoria, el artículo 101 CCiv fija el nuevo matrimonio del acreedor (hecho objetivo y objetivable), junto a la más etérea y en muchas ocasiones de difícil determinación de “vivir maritalmente con otra persona”.

Ambos redactados se introdujeron en la Ley 30/1981 de 7 de julio, en un contexto social muy distinto al actual, donde el concepto “fortuna” no solo estaba en uso en relación a la hacienda, capital o caudal personal, sino que su significado social era pacífico. Igual ocurre con el concepto convivencia marital; al legislador de 1981, por ejemplo, ni debió ocurrírsele que esa convivencia pudiera ser con otra persona del mismo sexo ni prever que las relaciones *more uxorio* pueden tener manifestaciones con elementos como el doble domicilio (incluso situados a distancia considerable), convivencias intermitentes o variables como el denominado *poliamor*.

En cualquier caso, hay que desligar las mayores o menores necesidades del acreedor de la pensión compensatoria de la alteración de la fortuna posibilitadora de la modificación. “No se trata de modificar la pensión una vez fijada porque uno necesite sustancialmente más o menos, son porque la fortuna de uno no dé ya de sí para atender a la cuantía de la obligación, o la fortuna del otro haya mejorado sustancialmente de manera que no requiera tanta pensión” (Pérez Martín, 2007, p. 801). Pese a ello, Pérez Martín advierte de que, siendo el criterio mayoritario el expuesto, existen sentencias y supuestos de lo permiten cuestionar, como los supuestos relacionados con el descubrimiento de nuevos ingresos, la inefectividad de la pensión en la corrección del desequilibrio o la interrelación a efectos prácticos entre la pensión compensatoria y la de alimentos.

Siendo el concepto fortuna¹²⁷ de difícil encaje en el ejercicio de objetivar los hechos que debe conducir a un fallo, sí que hay una serie de elementos que permiten establecer, o negar, la alteración en los recursos económicos personales que abren el camino a la modificación de la pensión compensatoria, no el mero paso del tiempo y siempre con la carga de prueba del actor¹²⁸.

Y es que, en una sociedad líquida en la que nada es ni parece duradero ni sólido, la temporalidad de las pensiones compensatorias se ha convertido en uno de los principales caballos de batalla entre los excónyuges a través del procedimiento de modificación de medidas. Las “fortunas” que servían para acordar o dictar medidas que incluían pensiones compensatorias vitalicias también se han visto afectadas en muchos casos por las consecuencias de la sociedad líquida, abriéndose con ello un escenario de pugna judicial para mantener, acotar o extinguir pensiones compensatorias.

Teniendo la pensión compensatoria su razón de ser en la superación del desequilibrio, superado éste, pierde su sentido y en consecuencia puede transformarse en temporal; y ello, aunque las partes la hubiesen acordado en convenio en ejercicio de su libertad de pacto. Así se recoge en STS de 24 de octubre de 2013¹²⁹:

¹²⁷ Y por ello, en la práctica forense, hay que acudir en muchas ocasiones a los signos externos de riqueza o al levantamiento del velo para defender una modificación o extinción de pensión compensatoria.

¹²⁸ “Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión” (STS de 19 de febrero de 2016).

¹²⁹ Esta STS, de la que es ponente Seijas Quintana, contiene un auténtico y acertado resumen del estado de la cuestión: “Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas- alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre

Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

Destacable también es que en ningún caso ser beneficiario de una pensión de estas características, aunque establecida con carácter indefinido, implica un derecho a dejar de buscar ingresos propios, como se recuerda en la STS de 15 de marzo de 2018, con remisión a la STS de 2 de octubre de 2017:

(...) el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad -que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella.

2011, 20 de junio 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-, como señalan las sentencias que se citan en el motivo para justificar el interés casacional”. Nótese que el TS afina también el lenguaje, al utilizar la expresión “convivencia del perceptor con una nueva pareja” en contraposición a la contenida en el CCiv de “nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.

4.6. La pensión de alimentos en tiempos líquidos

En el epílogo de su obra póstuma, Bauman (2017) afirma que vivir en una época como esta hace que el ambiente de inquietud, confusión y angustia se conviertan en una conclusión largamente anticipada; un ambiente como este hace que la vida sea todo menos agradable, tranquilizadora y gratificante, afirma (p. 205).

Altas tasas de desempleo, temporalidad en la contratación y salarios bajos son las señas de identidad del mercado laboral español; es la versión estatal del precariado baumaniano. Junto a ello, Bauman (2017) apunta a la desigualdad como una de las particularidades de los tiempos actuales, en la que la vida de los más pudientes se desarrolla, no solo en el ámbito doméstico, en una especie de barrio aislado móvil, en una burbuja en el interior de un caparazón hermético, impermeable, sin transparencia, lo que provoca que los de “menos de un millón” no puedan ver nada (pp.139-140).

Esa burbuja a la que alude Bauman, en la que vive protegida la elite económica, nada tiene que ver con la realidad del día a día que reflejan las sentencias y la práctica forense, en la que diferencias de 50€ en una pensión de alimentos se convierten en caballo de batalla, porque 50€ puede suponer que se franquee una línea de no retorno o, al menos, quienes estén inmersos en la controversia así lo tengan interiorizado y lo expresen en forma de línea roja a la hora de articular una solución de transacción al conflicto.

Y hay que poner todo ello contexto. Especialmente del papel que desempeñan en nuestra sociedad actual los hijos, destinados a ser primordialmente, según Bauman (2005) “un objeto de consumo emocional (...) deseados por las alegrías del placer paternal que se espera que brinden, un tipo de alegría que ningún otro objeto de consumo, por ingenioso y sofisticado que sea, puede ofrecer” (p. 63); ironiza Bauman que para desconsuelo de los practicantes de este tipo de consumo, hoy por hoy el mercado es incapaz de ofrecer sustitutos válidos, si bien “este desconsuelo se ve al menos compensado por la incesante expansión que el mundo del comercio gana con la producción y mantenimiento de los hijos en sí”.

En esta línea, Bauman (2005) califica a los hijos como “una de las compras más onerosas que un consumidor promedio puede permitirse en el transcurso de toda su vida” y tener o no tener hijos supone probablemente “la decisión con más consecuencias y de mayor alcance que pueda existir” y, por ello, es estresante y generadora de tensiones en grado sumo, además de reportar consecuencias de toda índole y supone costes no solo económicos, por lo que “armar una familia” representa arrojarse a aguas ignotas y “tener que renunciar o posponer seductores placeres consumibles de un atractivo aún no experimentado, un sacrificio en franca contradicción con los hábitos de un prudente consumidor” (p. 64). Y advierte que tener hijos constituye también ver comprometida por un tiempo indefinida la propia comodidad.

Sin duda, en la sociedad española se ha producido con especial rapidez el tránsito entre lo que Bauman denomina niños-productores y los niños-objeto de consumo emocional. Tan rápido ha sido el tránsito que la misma persona que ha sido niño-productor puede ser progenitor de un niño-objeto de consumo emocional; son situaciones que crean contradicción y en muchas ocasiones afloran en los procedimientos de familia. La fragilidad de las estructuras familiares en tiempos líquidos, sostiene Bauman (2005), hace que incluso el “puente” hacia el lago más perdurable que constituye la relación de filiación se transforme en un puente hacia ninguna parte; “...o a ninguna parte en particular... ¿Quién los quiere? ¿Para qué? ¿Quién desperdiciaría tiempo y dinero en diseñarlos y construirlos?”, se pregunta sobre estos puentes metafóricos (p. 62). Puentes costosos y a menudo estériles que, al menos aparentemente, conducen a ninguna parte cuando el obligado al pago de una pensión de alimentos ve como el plazo de la obligación se prolonga más y más mientras no mantiene ninguna relación con el beneficiario o beneficiarios últimos de dicha pensión; tan es así que incluso una eventual modificación de medidas debería abordar una realidad que se desconoce.

El auge social y jurisprudencial de la custodia compartida ha centrado las controversias en los alimentos, que se han convertido en el auténtico campo de batalla en los procedimientos de familia y, en especial, de las modificaciones de

medidas. El abogado Niñerola (2017), que fue presidente de la AEAFA, es radical en este asentido al afirmar:

Ya podemos dejar de hablar de custodia, y de uso, que eran las medidas que paralizaban los procesos, así hemos abandonado, gracias a las nuevas composiciones familiares, omitir hablar de custodias paternas o maternas, para centrar las controversias en los alimentos en función de los ingresos de cada progenitor, los cuales deben contribuir en la misma manera y, en su caso, en proporción a sus recursos (p. 249).

Junto a la cierta normalización de la corresponsabilidad parental a la hora de establecer el régimen de custodia, es muy relevante a la hora de abordar la modificación de medidas en clave de sociedad líquida por parte de los tribunales la doctrina establecida por el TS en STS de 30 de abril de 2013:

El nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

En esta misma sentencia, de la que es ponente Seijas Quintana, se razona:

Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura¹³⁰, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero sí es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado.

En cualquier caso, la sentencia en cuestión advierte que el hecho de que el nacimiento de un nuevo hijo puede suponer una modificación sustancial de las

¹³⁰ Nótese la distinción que se hace en la sentencia entre “sede matrimonial normalizada” vs. “otra posterior”, distinción que entendemos podría colidir con la protección a cualquier tipo de familia que otorga la CE.

circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar una pensión, ello no lo es *per se*, ya que:

Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido.

En definitiva, el TS admite, *a priori*, como causa de modificación de medidas en lo referido al *quantum* de la pensión de alimentos el nacimiento de nuevos hijos del obligado, pero ello no es *per se* causa suficiente, sino que debe contextualizarse y la decisión ser adoptada, entendemos, tras un ejercicio ponderativo en el que cobre especial relevancia cómo ha afectado en lo económico al obligado esa nueva paternidad, para lo que habrá que objetivar cuál es la aportación del otro progenitor del nuevo hijo o hijos.

Estamos ante una manifestación paradigmática de la sociedad líquida como es el nacimiento de nuevos hijos fruto de nuevas relaciones. La posición del TS al respecto colide en parte con la posición tradicional de considerar el nacimiento de nuevos hijos como un factor fruto de la libertad personal del que hay que acarrear las consecuencias. En la primera edición (2007) del volumen dedicado a la modificación de medidas que forma parte de su tratado de derecho de familia, Pérez Martín alude a que los tribunales se decantan por dos caminos (i) el nacimiento de nuevos hijos no es causa de modificación de las medidas adoptadas respecto del anterior matrimonio y (ii) el nacimiento de nuevos hijos implica una alteración sustancial a los efectos de modificar las medidas que se encuentren vigentes. Pérez Martín señala que la primera tesis se basa en el principio general en materia de modificación de medidas, según la cual la causa que motiva la alteración de circunstancias debe ser ajena al progenitor que solicita la modificación. “Quiere esto decir que antes de iniciar ninguna relación o de tener nuevos hijos deberá sopesar sus cargas anteriores y comprobar que con sus ingresos puede atender las necesidades que generará la nueva descendencia” (p. 575).

El planteamiento recogido por Pérez Martín (subrayamos, en 2007) parte de una premisa que entendemos incompatible con la naturaleza líquida de la sociedad en su dimensión socioeconómica: el supuesto control sobre los ingresos propios, hoy limitado prácticamente, y aún con factores que hay que tener en cuenta, a los funcionarios y fortunas consolidadas. A ello se suma el hecho de considerar la decisión de tener un hijo (suponiendo que haya existido decisión y no, simplemente, que se haya rechazado la posibilidad abortista tras un embarazo no deseado) como una alteración buscada de las circunstancias que abre la vía del artículo 775 LEC.

En STS de 1 de febrero de 2017, de la que es ponente Seijas Quintana, se corrige en casación a los juzgadores de primera y segunda instancia (Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid y Audiencia Provincial de Madrid-Sección 24ª) en un supuesto en el que, mediante convenio regulador, se había establecido en su día una pensión de 330€ mensuales y el padre, tras tener dos hijos de una nueva relación y sin acreditar disminución de ingresos, solicitó una reducción de la pensión de alimentos por su primer hijo hasta los 150€ mensuales, al considerar infringido el artículo 91 CCiv sobre alteración de circunstancias y la oposición de la sentencia de la AP a la precitada doctrina establecida por STS de 30 de abril de 2013.

Y es que la SAP señaló que “el hecho de nuevos hijos es un hecho libre en ejercicio de la libertad, pero en modo alguno podrá condicionar ni limitar los derechos de los anteriores”, en línea con una de las posiciones sistematizada por Pérez Martín, según la cual se traslada al progenitor que tiene nuevos hijos la obligación de alimentar a éstos sin que ello repercuta lo más mínimo en sus hermanos.

En su fundamentación, la STS de 1 de febrero de 2017 considera de aplicación al supuesto la doctrina contenida en la STS de 30 de abril de 2013:

El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, “no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros,

por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.

La naturaleza líquida de la sociedad, y con ello la posibilidad tan frecuentemente concretada de súbitos cambios en los niveles de ingresos de los obligados al pago de una pensión de alimentos, introduce la necesidad de ponderar un concepto jurídico indeterminado como es el nivel de vida de la familia. En este sentido, Roca (1999) distingue entre el elemento cualitativo o de determinación de los gastos familiares, y el elemento cuantitativo que supone el límite del gasto, límite éste constituido por el referido concepto jurídico indeterminado del nivel de vida de la familia (pp. 297-300).

Es habitual la invocación del principio *pacta sunt servanda* en las contestaciones a las demandas de modificación de medidas en las que se pretende una reducción de la pensión de alimentos que ha sido fijada mediante homologación de un convenio regulador¹³¹. No obstante, en reiteradas sentencias, el TS considera que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación, sin que el hecho que las medidas que se pretenden modificar fueran fruto de un convenio impida por sí mismo la posibilidad de su modificación. En este sentido y línea, y en aplicación del artículo 233-7 CCCat, los tribunales¹³² no distinguen entre medidas adoptadas convencional o judicialmente.

¹³¹ En STS de 22 de abril de 1997 se determinó que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir, tres tipos de acuerdos: “En primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico”.

¹³² “Esta Sala ha venido pronunciándose reiteradamente que para la prosperabilidad de la acción de modificación de efectos de una anterior sentencia, tal como establece el art. 233-7 CCC, son requisitos legales y jurisprudenciales que existan adoptadas convencional o judicialmente medidas en proceso de derecho de familia que regulen sus efectos; que hayan surgido hechos

También se ha invocado como causa para la modificación de una pensión de alimentos el *favor filii* (en el sentido de basar la petición de modificación en las necesidades del menor e invocar este principio como suficiente para que prospere la acción sin probar cambio de circunstancias¹³³), argumento rechazado por el TS por motivos procesales, al entender que “el interés económico de los menores se valoró en el momento de la redacción y aprobación del convenio regulador y al no haberse acreditado que las circunstancias que se tuvieron en cuenta han sufrido variación o han sido incumplidas, no existe razón para variar lo pactado en el mismo” (STS de 10 de febrero de 2014).

Según esta STS:

Ello no supone ignorar la doctrina del "favor filii", que no puede ser utilizada como argumento recurrente para soslayar la falta de acreditación de la alteración de las circunstancias bajo cuya influencia se pactó el convenio regulador de la separación, que es lo que determinó la estimación del recurso de apelación. Lo que se revisa no es una decisión judicial por el simple hecho de que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que se acordó, sino su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se pactó, o, por lo mismo, por una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge. (...) En definitiva, y como con reiteración ha declarado esta Sala, el pretendido conflicto jurídico, no es real sino artificioso, no apreciando contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada, sin que, además, la parte haya concretado el cómo, por qué y en qué sentido se ha producido la vulneración de esta doctrina, pues nada se dice al respecto, y en consecuencia no ha justificado la presencia de interés casacional en la resolución del recurso, prefiriendo acudir a la pretendida infracción de una

posteriores que impliquen una variación sustancial en las circunstancias que sirvieron de base a la adopción de tales medidas, esto es que la modificación sea verdaderamente trascendente y no de escasa o relativa importancia, que tal situación sea permanente o duradera y no coyuntural o transitoria, que no sea imputable a la voluntad de quien insta la revisión, ni reconstituida con finalidad de fraude, que se base en hechos posteriores que no se previeron ni pudieron preverse en el momento de la fijación de las anteriores medidas y que la modificación haya sido solicitada en la forma establecida por la Ley” (SAP Barcelona-Sección 18ª de 15 de septiembre de 2014).

¹³³ Según se señala en la STS 851/2014 de 10 de febrero: “Argumenta el recurrente que tal doctrina ha sido infringida por cuanto las medidas que afectan a los hijos menores de edad han de ser imperativamente acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse a los principios dispositivos y de rogación del proceso civil, lo que resulta claramente aplicable a las pensiones alimenticias. En el segundo, se reitera la prevalencia del principio del favor filii sobre aplicación estricta de los condicionamientos para la posible modificación de medidas y por los que se exige un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción”.

doctrina, dimanante del principio de protección integral del menor recogido en el artículo 39 de la Constitución, que por su generalidad rara vez podrá servir por sí sola para justificar la presencia de interés casacional.

4.6.1 El denominado ‘mínimo vital’ como ancla

Las elevadas tasas de desempleo y precariedad laboral como manifestación de la realidad económica, en combinación con una mayor edad de acceso a la parentalidad y una menor edad de exclusión del mercado de trabajo (que, por lo demás, forman parte del contexto líquido), han propiciado la aparición de supuestos en los que personas ya prácticamente excluidas del mercado laboral tienen aún obligaciones alimenticias fruto de medidas acordadas en su momento; obligaciones que, además, se ven prolongadas en el tiempo por la dilación en la consecución de la independencia económica de los hijos. La concreción de ello ha sido el fenómeno de progenitores obligados al pago de pensiones con ingresos mínimos o, incluso, inexistentes; este fenómeno se ha unido a otro tradicional y similar en sus efectos, el del progenitor que, por estar ingresado en prisión, carece de ingresos.

Hay batallas judiciales cruentas por impagos, reducciones o aumentos de pensiones de alimentos. “Hombre y mujeres que ven que los derechos de los que, según les han asegurado, son portadores y beneficiarios son inútiles cuando se trata de llegar a final de mes”, nos dice Bauman (2003, p. 17)

En la memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial, se explica que dichas tablas “no contemplan ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de 700 euros, al considerar que en los tramos de rentas inferiores a dicha cuantía, ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia que jurisprudencialmente varía según las distintas zonas geográficas y poblaciones”. Y aboca veladamente a una modificación de medidas si, fijada una pensión de mínimo vital, el obligado superase el umbral de ingresos de 700€ cuando se señala que “si con posterioridad se superase ese nivel de ingresos, podría actualizarse la pensión mediante la aplicación de la Tabla a los nuevos ingresos en el proceso que corresponda”.

Pese al carácter orientador de estas tablas, sí puede tomarse como referencia el umbral de unos ingresos mensuales de 700€ para determinar una pensión que, en aras de garantizar lo que usualmente se conoce como mínimo vital y fundado en el interés superior del menor y las normas que inspira, se establezcan por parte de los tribunales obligaciones alimenticias que, a su vez, dejen, al menos en su cálculo teórico, al obligado con unos ingresos por debajo del umbral de la mera subsistencia.

Ya desde antes de 2008 -otorgando a ese año la condición de ser frontera, utilizando expresiones baumanianas, entre el despertar del optimismo a una realidad peor y con malas perspectivas- los juzgados españoles utilizan el concepto “mínimo vital” en el sentido que en la actualidad le atribuyen los operadores jurídicos en el ámbito del derecho de familia, y para el que muy bien puede utilizarse la definición contenida en la SAP Barcelona-Sección 12ª de 6 de noviembre de 2013, de la cual fue ponente Pascual Ortuño:

En esta cantidad se reflejan los mínimos gastos de todos los capítulos repercutibles, como vestido, sanidad y educación que, aun cuando el menor asista a un centro público, son generados por las necesidades de material escolar, libros, actividades complementarias, cuotas de la asociación de padres, y demás gastos ordinarios que comporta habitualmente un menor.

Esta sentencia aborda una situación límite: la de un padre extranjero sin permiso de trabajo, para acabar estableciendo una pensión de 150€ mensuales, rechazar “la alegación del recurso de establecer una pensión de 50 € al mes, puesto que los 150 € reseñados son el mínimo vital que el padre ha de aportar para atender la obligación de orden natural y de orden público” e introducir un elemento de nexo con el carácter líquido de la sociedad:

Se ha de consignar que la situación de inactividad laboral es previsible que pueda ser superada por el recurrente en un plazo de tiempo razonable, una vez que obtenga el permiso de trabajo. En dicho momento tendrá la obligación de ajustar su aportación a los alimentos del menor en una cifra más acorde con las necesidades del niño, a cuyos efectos deberá convenir con la madre del menor la cuantía de la aportación que corresponda.

Es este caso, el tribunal (recordemos que la sentencia es de 2013) asume un cierto optimismo económico e introduce un elemento, que en sentido estricto sería impropio, de dinamismo de las medidas acordadas, porfiándolas, *prima ratio*, al entendimiento entre los progenitores.

Para acotar el concepto de “mínimo vital”, el TS ha recurrido en múltiples ocasiones a definir la obligación de alimentos como una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, además a aludir a su rango constitucional como ex artículo 39 de la Constitución Española. Por ello le ha atribuido la naturaleza deber inexcusable al derivar de las obligaciones del ejercicio de la patria potestad y dada la obligatoriedad de su regulación que para estos casos impone el artículo 93 del Código Civil. En este sentido, se ha inferido que siempre procederá fijar un mínimo vital sin perjuicio de que por razones de fuerza mayor en algún caso no pueda ser atendido, lo que ha dado lugar a un amplio espectro de resoluciones en las que se modula la obligación.

Como cuasi curiosidad histórica reseñar que en una STS de 14 de enero de 1957 aparece el concepto “mínimo vital” aplicado a un caso de reclamación de alimentos¹³⁴ en el que el TS se limitó a resolver un conflicto de competencias porque el demandado, vecino de Pamplona, residía en Madrid, fue demandado en esta ciudad pero la esposa demandante seguía en Pamplona, "por lo cual esa residencia de la esposa es donde debe cumplirse la obligación y el Juez de ese lugar es el competente para conocer de la reclamación de su abono". En esta sentencia se reseña, no obstante, en los antecedentes de hecho y citando la demanda, que “el mínimo vital necesario para el mantenimiento de la casa y familia y atenciones alimenticias en su sentido de sustento, habitación, vestido, asistencia y educación e instrucción de los hijos menores, no puede ser inferior a 2.000 pesetas mensuales”, se atribuye al demandado unos ingresos mensuales de

¹³⁴ Curioso también es que del demandado en la referida sentencia se diga que “se ha hecho acreedor con su conducta a perseguir criminalmente por abandono de sus deberes familiares”, pero no ello no es óbice para que sea funcionario judicial, gracias a que “la esposa optó por sobrellevar su pobre y humillante situación, atendiendo precariamente al mantenimiento y educación de los hijos con los menguados ingresos que los mayores de éstos reportaban a la casa; pero habiendo sido emancipados los tres mayores, para cubrir las necesidades de sus otros cinco sólo cuenta con los ingresos eventuales de los dos mayorcitos”.

3.000 pesetas y se pide el establecimiento de una pensión de 1.000 pesetas mensuales para una prole de siete hijos, dos de los cuales ya “mayorcitos” y que proporcionan ingresos eventuales.

No obstante, los datos contenidos en la citada sentencia nos permiten constatar que la pretensión de la demandante para el establecimiento de una pensión de alimentos para siete hijos era de un tercio del valor de los ingresos del padre demandado (oficial de juzgado), lo que nos permite inferir la evolución histórica, al alza, de la obligación alimenticia.

Pero dicha evolución no es solo fruto de la concepción social sino del sistema político de la dictadura franquista y del nacionalcatolicismo, que tuvieron entre sus consecuencias una ausencia de cultura del divorcio en España mientras en la mayoría de los países occidentales no era así y, en muchos de ellos se producía una respuesta pública a las necesidades alimenticias de los menores con sus progenitores divorciados. En este sentido, la socióloga Madruga Torremocha (2006) distingue entre países que abordan las necesidades alimenticias de los menores hijos de familias monoparentales o divorciadas como una responsabilidad privada o como una responsabilidad pública (p. 72); para esta autora, el adelanto de la pensión alimenticia constituye un valioso indicador sobre cómo son atendidas las obligaciones familiares por parte del Estado. Y no es casualidad que España, junto a Italia y Portugal, figure entre los países de responsabilidad privada, por la ausencia de la referida cultura del divorcio y porque cuando los países más desarrollados estaban implementando dichas políticas en un marco de eclosión del Estado del Bienestar, en estos países no estaba normativizado, primordialmente, por la influencia de la Iglesia católica y sus dictados; con lo que inferimos que dicha influencia de la doctrina católica como inspiradora de las políticas públicas se ha traducido en una menor protección de la familia, con la paradoja que ello supone.

Ante situaciones de unidades familiares sin ingresos, o con ingresos irrisorios, el TS ha explicitado la impotencia del sistema judicial para dar respuestas efectivas. Lo hizo en STS de 18 de marzo de 2016, de divorcio, traspasando la

responsabilidad a los servicios sociales y cuestionando la recurrente construcción del mínimo vital:

Acudiendo a la doctrina a que se ha hecho mención y a la penosa situación del mínimo vital de la unidad familiar, resulta ilusorio querer salvar el "mínimo vital" del hijo, pues en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, a salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas, debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos.

Los argumentos del TS conectan con una realidad sorda que el sistema judicial parecía haber querido obviar; en esta sentencia se cita una anterior (STS de 2 de marzo de 2015), en la que parece cuestionar la reiterada invocación de los tribunales en la fijación de pensiones acogiéndose al concepto del mínimo vital; pensiones que, aún de cantidades muy reducidas, se inferían de cuasi imposible abono por parte del obligado:

El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (...). Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades. La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.

La precitada STS de 18 de marzo de 2016 aplica la anterior doctrina contenida en la STS de 2 de marzo de 2015, que resolvió un procedimiento de modificación de medidas confirmando una sentencia anterior de la AP de Cádiz-Sección 5ª que, ante la ausencia de ingresos por parte del obligado, fijó la pensión en 65€

mensuales. El TS advierte de la necesidad de fijación, siempre, de un mínimo vital, al considerar la eventual suspensión de la obligación como una excepción (el ministerio fiscal expuso que “por razones de orden público y del superior interés del menor, considera que la supresión no ha de ser acordada nunca y la suspensión solo si la prueba es contundente”). Muy interesante es también el razonamiento de la fiscalía contenido en esta sentencia: “En caso contrario [por la fijación de una pensión estandarizada de mínimo vital frente a los cuasi simbólicos 65€] se abocaría al recurrente al impago sucesivo de los plazos de la pensión y, lo que es más penoso, a la comisión de un delito tipificado como tal en nuestro Código Penal”.

En esta sentencia se explica:

Lo que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales denomina *mínimo vital* que se garantiza en función de una prestación alimenticia a favor de los menores que suele oscilar entre los 150 y 200 euros en que suele fijarse por los Tribunales a pesar de que el progenitor no tenga ingresos, salvo enfermedad o falta de capacidad o falta de aptitud para acceder al mercado de trabajo, con el que se presume que se pueden cubrir las necesidades vitales de los menores; problema respecto del cual las Audiencias provinciales se encuentran divididas, optando unas, como la recurrida, por la suspensión (SAP de San Sebastián de 5 de diciembre de 2008 ; de A Coruña de 16 de Enero de 2013), y fijando otras una cuantía en concepto de mínimo vital (SAP de Barcelona -Sección 12- de 8 de junio de 2012 y 25 de mayo 2005 ; de Girona -Sección 1a- de 11 de marzo de 2011 ; de Málaga -Sección 6a- de 29 de octubre de 2008).

Con su fallo, el TS avala el planteamiento contenido en la SAP Cádiz-Sección 5ª de 16 de diciembre de 2013, que reafirma el deber inexcusable de prestar alimentos, pero califica dicho deber de:

No tan absoluto que obligue a su mantenimiento cuando consta acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y/o amigos, pues en ese caso esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible.

La anteriormente citada STS de 18 de marzo de 2016, en la que se alude a la responsabilidad de los servicios sociales, contiene una crítica implícita a no pocos

planteamientos de tribunales que, amparándose en el carácter imperativo de la norma (art. 93.1 CCiv), fijan obligaciones alimenticias de cumplimiento improbable cuando no imposible¹³⁵. Así, razona la SAP Tenerife-Sección 1ª de 2 de abril de 2012 la aplicación del carácter imperativo de la norma:

El carácter imperativo de la norma, y la propia naturaleza y caracteres de esta obligan explican¹³⁶ que en ningún caso la pretendida falta de recursos de un progenitor pueda servir de argumento para fundamentar la pretensión de liberarse del cumplimiento de este ineludible deber que integra la patria potestad. El favor filii, señala la jurisprudencia, impone la fijación de una pensión incluso careciendo el deudor de trabajo remunerado, pues el art. 93.1 CC es categórico al proclamar que los alimentos se fijarán "en todo caso" de modo que aún cuando no consten los ingresos del obligado a prestarla, pese a la aleatoriedad de los mismos e incluso aun cuando el obligado se encuentre en situación de desempleo, habrá de fijarse lo que se estime como "mínimo vital". Todo ello sobre la base de que, para la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista.

Hay que tener en cuenta, además que, aun admitiendo la existencia, ni que sea como mera construcción teórica, del mínimo vital, en las resoluciones judiciales que incorporan dicho concepto aparecen dos variables que clasificamos como estrictamente alimenticias o simbólico-recordatorias.

Ello sin dejar de considerar que, en muchos casos, se establecen pensiones que difícilmente se van a abonar, como en el caso de modificaciones de medidas de personas encarceladas, con lo que podríamos estar ante un tipo mixto: el de una pensión fijada con criterios estrictamente alimenticios, pero de naturaleza real simbólico-recordatoria.

El primer tipo, y el más extendido, es el que pretende ajustar o aproximar las posibilidades del obligado a las necesidades del menor, con cantidades en torno a los 150€ por hijo, que es la más usual, pero también con importes mensuales

¹³⁵ Son los casos de pensiones que, si se ejecutan en vía civil, acaban en embargos imposibles y, si se denuncian en la jurisdicción penal, se absuelve al obligado por la imposibilidad de hacer frente al pago al que está obligado, máxime si había promovido una modificación de medidas.

¹³⁶ La redacción debería ser "obligan a que".

desde los 125€ (SAP Asturias-Sección 7ª de 18 de enero de 2013¹³⁷) a los 180€ (SAP Valencia-Sección 10ª de 7 de febrero de 2013¹³⁸ o SAP Tenerife-Sección 1ª de 2 de abril de 2012¹³⁹).

¹³⁷ En este caso, la AP confirmó una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón, dictada en procedimiento de modificación de medidas, en cuyo fallo se estableció la siguiente pensión dinámica:

“A.- La suma de 250 € mientras esté cobrando el subsidio de desempleo, a razón de 125 € por hijo.

B.- En el caso de que cobre entre 426 y 1.000 € mensuales abonará la suma equivalente al 45% de sus ingresos netos mensuales, como ese mínimo vital fijado de 125 € para cada hijo.

C.- En los casos que pase a cobrar más de mil euros mensuales, abonará como alimentos la misma pensión debidamente actualizada que se fijó en el proceso de divorcio.

D.- Todas las cantidades se abonarán entre el 1 y el 10 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que se señale, y se actualizarán cada mes de enero, al alza, según las variaciones del IPC del año anterior (salvo las fijadas en porcentaje, que se actualizan por sí solas). El primer pago será en mayo de 2012 y la primera actualización en enero de 2013.

E.- Para garantizar estos pagos, Héctor deberá acreditar documentalmente a Adriana cada seis meses su vida laboral y sus ingresos”.

Entendemos que estamos no sólo ante una pensión ajustada a derecho, al así haberlo entendido la AP, sino que da respuesta a una situación que, no por concreta, no es habitual en una sociedad líquida. Además, el fallo pretende, y entendemos que consigue, que con la progresión del importe de la obligación alimenticia no se desincentive la búsqueda activa de empleo. A tener en cuenta también que para el cumplimiento de la obligación de pago se abre la usual franja entre los días 1 y 5 de cada mes hasta el día 10 de cada mes, en el que se perciben las prestaciones por desempleo.

¹³⁸ “No puede establecerse una cuantía para la pensión de alimentos que sea inferior al denominado mínimo vital, que viene siendo establecido en 180 € mensuales. (...) se trata de asegurar la subsistencia del hijo mediante la cobertura del mínimo vital necesario para el mismo, sobre todo cuando el otro progenitor carece de recursos suficientes para afrontar en solitario el mantenimiento del hijo común, como sucede en el presente caso, siendo la posición de la progenitora más precaria que la del actor dado que ni siquiera tiene asegurados unos ingresos fijos, por mínimos que sean. Debe tenerse en cuenta que la primera obligación de todo progenitor es atender al sustento del hijo, por encima de la atención de sus propias necesidades”.

En este caso se enjuició en modificación de medidas el supuesto de un matrimonio que, al divorcio, en 2004, disponían de empleo con ingresos salariales en la franja media y que posteriormente acabaron ambos dos cobrando prestaciones sociales. El padre, actor en el procedimiento, pretendía que la pensión se estableciera en 100€ mensuales.

¹³⁹ “En este caso, atendidas las necesidades ordinarias del menor, un joven adolescente de 15 años, y la capacidad económica del obligado al pago, se mantenga en sus mismos términos la pensión alimenticia fijada en la resolución recurrida, ya que su rebaja no solo no garantizaría ese mínimo vital indispensable para que el menor pudiera subsistir en unas condiciones dignas, que favorezcan un desarrollo armónico e integral de su personalidad, sino que supondría desplazar a cargo de la madre una obligación que la ley de forma taxativa impone con carácter mancomunado a cargo de ambos progenitores”.

También incide en el interés superior del menor con este argumento: “Son pues las necesidades concretas de los menores en cada momento y los ingresos del obligado al pago, los parámetros a considerar para cuantificar la prestación alimenticia, al relegar nuestro legislador a un segundo plano, otros intereses concurrentes, como podrían ser los de los progenitores”.

Las pensiones simbólico-recordatorias, excepcionalmente establecidas, entendemos que tienen como objetivo principal mantener el anclaje en lo económico de la relación de un progenitor con sus hijos, a sabiendas que la cantidad establecida no contribuirá de forma ostensible ni mucho menos decisiva al sostenimiento del menor. Así, la SAP Madrid-Sección 24ª de 19 de mayo de 2016 avala el planteamiento del juez *a quo* de establecer una pensión de alimentos de 60€ al mes por hijo como “cantidad prácticamente simbólica, cuyo abono no impone grandes sacrificios ni entra en colisión con el sustento propio, ni colma la totalidad de lo imprescindible al sustento de cualquier persona de la edad de los alimentistas”, a cargo de una madre que afirmó no tener ingresos y vivir a costa de su pareja, y a la que la Audiencia recordó:

Se encuentra en plena edad laboral, no le viene reconocida discapacidad ni minusvalía, ni le afecta enfermedad invalidante, al menos otra cosa no aflora a este proceso, luego ha de contribuir a los alimentos de sus hijos, incluso trabajando, derecho y deber constitucional que a todo español impone el artículo 35 de nuestra Constitución, y que puede ejercer y cumplir Dª. Amanda si muestra al respecto la adecuada o debida actitud y esfuerzo.

En todo caso, los tipos propuestos, como se ha dicho, difícilmente se van a dar en estado puro porque, precisamente, la realidad actual pone a muchas personas en encrucijadas y situaciones-límite que, en ocasiones, y dada la naturaleza líquida de la sociedad, evolucionan de forma compulsiva y casi siempre más rápidamente de lo que el sistema, en este caso a través del procedimiento de modificación de medidas, es capaz de darles respuesta.

Mecanismos diseñados por el legislador que podrían mitigar la vorágine a la que se ven abocados los progenitores obligados al pago de una pensión han fracasado en su implantación como solución real. Así, la regulación de la segunda oportunidad para las personas naturales no empresarias, contenida en el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, reformado por la Ley 25/2015, de 28 de

julio, y conocida como Ley de Segunda Oportunidad puede considerarse objetivamente un fracaso¹⁴⁰.

La segunda oportunidad, si fuera un mecanismo ágil, podría evitar que los obligados al pago de una pensión se vieran envueltos en un aluvión de embargos que hiciera inviable el cumplimiento del pago de la pensión de alimentos. El mecanismo de segunda oportunidad debería permitir no solo satisfacer sus necesidades, las de su pareja y descendientes (ex artículo 47.1 de la Ley Concursal) sino también, y de forma específica (en este caso ex artículo 84.2.4º de la Ley Concursal) atender con la consideración de créditos contra la masa los alimentos fijados en los procesos a los que se refiere el título I del libro IV de la LEC, siempre que se hayan establecido por el juez en resolución posterior a la declaración del concurso o que se hayan devengado después de la declaración del concurso si la resolución judicial que los establece es posterior. Dicho precepto deja clara la intangibilidad de la pensión de alimentos acordada por el juez de primera instancia en un procedimiento de familia, de manera que el juez del concurso no podrá modificar su cuantía (Puigcerver, 2017, p. 151).

Por ello, en su actual configuración, el mecanismo de segunda oportunidad suma al fracaso constatado en las XXVI Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España, y como consecuencia de su complejidad que lo hace un instrumento sólo válido y operativo para determinados niveles socio-económicos, un resorte para poder sustraer de la masa del concurso pensiones de elevado importe más que un medio para evitar que, con la *muerte civil* del deudor de buena fe, no pueda hacer frente a la pensión de alimentos a cuyo pago venía obligado.

¹⁴⁰ En las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España, celebradas en Málaga en octubre de 2016, se señaló respecto a la Ley de Segunda Oportunidad que “es una ley absolutamente fracasada, lo cual es grave, sobre todo cuando generó falsas expectativas a millones de ciudadanos. Las cifras son elocuentes: sólo 344 concursos de persona física no empresario en el primer semestre de 2016, que no llegaron a 600 en 2015. cuando en Francia o Alemania se superan ampliamente los 100.000 concursos de persona física al año”, además de calificar la Ley de inútil (Comunicación Poder Judicial, 2016).

4.6.2. La retroactividad de la pensión

En tiempos líquidos, el efecto de degoteo de la riqueza en el bienestar del conjunto de la población es, por regla general, un mito, como recuerda Bauman (2017) que, como ejemplo gráfico y contundente a la vez, cita los grandes nuevos aviones que cubren los vuelos intercontinentales, en los que los asientos de la denominada clase turista son cada vez más rácanos en cuanto al espacio que ofrecen a los viajeros mientras se ofertan auténticas suites privadas que, en ocasiones, incluyen ducha (p. 141).

En este contexto, desde la percepción subjetiva, la pensión de alimentos se ve en ocasiones como un ancla por la parte perceptora y como un auténtico agujero negro que pone en riesgo la estabilidad económica, cuando no la propia subsistencia, por la parte obligada. Percepciones contrapuestas que conducen a la modificación de medidas cuando aparecen, o se conocen¹⁴¹, elementos a los que poder atribuir naturaleza de variación sustancial de circunstancias.

Cobra especial importancia en estas dinámicas de enfrentamiento la pervivencia de la pensión de alimentos¹⁴², o la modificación de su importe sea al alza o a la baja¹⁴³, el momento de los efectos de la resolución judicial que finalmente determine si la pensión debe o no mantenerse o modular su importe.

¹⁴¹ En la casuística recogida en sentencias son frecuentes los supuestos de progenitores obligados al pago de una pensión que conocen tiempo después que su hijo o hija está inserto en el mercado laboral.

¹⁴² Esta pervivencia más allá, en ocasiones mucho más allá, de la mayoría de edad de los hijos debe relacionarse necesariamente con las dificultades de inserción en el mercado laboral de la denominada generación *milenial* y el fenómeno del nini o jóvenes que ni estudian ni trabajan. Véase el epígrafe referido a la emancipación postergada.

¹⁴³ En este apartado es baladí especificar los múltiples supuestos que puedan llevar a esta acción, si bien es necesario especificar, a partir de la práctica forense, que las manifestaciones más virulentas de los conflictos se producen en las acciones encaminadas a extinguir la pensión de alimentos, habitualmente, por considerar el progenitor obligado que ya no hay causa para mantener dicha pensión.

De la doctrina del TS respecto al momento en el cual cesa efectivamente la obligación, entendemos subrayables dos aspectos:

1. Cuando hay, por resolución judicial, una pensión vigente los efectos de una ulterior resolución no tendrá en ningún caso efectos retroactivos.
2. No existe la obligación de devolver, en todo o en parte, las pensiones ya percibidas en el supuesto que una resolución judicial posterior las extinga o reduzca en aplicación del principio de que los alimentos se consumen.

La aplicación de estos dos aspectos doctrinales es impropia de la sociedad líquida, especialmente, cuando se combinan con los tempos judiciales¹⁴⁴ y máxime si se pretende la extinción de una pensión.

Conocida es la doctrina establecida en la STS de 26 de marzo de 2014, que diferencia entre la pensión que se establece por primera vez y las que se modifican por ulterior resolución. Dicha STS completa su señalada doctrina sobre el inicio de la obligación de la pensión alimenticia fijada en la STS de 14 de junio de 2011¹⁴⁵ en los siguientes términos:

Cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente.

La ratio final o el fundamento de dicha doctrina jurisprudencial se halla, de una parte, en el artículo 106 CCiv cuando establece que “los efectos y medidas

¹⁴⁴ A modo de mero ejemplo. El TS (en STS de 20 de julio de 2017) resolvió en un procedimiento de modificación de medidas unos autos procedentes de un juzgado de Madrid iniciado por demanda de octubre de 2013 y declaró extinguida una pensión de alimentos fijada a favor de un hijo mayor de edad (que ya lo era en 2013). En puridad, estamos ante un supuesto de hecho en el que el obligado ha pagado durante cuatro años una pensión de alimentos sin que, al menos desde estos cuatro años, hubiese fundamento legal para ello porque, según se declara probado, desde abril de 2013 el hijo mayor de edad estaba trabajando.

¹⁴⁵ Esta STS reafirma: “Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda”.

previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y de otra, en el artículo 774.5 LEC cuando dispone que “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta”. A partir de esta doctrina jurisprudencial, el TS ha fijado claramente que el artículo 148 del CCiv sólo es aplicable al primer procedimiento donde se establecen dichos alimentos, pues en los posteriores ya no es posible, ya que, en tanto se dicta sentencia o auto en ellos, despliega plena eficacia la anterior resolución (art. 774 LEC).

Esta especificidad de los alimentos para hijos menores de edad, la remisión al artículo 148. del CCiv y la consiguiente prestación por el progenitor deudor desde el momento mismo de la interposición de la demanda, despliegan efectos específicos en el caso de modificación de medidas, al establecer el TS en estos supuestos que cuando se modifica a la baja o se extingue una pensión de alimentos debe tenerse en cuenta que el acreedor, y finalísticamente, el hijo menor o ya mayor, ha consumido estos alimentos. En este sentido, la precitada STS de 20 de julio de 2017, recuerda la “reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913 , que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida»”.

Es preciso apuntar que, respecto a los eventuales efectos de la reducción o extinción de la pensión de alimentos desde el momento de la interposición de la demanda, hay audiencias que se han pronunciado a favor. De hecho, la STS de 20 de julio de 2017 corrige a la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª, que en su SAP Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016 contrapone a los argumentos del TS los del enriquecimiento injusto, ya sea de la madre ya sea del hijo:

La problemática suscitada, en relación a la extinción de la pensión de alimentos para un hijo mayor, con carácter retroactivo, y con efectos desde la interposición de la demanda, se debe resolver teniendo en consideración que no es posible admitir el enriquecimiento injusto en favor, ni del hijo, ya mayor de edad, ni de la madre, como administradora que ha sido de los alimentos que ha venido percibiendo para el sustento de dicho hijo.

La precitada SAP Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016 cae en el error, a la luz de la STS de 20 de julio de 2017, de considerar que no es de aplicación en un procedimiento de modificación de medidas en el que se inste la extinción de una pensión de alimentos la doctrina del TS contenida en su sentencia STS de 26 de marzo de 2014.

El argumento, a la postre erróneo, de la AP es que:

La extinción de la pensión de alimentos en favor de un hijo ya mayor de edad, en el cauce del procedimiento de modificación de medidas, y en revisión de una sentencia recaída en un anterior y distinto procedimiento, de divorcio, por lo que es obvio que este caso nada tiene que ver con aquel otro para el que se aplica la doctrina del Tribunal Supremo.

Con similares argumentos empleados en la precitada SAP Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016, la SAP Barcelona-Sección 12ª de 31 de marzo de 2014 señala:

La independencia económica del citado descendiente, integra la causa extintiva de la pensión de alimentos a cargo de su progenitor, contenida en el artículo 237-13.1 d) del Código Civil de Cataluña y determina que deba ser confirmado el pronunciamiento del cese de la prestación alimenticia declarada en la sentencia apelada, desde la fecha de la presentación de la demanda rectora del proceso, en cuyo momento ya se mostraba objetivamente concurrente la causa extintiva citada.

La Audiencia Provincial de Madrid, en SAP Madrid-Sección 24ª de 6 de julio de 2011, fue más allá en la retroactividad de la extinción, al fijarla en la fecha de emplazamiento de la madre acreedora de la pensión, con el siguiente argumento:

Aquí lo sucedido es que en periodo muy prolongado de tiempo, el recurrido ha venido haciendo pago de una pensión de alimentos no debida, puesto que ya no procedía, por su total desconocimiento de la plena independización de la alimentista, extremo que no le fue comunicado ni por esta, ni por la progenitora femenina demandada, gestora de repetida

pensión, que no destinó a la cobertura de necesidades básicas, de manera que se evita un enriquecimiento injusto o sin causa.

De hecho, las secciones de la AP de Madrid que ven las apelaciones en materia de familia han planteado en varias sentencias¹⁴⁶ que procede la extinción retroactiva de la pensión de alimentos a la fecha de la presentación de la demanda; lo hacen aplicando analógicamente el artículo 148 CCiv y ante situaciones de hecho en las que procede la extinción de la pensión de alimentos y se ha ocultado maliciosamente, en aras de lograr enriquecimiento injusto, que el destinatario último de los alimentos se había integrado en el mercado laboral.

Porque se producen situaciones en las que, incluso, el obligado ha visto disminuidos sus ingresos de tal modo que los hijos respecto de quienes tiene obligaciones alimenticias superan en ingresos al propio padre obligado y lo ocultan maliciosamente¹⁴⁷. Ante situaciones como estas, juristas como Forcada (2017) consideran que, *mutatis mutandis*, debe aplicarse la doctrina que emana del artículo 148 del CCiv:

¹⁴⁶ A modo de ejemplo de esta posición, SAP Madrid-Sección 22ª de 15 de junio de 2016, argumenta: “Para poder valorar si se ha de suprimir una pensión de alimentos a un hija mayor de edad, se ha de valorar si concurre alguna de las causas previstas en el art. 152 del CC, que establece: Cesara también la obligación de dar alimentos, entre otros motivos cuando:

2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia’.

Valorada toda la prueba obrante esta Sala, y teniendo en cuenta que respecto de Micaela solo se discute la fecha de extinción de la pensión de alimentos, se estima que Micaela , nacida el NUM000 -1991, de 25 años en la actualidad, que viene trabajando con continuidad en CAROLL IBERIA SL, desde el 6 de julio de 2012, inicialmente con contratos temporales, y desde el 1-7-2013, con un contrato indefinido a tiempo parcial, figurando unos ingresos en el año 2013, de unas retribuciones brutas de 8.780,37 € (a los que hay que deducir 126,82 de retenciones y 534,07 de gastos deducibles), (folios 85- 89); el padre ha dejado de percibir el subsidio por desempleo de 426 € en marzo de 2015; hasta ahora han tenido el uso del domicilio familiar la madre y los hijos, la sentencia fijó la extinción de la pensión de alimentos con cargo al padre desde que firma el contrato indefinido, el 1 de julio de 2013, pero solo puede formalmente extinguirse desde la fecha de presentación de la demanda en septiembre de 2013, y ello sin perjuicio de lo que pueda resultar en ejecución de sentencia, en el caso de reclamarse, periodo en que la hija ha tenido sus propios ingresos desde 6 de julio de 2012, por desempeñar un trabajo regular y continuado, en que incluso, sus ingresos han sido superiores a los percibidos por el padre en el subsidio por desempleo, evitando un enriquecimiento injusto.

¹⁴⁷ Nos remitimos de nuevo a la SAP Madrid-Sección 22ª de 15 de junio de 2016.

Si la obligación alimenticia adquiere plena fuerza ejecutiva desde la presentación de la demanda, partiendo de una situación de necesidad del alimentista, del mismo modo, el deber de alimentos ha de decaer una vez que dicha necesidad ya no existe, no pudiendo prolongar su exigibilidad durante la pendencia del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, pues la mayor o menor dilación en la resolución de la contienda suscitada a tal fin no puede abocar al amparo por los Tribunales de situaciones de enriquecimiento sin causa.

En cualquier caso, las posiciones que -en aplicación estricta de la doctrina del TS- mantienen la imposibilidad de la retroacción de la extinción de la pensión a la fecha de la presentación de la demanda de modificación dejan la puerta abierta a la vía del procedimiento declarativo extramuros del procedimiento de familia para buscar el resarcimiento ante un enriquecimiento injusto, lo que, sin duda, colide con el principio de economía procesal.

4.6.3. La prisión como indicador de la obligación de pago

La STS de 14 de octubre de 2014 fija como doctrina jurisprudencial que “la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos”, en una sentencia en la que el interés casacional se justificó por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. El TS se pronunció en la precitada sentencia, que tuvo una importante repercusión mediática, a favor de las resoluciones que mantuvieron argumentos como que la estancia en prisión no supone un impedimento absoluto para acceder a un trabajo remunerado conforme a la legislación penitenciaria.

La cuestión, y cómo la resolvió el TS, no es baladí, puesto que -más allá de la aludida posibilidad de obtener ingresos¹⁴⁸ estando en una prisión-, la fundamentación subraya que “la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges”, lo que es extrapolable a un conjunto de situaciones en las que, efectivamente, un obligado no tiene ingresos, pero sí recursos económicos. Pensemos, a modo de ejemplo, en el caso de un parado de larga duración al que se ha agotado la prestación y no percibe subsidio, precisamente, porque dispone de recursos económicos.

Se razona en la aludida STS de 14 de octubre de 2014 que, de acuerdo con el artículo 93 CCiv, que relaciona circunstancias económicas y necesidades de los hijos, se infiere que:

No es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución, sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2o) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere

¹⁴⁸ Ingresos escasos, pero posiblemente suficientes para hacer frente a una pensión de alimentos habida cuenta de la cobertura de las necesidades vitales de los reclusos.

reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Además de esgrimir que “ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva”.

Para fundamentar la fijación de la precitada sentencia, el TS tiene en cuenta que “la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1.o del Código Civil”, lo que refrenda la trasposición del planteamiento según el cual la ausencia de cualquier tipo de ingreso no libera de la obligación alimenticia de los progenitores respecto de sus hijos.

La aplicación de la doctrina del TS contenida en su STS de 14 de octubre de 2014 ha unificado los pronunciamientos de las audiencias ante situaciones de prisión de los progenitores obligados, y se ha hecho extensiva incluso a supuestos en los que se condena al pago retroactivo (según doctrina fijada en STS de 26 de marzo de 2014) y el ingreso en prisión es provisional, situación incompatible con la obtención de ingresos. Así, la SAP Murcia-Cartagena-Sección 5ª de 13 de septiembre de 2017, que aún ignorando en sentido estricto la doctrina del TS fundamenta que:

Es cierto que la jurisprudencia ha venido admitiendo la suspensión de la obligación de prestar alimentos durante el periodo en que en que el alimentista está en prisión provisional, sin embargo, también ha recordado que para ello es necesario no sólo que se carezca de ingresos (lo que estando en prisión provisional, suele ser lo normal), sino también de patrimonio, puesto que la ley (art. 146 Ccivil) alude a caudal o medios, y en el presente caso, nada se ha acreditado sobre esto último, por lo que procede desestimar el recurso, también en lo que a este punto se refiere.

Otras sentencias, como la SAP Palma de Mallorca-Sección 4ª de 17 de enero de 2018, aluden simplemente la “compatibilidad” entre estar en prisión y seguir abonando la pensión de alimentos. La misma sección de la audiencia balear, en

SAP Palma de Mallorca-Sección 4ª de 14 de junio de 2017, mantuvo la obligación alimentos durante la permanencia en prisión del obligado (“en 150 € mensuales, mínimo vital determinado en este partido judicial”) a la vez que rechazó fijar *a priori* una pensión superior cuando abandonase la prisión habida cuenta que “no es previsible que esa situación mejore cuando salga del centro penitenciario o que en éste pueda brindársele un empleo cuya remuneración le permita soportar la pensión”.

Ello no obstante, y pese a la doctrina fijada en la precitada STS de 14 de octubre de 2014, en sentencias posteriores pero cercanas en el tiempo, el TS acordó la suspensión, que no extinción, de la obligación de prestar alimentos establecida en resolución judicial en determinados casos de pobreza absoluta y carencia de recursos o patrimonio para poder hacer frente a la obligación. En este sentido encontramos las STS de 2 de marzo de 2015 y STS de 22 de diciembre de 2016, de las que fue ponente en ambos casos el magistrado Seijas Quintana, al igual que en el caso de la STS de 14 de octubre de 2014.

La STS de 2 de marzo de 2015 alude a un escenario de pobreza absoluta para fundamentar que “a falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente”, lo que genera:

Un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.

La STS de 22 de diciembre de 2016 argumenta:

La sentencia recurrida en ningún caso se opone a la doctrina invocada en el motivo. La sentencia no extingue los alimentos. Los deja en suspenso. No es la situación carcelaria la que origina esta situación, sino la falta de medios para afrontar en estos momentos su pago. «Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita», dice la sentencia de 14 de octubre de 2014.

Es decir, *per se*, el ingreso en prisión no constituye motivo para suspender la obligación de pago de pensión, sino un factor coadyuvante en la falta absoluta de medios para hacerle frente.

4.7. La atribución del uso de la vivienda como motor de la modificación

Todos los operadores jurídicos tienen, a menudo, el convencimiento de que tras una acción de modificación de medidas hay el objetivo de acabar con la atribución del uso de la vivienda acordado, o transaccionado, en su día. La vivienda, aunque de forma irregular en el conjunto del estado y con una cierta dicotomía entre zonas urbanas y rurales, se ha convertido en el principal gasto de la economía doméstica, además de en factor visualizador de proyección social. Y, sobre todo, constituye un gasto poco sensible a cambio en el nivel de renta, ya desde antes de la crisis de 2008 (Consuelo, 1998, p. 161).

Ello ha provocado que, como efecto directamente relacionado con dicha crisis y con el factor añadido de su especial incidencia en el estado, España sea el país de la UE donde más aumentó el gasto que los hogares destinan para pagar la vivienda, la electricidad y el agua en la última década; en concreto desde el 17,4% de su desembolso total en 2005 hasta el 23% en 2015, según datos de Eurostat (2017). El incremento en España fue de 5,6 puntos porcentuales, por encima del aumento registrado de media de la UE, donde el gasto de los hogares en la vivienda creció en 1,9 puntos, desde el 22,5% en 2005 hasta el 24,4% en 2015. En 2015 los hogares españoles, como los europeos, destinaron casi un cuarto de su gasto total a pagar su residencia y el mantenimiento de la misma, así como los cargos por agua, electricidad y otros combustibles, según los datos difundidos por la oficina estadística comunitaria. Y, por otro lado, puede pensarse que las familias formadas por progenitores jóvenes destinan un porcentaje mayor de sus ingresos a vivienda que la media reflejada en los datos de Eurostat, habida cuenta de que dicha media está elaborada a partir de todos los rangos de edades, lo que incluye personas de una edad en la es frecuente haber finalizado el pago de las hipotecas; ello, además, está refrendado por el hecho que los bancos, en sus análisis de riesgo para la concesión de hipotecas, contemplan situaciones en las que se destine al pago de la cuota hipotecaria un tercio de los ingresos familiares.

Es decir, la vivienda constituye un gasto rígido y el más importante para las familias, que se duplica en caso de separación o divorcio y que, por ello -desde la objetividad de los datos estadísticos coincidentes con la observación propia de la práctica forense- se erige en motivo subyacente, cuando no en el principal, en los procedimientos de modificación de medidas. Eso sí, la formulación de la pretensión de modificación puede tener múltiples formas, especialmente, la de custodia compartida.

Obviamente, la rigidez del legislador español respecto a la atribución del uso de la vivienda concretada en el artículo 96 del CCiv está en el origen de la problemática, sin que previsiones como la del legislador catalán (contenida en el artículo 233.30 CCCat, y que da preferencia pero no exclusividad al progenitor guardador en la atribución del uso de la vivienda) parezcan tener una gran incidencia en la realidad jurídica reflejada en las resoluciones judiciales. Otros derechos propios de territorios del Estado español inciden directamente en la cuestión a través de considerar, abstractamente, la custodia compartida la más conveniente para el menor¹⁴⁹ o, simplemente, no excepcional¹⁵⁰ con lo que ello comporta de apertura de posibilidad a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda.

La promulgación de las mencionadas normas de derecho propio, junto, y muy especialmente, a la doctrina fijada por el TS en relación a la custodia compartida, han hecho que proliferaran las demandas de modificación cuyo objetivo principal, aunque normalmente no enunciado, fuese acabar con la atribución del uso de la vivienda en su día acordado o transaccionado (o, como objetivo alternativo o secundario, mitigar su incidencia). Y, si relacionamos la importancia y progresión del gasto en vivienda para las economías domésticas, estamos ante un factor

¹⁴⁹ Artículo 80 CDF de Aragón, artículo 5 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, de 1 de abril, y artículo 9 de la Ley del País Vasco 7/2015 de 30 de junio. La ley vasca también incide, en su exposición de motivos, en el “derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor”.

¹⁵⁰ Artículo 233-10 y 11 del CCCat y artículo 3 de la Ley Foral navarra 3/2011 de 17 de marzo.

que, junto a otros, explica la ya expuesta especial conflictividad entre las partes en los procedimientos de modificación de medidas; porque si el objetivo de una de las partes es acabar con la atribución del uso de la vivienda familiar y la del otro mantenerlo, la eventual transacción posible se reduce a lo meramente protocolario.

Especial mención merece, a los efectos que nos ocupan, la norma vasca. La Ley 7/2015, de 30 de junio, en su artículo 12, regula extensamente la atribución de la vivienda familiar y “frente a ello, el artículo 96 CC ofrece una regulación escueta en exceso, sumamente rígida y aplicable únicamente a los supuestos de custodia monoparental” (Seisdedos, 2015, p. 148). El citado artículo 12 de la ley vasca remite expresamente al procedimiento de modificación de medidas en dos supuestos concretos: la mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario; y el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. El legislador vasco, permeable a la modificación de medidas, expresa específicamente (art. 13.4) que “las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas entre las partes, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

En definitiva, la custodia compartida, sea en los procedimientos principales o en los de modificación de medidas, debe abordar la atribución del uso de la vivienda familiar extramuros del automatismo contenido en el artículo 96 CCiv¹⁵¹. Y ello, en el caso de un procedimiento de modificación de medidas en el que se reclama la transformación de una custodia monoparental en compartida, supone reabrir entre las partes el debate, y casi siempre el enfrentamiento, sobre la atribución

¹⁵¹ En este sentido, De Verda (2015) señala: “La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de “corrección” del art. 92.8 CC, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano)” (p. 17).

del uso de la vivienda, máxime si concurren factores como la propiedad privativa del progenitor no custodio que pretende serlo a través de un procedimiento de modificación.

En todo caso, la mera reapertura -a través del procedimiento de modificación de medidas en el que se reclame y obtenga la custodia compartida frente a la monoparental- del debate sobre la atribución del uso de la vivienda familiar no supone necesariamente cambio de dicha atribución, sino que debe estarse al conjunto de las circunstancias. En este sentido, la SAP de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 23 de marzo de 2017 señala:

Y respecto de su madre, aunque es verdad que ésta comparte a partir de nuestra resolución la guarda y custodia de las menores con su ex marido, ha de ser también mantenida en el uso del citado chalet de (...) porque se trata del interés más necesitado de protección; a diferencia del Sr. Genaro, no posee la Sra. María Luisa otro inmueble en propiedad en el que poder residir y debería alquilar una vivienda.

Especialmente interesante es la distinción que hace el TS, en la STS de 19 de enero de 2017 -a efectos del cambio de atribución del uso de la vivienda y admisión del recurso de casación correspondiente, con la presencia de un tercero en la vivienda que fue familiar-, entre la atribución del uso en sí y la afectación que ello pueda tener a la economía doméstica, que se ve mejorada por esta presencia, y lo que es la atribución del uso de la vivienda.

Los estudios de los hijos, ya mayores de edad, se utilizan en ocasiones para intentar mantener la atribución del uso, cuando el progenitor no custodio insta la correspondiente modificación a efectos de extinción de la pensión alimenticia y atribución del uso de la vivienda familiar. En SAP Madrid-Sección 22ª de 21 de febrero de 2017, se refleja una situación de hecho recurrente en la práctica forense:

Alcanzada por Gerardo una edad en la que no es en absoluto rechazable la inserción en el mercado laboral, se ha producido una verdadera alteración de circunstancias contempladas al tiempo del dictado de la sentencia de divorcio, momento en que en efecto el descendiente carecía de autonomía (...). Gerardo o bien no mostró provecho, esfuerzo y dedicación en su formación, o bien de manera voluntaria la dio

tempranamente por concluida abandonando la instrucción antes de concluir la ESO, no siendo sino en mayo de 2.015, en coincidencia precisamente con el proceso modificadorio, cuando se retoman los estudios, de manera libre y sin condicionar por el padre, en aras a mejorar sus expectativas laborales, lo que no le reubica ahora artificialmente en el marco del derecho de familia. En nada podemos mostrar sensibilidad para con el hecho de que perdure la convivencia con la progenitora, toda vez que ésta no es sino una libre opción, desde luego legítima e irreprochable que ejercita Gerardo, pero que tampoco permite sin más hacerle extensiva la cobertura de sus alimentos en este proceso de divorcio, si bien en sede de modificación de medidas, con cargo a su padre.

Y todo ello sin obviar en ningún momento que no hay un automatismo en el CCiv que permita, en casos de custodia compartida, la atribución sin más del uso de la vivienda a uno u otro progenitor. En STS de 12 de mayo de 2017 se pone de manifiesto:

La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores. En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

Porque, como recoge la citada sentencia del TS, en supuestos de custodia compartida habrá que asumir que no existe un domicilio familiar como tal, sino dos:

Al acordar la custodia compartida [la sentencia], está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única.

Ante esta realidad de atribución del uso de la vivienda en supuestos de custodia compartida el TS se decanta¹⁵² por la limitación temporal del uso como

¹⁵² Así se determina, entre otras, en la STS de 9 de septiembre de 2015, la STS de 17 de noviembre de 2015 y la STS de 11 de febrero de 2016. En la STS 1892/2017 de 12 de mayo se alude a que

contrapunto; uso limitado en el tiempo que tiene como objetivo pretendido el de facilitar la transición a una nueva residencia a la vez que evitar la consolidación de situaciones generadoras de desequilibrio.

la sentencia recurrida (SAP Madrid-Sección 22^a de 31 de noviembre) desconoce la doctrina al respecto.

4.8. Custodia compartida

Ya en 2014, un estudio del CIS reflejó la percepción mayoritariamente favorable de la sociedad española a la custodia compartida, tanto en lo referido a su bondad y conveniencia objetivas como a la creencia de que el juez debería resolver en este sentido. Ello se refleja en los siguientes cuadros, reproducidos en este estudio:

Pregunta 23

¿Podría decirme, en caso de ruptura de la pareja, cuál de estas situaciones considera Ud. más beneficiosa para los/as hijos/as?

Que la madre tenga la custodia de los/as hijos/as y con el otro progenitor pasen parte de su tiempo libre	17,2
Que el padre tenga la custodia de los/as hijos/as y con el otro progenitor pasen parte de su tiempo libre	0,8
Que los dos progenitores compartan la custodia y pasen un tiempo parecido con los/as hijos/as	62,0
Que los/as hijos/as vivan en el domicilio familiar y los progenitores hagan estancias alternas en dicho domicilio	9,2
N.S.	8,7
N.C.	2,2
(N)	(2.464)

Pregunta 24

Y si los padres no se ponen de acuerdo sobre la custodia de sus hijos/as tras la ruptura, ¿qué cree que es más beneficioso para los/as hijos/as?

Que el/la juez/a resuelva a favor de que los dos progenitores compartan la custodia y pasen un tiempo parecido con los/as hijos/as	74,7
Que el/la juez/a otorgue la custodia al padre	0,4
Que el/la juez/a otorgue la custodia a la madre	10,8
N.S.	11,1
N.C.	3,0
(N)	(2.464)

La inferencia es simple y radical: existía una severa divergencia dicotómica entre la percepción de bondad y conveniencia de la custodia compartida y la realidad judicial, porque, de acuerdo con las estadísticas que recoge el INE (Nulidades, separaciones y divorcios. Valores absolutos y variaciones interanuales), en 2014 las custodias compartidas acordadas supusieron el 21,2% de las totales. Es decir, ese año el 74,7% de los españoles consideraban que en caso de ruptura el juez debía adoptar un modelo de custodia compartida, pero en realidad solo el 21,2% de custodias fueron compartidas.

El crecimiento del número relativo de custodias compartidas en los procedimientos de divorcio no cesa; así, en 2016, el porcentaje de custodias compartidas en procedimientos de divorcio alcanzó el 28,3%, lejos aún del porcentaje de custodias maternas (66,2%) mientras las paternas son residuales (5%), y en el 0,5% se otorgó a otras instituciones o familiares, según los previamente citados datos estadísticos del INE. Y ello pese al estado opinión según el cual la custodia compartida constituye el modelo principal actual en supuestos de separación y divorcio. En este sentido, y según Altava¹⁵³, en España existe una “importante demanda social que reivindica un cambio del esquema tradicional de custodia al configurarse la crianza compartida frente a la individual como norme preferente en los supuestos de ruptura de convivencia”, reflejo de este estado de opinión citado.

Pero aún en el caso de Aragón, con la norma más abiertamente favorable a la custodia compartida, “la atribución de custodias sigue siendo mayoritariamente para la madre, tanto en procedimientos en los se ha alcanzado un acuerdo, como en los que han terminado con pronunciamientos acordados por el Juez” señala el magistrado Molins (2013, p. 310), para argumentar que la huella de las casi tres décadas en las que la guarda y custodia era concedida a la mujer de forma abrumadoramente mayoritaria se sigue dejando notar. “Seguramente en los próximos años aumentará el número de custodias compartidas, no sólo por la legislación actual, sino porque van cambiando los papeles de padres y madres en relación con sus hijos”, concluye.

Y es que no hay que olvidar que, en términos históricos, la posibilidad, al menos teórica, de la guarda compartida es reciente y sólo a partir de la reforma de los artículos 90 y 92 del CCiv operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio, sobre Modificación de la regulación del Matrimonio y Determinación del Procedimiento

¹⁵³ Presidente de la comisión de Justicia del Senado y magistrado excedente. La afirmación está contenida en el prólogo de Beceril y Venegas (2017).

a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio se abre la puerta legal a la guarda compartida, ya que:

Aunque no se contemplaba de forma expresa la posibilidad de la guarda compartida, no se descartaba que los progenitores la pactaran en el convenio regulados, o que la autoridad judicial la concediera a petición de alguno de los progenitores, o incluso la otorgara de oficio si de este modo se protegía en mayor medida el interés superior del menor (Gete-Alonso y Solé, 2015, p. 95).

No obstante, recuerda la profesora Solé, aún con la posibilidad del establecimiento de una guarda compartida, esta fue una opción minoritaria, “y los tribunales otorgaban las custodias de los hijos menores sistemática y mayoritariamente de forma individual a las madres”¹⁵⁴.

En todo caso, el legislador de 1981 pretendió dar respuesta a una realidad muy distinta a la actual; así, la abogada Hernández-Claverie (2017), desde una perspectiva economicista, señala que “en esa época en España seguían manteniéndose dos roles muy diferenciados; en la familia: la madre era el progenitor que asumía la educación y cuidado de los hijos menores, y el padre era el proveedor de alimentos a la familia con un trabajo a veces extenuante” que en ocasiones le impedía materialmente la relación los hijos (p. 144). Este panorama de roles diferenciados parece compatible con lo que Bauman (2011) describe como papel parental “en la anterior sociedad *moderna sólida* de productores y soldados”, en la que los progenitores inculcaban a sus descendientes “la autodisciplina necesaria para soportar durante toda la vida la monótona rutina de un trabajo industrial o un cuartel militar, al tiempo que ofrecía

¹⁵⁴ Solé pone de manifiesto que, hasta la Ley de Divorcio de 1981 de 7 de julio (Ley de matrimonio civil de 1870; Ley de Divorcio de 1931; Ley de 24 de abril de 1958, de modificación del Código Civil y Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria potestad y régimen Económico del Matrimonio), la norma estatal objetivaba la atribución de la guarda de los menores en caso de ruptura matrimonial. Haciendo una reflexión en clave *baumiana*, podría afirmarse que, en caso de ruptura matrimonial o de pareja, había certeza en la atribución de la guarda de los hijos y que sólo a partir de 1981, aunque de forma muy tímida y que irá expandiéndose, la incerteza se adueña de la cuestión, sumando un elemento líquido de primer orden a las crisis de relación entre progenitores (Gete-Alonso y Solé, 2015, pp. 93-94).

a los hijos un modelo personal de dicha conducta regulada de forma normativa” (pp. 47-48).

En cualquier caso, los expertos vinculan la custodia compartida con la salida de la mujer de la esfera privada del hogar a la esfera pública del mercado laboral (Lozano y Venegas, 2017, p. 42); fenómeno de recorrido social que puede producirse también puntualmente tras las primeras medidas de divorcio y convertir esa salida de la esfera privada del hogar a través de la integración en el mercado laboral en el auténtico motor de una modificación de medidas, como cambio sustancial respecto del modelo relacional de los progenitores en el momento de la ruptura.

La catedrática Solé (2015) es, en cualquier modo, crítica respecto del despliegue actual real de la guarda compartida. Si bien apunta que las sucesivas reformas legales han ido adaptándose a la evolución de la familia, señala que “todavía hoy parece que queda camino por recorrer para conseguir que la fórmula legal de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores resulte coherente con los principios generales en materia de derecho de familia y respete de forma absoluta los derechos de todas las personas implicadas en aquella situación” (p. 93).

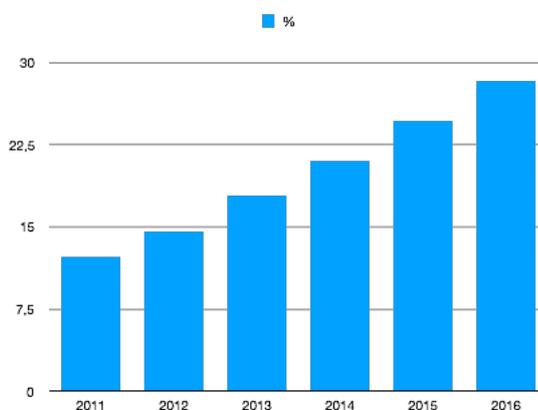
En un sentido confluyente con el de Solé, el abogado Hernández Espino (2017), considera que ha llegado ya la hora de que el legislador español regule la guarda compartida y no basta que “el Tribunal Supremo, con gran esfuerzo interpretativo, venga progresivamente desterrando ese carácter de excepcionalidad que el artículo 92.8 CCiv previene de la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores” sino que se precisa una regulación estatal que adapte la norma “a los criterios y directrices suministrados por la ya amplia jurisprudencia e igualmente tomando en su caso como complemento, la legislación autonómica favorecedora de dicha institución” (p. 127).

Solé (2016) aboga por prescindir definitivamente de estereotipos del pasado, dejar de reproducir el modelo familiar teóricamente superado por discriminatorio contra la mujer y apostar decididamente por la corresponsabilidad. Ello le lleva a afirmar que “parece que la guarda compartida ha venido para quedarse” (p. 294).

Sea como fuere, la realidad es que el porcentaje de custodias compartidas en caso de ruptura de pareja sigue siendo minoritario pero creciente, según queda reflejado en las estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios que recoge el INE a partir de estadísticas judiciales, como es de ver en este cuadro de elaboración propia:

Año	Custodia compartida	Custodia materna
2011	12,3%	81,7%
2012	14,6%	79,6%
2013	17,9%	76,2%
2014	21,0%	73,1%
2015	24,7%	69,9%
2016	28,3%	66,2%

La evolución al alza de la custodia compartida se refleja en el siguiente gráfico:



De los datos recogidos en la tabla anterior se infiere que la custodia compartida es una realidad minoritaria pese a su crecimiento porcentual, que la custodia materna es el modelo hegemónico pese a su progresivo descenso y que, como consecuencia de todo ello, existe un importante nicho de realidades familiares (*grosso modo*, 2 de cada 3) de custodia monoparental susceptibles de ser objeto de procedimientos de modificación de medidas en los que se pida la custodia compartida.

Hay que tener en cuenta que las anteriores cifras reflejan la realidad en el conjunto del Estado, y no estamos ante una realidad ni mucho menos homogénea, ya que en algunos territorios (Cataluña y Aragón) la norma y la realidad se retroalimentan a la hora de establecer unos índices de guarda compartida muy superiores a la media estatal. El profesor Ribot (2016) subraya que, en 2014, mientras que el porcentaje de custodias compartidas en el conjunto del Estado era del 21,2%, en Cataluña era del 35%, lo que supone que en los territorios donde se aplicaba el CCiv el porcentaje apenas superaba el 15%. De su análisis del hecho destaca que cuando Cataluña y Aragón aprobaron sus normas propias al respecto en 2011, los índices de custodia compartida ya eran más elevados, pero dicha aprobación contribuyó a su incremento; en cualquier caso, en Cataluña, la custodia monoparental materna suponía un 57,5% de las totales (p. 245). Por ello, el aludido nicho de custodias monoparentales susceptibles de ser objeto de modificación de medidas se concentra en los territorios donde rige el CCiv.

En todo caso, un total de cinco normas de ámbito no estatal regulan el modelo de custodia y constituyen derecho sustantivo a la hora de abordar una modificación de medidas, no sólo en lo referido a la custodia compartida pero sí de manera importante. Por orden cronológico de aprobación son:

- a) Aragón: Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- b) Cataluña: Ley 25/200 de 26 de julio, del libro segundo del CCat, relativo a la persona y la familia.
- c) Navarra: Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- d) Valencia: Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- e) País Vasco: Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

De estas normas anteriormente citadas, la de Aragón establece como preferente la custodia compartida, como han señalado diversas sentencias del TSJ de

Aragón¹⁵⁵, mientras que las restantes normas autonómicas convergen con el legislador estatal, en un modo u otro, a la hora de posibilitar, sin más, la custodia compartida y, en consecuencia, constituir *per se* variación sustancial de las circunstancias, en este caso, legislativas. Por ello, en Aragón la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de 26 de mayo supuso en 2011 un incremento del 48,68% en los procedimientos de modificación de medidas, incremento mantenido en 2012 (Molins y Ferrer, 2013, p. 297).

Para abordar todo lo referido a la custodia compartida no hay que dejar de lado su naturaleza y posibilidad y voluntad real de ejercicio por parte de quienes, como progenitores, la van a ejercer. En este sentido es diáfana la SAP Barcelona-Sección 12^a de 20 de abril de 2016: “Ejercer una custodia compartida no equivale a repartirse por igual el tiempo de estancia de los hijos con uno u otro progenitor. Como ya ha indicado en diversas ocasiones esta Sala la dedicación a los hijos no es lo mismo que repartir el tiempo de éstos”. La misma resolución alude a que “en ocasiones se ha calificado como individual un sistema de guarda que implicaba un régimen parejo en las atenciones, dedicaciones y ejercicio de responsabilidades hacia los menores”.

Esta sentencia refleja -al clarificar entendemos que con éxito qué es o debe ser la custodia compartida a la vez que poner de manifiesto un cierto maniqueísmo en el etiquetaje del modelo de custodia- una de las cuestiones que en nada contribuyen a la buena implementación del sistema de guarda que el TS considera preferente. Y ello en una doble y contrapuesta dimensión: la de las situaciones de estancias de los menores cuantitativamente parejas pero en las que uno de los progenitores asume la responsabilidad del cuidado¹⁵⁶ y, en

¹⁵⁵ Así, la STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2011: “Debe dejarse constancia de que la Ley 2/2010, que está presidida por el principio básico del interés superior de los menores, (Art. 2-2 o), prevé como sistema preferente la guarda y custodia compartida de los hijos, para favorecer su mejor interés, con el fin de mantener los lazos de afectividad y la relación continuada con ambos padres, pero ello, siempre y cuando, fuere ese el régimen más conveniente para el menor.”

¹⁵⁶ Es frecuente observar en la práctica forense que, aún en casos de custodia compartida, uno de los progenitores asume en solitario responsabilidades y obligaciones que bien forman parte del contenido de la patria potestad (atención médico-sanitaria de los menores, educación...) o que, por su carácter y naturaleza más accesoria, deberían ser compartidas, como la compra de ropa o la organización y control de las relaciones sociales de los menores.

contraposición, los supuestos en los que un progenitor tiene atribuida la custodia, los tiempos de estancia no están excesivamente disociados¹⁵⁷, y ambos dos progenitores se implican en el cuidado global de los menores.

La petición de modificación de medidas con la custodia compartida como eje principal es, pues y a la luz de los anteriores datos, protagonizada básicamente por hombres¹⁵⁸. Los objetivos reales de dichas acciones podemos dividirlos entre:

- a) Los que tienen como motor, al menos principal, el supremo interés del menor o los menores y que, a la luz de la norma, de la doctrina del TS o de una nueva realidad fáctica, pretenden articular la relación paterno-filial en forma de custodia compartida.
- b) Los que buscan cambiar el *statu quo* a través de la custodia compartida con objetivos torticeros vinculados, primordialmente, al uso de la vivienda familiar o de la pensión de alimentos¹⁵⁹.

Porque no hay que olvidar, como observa Solé (2015), que la custodia compartida se encuentra “directa y necesariamente relacionada con otras medidas, especialmente con las relativas a la determinación de la procedencia y la forma y fijación de la cuantía con la que los progenitores cumplirán su obligación de

¹⁵⁷ Y ello porque cada vez son más frecuentes las custodias monoparentales en las que en cómputo anual, la estancia de los menores con el progenitor no custodio raya, cuando no supera, el 40%, resultante de computar las vacaciones escolares por la mitad, los fines de semana alternos y los episodios intersemanales, en muchas ocasiones con pernocta.

¹⁵⁸ Dado que, desgraciadamente, no hay datos al respecto, la aseveración constituye una inferencia producto de las condiciones objetivas que se pretenden modificar con la acción (lo que podríamos denominar *parque* mayoritario de custodias monoparentales maternas) junto a la observación consecuencia de la práctica forense.

¹⁵⁹ Como ejemplo cuasi paradigmático de ello es lo expresado en la SAP Badajoz-Sección 2ª de 6 de abril de 2017: “No existe, pues, ni se aprecia, ni se acredita que haya sobrevenido una alteración sustancial de circunstancias que aconsejaran la modificación de aquella medida, sino, precisamente, todo lo contrario, (...); así como que, el interés del hoy recurrente por obtener la custodia compartida arranca de las exigencia de su exesposa para que, por vía de ejecución de sentencia, cumpla con sus obligaciones patrimoniales para con los hijos, concretamente en noviembre de 2012. No consta que nunca antes, el Sr. Remigio hubiera mostrado el más mínimo interés por la guarda y custodia compartida, que ha descubierto a raíz de esa exigencia de cumplimiento de sus obligaciones económicas para con sus hijos.”

alimentos respecto de los hijos, y con la atribución o distribución del uso del a vivienda familiar” (p.129).

Ciertamente, la norma procesal dificulta el triaje respecto de los motivos reales de la acción de modificación de medidas, al imponer como filtro la modificación sustancial de circunstancias, concepto ambivalente por abierto y que puede invocarse, o negarse, en cualquiera de las dos tipologías descritas.

Asimismo también puede observarse que los dos motivos establecidos se manifiestan cuando se dirimen las primeras medidas, pero es al instarse un procedimiento de modificación de medidas al amparo de los cambios en la doctrina o la norma respecto de la custodia compartida cuando la búsqueda del bienestar del menor o menores y/o los objetivos de raíz económica se manifiestan y despliegan en plenitud, advirtiéndose no solo que es inusual que uno u otro motivo se puedan visualizar en estado puro sino que la confusión entre estos motivos se produce en la práctica totalidad de casos, debiéndose llegar al discernimiento a través del procedimiento y especialmente de la prueba que se practique.

En cualquier procedimiento contencioso de modificación de medidas, una de las partes cuestiona el *statu quo* y la otra, con matices o sin ellos, se aferra a él. Cuando se dirime el cambio de custodia y su conversión en compartida suelen entrar en juego, como elementos colaterales, cuestiones de interés económico que, como se ha dicho, se centran primordialmente en la pensión de alimentos y en la atribución de uso de la vivienda¹⁶⁰.

Han sido contundentes los pronunciamientos del TS hacia las audiencias provinciales y juzgados en general a la hora de revocar sentencias que,

¹⁶⁰ Respecto a la pensión de alimentos, los operadores jurídicos deben recordar una y otra vez a quienes pretenden modificar las medidas y establecer una custodia compartida que, *per se*, ese modelo de custodia no elimina la pensión de alimentos ni, mucho menos, las obligaciones económicas. Como recuerda Solé (2015), “en todo caso, la contribución que cada progenitor debe efectuar en cumplimiento de su obligación de alimentos respecto a sus hijos, en principio, no aumenta o disminuye en función del régimen de custodia”.

En lo referido a la vivienda y su atribución o distribución de uso tampoco implica *per se* cambios, aunque si suele suponer la temporalidad como paréntesis hacia la libre disposición por parte de su propietario o propietario indiviso en la parte que le corresponda.

amparándose en el *statu quo* en forma de custodia monoparental que funciona y que, por ejemplo, contempla un amplio régimen de visitas para el progenitor no custodio, descartaron la guarda compartida invocando el *statu quo* como motivo principal o incluso único. Podríamos resumir la postura del TS al respecto señalando que, una vez establecida la doctrina según la cual la custodia compartida es, al menos en abstracto, la fórmula idónea de la relación entre los menores y sus progenitores (“la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida”), no constituye justificación para el mantenimiento de una guarda monoparental el hecho que ésta se haya desarrollado en aparente satisfacción. Y ello pese a que la STS de 30 de diciembre de 2015 afirma:

La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

Con lo que son numéricamente escasos y conceptualmente excepcionales los supuestos en los el TS entra en el fondo de la cuestión.

El cambio de criterio del TS pro custodia compartida, tantas veces alegado en procedimientos de modificación de medidas como eje del cambio de circunstancias que abra la puerta a la pretendida modificación, debe ser en todo caso posterior a la fijación de las medidas que se pretenden modificar ya que, si en aquel momento ya existía la posibilidad legal y jurisprudencial que ahora se esgrime, esta invocación no tiene sentido, como se ha expresado en reiteradas

sentencias. Por ello podemos afirmar que la invocación de este cambio de criterio constituye *per se* un argumento efímero¹⁶¹.

Desde la abogacía de familia sí se tiene asumido que la Sala 1ª del TS “legisla” en materia de familia y especialmente en el ámbito de la custodia compartida ante la dejadez del legislador, mientras que por parte de los magistrados del TS hay la sensación, algunas veces reflejada en sentencias, de que algunos juzgados no siguen su doctrina¹⁶².

En cualquier caso, cuando en sus resoluciones el TS sí entra en el fondo la cuestión lo hace partiendo de premisas como negar la “entronización” de las rutinas, cuestionar los informes psicosociales o significar que el buen funcionamiento de la medida acordada de custodia monoparental conduzca necesariamente a su perpetuación, además de explicitar la bondad de la custodia compartida¹⁶³. Todo ello se enuncia en la STS de 28 de febrero de 2017:

- a) Informe psicosocial. “Los hechos que la sentencia valora no solo ponen en evidencia la procedencia de este sistema de guarda y custodia de los

¹⁶¹ Argumento efímero al que podría suceder, con igual naturaleza temporal, un cambio normativo.

¹⁶² En la presentación de la ponencia “Últimas resoluciones del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Familia”, a cargo de los magistrados Seijas Quintana, Baena Ruiz y Parra Lucán, de las XXV Jornadas centrales de la AEAFA (Madrid, 23 y 24 de febrero de 2018), la presidente de la asociación, Lozano, utilizó la palabra “legislar” para definir lo que está haciendo la Sala respecto del derecho de familia. El magistrado Seijas lamentó en este foro la lentitud expansiva de la doctrina en los órganos judiciales a la vez que expresó sus dudas sobre la bondad a medio y largo plazo de la custodia compartida.

¹⁶³ Como en muchas otras, en STS de 30 de diciembre de 2015 se reitera como doctrina la siguiente: “La interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 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 ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

menores, sino que llega incluso a reconocerlo («todas las circunstancias expuestas son favorables para el establecimiento de una guarda y custodia compartida», señala), para luego negarlo, tomando como referencia un informe pericial que no hace sino "entronizar" la rutina como causa de denegación de la custodia compartida, en palabras de la sentencia de 11 de febrero de 2016. 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 de 18 de noviembre de 2011; 9 de septiembre 2015), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor”.

- b) Medidas anteriores. “El hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus padres, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual (sentencias de 29 de noviembre de 2013 y de 18 de noviembre de 2014)”.
- c) La bondad de la custodia compartida. “Lo que se pretende con esta medida [custodia compartida] es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos» (sentencias de 29 de noviembre de 2013; de 12 de diciembre de 2013, de 18 de noviembre de 2015 y de 26 de junio de 2015).

- d) Readaptación de los menores. “El esfuerzo en la readaptación de los menores que resultan del régimen impuesto en el auto de medidas no solo no es especialmente significativo, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable, más allá de lo que la sentencia considera «presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos», a través de un sistema ordinario de régimen de visitas”.

Anteriormente, y ya en la misma línea, en STS de 28 de enero de 2016 se señaló:

La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, con nueve años de edad, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, tratando de conciliar "el interés de menor con el indudable y siempre beneficioso derecho del mismo a relacionarse con su padre", impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable (...) La estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.

Y ello no es óbice para aplicar este planteamiento de forma lineal ya que puede considerar en ocasiones que:

Tras valorar las pruebas practicadas, considera que objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre,

que no tiene nueva familia, pierda su custodia (STS de 17 de marzo de 2016).

Especialmente relevante¹⁶⁴ entendemos este razonamiento del TS, en el que atribuye a la custodia una condición simbólica capaz de tener efectos emocionales pese a que en el plano práctico sean escasos o insignificantes; en todo caso supone un ejemplo de modulación del interés del menor a partir de un amplio conjunto de factores.

En todo caso, las precitadas sentencias del TS abordan cuestiones muy ligadas y propias de la sociedad líquida. En la STS de 17 de marzo de 2016 y el escenario fáctico que refleja (el padre tiene nueva pareja e hijo, el menor presenta angustia que “tiene origen en no querer dejar mal a ninguno de los progenitores”), la sala introduce, como se ha subrayado, de forma tangencial, el concepto de soledad de la madre al no tener pareja frente al padre que tiene pareja y además un nuevo hijo. Para Bauman (2015), como explicita en el libro que recoge sus conversaciones con el periodista italiano Ezio Mauro, hoy en día no estamos solos, como antaño, únicamente a la hora de morir, sino también cuando nos esforzamos en continuar viviendo, inmersos en un proceso en ocasiones doloroso de debilitamiento y disgregación de vínculos firmes e incuestionables, lo que ha transformado la identidad (pp. 47-96).

Y, sin duda, una de las manifestaciones de esa sociedad líquida la constituye la precariedad y fluctuación relacionada con el empleo (de forma paralela o auxiliar a lo que sería la situación de precariado). Esa imposibilidad oscilante de hallar empleo o, en contraposición, la opción de *sobreempleo*¹⁶⁵, si ello es puntualmente

¹⁶⁴ La consideración de relevante no supone compartir que pueda pesar en la decisión sobre el modelo de custodia que uno de los progenitores “no tenga nueva familia” y el otro sí y las derivadas emocionales que ello pueda comportar. En todo caso, el TS lo enfoca y justifica desde la perspectiva del conflicto de lealtades que ello desata en el menor.

¹⁶⁵ Con ello nos queremos referir a lo que sería la versión contemporánea y adaptada al mundo líquido del pluriempleo. Mientras el pluriempleo estaba más relacionado con una opción personal de incrementar los escuálidos ingresos procedentes de un solo puesto de trabajo, el *sobreempleo* es la opción por aprovechar una oportunidad puntual, aunque pueda cronificarse, de optar a una nueva ocupación, no directamente ni necesariamente relacionada con el incremento de ingresos sino con el aseguramiento del empleo mediante la diversificación de sus fuentes.

posible, incide en lo referido a pensión de alimentos y modelo de custodia en los procedimientos de modificación de medidas, en este caso, como consecuencia del mayor tiempo disponible para el cuidado de los hijos menores, supuesto que también se da en casos de jubilación de los progenitores¹⁶⁶ o, simplemente, si se opta por una reducción o adecuación de jornada laboral acogiendo a la normativa que propugna la conciliación familiar¹⁶⁷.

Cómo afecta en las resoluciones judiciales el cambio cuantitativo en la dedicación laboral en casos en los que se solicita, basándose en esta variación, la custodia compartida depende primordialmente de si esa dedicación laboral tuvo influencia en la determinación del modelo de custodia establecido en su momento, algo que es complejo objetivar probatoriamente si las medidas que se pretenden modificar fueron consensuadas y plasmadas en un convenio¹⁶⁸. De hecho, la respuesta de los tribunales a esa reducción horaria de ocupación laboral o profesional en relación al cambio de modelo de custodia es dispar, al menos, en la apariencia meramente superficial. Esta aparente disparidad consecuencia de la concreta casuística la encontramos en sentencias de audiencias provinciales. Señalamos algunas a modo de ejemplo:

SAP Barcelona-Sección 18ª de 13 de septiembre de 2016, en la que se acuerda custodia compartida:

El padre, médico de profesión, al tiempo del convenio trabajaba, como abajo concretaremos, en dos empleos, en uno de ellos haciendo guardias nocturnas, con lo cual no podía asumir el cuidado de los menores en tan

¹⁶⁶ En este supuesto es preciso poner de manifiesto que mientras la edad oficial de jubilación se expande más allá de los 65 años que durante décadas fue el límite convencional de la edad laboral, los casos de jubilación anticipada (fenómeno obviamente propio de tiempos líquidos) aparta de la actividad laboral a personas, en muchos casos, en torno 50 años. Ello, unido a otra manifestación de la sociedad líquida como es la cada vez mayor edad de procreación (relacionada asimismo con el fenómeno de las familias reconstituidas), hace que progenitores en situación de jubilación tengan a su cuidado menores, en ocasiones, de corta edad.

¹⁶⁷ La práctica forense nos ofrece múltiples casos en los que el progenitor, en un momento dado, deja de priorizar su carrera profesional o actividad laboral y se acoge a supuestos que permiten conciliar su vida familiar para, o en consecuencia de, solicitar la custodia compartida.

¹⁶⁸ Por ello es tan importante que en los convenios se refleje toda la información fruto de la cual se consensuan las medidas que se adoptan. Y es algo que sólo en puntuales ocasiones se hace.

temprana edad. En la actualidad ya no trabaja de noche y tiene mayor disponibilidad de tiempo para atender a los hijos.

SAP Córdoba-Sección 1ª de 27 de febrero de 2017, donde las clases particulares que impartía el padre, además de su trabajo docente, habían sido impedimento en su momento para acordar la custodia compartida:

Ahora no es posible dudar de su disponibilidad horaria. Pero es más, aunque volviera a dar clases particulares, ello no impediría el normal desempeño de sus funciones, pues consta que el padre convive con otra persona que le ayuda en la realización de sus obligaciones, de manera que en su ausencia la menor ni se ha quedado sola ni se quedará.

SAP Málaga-Sección 6ª de 29 de junio de 2016; en este caso, el argumento denegatorio de la custodia compartida aborda la diferencia entre la modificación de condiciones de trabajo y la modificación de circunstancias que, en el ámbito del derecho de familia, abre la puerta a la modificación de medidas:

Y en cuanto al cambio en el horario laboral del actor, acreditado con el documento dos de la demanda, además de no estimarse más beneficioso para el menor por su horario de entrada en el trabajo a las 7,00 horas (y aun cuando no se haya acreditado la reducción de jornada alegada por la madre), debemos tener en cuenta que un cambio de horario o del régimen de trabajo a turnos, aunque pueda constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo a efectos de lo previsto en el art. 41 ET no tiene por qué tener dicha consideración en un proceso de familia en el que se debate sobre el mejor régimen de custodia para el menor, cuyo interés ha de primar, más allá de las preferencias de los progenitores, y aun estando acreditado el cambio de horario, lo que ha determinado una ampliación en el régimen de visitas, ello no implica necesariamente que dicha modificación sustancial de condiciones de trabajo haya de traducirse necesariamente en una modificación de las medidas definitivas adoptadas respecto de los hijos, sin que quepa equiparar la sustancialidad del art 41 ET con la sustancialidad del art. 775 LEC.

En cualquier caso, la STS de 21 de junio de 2017 avala una anterior sentencia de la AP de Asturias que rechazó, en procedimiento de modificación de medidas, la custodia compartida pretendida por el padre con el argumento de que, al estar en el paro, tenía tiempo para el cuidado de los hijos. El TS fundamenta que “la estabilidad laboral y las condiciones en que desarrolla su trabajo es algo que no puede tomarse en consideración en estos momentos puesto que desde que se

inició el procedimiento, hasta la fecha, han sido varios los puestos de trabajo”, argumento que pone de manifiesto que las condiciones de trabajo propias de la sociedad líquida se solapan con los ritmos de las resoluciones judiciales hasta llevar al TS a normalizar en la anterior resolución la ocupación episódica de los progenitores al reflejar que la intermitencias ocupacionales no pueden ser tomadas en consideración en sede de modificación de medidas.

4.9. Familias y constelaciones familiares recompuestas

Obviamente, la reconstitución de familias no es, *per se*, causa de modificación de medidas, pero lo cierto es que supone un factor coadyuvante que se despliega tanto a efectos relacionales (al afectar a la custodia y aparecer lo que formalmente son los “allegados”, además de posibilitar la aparición de hermanos de vínculo sencillo) como económicos (por la posible incidencia en las pensiones, tanto de alimentos como compensatorias). Por ello, los diversos y concretos supuestos se analizan en otros apartados.

Hay que poner de manifiesto que las familias reconstituidas son la expresión diáfana de la sociedad líquida, en la que los padrones familiares son más complejos y diversos y, en consecuencia, los parámetros entorno a la noción de familia más ambiguos (Bauman, 2001).

En sentido amplio, debemos entender por familia reconstituida, o grupo familiar recompuesto, el formado por aquellas parejas -integradas por personas del mismo o de diferente sexo, casadas o convivientes- con la que convive al menos un hijo del que sólo un miembro de la pareja es progenitor. También es necesario apuntar que, si bien la realidad del grupo familiar reconstituido es relativamente nueva en nuestro entorno como consecuencia de las rupturas anteriores (separaciones y divorcios) y, por lo tanto, con la presencia *viva* del “otro progenitor”¹⁶⁹, en nuestra reciente realidad sociológica era frecuente la familia reconstituida con la viudedad como causa¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Denominación que emplea el artículo 231.1.2 CCCat, que entiende por familia reconstituida aquella que se compone de los progenitores, los hijos de cada uno de ellos no comunes y los hijos comunes de la actual unión. En la exposición de motivos del Llibre Segon (2010), se apunta que el aumento de divorcios se ha traducido en un aumento significativo del número de familias reconstituidas. Y ello -junto a la mayor tolerancia social, la escasa regulación sobre esta realidad y la transición demográfica- lleva al legislador catalán a regular normativamente en este ámbito, en consonancia a la línea iniciada por otros ordenamientos europeos.

¹⁷⁰ Especialmente en el caso del viudo con hijos, que rápidamente “buscaba una madre” para sus retoños. También es de reseñar la casuística generada por la guerra que siguió a la sublevación de julio de 1936. Las familias reconstituidas son consecuencia, en términos históricos y además de los tiempos líquidos, de épocas de alta mortalidad.

La realidad contemporánea del fenómeno llevó a la socióloga francesa Théry (2002) a proponer el concepto “constelaciones familiares recompuestas”, con el objetivo de describir y conceptualizar las unidades familiares conectadas por la circulación de menores y la red de vínculos que ello genera, una consecuencia que surfea, en términos de sociedad líquida, creando débiles anclajes supeditados a la vigencia de las relaciones de las que penden. Vínculos cuya ruptura permite, ex artículo 160 CCiv, solicitar al juez el mantenimiento de la relación, que entendemos configurado como un derecho de ese allegado, antítesis del derecho-obligación del progenitor¹⁷¹. En todo caso, desde una visión amplia y abierta en perspectiva sociojurídica, pueden entenderse algunas de estas acciones para oficializar la relación entre allegados y menores como una suerte de modificación de medidas, en el sentido que tras una etapa de relaciones en el marco de una constelación familiar a la que siguió el vacío relacional por falta de regulación al respecto, las antiguas anclas relacionales se recomponen en parte y, a su vez, pueden entrar a formar parte de nuevas constelaciones familiares, generándose entonces un escenario que se erige en indicar paradigmático de la sociedad líquida.

En el trabajo dirigido por Théry y Leroyer (2015), publicado por el Ministerio de la Familia francés, se recuerda que fueron las ciencias sociales las que, a principios de la década de 1990, dieron nombre en Francia al hecho de las familias reconstituidas, cuando la realidad era anterior, y que el auge del divorcio se tradujo en una doble redefinición, que alcanzó al papel de las nuevas parejas de los progenitores y obligó también a redefinir las nuevas fronteras del hogar. “Nos hemos dado cuenta de la existencia de una constelación familiar en la que circulan no sólo los niños, sino la pensión alimenticia, los bienes, los servicios, los sentimientos, los recuerdos y las interdependencias, aunque cada uno tiene su casa autonomía y garantiza la protección¹⁷²” (p. 277).

¹⁷¹ La escueta regulación del legislador español al respecto se diferencia de la catalana, con ánimos de exhaustividad, y contenida primordialmente en los artículos 236-4 y 236-5 del CCCat.

¹⁷² Traducción propia. Original en francés: “On a alors pris conscience de l’existence d’une constellation familiale au sein de laquelle circulent non seulement les enfants, mais des pensions

En Francia hay un interés especial en el estudio de un fenómeno que se considera, por lo general, manifestación enriquecedora de la sociedad, a la vez que un importante reto, como se constata en esta valoración del filósofo Derrida (2009): “La adaptación a nuevas estructuras parentales está en curso, y proseguirá. Irreversiblemente, creo, aunque aquí y allá puedan preverse reacciones, frenos, desigualdades de ritmo. Numerosas mutaciones se hallan en curso”.

En términos baumianos, es complejo surfear por encima, o desde el interior de estas realidades, a las que incluso es difícil denominar tanto en su conjunto como respecto de sus protagonistas¹⁷³. Desde el campo de la antropología se considera que pesa aún, como anclaje más resistente, el vínculo sanguíneo en un escenario que refleja el conflicto entre las representaciones dominantes de los actores en torno al parentesco, impregnadas todavía por la “fuerza de la sangre”. Así, las profesoras de Universidad Complutense de Madrid Moncó y Rivas (2007), concluyen que hay conflicto y dificultad a la hora de “nombrar” y asignar roles y que “la terminología de parentesco es uno de los aspectos en donde se visibilizan las disonancias, contradicciones y vacíos que genera la tensión entre lo biológico y lo social en la construcción del parentesco, como resultado de los plurales modos de “vivir en familia” que practican los sujetos”.

Como señala al respecto la jurista argentina Basset (2015), al hilo a la regulación en ese país de la figura del progenitor afín, existe dificultad en la articulación del rol cuasiparental del conviviente o cónyuge del padre con el niño y la responsabilidad parental de él o los padre biológicos o adoptivos. El elenco de figuras que “gravitan sobre la responsabilidad parental respecto del niño obliga a considerar los modos de interacción y convergencia”, con preocupación por lo que pueda suponer de desdibujo de la figura del progenitor no conviviente y con el lastre histórico de resistencia “largamente documentada a reconocer el parentesco respecto de aquellas personas que no tienen un vínculo biológico con

alimentaires, des biens, des services, des sentiments, des souvenirs et des interdépendances, même si chaque foyer a son autonomie et veille à la protéger”.

¹⁷³ De hecho, en los juzgados se siguen usando términos de correcto castellano pero en desuso o que tienen un uso social peyorativo, como “padraastro” o “madrasta”.

el niño”. Basset advierte del corrimiento de la familia nuclear como punto de partida del derecho a la multiplicidad de formas de plasmación de la familia y reclama pragmatismo legislativo porque “esa inestabilidad y la sucesión de recomposiciones familiares requiere dar una respuesta a los nuevos roles cuasiparentales de los integrantes de las nuevas familias nucleares recompuestas o a proyectos que involucran a varias personas en la crianza o educación de los niños”.

Cuantitativamente, estamos ante un fenómeno que alcanzaba en 2011 al 7,4% de las parejas heterosexuales con al menos un hijo menor de 18 años (Ajenjo y García, 2016). Estos demógrafos de la UAB también destacan que el reparto por el territorio español de estas familias es muy desigual, con altas concentraciones en Catalunya, las Illes Balears, Canarias y el País Valencià; constatan (por comparación con el censo de 2001) que se trata de un fenómeno creciente y apuntan que la diversidad en las parejas reconstituidas comporta que no sea posible hablar de ellas como un grupo homogéneo.

El legislador español se ha limitado a introducir menciones ligeras y colaterales¹⁷⁴ a un fenómeno que no solo existe, sino que está asumido socialmente, como lo está que, objetivamente, constituye un motivo de complejidad relacional¹⁷⁵. Aragón y Catalunya sí han contemplado normativamente el fenómeno.

En el caso de Aragón, el artículo 85 del CDFa establece la posibilidad de compartir la potestad parental si se cumplen determinadas condiciones: debe

¹⁷⁴ Por ejemplo, en los artículos 101, 160 y 1.362 del CCiv.

¹⁷⁵ El fenómeno ha sido muy estudiado desde el campo de la psicología, como lo hace un trabajo publicado en la revista *Infancia y Aprendizaje* por un grupo de investigadores de las universidades del País Vasco y de Sevilla: “Las familias reconstituidas afrontan dos circunstancias interactivas que les confieren una peculiaridad específica: una reorganización sistémica compleja, más allá de la que se pueda producir en las adoptivas o monoparentales, y el inicio y consolidación de relaciones entre personas con vínculos familiares legales pero no biológicos, entre madrastras, padrastros, hijastros, hijastras y hermanastros (...) El análisis del perfil de las familias reconstituidas indica que se situaron en la última posición en las dos primeras dimensiones del historial de desarrollo (evaluación global de la situación familiar e impacto del menor); además, estas familias experimentaron más acontecimientos vitales estresantes” (Arranz et al., 2010, pp. 53-513).

tratarse del cónyuge del progenitor, no siendo suficiente ser pareja o conviviente; el progenitor debe ser el único titular de la potestad (lo que presupone que el otro progenitor o bien ha fallecido o bien ha sido privado de su titularidad previamente); supone compartir el ejercicio, no la titularidad, y debe existir convivencia efectiva entre el menor, el progenitor y su nuevo cónyuge.

Por lo que respecta a Catalunya, el artículo 236-14 del CCCat prevé las facultades de la pareja del progenitor sobre los hijos menores de éste, con requisitos distintos a los estipulados por el legislador aragonés y diseñados para familias reconstituidas en las que uno o ambos miembros de la pareja aportan hijos menores tras su divorcio con los que el otro miembro convive en los periodos en los que su progenitor tiene atribuida su guarda. Así, el citado artículo 236-14 CCCat prevé que puede tratarse del cónyuge del progenitor, pero también de la pareja o conviviente; no presupone que el otro progenitor haya fallecido o haya sido privado de la patria potestad previamente; antes al contrario, el otro progenitor continúa en el ejercicio y en la titularidad, ya que no supone compartir el ejercicio sino un derecho a participar en la toma de decisiones.

Sea como fuere, la realidad es que el tratamiento jurisdiccional del fenómeno ha pretendido dar respuesta a una realidad que, en muchas ocasiones, alcanza y se dilucida en un procedimiento de modificación de medidas. Tanto es el protagonismo que toman los jueces, huérfanos de norma al respecto, que el jurista Pinto (2017) no duda en afirmar al respecto que “los efectos jurídicos de la reconstitución familiar en el proceso matrimonial es un Derecho de creación judicial, al estilo anglosajón. Han sido los Jueces y Tribunales quienes, al albur de los casos que se planteaban, han arbitrado las soluciones que estimaban más ecuanímes para situaciones que la norma civil no contempla” (p. 7).

En la casuística judicial de las modificaciones de medidas en las que se pretende el cambio en el modelo de custodia sí son frecuentes los supuestos como la pretensión de padre de apoyarse en su nueva pareja a la hora de solicitar la custodia compartida; la buena integración del menor o menores en una nueva y amplia unidad familiar; el rol destacado y positivo de la nueva pareja en funciones

rayanas a las parentales¹⁷⁶; las malas relaciones del menor o menores con alguna de las nuevas parejas¹⁷⁷ o las excelentes relaciones entre los hermanos de vínculo sencillo, y un largo etcétera.

Y es que manifestación específica de las familias reconstituidas es la de los hermanos de vínculo simple, también denominado de un solo vínculo¹⁷⁸, a los que numerosas sentencias restan relevancia legal a la hora procurar que no se separe a los hermanos en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 92.6 CCiv y, en todo caso, la relación entre hermanos de un solo vínculo se observa y valora como algo accesorio y colateral. Y ello pese a que son numerosos los procedimientos de modificación de medidas que enjuician peticiones de custodia compartida esgrimiendo, entre los argumentos principales, la no separación de hermanos de único vínculo.

Así, la SAP de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 30 de diciembre de 2015 señala que “cuando se trata de hermanos de un solo vínculo, tal circunstancia no presenta la relevancia atribuida a los hermanos de doble vínculo en relación a la pareja”. En el mismo sentido, en este caso en un juicio de divorcio, la SAP Las Palmas-Sección 4ª de 7 de julio de 2015, señala:

El hecho de que la madre cuente con otra hija de otra relación suponga inviabilidad de la custodia compartida, pues el criterio de "no separación de hermanos" del art. 92-5o del C.Z. ni es absoluto, ni tiene igual alcance respecto a hermanos de un solo vínculo -del mismo modo, podrá ocurrir que el padre tenga otros nuevos hijos en el futuro-, pues no puede sacrificarse la relación paritaria con los progenitores, cuando es favorable al interés del menor, en aras exclusivamente de un mayor tiempo de convivencia con un medio hermano. Este argumento podrá ser un

¹⁷⁶ SAP Albacete-Sección 1ª de 2 de marzo de 2017: “Finalmente, el informe elaborado por el Equipo Técnico Psicosocial, compuesto por profesionales plenamente imparciales dedicados a la emisión de informes de esta naturaleza, pone de relieve que la pequeña Tamara quiere por igual a su padre y a su madre, que está feliz y mantiene una excelente relación con ambos y con la actual pareja de su padre, concluyendo los especialistas firmantes del informe por aconsejar el régimen de custodia compartida”.

¹⁷⁷ SAP Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016: “A pesar del buen vínculo de los menores con su padre, el informe de la trabajadora social en el que los mismos indican no sentirse cómodos con la pareja de su padre, impide el cambio a la custodia compartida que solicita”.

¹⁷⁸ El CCiv (artículo 949, sección dedicada a la sucesión del cónyuge y de los colaterales) les denomina “medio hermanos”.

indicador de conveniencia de la custodia exclusiva como refuerzo de otros elementos de decisión, pero de por sí carece de fuerza para eludir la custodia compartida cuando los indicadores principales conducen a este tipo de guarda. Ya que, además, en el sistema de custodia exclusiva la menor también perdería contactos con su medio hermano durante el tiempo de las visitas y los períodos vacacionales, ya que al no ser hermanos de doble vínculo la separación en estos períodos sería inevitable.

O la SAP Cádiz-Sección 5ª de 11 de abril de 2016:

En cuanto a la separación de la hermana, es preciso decir que se trata únicamente de hermana por parte de madre, es decir medio hermana, pero asimismo no existe una separación de la misma, pues precisamente el régimen de guarda y custodia compartida, lo que va a producir es que de una parte estén las mismas juntas, en los periodos que corresponda, y de otra que no pierda relación la hija con su padre, y si bien se debe procurar que los hermanos permanezcan juntos, la relación con el padre, dentro de un sistema de normalidad, es más beneficiosa para la menor, que el incremento de las relaciones con la hija de la madre, por lo cual tampoco este punto es esencial para excluir la guarda y custodia compartida.

En todo caso, hay alguna sentencia que sí da relevancia a la convivencia de los hermanos de vínculo simple, ni que sea mediante pernocta dentro del régimen de visitas, como la SAP Las Palmas-Sección 5ª de 28 de febrero de 2005:

Puesto que no se entiende que, en la actualidad, en que la hija común tiene 6 años de edad, no pueda pernoctar con el padre en aquellos fines de semana alternos que le corresponde estar en su compañía, ni aplicarse desde este momento el que llama la Juez a quo "régimen normalizado", sin que sea razón bastante la edad de la menor, máxime cuando ello puede favorecer su relación con sus hermanos de simple vínculo.

Tiene especial interés, en relación a las constelaciones familiares y su desenvolvimiento práctico, la conflictividad que se genera en ocasiones, como se extrae de la práctica forense, en las que una familia reconstituida no logra reunir a toda la prole porque uno de los progenitores inmersos en la constelación boicotea dicha reunión al interpretar rígidamente, o incluso de forma torticera o mediante el mero incumplimiento de las medidas vigentes, el encuentro. Si bien la acción ante esta circunstancia, y una vez descartado el mero entendimiento y coordinación entre las partes, podría ser la de modificación de medidas, parece más simple, rápida y económica en gastos y despliegues, el instar la intervención

judicial a través de un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria en el que se invoque el perjuicio que para el menor o menores supone el impedir la convivencia, ni que sea en los clásicos fines de semanas o vacaciones estipulados en los regímenes de visita, con otros menores miembros de la misma constelación familiar.

4.10. La emancipación postergada como manifestación de la sociedad líquida. El caso de los ninis

Uno de los cambios sociales más evidentes que se han producido desde la normativización del divorcio en España es la progresiva edad de emancipación de los jóvenes, manifestación, por otro lado, de los tiempos líquidos. La emancipación postergada supone dependencia económica respecto del progenitor que fue custodio, con la directa relación que ello supone respecto de la eventual extinción de la pensión de alimentos o de la atribución del uso de la vivienda. Dependencia vs. emancipación que en ocasiones se manifiesta en clave de nini o, simplemente, como aceptación social de la prolongación de los estudios previos a la inserción en el mercado laboral. Las resoluciones judiciales también, y progresivamente, han ido elevando, de forma aplicada a cada supuesto, la edad en la que se considera aceptable la dependencia económica, en muchas ocasiones a través de aceptar, o fijar, un plazo de *vacatio* de uno o dos años tras la finalización del proceso formativo, que incluye formación específica de posgrado.

Mientras algunas sentencias son radicales a la hora del automatismo en la extinción de la pensión del nini¹⁷⁹, otras contextualizan más las circunstancias y no automatizan la extinción, al considerar que la *vacatio* obedece, o puede

¹⁷⁹ A modo de ejemplo, la SAP Madrid-Sección 24ª de 25 de noviembre de 2013: “En el presente caso, resulta acreditado como circunstancia modificativa de entidad suficiente y sustancial que la hija ya mayor de edad, ni estudia, ni está trabajando actualmente, lo que conlleva como consecuencia sustancial y modificativa, al amparo de los artículos 90 y 91 in fine del Código Civil , y 775 de la L.E.C ., en relación con el artículo 93 del Código Civil , el cese de la obligación alimenticia a favor de ella; y ello al amparo del artículo 152-3 del Código Civil , dentro del procedimiento matrimonial de sus progenitores”.

O la SAP Lugo-Sección 1ª de 30 de marzo de 2016: “En definitiva, desde hace tres años, el hijo ni estudia, ni trabaja, y aunque es cierto que la realidad social actual pone muy difícil a los jóvenes la búsqueda de empleo, lo que esta en manos del hijo es o bien mantener la debida diligencia de esa búsqueda, y cuando menos mantener su solicitud activa en el SEPE o procurarse una educación en el ámbito de la formación profesional con el aprendizaje de algún oficio que le permita mejorar sus expectativas. Lo que no puede permitirse es la pasividad actual especialmente teniendo en cuenta las circunstancias económicas de la madre y las de salud de ambos progenitores.”

hacerlo, a motivos fundados, como la preparación de unas oposiciones o el mero hecho de estar inscrito es un servicio de ocupación¹⁸⁰.

La SAP Pontevedra-Sección 6ª de 16 de marzo de 2015 contiene un intento de objetivar cuando debe mantenerse y cuando no la pensión de alimentos:

El hecho de que la persona en cuyo favor se estableció la pensión de alimentos haya alcanzado la mayoría de edad no empiece para que pueda mantenerse la misma, ya que la finalidad de la pensión es contribuir a los gastos generales para el sustento de aquel (lo que comprende alimentos, vestido, vivienda, educación...) hasta que se incorpore al mercado laboral o finalice sus estudios. El art. 152-3 CC contempla entre las causas de extinción de la obligación de dar alimentos el que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Pero, obviamente, el *quid* de la cuestión radica en establecer, a través del proceso de modificación de medidas, si en el mayor dependiente se dan las circunstancias enumeradas, con lo que se entra en el campo abierto de determinar si una actividad o empleo concreto (que, en sintonía con el escenario laboral puede ser

¹⁸⁰ Así, la SAP Cádiz-Sección 5ª de 12 de septiembre de 2012: “Se señala respecto de la pensión de alimentos del hijo que el hijo del matrimonio que no convive con la madre de forma permanente, durante dos años ha tenido la posibilidad de, aún con la ayuda de su progenitor, conseguir un trabajo o haber desarrollado unos estudios, lo que finalmente no ha llevado a cabo, de tal manera que cabe la supresión de la misma. Este es el auténtico desiderátum de la reclamación y como ha quedado acreditado por los testigos que han depuesto y por el certificado del padrón municipal, el hijo vive en el domicilio con la madre y aunque ha desempeñado trabajos temporales mientras estudiaba, el mismo se ha dedicado luego a estudiar las oposiciones para funcionario de instituciones penitenciarias por lo que la razón de que ni estudia ni trabaja ni convive con la progenitora se ha acreditado no es cierta”.

O la SAP Palencia-Sección 1ª de 23 de marzo de 2017: “Lo que ocurre es que, en este caso, no se evidencia en el alimentista una situación de absoluta desidia respecto del estudio o del trabajo. Luis Andrés ha venido realizando cursos de formación profesional desde el año 2011 y, al menos, hasta el pasado año, y está inscrito como demandante de empleo en los servicios públicos del ECYL desde el 28 de octubre de 2015 sin que conste haya rechazado ofertas de empleo, no siendo en este punto relevante el argumento del recurrente de que un familiar le haya ofrecido empleo cuando se desconocen las características básicas del mismo.

En esta situación y dada su edad, 21 años, no puede afirmarse, al menos de momento, que estemos ante un supuesto de persona que permanece de forma voluntaria en la situación de necesidad y, por ello, ha de confirmarse, también en este punto, la sentencia apelada.

Por otra parte, esta Sala considera que la supresión de la pensión como medio para estimular la búsqueda de trabajo por parte del alimentista, supondría una quiebra del principio en que se basa la dación de alimentos, pues no se entiende cómo iba a cubrir sus necesidades (salvo acudiendo a las ayudas públicas), que es precisamente lo que trata de asegurar el deber de alimentos”.

esporádico o de unas horas a la semana) colma el requisito de hacer innecesaria la pensión de alimentos, para lo cual, obviamente, tendrá también que estarse, como mínimo, a los recursos del obligado.

Los tribunales también han aplicado lo dispuesto en el artículo 3 del CCiv, interpretando las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y considerado que antes de la denominada crisis de 2008 una persona de 30 años con formación universitaria tenía vocación parasitaria si reclamaba pensión de alimentos, mientras que, en la actualidad, eso no es así.

En la STS de 1 de marzo de 2001 se fundamenta:

Teniendo además en cuenta, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3-1 del Código Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un "parasitismo social".

Mientras en la SAP A Coruña-Sección 4ª de 4 de julio de 2014, ante idéntico supuesto de hecho, alegando la inestabilidad laboral (la mayor dependiente en cuestión había trabajado con múltiples contratos 3 años en los 8 últimos), fundamenta la no aplicación de la doctrina contenida en la STS de 1 de marzo de 2001 con el argumento siguiente:

La doctrina que emana de esta sentencia no puede establecerse como regla general e inmutable que toda persona que haya finalizado estudios universitarios, con buena salud, y de unos 30 años de edad, no tendrá nunca derecho a los alimentos. Obsérvese que la sentencia alude a «lo dispuesto en el artículo 3-1 de Código Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», y que esa realidad social en el año 2001 era «una sociedad moderna y de oportunidades». La situación económica en el año 2001 y en el año 2013 no son idénticas, ni comparables. En el año 2001 había una pujanza económica, con importante crecimiento. Ahora estamos en una profunda crisis económica, que afecta de manera especial a la economía española, con unas tasas de desempleo muy importantes, y gente joven

emigrando, inmigración en retroceso, donde un título universitario no confiere una garantía de encontrar trabajo. Es por ello que, en la actualidad, el que una persona de 30 años haya culminado sus estudios y no pueda encontrar trabajo no puede considerarse como 'parasitismo social'.

Entendemos que estas dos sentencias, de forma implícita, están recogiendo la naturaleza líquida de la sociedad en su dimensión económica y de inserción laboral de los jóvenes. Y la SAP A Coruña precitada, además de poner negro sobre blanco que el título universitario no es garantía de empleo, contiene una realista descripción sociojurídica para fortalecer, ex artículo 3 del CCiv, su alejamiento de la STS de 1 de marzo de 2001:

Son conocidos por todos los casos de matrimonios más o menos jóvenes, con hijos pequeños, que se ven obligados a recogerse en casa de sus ancestros, y a su costa, por hallarse en desempleo, no poder pagar la hipoteca, etcétera. O los jóvenes que se había independizado y tienen que volver a casa de sus padres porque ya no ganan para pagar un alquiler. La situación de los padres ya jubilados que tienen que acoger a hijos y nietos, viviendo todos de la pensión de aquellos, no solo ha sido objeto de múltiples espacios en los medios de comunicación, sino incluso de anuncios publicitarios.

Respecto a los jóvenes, la citada SAP A Coruña, prácticamente coincide con Bauman (2011) cuando éste señala que “les aguarda un futuro salpicado de actos de humillación y estados de privación causados por la exclusión social y la vergüenza del paro (...). Los más jóvenes se enfrentan, además, a la dura realidad del mercado laboral por primera vez en la vida”. Mercado que para Bauman era “amigable” antes de la denominada crisis de 2008 y convertido ahora en “cicatero en atenciones y generoso en crueldades, célebre por su mortífera ecuanimidad para con las tragedias y los estragos que sus caprichos van a causar en las vidas humanas” (p.160-161).

La necesidad de interpretar la norma de acuerdo a la realidad social también se alude en la SAP Salamanca-Sección 1ª de 29 de diciembre de 2017, que califica de uno de los desafíos más importantes de la sociedad actual, junto a la asistencia a los mayores y a la igualdad entre sexos, “el incremento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos mayores de edad”. Tras abogar por soluciones judiciales respecto de las pensiones de alimentos de los hijos

mayores de edad que tengan en cuenta las circunstancias concretas, en dicha SAP se enumeran una serie de factores que constituyen, entendemos, un encomiable y a la vez inusual ejemplo de como en una sentencia se puede objetivar, reflexionar y argumentar en clave sociojurídica; y hacerlo desde la asunción del cambio social y, en definitiva, entendemos, de la naturaleza líquida de la sociedad. Así en dicha sentencia se alude a:

- a) Límites. Hay que fijar límites a las pretensiones de los hijos mayores de edad. Por ello se ha planteado en ocasiones que “si los padres siguen obligados a su satisfacción, cuando no exista ninguna causa física o psíquica que incapacite al mayor de edad para conseguir su autonomía económica, y si en este caso deberían reducirse a la satisfacción de las necesidades estrictamente necesarias para la vida”.
- b) “Mayoría económica”. La sociedad española está sufriendo importantes cambios en el siglo XXI; y al igual que en el resto de las sociedades desarrolladas se ha alargado el tiempo en el que los progenitores prestan alimentos a sus hijos (“lo que se ha venido a denominar ‘mayoría económica’”). Si se dieran los requisitos previstos en los artículos 142 y siguientes del CCiv, ambos progenitores tendrían la obligación de prestar alimentos, los cuales se extenderán, no solo a lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, sino también, a la educación e instrucción del alimentista, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.
- c) Frontera entre el abuso y el deber de asistencia de los padres. Son muchas las razones que justifican esta ampliación temporal, pero es indudable que resulta necesario fijar ciertos límites a las pretensiones de los hijos mayores de edad. Cuando se trata de fijar la línea fronteriza entre los deberes de asistencia de los padres respecto de sus hijos mayores de edad, y el comportamiento abusivo de estos en la solicitud de esta ayuda, se entra en un tema muy delicado.
- d) Cuantía de la pensión. La cuestión, que en algunas ocasiones se ha planteado, es si los padres siguen obligados a su satisfacción, cuando no exista ninguna causa física o psíquica que incapacite al mayor de

edad para conseguir su autonomía económica, y si en este caso deberían reducirse a la satisfacción de las necesidades estrictamente necesarias para la vida.

- e) ¿Qué se entiende por estudios? Se trata de dilucidar si el término "formación" del artículo 142 CCiv debe ser interpretado estrictamente, por entender que debe reducirse a la formación obligatoria, o, por el contrario, debe serlo generosamente, e incluir dentro de dicha expresión la realización de una carrera universitaria, máster, preparación de oposiciones, y demás cursos de formación complementaria.
- f) Aprovechamiento en los estudios. Sobre la base del tratamiento de la pensión a favor de los hijos por parte de los tribunales, que parten de que la preparación académica constituye un elemento imprescindible para acceder a un puesto de trabajo de cierta cualificación, se inclinan por una interpretación "generosa del precepto", siempre que el receptor de la pensión aproveche adecuadamente el esfuerzo del progenitor. Por ello, sólo se excluyen de la pensión los gastos por educación, si a la vista del expediente académico y del comportamiento del hijo, puede deducirse que si no ha acabado la instrucción es por su escaso aprovechamiento por causas imputables al alimentista. Para poder seguir teniendo el derecho a ser alimentado ha de demostrar que no es responsable de la situación que propicia tal derecho; la concesión de alimentos exige que el hijo emplee la debida diligencia en su formación o, en su caso, en la búsqueda de un empleo. Transcurrido el tiempo prudencialmente necesario se denegará el derecho a ser alimentado por su progenitor, aunque en ocasiones, para evitar un cambio demasiado brusco, los Tribunales fijan un límite temporal.
- g) Deber moral. El amor de los padres hacia los hijos les genera un deber moral o de conciencia que les induce a hacerles atribuciones patrimoniales que constituyen un acto de generosidad, y de satisfacción de ciertas obligaciones naturales que van mucho más allá de lo legalmente exigible. La empresa de formar y mantener una familia

requiere cada vez más de quien lo intenta estar a la altura de las circunstancias que marcan las nuevas exigencias sociales. En la actualidad, es raro que un joven de 18 años tenga trabajo estable, haya concluido su formación, que generalmente implica la realización de una carrera universitaria, y tenga una vivienda para desarrollar su vida independientemente de la de sus padres.

- h) Equidad. La opción de los hijos mayores de edad de continuar los estudios u orientarse a la vida profesional o laboral es libre, siempre que los progenitores tengan los recursos económicos apropiados para subvenir a estas necesidades. Si la capacidad económica de estos es escasa, no se puede pretender cargar a la familia con la decisión de realizar estudios y no acceder a realizar un trabajo remunerado. La obligación de alimentos no es perpetua, y sólo se prolongará por el tiempo que sea estimado necesario para conseguir la formación perseguida. Ahora bien, toda vez que es difícil conocer *a priori* el tiempo que el hijo los va a seguir necesitando, éstos se mantendrán en tanto persistan las circunstancias en las que se fundamenta la pensión, y no se produzca ninguno de los motivos de los artículos 150 y 152 CCiv. Cuando se satisfagan determinadas cantidades para completar la educación de los hijos, parece oportuno entender que, al no existir un sistema de garantías o de represión de los abusos, el juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá establecer una duración temporal de la pensión, pues ésta no puede ser incondicional e ilimitada en el tiempo.
- i) Solidaridad familiar. El derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del CCiv se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado “principio de solidaridad familiar”, que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (artículo 152 CCiv). De este modo se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera

necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores. Según recoge la STS de 12 de febrero de 2015, se ha de predicar un tratamiento diferente “según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”.

- j) Límite de edad. La ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos. Partiendo de que el periodo de formación se encuentra finalizado, se ha negado alimentos por tener el hijo trabajo, aunque fuese precario, y en otras ocasiones por ser, aún sin tener trabajo, demasiado selectivo en las características del empleo pretendido. Pero hay que tener en cuenta la realidad social (artículo 3.1 CCiv), que evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes¹⁸¹, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata.

Frente al mantenimiento de pensiones de alimentos destinadas a hijos más allá de los 30 años en formación posuniversitaria o en búsqueda de empleo, otras resoluciones se acogen a la STS de 1 de marzo de 2001 y, en aras de combatir cualquier atisbo de parasitismo social, las extinguen. Así, la SAP de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 10 de julio de 2017, extingue las pensiones destinadas a dos chicas de 23 y 21 años al considerarlas independientes económicamente por:

Tener capacidad suficiente para acceder al mercado laboral y ser su pretendida dependencia económica voluntaria e imputable a las mismas, ya que de lo contrario, si se prolongara el percibo de la pensión de alimentos por parte de las hijas nos encontraríamos ante una situación que el Tribunal Supremo ha venido acuñando como 'parasitismo social'. En

¹⁸¹ Entendemos que estamos ante una realidad homogénea en el conjunto del Estado, donde sí existen zonas con una cierta facilidad de acceso al mercado de trabajo de los jóvenes, aunque se trate de empleos de baja calidad, temporales y vinculados a actividades estacionales.

concreto: - La primera, Encarnación, de 23 años, tiene dos formaciones profesionales finalizadas que le da la posibilidad de encontrar y desempeñar un trabajo en condiciones reales. La segunda, María Cristina, de 21 años, abandonó sus estudios hace ya varios años por causa a ella imputable y, desde entonces, ha estado trabajando en los diversos empleos que se le han ofrecido.

Y en la misma línea que la anterior sentencia citada, en la SAP Cádiz-Sección 5ª de 5 de junio de 2017 se argumenta que la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad “no puede prolongarse indefinidamente en función solo de los deseos del hijo en la ampliación de su formación universitaria y/o académica y que la perpetuación en el tiempo de la pensión alimenticia acordada judicialmente como medida derivada de la separación matrimonial ha sido vista con desconfianza por los Tribunales” (en referencia a la precitada STS de 1 de marzo de 2001). Este tribunal sigue “una doctrina jurisprudencial reiterada y consolidada, ante la falta de autonomía económica se impone, bien la extinción de la obligación, bien el establecimiento de un específico límite temporal en su vigencia, pues de otro modo, y bajo el discutible amparo de los derechos de quien se ha situado voluntariamente en una cómoda postura de dependencia, se estarían vulnerando los intereses, igualmente legítimos del progenitor, obligado a un ilimitado e incondicional, bajo cualquier circunstancia, desembolso económico en pro de aquél”, por lo que extingue sendas pensiones destinadas a personas de 31 y 29 años de edad, “sin perjuicio del derecho de alimentos en la vía ordinaria que pudiera corresponderles”.

También en esta línea y con referencia a la interpretación ex artículo 3 CCiv, la SAP Las Palmas-Sección 3ª de 17 de mayo de 2017 que, en este supuesto de hecho, extingue la pensión de un nini de 23 años con el siguiente argumento:

Debe entenderse que basta con que el hijo en este caso se encuentre en condiciones de acceder a un trabajo que les reporte ingresos -capacidad en abstracto- para que cese la obligación de alimentos de los hijos mayores dentro de un procedimiento de familia. Puesto en relación con que alcanzada la mayoría de edad, no sabemos que formación ha concluido y si estaba realizando alguna, que si no la ha terminado no sea por causa no imputable siempre que mantenga un rendimiento regular, y en el caso contemplado hay que concluir que el hijo dio por finalizada su formación, y es demandante de empleo y se encuentra en disposición de

acceder a un trabajo y a unos ingresos pues no se prueba causa que le inhabilite para ello.

Entendemos preciso poner de manifiesto en relación a la capacidad real de un joven respecto a su integración en el mercado laboral (con todas las características propias del momento que le llevarán posiblemente y sólo en caso de relativo éxito a incorporarse al precariado), que las expectativas en el conjunto del Estado no son las mismas, al menos, en cuanto al dinamismo ligado al optimismo económico de algunas zonas respecto de otras; dinamismo/optimismo que no siempre es reproducción mimética de las tasas oficiales de desempleo. Desde esta perspectiva, pueden entenderse y justificarse algunas aparentes divergencias entre tribunales de distintas zonas del Estado a la hora de valorar la capacidad real de integración laboral de un joven si realmente esa es su intención. En este sentido, esta posible visión no lineal entendemos tiene respaldo, precisamente, en el mandato contenido en el artículo 3 CCiv.

En todo caso, las sentencias precitadas recogen hechos coincidentes con el enunciado según el cual, en las últimas décadas, de forma progresiva y constante, se ha ido dificultando la transición de la vida laboral de los jóvenes, al menos más allá de muy esporádicos, cuando no espasmódicos, episodios de contratación laboral por periodos nimios. Y con ello se ha dificultado la independencia necesaria para la emancipación y difuminado las hipotéticas fronteras. Se trata este de un problema que afectaría no sólo a los jóvenes, sino a sus familias y a la sociedad en general. En cambio, parece existir consenso social en aceptar como un hecho normal que se extienda en el tiempo este proceso de inserción laboral, lo que trae consigo la posposición de la emancipación (Navarro, 2004, p. 379).

La emancipación postergada implica una serie de transferencias intergeneracionales de los padres a los hijos cuyo valor es siempre difícil de establecer en términos de precios de mercado (Requena, 2002, p. 11). Pero es obvio que si se cuantifica este valor económico cuando es objeto de un procedimiento de modificación de medidas, frente a cuando no hay medidas en vigor, supuesto en el que, siguiendo a Requena, a los familiares implicados en el proceso de dependencia no suele interesarles cuantificar ese valor, pues por muy

buenas razones prefieren codificar sus intercambios en estructuras de reciprocidad generalizada basadas en la confianza mutua.

En el contexto descrito, Bauman (2006) nos recuerda que, en el mundo moderno líquido, para ser de alguna utilidad, la educación y el aprendizaje deben ser continuos e, incluso, extenderse toda la vida (p. 157-158). El divorcio y las medidas que de él se derivan fueron aprobadas por el legislador español en un momento en el que se pensaba, pese a los indicadores de que pronto dejaría de ser así, que una titulación universitaria superior garantiza un empleo estable de por vida; los posgrados, másteres y doctorados eran la excepción como medio para lograr la inserción laboral. Además, las familias tenían los hijos más jóvenes, por lo que fenómenos muy de nuestros días -como progenitores en situación de prejubilación, camino de ella, o directamente jubilados que están obligados al pago de una pensión de alimentos- eran, si se producían, anecdóticos. La horquilla ha crecido hoy en lo referido a la edad de los beneficiarios de una pensión de alimentos y, de forma combinada al resto de los factores, hace aparecer frecuentemente -en las sentencias de modificación de medidas en las que se pretenda la extinción de la pensión de alimentos- la figura del parado de larga duración camino de la jubilación que invoca alguna de las causas de extinción del artículo 152 CCiv.

4.11. El menor ante la modificación de medidas

“Sin perjuicio de la importancia que puedan tener en general las exploraciones de los menores, lo que no puede realizarse es una judicialización de los mismos, en el sentido de que deban asistir en pluralidad de ocasiones a los juzgados a declarar sobre el mismo problema matrimonial existente, ni crearles conflictos de lealtades”. Así se valora en un AAP Cádiz de 22 de diciembre de 2015 (citado en STS de 15 de octubre de 2017) que un menor de 12 años deba ser objeto de una enésima exploración judicial, la tercera, en un procedimiento de modificación de medidas.

En STS de 25 de octubre de 2017, con Baena Ruiz de ponente, se cita el referido auto a la hora de fundamentar que no siempre que se deniega la exploración judicial de un menor mayor de 12 años se incurre en causa de nulidad. En este procedimiento, el Ministerio Fiscal abogó por “garantizar el interés de los menores y evitar a éstos cualquier perturbación dañosa derivada de su intervención reiterada en el ámbito judicial para dirimir las controversias existentes entre sus progenitores”, admitiendo con ello lo que de negativo para el menor tiene, o puede tener, la exploración judicial, máxime si no se hace en las condiciones idóneas, que los juzgados de familia sólo tienen en algunas ocasiones.

Y lo habitual es que el menor llegue al procedimiento de modificación de medidas tras haber pasado ya por el trance de una o más exploraciones judiciales, y el conflicto de lealtades que genera comparecer ante un juez produce en el menor la dificultad para mantenerse neutral ante el conflicto, desencadenándose en muchas ocasiones un mecanismo de protección hacia uno de los progenitores mediante un proceso de “identificación defensiva” y de protesta ante una realidad que no puede aceptar (Chethik, 1987).

En la precitada STS de 25 de octubre de 2017 se opta por la denegación motivada de la exploración del menor recogiendo los argumentos de evitar la reiteración de la exploración judicial, en este caso, en un proceso de modificación de medidas y la perturbación dañosa para el menor que pudiera suponer. Desde la

perspectiva estrictamente legal, el alto tribunal se acoge a la adecuada motivación de la denegación de la prueba de la exploración:

Así cabe colegir también de la sentencia TEDH, Sección 3a, de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007, por la que estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño. Pero, añade, descendiendo al Derecho español, que, en caso de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos por el juez y en todo caso los menores de más de 12 años, debiendo motivarse en cualquier caso la denegación del trámite de audiencia.

Considera también el TS (STS de 25 de octubre de 2017), citando otras anteriores de 7 de marzo de 2017 y 20 de octubre de 2014, que existe aparente contradicción al respecto entre lo establecido en el CCiv y la LEC aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de 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 escuchados en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Pero, pese a ello, e invocando la precitada sentencia del TEDH, Sección 3a, de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007, considera que una resolución motivada en beneficio del menor permite no practicar la exploración judicial.

El mismo TS, en su STS de 20 de octubre de 2014, en este caso con Arroyo Fiestas de ponente, falló la nulidad de oficio de una sentencia de modificación de medidas de la Audiencia Provincial de Orense por no haberse practicado la exploración de la menor y, lo que es trascendente, no haber motivado de forma adecuada y pertinente no haber practicado dicha exploración. Y ello pese a que la modificación de medidas acordada, de cambio de guarda monoparental a custodia compartida, estaba ampliamente fundamentada, ya que venía produciéndose *de facto*.

Como hemos inferido a partir de los datos estadísticos ofrecidos por el CGPJ referidos a procedimiento de mutuo acuerdo y contenciosos, el nivel de conflicto

en los procedimientos de modificación de medidas es superior al que se registra en los de divorcio y medidas paterno-filiales. Las partes, y con ellos los menores, llegan resabiadas al procedimiento, como se comprueba en la práctica forense.

Además, el tiempo transcurrido desde la ruptura familiar puede haber cronificado una situación de maltrato emocional sobre el menor por cáustica generación e inducción de conflicto de lealtades entre los progenitores, incluso más allá las habituales situaciones de judicialización de la relación familiar a la que aluden tantas y tantas sentencias, reflejado en ocasiones en exceso de intervencionismo de profesionales fomentado por la acrimonia entre los progenitores.

En sentido inverso a un patológico interés por relacionarse con el menor, se sitúa el desdén hacia él como otra forma de maltrato emocional que puede dar lugar a modificación de medidas. Lo formula a la perfección la SAP Barcelona-Sección 18ª de 14 de abril de 2017:

El propio demandado, al no solicitar ni tan siquiera un régimen de visitas con el menor, consciente del daño que eso pudiera suponer para el hijo dada la falta de relación con el mismo desde hace más de 12 años, no hace más que poner de relieve la falta de interés por el menor, actitud que va más allá de la mera pasividad y suponen exteriorizar una indiferencia que comporta un maltrato emocional y puede reportar un daño psíquico grave al menor, si llegara a su conocimiento el desinterés paterno. (...) En el proceso de construcción de la personalidad, el niño necesita contar con la presencia de las figuras paterna y materna, tanto en el aspecto personal como material. No siempre es posible que ambos dediquen el mismo tiempo y atenciones al hijo, especialmente en aquellos supuestos en que se ha fracturado la unidad familiar, pero en el caso de vidas separadas se instaura un régimen de comunicación paterno-filial que permite mantener el vínculo.

La acrimonia entre progenitores hace en ocasiones que los menores se conviertan en habituales de los juzgados por múltiples y variadas denuncias¹⁸² que les exponen al conflicto entre sus progenitores y constituyen maltrato emocional que,

¹⁸² Desgraciadamente, en los más agrios procedimientos de familia son habituales las denuncias colaterales en las que los menores se presentan como víctimas (de maltrato, de abusos sexuales...). Y en las diligencias previas que se incoen también los menores deberán comparecer ante el juez.

a su vez, se convierte en argumento principal en un procedimiento de modificación de medidas.

Sea como fuere, y de modo inducido o no, lo cierto es que el menor, a partir de una cierta de edad, que debe enfrentarse a un psicosocial o a una exploración judicial se siente casi siempre protagonista y se empodera en el sentido de saberse decisivo para la determinación del modelo de custodia, lo que acarrea en muchas ocasiones nocivos conflictos de lealtades.

Partiendo de que la responsabilidad de la decisión sobre el modelo de custodia nunca puede recaer sobre el menor -y que el derecho de este a ser escuchado no significa que su opinión o voluntad hayan de ser determinantes para la resolución que se adopte-, hay resoluciones judiciales *a priori* dispares sobre la importancia que debe tener para el juzgador la voluntad expresada por el menor a la hora de determinar la custodia, como las que se detallan a continuación.

En la SAP Madrid-Sección 22ª de 30 de septiembre de 2016 se revoca, en lo referido a custodia, la decisión adoptada por el juzgador *a quo* con el siguiente argumento:

La Sala ha practicado la exploración de la común descendiente Angelica, en quien, por cierto, se advierte un grado de madurez superior al que corresponde a su edad cronológica, 13 años cumplidos a esta fecha, en la que ya se dispone del suficiente juicio y criterio como para saber y entender cuál es para ella la opción más adecuada de custodia, habiendo verbalizado su voluntad firme, rotunda, determinante y definitiva de convivir con su progenitor, al igual que su hermano Plácido, principalmente por el intenso rechazo que les provoca la pareja de la madre y el comportamiento desajustado que presenta para con ellos y para con el progenitor, que repercute notablemente en su estabilidad emocional, generándoles intenso sufrimiento al que ha de ponerse fin.

En SAP Barcelona-Sección 12ª de 28 de junio de 2016 se destaca que en la exploración practicada en la alzada se detectó en el menor (de 12 años):

Una actitud de minusvaloración y falta de reconocimiento a la convivencia con la madre que, en algún aspecto se basaba en el menor poder económico de la misma para garantizarle los deportes que realizan otros chicos de su colegio, como el esquí en el invierno y la navegación en verano. Por el contrario, el mundo del fútbol, en el que el padre ocupa una

posición privilegiada, fascina al menor hasta el punto de anteponer a toda otra consideración, lo que el padre le puede ofrecer.

Recoge la sentencia que las actuaciones ilusionantes del padre:

Son prueba evidente de la manipulación de los sentimientos del menor, que con toda seguridad entiende este tribunal que es bien intencionada y movida únicamente por su amor paterno, pero que ha causado un daño psicológico enorme al menor al ponerlo en la tesitura de que sea él quien asuma la responsabilidad que representa optar por separarse de la madre, del entorno social habitual desde que nació, y del colegio en el que viene realizando sus estudios.

Para concluir que el menor estaba en una situación de riesgo y determinar que la custodia debe ostentarla la madre.

En la SAP Córdoba-Sección 1ª de 15 de septiembre de 2016 se confirma la custodia paterna del hijo próximo a la mayoría de edad sin que proceda la compartida dado los graves hechos producidos, pues la madre echó de su casa al hijo, y cuando este regresó para pasar unos días con ella, la madre presentó una denuncia penal contra su hijo. En la sentencia se argumenta que al juzgador no le vinculan los exteriorizados deseos del menor:

De manera tal que sea éste el que fije el régimen de guarda o el de comunicación o no con sus progenitores pues el menor, aparte de biológicamente, también lo es jurídicamente porque no puede tomar decisiones personales sin la concurrencia de sus representantes legales o, desgraciadamente si no están de acuerdo, con la del juez que podrá apartarse de sus deseos en orden a proporcionarle su formación integral, pero en el caso de autos Ceferino ha expresado -con sus palabras-hechos, ciertamente graves o importantes, por el que debe modificarse el régimen de custodia y de visitas en su día establecido. El interés del menor puede, en determinados casos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, pero ha de reconocerse, no sólo la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, y de hecho el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación (art. 777.5 y 770.4.2 de la LEC) permite considerar la voluntad manifestada de los mismos como un criterio legal relevante a la hora de acomodar tales medidas.

En la SAP Asturias-Sección 7ª de 29 de septiembre de 2016, lo expresado por lo menores condujo al cambio de custodia:

La relación de éstos [los menores] con su progenitor se ha deteriorado ostensiblemente, puntualizando que la misma ha involucionado en lugar de mejorar, hasta el punto de llegar casi al enfrentamiento físico entre padre e hijo, constatando que Baldomero y Lorena han madurado personalmente, aportando una visión más amplia y unos argumentos más sólidos respecto de las vivencias negativas experimentadas con su padre, lo que les hace reafirmarse en su posición de optar por la convivencia con su madre, posicionamiento explicitado en la exploración practicada en esta segunda instancia. Justificando el cambio de una custodia paterna a una materna en interés de los menores y como un mal menor, no habiendo apreciado en sus manifestaciones un discurso aprendido o influenciado.

En la casuística que abordan las anteriores sentencias aparecen elementos (súbitos cambios de nivel de vida de uno de los progenitores, nuevas relaciones, cambios de residencia...) propios y característicos de la sociedad líquida, factores que afectan la posición del menor. Cuando, en el ejercicio de su derecho a ser oído, expresa deseo y voluntad en conexión y como consecuencia de estos cambios, el tribunal ha de hacer la necesaria ponderación para resolver de acuerdo con el interés superior del menor, partiendo de la premisa que el interés del menor puede, en determinados casos, “no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, pero ha de reconocerse, no sólo la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, y de hecho el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, teniendo en cuenta que obviamente sus deseos o apetencias no suponen una emisión de voluntad vinculante para el Juzgador, pero sí permite conocer su situación personal y cómo les afectaría” (precitada SAP Barcelona-Sección 12^a de 28 de junio de 2016).

Bauman (2011) nos recuerda que el papel parental en la anterior sociedad moderna sólida se centraba en inculcar autodisciplina para soportar las rutinas de la vida y ofrecer a los hijos un modelo de conducta regulada de forma normativa; lo contrario al empoderamiento que supone y representa el derecho del menor a ser oído y escuchado y participar en todos los procesos que le afecte de una manera amigable (pp. 47-48).

4.12. Violencia sobre la mujer y modificación de medidas

Bauman (2003) no tenía dudas: “Vivimos en tiempos despiadados”. Mientras, en su obra póstuma (2017), expone el regreso a la tribu y, ante la desesperanza de lograr una sociedad mejor, mejorar la posición individual; es el fin del pensamiento utópico y un escenario parecido, *mutatis mutandis*, a partir del cual se produjo la justificación hobbesiana del Leviatán. Es este escenario relacional despiadado apuntado por Bauman el que logra introducirse en las relaciones de pareja, dando lugar a la violencia sobre la mujer en particular y doméstica en general, fruto de lo cual el Estado-Leviatán legisla con poca eficacia, si nos atenemos a las cifras de feminicidios. Y las consecuencias de estas normas aplicadas a escenarios concretos (prohibición de acercamiento, de comunicación...) coliden con la naturaleza líquida de la sociedad y de las relaciones, más allá de su despliegue cautelar que, como tal, puede ser de recorrido corto. El procedimiento de modificación de medidas se halla entonces ante uno de sus más complejos contextos de aplicación.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son competentes en casos de modificación de medidas cuando la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreseído o finalizado por extinción de la responsabilidad penal, según el ATS de 14 de junio de 2017. En sentido contrario, será competente el juzgado de familia o de primera instancia cuando la demanda de modificación de medidas se interponga una vez sobreseído o archivado, con carácter firme, el procedimiento penal o cuando al interponerse ya se haya extinguido la responsabilidad penal por cumplimiento íntegro de la pena, siendo el momento concluyente para la determinación de la competencia la interposición de la demanda (art. 411 LEC), siendo irrelevante a efectos de competencia que el archivo o sobreseimiento de la causa penal se acuerde tras la interposición de la demanda.

En el citado ATS de 14 de junio de 2017, el TS también resolvió una cuestión controvertida desde la reforma del artículo 775 LEC de octubre de 2015, cuando

se fijó la competencia para la modificación de medidas en el tribunal que las había dictado en su momento. Así, el auto en cuestión señaló que no procede extender la competencia del juzgado de violencia contra la mujer para la modificación de medidas a los casos “en los que se haya sobreseído provisional o libremente, o archivado el proceso antes de la interposición de la demanda, por el simple hecho de que dictara en su día las medidas definitivas (art. 775 LEC), dado que el legislador solo consideró necesario atribuirle competencia exclusiva y excluyente en tanto concurrieran simultáneamente las circunstancias que establece el art. 87 ter de la LOPJ”.

Paradójicamente, con ello se supera la inconveniencia, ya expresada, que supone tener que litigar una modificación de medidas en el tribunal que en su momento dictó las medidas, que puede estar alejado física y sociológicamente del escenario vital de las partes. Así, pues, en el caso de unas medidas dictadas por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que pretendan modificarse no regirá la regla contenida en el artículo 775 LEC sino que se estará al artículo 769.3 LEC o, en caso de elemento internacional y la existencia de menores, al artículo 8 del Reglamento (CE) número 2201/2003 del CE de 27 de noviembre de 2003, el dominado Bruselas II-bis, que fija la competencia en cuestiones de responsabilidad parental, *de facto*, en el tribunal del domicilio del menor.

Todo ello cobra mayor relevancia práctica desde la perspectiva de una mayor protección a las mujeres víctimas de violencia, que tiene su concreción en cuestiones como la de la nomenclatura (la violencia de género se contempla de manera novedosa, con efectos de 1 de enero de 2018, extendiendo su consideración a "cualquier forma de violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo", de acuerdo con el Pacto de Estado contra la Violencia Género aprobado en septiembre de 2017), la percepción social de que hay que acabar con el feminicidio y las cifras desalentadoras¹⁸³ respecto de las iniciativas legislativas implementadas desde el hito que supuso en su momento la LO 1/2004, de 28 de

¹⁸³ En 2017 se produjo un repunte en el número de mujeres fallecidas a manos de sus parejas o exparejas, que alcanzó las 49 mujeres asesinadas (Ministerio de Sanidad, 2018).

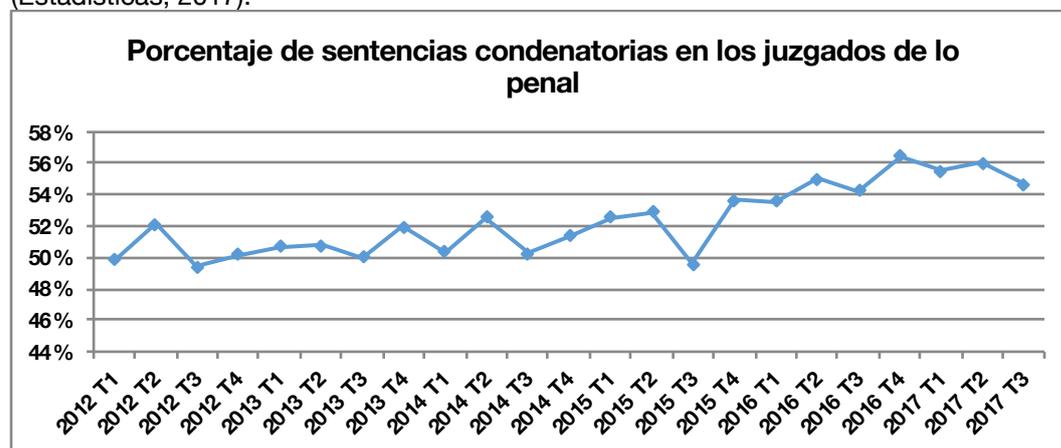
diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Géneros en los órganos judiciales.

No obstante, y en lo que atañe a una modificación de medidas instada tras la extinción, por cualquier causa, de la responsabilidad penal por violencia sobre la mujer, hay que tener en cuenta datos como que poco más de la mitad de las sentencias de los juzgados de lo Penal en procedimientos de violencia sobre la mujer son condenatorias¹⁸⁴. Todo ello para establecer que hay una bolsa cuantitativamente importante de situaciones en las que la superación de la competencia objetiva del JVSM abre la puerta a un procedimiento de modificación de medidas alejado del cierto estigma que puede suponer la competencia en cuestiones civiles de estos juzgados especializados, al margen de liberar la aplicación de criterios restrictivos respecto a la custodia de los menores.

Obviamente, ello es especialmente significativo cuando la pendencia del procedimiento en un JVSM supuso, *de facto*, la imposibilidad de articular una custodia compartida y, superada la circunstancia, se aborda la modificación de esas medidas. Así, la STS de 13 de abril de 2016 argumenta:

No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. (...) Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que

¹⁸⁴ Así se refleja en este cuadro contenido en las estadísticas publicadas por el CGPJ. (Estadísticas, 2017).



motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil.

Además de la absolución o el sobreseimiento también el cumplimiento de la pena puede ser el motivo que permita la modificación de medidas, como se determina en la SAP Asturias-Sección 6ª de 20 de febrero de 2017:

En el presente el cambio de circunstancias concurre, no ya solo porque en el momento en que se tramitó el divorcio y se dictó la sentencia atribuyendo la guarda y custodia a la recurrente, estaban vigentes las penas de alejamiento impuestas al actor en la sentencia de 4 de diciembre de 2012, que hacían inviable legalmente plantearse tal posibilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 92.7 del CCivil.

En SAP Zaragoza-Sección 2ª de 12 de abril de 2017, se aborda la cuestión aplicando el artículo 80.6 CDFA:

Las normas de aplicación concurrentes sobre el particular son el art 80.6 CDFA, La Disposición final 4ª del mismo Código y el art 153.1 y 2 del Código penal, normas que tratan la misma cuestión, sin solapamiento entre ellas, puesto que, como se dice en la doctrina, la aplicación de una u otra no se da simultáneamente sino en momento sucesivos en el tiempo. De las tres la primera a tener en cuenta es el art 80.6 CDFA, que establece que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni tampoco cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. (...) Se trata en ella de una regulación meramente preventiva, pues una vez que la jurisdicción penal haya decidido la presencia o ausencia de delito de violencia intrafamiliar, el art 86 CDFA ya no será de aplicación, sino, si la sentencia es absolutoria, la disposición final 4ª del CDFA -"Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del art. 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria", y si es condenatoria, el art 153 Código Penal". Por ello, al confirmarse la absolución es con lo que "quedó abierta la posibilidad de revisión prevista en la citada Disposición Final. Lo que, como señala la STSJA 24-6-14, produce un cambio sustancial de circunstancias que permite pedir la modificación de medidas.

Es destacable el tiempo transcurrido entre el establecimiento de la medida cautelar penal que lastra el procedimiento civil y su superación que permite

abordar la relación parental sin ese lastre a través de un procedimiento de modificación de medidas. En las sentencias precitadas, de casación y apelación, el lapso se sitúa en torno a los tres años, coincidente con el derivado de la práctica forense.

4.13. Plan de parentalidad; instrumento y testigo del cambio

Descrito en el libro segundo del CCCat, de 2010, como instrumento jurídico que concreta la manera en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales (artículo 233-9 CCCat), el plan de parentalidad constituye una aportación, ni que sea a través de la reinterpretación del legislador catalán de las diversas figuras coincidentes en objetivos y estructura que existen en el derecho comparado. Así, el abogado Tamborero (2011) considera que el plan de parentalidad diseñado por el legislador catalán “no deja de ser una simple puesta al día del derecho comparado a la vista de la línea que en este aspecto vienen adoptando las legislaciones de otros países, así como las normas del Derecho Internacional” (p. 143).

A los efectos modificativos que nos interesan, nos centramos en dos aspectos:

- a) La extensión del plan de parentalidad al conjunto del Estado. Con ese u otro nombre, proliferan en los juzgados de familia españoles documentos que recogen el cómo los progenitores pretenden organizar el día a día de los menores tras la crisis de pareja. Y ello bien sea porque otros derechos propios, como el de Aragón (pacto de relaciones familiares del artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón) o el de Valencia (pacto de convivencia familiar, del artículo 4 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de Relaciones Familiares) contemplan figuras similares. Y muy especialmente respecto de la extensión del plan de parentalidad, sentencias como la STS de 3 de marzo de 2016 al establecer que los progenitores que interesen una determinado modelo de custodia tienen la obligación no solo de “interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas”; el TS le denomina plan contradictorio.
- b) El contenido mínimo del plan de parentalidad. Con independencia de establecer la obligatoriedad, aunque subsanable, de presentación con

la demanda del plan de parentalidad, el TSJ de Catalunya, ya en 2014 (STSJ de Catalunya de 20 de marzo de 2014¹⁸⁵) estableció el contenido mínimo que debe contener el plan de parentalidad. En la precitada STS de 3 de marzo de 2016, el TS hizo lo propio y, con ambas sentencias y para el conjunto del Estado, quedaron determinados estos mínimos, sean para un documento denominado plan de parentalidad o plan contradictorio. Menos exhaustiva, la determinación del TS incluye entre los elementos de un plan contradictorio “la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones”; entre otros salud, educación y cuidado, deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor, relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

En cualquier caso, el plan de parentalidad o el documento que, con parecidas características y contenido, recoja la expresión de intenciones a partir de realidades relaciones constituirá un instrumento privilegiado a la hora de fijar la *ratio decidenci* ante una eventual modificación de medidas y, con ello, contribuirá sobremanera a objetivar los cambios sustanciales, posibilitando el acuerdo entre las partes o haciendo en procedimiento judicial correspondiente menos complejo en lo referido a prueba.

¹⁸⁵ Esta STSJ de Catalunya es taxativa respecto a la necesidad de aportación del plan de parentalidad: “En el caso de que el plan de parentalidad no se haya aportado durante el proceso ni con la demanda ni con anterioridad a dictar sentencia ante el Juez de instancia, ni tampoco en segunda instancia, a pesar de la expresa solicitud que se dedujo por la recurrente, por vez primera, ante la Audiencia Provincial, hemos de concluir que el incumplimiento de aportación del plan de parentalidad podrá comportar la nulidad de lo actuado”.

5. SOCIEDAD LÍQUIDA, CERTEZA DEL DERECHO Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Es cuestión incontrovertida que, ante la falta de respuesta del legislador a las nuevas realidades sociales, el TS ha ejercido en los últimos años de casi legislador¹⁸⁶ en cuestiones como la custodia compartida o la modulación de las pensiones ante situaciones tan cambiantes como complejas.

En otra posible lectura, el TS ha contrapuesto lo líquido que supone dar respuesta a situaciones que fluyen a lo sólido representado por un código. Modernidad líquida *versus* modernidad sólida¹⁸⁷, con lo que, en cierta manera paradójico, supone que un alto tribunal que encarna la tradición jurídica se haya aplicado desacomplejadamente en dar respuesta a los retos que plantean las formas familiares propias de una sociedad convulsa y líquida¹⁸⁸.

Porque un código, además de suponer un signo de modernidad sólida y representar *per se* el Derecho sólido, está vinculado directamente a un territorio estatal, un poder político fuerte y un cuerpo de doctrina muy asentado (Gómez Pomar, 2015, p. 115), exalta la ley como fuente y está ligado a los ideales de positividad y estatalidad del derecho.

En este sentido, Díez-Picazo (1992) considera que existen formas insidiosas de descodificación, lamenta que se busquen lo que denomina soluciones intuitivamente justas, “sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado”, camino de un “epifenómeno del llamado Derecho Libre (...) la creación judicial del Derecho” que puede llevar a que el código “formalmente en vigor, salta hecho añicos” (pp. 480-481). Para Díez Picazo todo ello se produce

¹⁸⁶ La presidenta de la AEFA, la abogada Lozano, afirmó que “el TS legisla” ante el asentimiento de los magistrados Baena Ruiz, Seijas Quintana y Parra Lucán en las jornadas centrales de la AEFA, celebradas en Madrid los días 23 y 24 de febrero de 2018.

¹⁸⁷ Entendiendo, con Bauman, modernidad sólida como el estadio anterior a la modernidad líquida.

¹⁸⁸ Magistrados como Baena Ruiz o Seijas Quintana recientemente, o Roca Trías y Juan Xiol Ríos anteriormente, han abanderado en las sentencias en las que han sido ponentes un modo de entender el derecho de familia con vocación de centrarse en el supremo interés del menor y hacerlo de acuerdo con la realidad social, explorando y hallando fórmulas no siempre necesariamente previstas por el legislador.

en un contexto de pérdida del monopolio estatal de producción del derecho como consecuencia del emanado de la Unión Europea, en especial las directivas.

Respecto al derecho de familia, Díez-Picazo defiende como suficientes los mecanismos de corrección existentes¹⁸⁹ y, en concreto alude a la cláusula derogatoria de la CE que permitió en su momento, y desde su misma promulgación en 1978, que los juzgados, directamente y sin intervención del TC, no aplicasen las normas franquistas claramente contrarias al principio de igualdad en el periodo que medió entre la aprobación de la Constitución y la normativización de fenómenos como los hijos extramatrimoniales y, por supuesto del divorcio con la Ley de 1981.

Para Bauman (2015), en la modernidad sólida se soñaba con legislar para hacer de la razón una norma de la realidad, impulsar las conductas racionales y hacer posible que todo comportamiento contrario a la razón resultase demasiado costoso como para ser siquiera considerado. “Para la razón legislativa, descuidar a los legisladores y a las instituciones a cargo del cumplimiento de la ley no constituía, obviamente, una opción” y ello porque la relación de la razón legislativa con el Estado, aunque fuese antagónica, “representaba su dilema fundacional: un verdadero asunto de vida o muerte” (p. 53).

Pero la posible clave de todo ello nos la ofrece Eco en su obra póstuma, publicada en España con el título *De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera*¹⁹⁰. “Se pierde la certeza del derecho, la magistratura se percibe como enemiga”, asevera Eco (2016, p. 10). Para llegar a esta conclusión, Eco sostiene que, con el posmodernismo, en el que comenzó a perfilarse la sociedad líquida acuñada y explorada por Bauman, llegó la crisis de las grandes narraciones que

¹⁸⁹ El texto de Díez-Picazo en cuestión es de 1992; muy anterior, por tanto, a la función *cuasi legislativa* del TS en materia de familia en la vertiente antes citada, pero constituye un claro precedente.

¹⁹⁰ Para esta su obra que resultó póstuma, Eco seleccionó, poco antes de fallecer, una serie de artículos agrupados bajo diversos capítulos, pero encabezados por el titulado, simplemente, *La sociedad líquida*, publicado originalmente en 2015 y que constituye una glosa de la pertinencia de los medios analíticos desplegados por Bauman. La edición original italiana del libro de Eco (*Pape Satàn aleppe*) se subtituló “Crónicas de una sociedad líquida”, en un indubitado gesto de complicidad con Bauman.

creían poder aplicar al mundo un modelo de orden en el que la codificación, consideramos, constituía una eficaz herramienta de dicho relato. Se ampara Eco en el surgimiento de un individuo desenfrenado que conduce a un contexto “en el que nadie es ya compañero de camino de nadie, sino antagonista del que hay que guardarse”, ello consecuencia de la crisis del Estado; “¿que libertad de decisión conservan los estados nacionales frente al poder de las entidades supranacionales?”, se pregunta Eco, para convenir con Bauman que se han minado las bases de la modernidad y que al no haber puntos de referencia “todo se disuelve en una especie de liquidez”.

Tenemos, pues, una suerte de contrarrelato de Eco frente al relato con el cual en la sociedad moderna se pretendía imponer el orden con la codificación como eficaz herramienta. Si lo ponemos en relación con el derecho de familia en general y con la modificación de medidas en particular, evidenciamos que en estos ámbitos se pone de manifiesto de forma radical la colisión entre lo sólido representado por la norma y la naturaleza líquida de la sociedad que los propios tribunales tratan de atemperar *legislando*, en la acepción precitada, para evitar la dicotomía entre norma y realidad relacional familiar. Y todo ello da una vuelta de tuerca más cuando se entra en un procedimiento de modificación de medidas, al que, no en pocas ocasiones, se llega desde la percepción como enemiga de la magistratura que resolvió en su momento aludida por Umberto Eco.

El profesor y abogado francés Zénati-Castaing (2011) relaciona también directamente codificación nacional con modernidad y apunta que avanzamos hacia una codificación posmoderna en el orden mundial, con un *espíritu* de influencia más pragmática que la axiomática sujeta a la razón de los códigos modernos. En este sentido, apunta que la codificación del derecho internacional *versus* la nacional no hace más que atestiguar el fin de los tiempos modernos (p. 373). Zénati-Castaing aporta dos elementos muy presentes en el derecho de familia actual: el pragmatismo como medio para implementar soluciones jurídicas y el elemento internacional, tan presente en las *litis* de familia en general, y de modificación de medidas en particular, por la confluencia del derecho

transnacional con la realidad de la sociedad líquida en su vertiente de cambios de residencia transfronterizos.

La jurista García Rubio (2017), vocal de la Comisión General de Codificación, recuerda que los códigos, o al menos aquellos que representan su modelo culminante, eran textos normativos que, “a pesar de ser epitomes de una marcada ideología, partían de un concepto de derecho fuertemente técnico, abstracto y autoreferenciado”, en los que lo relevante era la solución técnica y, acaso, los valores e intereses extrajurídicos se manifestaban *ex post* como producto de elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales. Frente a ello, en la actual sociedad líquida los valores y principios superiores se imponen a los códigos, vapuleando “ideas y conceptos de Derecho privado aparentemente más solidos”, dando lugar a su reinterpretación posmoderna (p. 46). Esta autora mantiene que la idea de código sigue siendo útil y puede constituir un anclaje en tiempos líquidos frente aquellos que consideran la codificación una técnica anquilosada inadaptada a los retos presentes

Centrándose en el desarrollo judicial del derecho, Gómez Pomar (2015) apunta que “incluso por razones psicológicas y cognitivas, es más contextual y está más atento a las circunstancias que el derecho legislado, no digamos ya del codificado”, porque está mucho mejor situado para aprehender la realidad y es menos invasivo “sobre las expectativas presentes de los intervinientes en la relación, y evoluciona de forma más pausada y acompasada a los cambios de escenarios y condiciones económicas y sociales” (Gómez Pomar, 2015, pág. 136). Reflexión que, sin estar formulada centrándose en el derecho de familia, parece estarlo.

Junto al derecho de desarrollo judicial, y como exponente de la sociedad líquida está el denominado *soft law*¹⁹¹, que en ámbito del derecho de familia puede agrupar desde declaraciones o resoluciones dictadas en el seno de las Naciones

¹⁹¹ Frente a la legislación intangible o *hard law*.

Unidas¹⁹² a códigos de comportamiento. El estudio del *soft law* es indicativo de una tendencia o práctica; en definitiva, expresa una relevante *opinio iuris* (Sanz, 2006, p. 30) y contribuye a crear normas consuetudinarias y, por consiguiente, amplía el ámbito de lo que podría denominarse una legislación vinculante (La Spina, 2011, p. 101).

Advierte Díez-Picazo (1992) que ningún ordenamiento jurídico puede sobrevivir “si los legisladores no mantienen las normas en vigor o las derogan, si los jueces no las aplican rectamente o si los profesores y los escritores no las analizan. (...) El problema es de graduación de todos estos factores” (p. 484); una necesidad de graduación que es indicadora de la complejidad de la cuestión.

Para pensadores como el griego Chatzistavrou (2005), esta mutación hacia una ley sin restricción causada por el creciente uso del *soft law* muestra que debemos desvincular la noción de sistema legal de la efectividad de la ley y no de su existencia, todo ello frente a la concepción normativista de Kelsen según la cual es suficiente que el imperio de la ley prescriba que el incumplimiento debe ser castigado para que sea legal.

Podemos convenir, pues, que desde perspectivas muy distintas se defiende una cierta convergencia de factores a la hora de mantener el ordenamiento acorde a cada momento histórico y escenario social; en definitiva, a lo que prescribe el artículo 3 del CCiv aunque a ello anteponga la interpretación de la norma según el sentido propio de sus palabras.

Y, precisamente, el derecho de familia, desde su tradicional pragmatismo y por convergencia de los elementos de sobrevivencia apuntados por Díez-Picazo, y añadiríamos que con el decisivo impulso de la Sala Primera del TS, *surfea* y sobrevive en tiempos líquidos, posiblemente, *pese* al legislador. Y tiene en el

¹⁹² A modo de mero ejemplo, la resolución de la Asamblea General de 01/03/2001 sobre el respecto del derecho a la libertad universal de viajar y la importancia vital de la reunificación de las familias.

procedimiento de modificación de medidas el exponente máximo de complejidad en lo que a ajustar a la realidad cambiante las resoluciones judiciales se refiere.

Porque estamos en unos tiempos en los que ya no se requieren soluciones definitivas, inmutables, no adaptables o transformables. Porque “en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable, la norma jurídica también ha de contener respuestas contextuales y adaptativas”, sostiene García Rubio (2016) al reflexionar sobre sociedad líquida y codificación.

Otros ámbitos normativos del derecho de familia se ven también forzados a dar respuesta a la realidad líquida, como el de sucesiones. Al hilo del Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio sobre sucesiones, el catedrático Carrascosa González (2016) apunta, en relación a la última residencia habitual del causante, que considera clave en la aplicación de dicho Reglamento, que un tiempo cambiante repleto de relaciones líquidas “necesita una conexión también líquida que permita y potencie la libre circulación de las personas en la UE y en el mundo”. Y ello porque, argumenta y constata, las personas cambian con frecuencia de país, de residencia habitual, porque con frecuencia también cambian de familia, de cónyuge, de pareja, de ambiente, de trabajo, de intereses y de vida. “Una conexión fáctica y antiformalista facilita un comportamiento personal líquido en una sociedad líquida, un cambio veloz de país, de Ley aplicable y de tribunales competentes”, señala Carrascosa González (2016). Es decir, la naturaleza líquida de la sociedad trasciende a la vida del individuo y se proyecta en algo tan aparentemente sólido como es la sucesión, como apunta Orriols (2015) en su tesis doctoral en relación a la función social de la legítima (p. 347) metamorfoseada desde la inicial de una suerte de alimentos *post mortem* a la protección de los hijos fruto del primer matrimonio frentes de los del último.

Todo ello en un contexto líquido en el que todos estamos reemplazando, desechando, cambiando o innovando, con el riesgo, advertido por Bauman, de tratar los vínculos personales (sean estos afectivos, laborales o de cualquier índole) despreciándolos y abandonándolos cuando ya no sirven para nuestro interés particular. La jurista Ponce Alburquerque (2018) apunta al respecto que este fenómeno descrito por Bauman se ha desarrollado a la par de la realidad

virtual, que ha desplazado la cercanía espiritual de las personas y las ha enajenado en una vida impuesta por quienes manejan las tecnologías y los grandes capitales, con eclosión de valores como la belleza, la sensualidad, el éxito y la fama (p. 44).

Desde una perspectiva multidisciplinar, Quintero Velásquez (2013), profesora colombiana de Trabajo Social, sostiene que “las normas jurídicas deben integrar a los nuevos arreglos familiares mediante leyes de reconocimiento que incentiven la redistribución y los acuerdos cooperativos entre sus miembros” y recuerda que la legislación de familia, al igual que otras como especialmente la laboral, contribuye a la transformación de roles entre hombre y mujer. La doctrina colombiana, señala Quintero, ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios” (p. 97-98). Es lo que califica de “carácter maleable de la familia”, que, entendemos, es de naturaleza universal.

Todo lo precedente permite constatar que la persona que hoy se enfrente en España a un procedimiento de modificación de medidas, o simplemente valore instarlo, tendrá ante sí un auténtico cúmulo de indicadores de la naturaleza líquida de la sociedad, también en lo normativo, con una evidente disociación, un auténtico dilema, entre el código y el resultado de aplicarlo y transformarlo en resolución judicial. Es decir, las incertidumbres del mundo líquido en su máxima expresión.

Ello se traduce en que la precitada necesidad de que -en un mundo en el que todo es provisional, pasajero y maleable- las soluciones del sistema judicial no sean definitivas, sino que sean adaptables y transformables, pueda aparecer ante quién se enfrente a un procedimiento de modificación de medidas como el paradigma de la incertidumbre. Ni códigos, ni doctrinas, ni jurisprudencias pueden ser más que referentes; la naturaleza líquida de todo ello se combina, y retroalimenta, con un escenario fáctico también líquido y, en consecuencia, cambiante. Es la incertidumbre en estado puro; y líquido, por supuesto.

Nos dice Bauman (2015) que la instantaneidad, para él la anulación de la resistencia del espacio y la *licuificación* de la materialidad de los objetos, “hace que cada momento parezcan infinitamente espacioso, y la capacidad infinita significa que no hay límites para lo que puede extraerse de un momento... por breve y fugaz que sea” (pp. 133-134). Ello desde el convencimiento de que, en la sociedad líquida, el “corto plazo” ha reemplazado al “largo plazo” propio de la modernidad sólida y convertido la instantaneidad en ideal último.

Porque la incertidumbre en estado puro consustancial a cualquier procedimiento de modificación de medidas tiene también en la instantaneidad baumiana uno de sus elementos relevantes. En una sociedad líquida en la que todo es efímero el concepto instantaneidad no solo ha de barajarse para decidir el momento de iniciar un procedimiento de modificación de medidas, sino que esta instantaneidad, sin otra posible herramienta de control que el filibusterismo procesal, juega un papel decisivo en el momento en el que se juzga la pretensión modificativa¹⁹³.

Bauman (2015) considera que existe precariedad de las relaciones humanas, “más cargadas de expectativas pero más rudimentariamente institucionalizadas que nunca, y por lo tanto menos resistentes a las exigencias de esas expectativas”; se refiere igualmente a la “penosa situación de la responsabilidad recuperada, que navega peligrosamente entre los peñascos de la indiferencia y la coerción” (p. 55). Es obvio que si las relaciones humanas, *per se*, son precarias en este mundo líquido, más lo son cuando el único vínculo relacional residual lo constituye una obligación económica (por ejemplo, pensión compensatoria) o compartir la patria potestad o custodia de menores (o “menores-mayores”), con o sin pensión de alimentos, o disfrutar o padecer la atribución de uso de una vivienda.

¹⁹³ Ya hemos visto ejemplos de ello: modificaciones de medidas instadas porque los hijos han cambiado de custodia fáctica que, cuando llegan a juicio, la situación ya se ha revertido.

En un procedimiento de modificación de medidas esas más que precarias relaciones se escrutan y se utilizan para conseguir objetivos. Y, frecuentemente, los menores en medio del conflicto que azuza el procedimiento estando sometidos a un conflicto de lealtades¹⁹⁴ que los adultos son incapaces de gestionar, o incluso sintiéndose partícipes de lo que fue un procedimiento ante el JVSM¹⁹⁵.

Porque el derecho en su conjunto, y también el penal, está sometido a los tiempos cambiantes. Serrano Gómez (2010) utiliza términos baumanos para calificar la actual política criminal, legislación y proceso legislativo como “inseguros, cambiantes, irreflexivos, vertiginosos” y, de hecho, habla de una “legislación penal líquida” (p. 7).

En su obra póstuma, Eco (2016) advierte que el único modo de sobrevivir a la liquidez es, precisamente, ser conscientes que vivimos en una sociedad líquida que, para ser entendida y tal vez superada, exige nuevos instrumentos. La cuestión, según Eco, es que la política y en gran parte la *intelligentsia* no han comprendido todavía el alcance del fenómeno, lo que ha dejado a Bauman cual *vox clamantis in deserto*.

¹⁹⁴ A modo de ejemplo, la SAP Asturias Gijón-Sección 7ª de 25 de enero de 2018: “Marino está inmerso en un conflicto de lealtades que impide el establecimiento de dicho régimen de custodia [compartida], en tanto en cuanto no se solucione aquel, cuya superación exige un cambio de conducta en el actuar del progenitor (...), sin incidir en cuestiones que son propias del conflicto que mantiene con la madre, a quien desacredita gravemente y, a su vez, la madre debe también mantenerlo ajeno a tales conflictos en cuanto afectan negativamente al hijo común”.

¹⁹⁵ Así, la SAP Zaragoza-Sección 2ª de 6 de febrero de 2017: “Se extrae una relación muy conflictiva entre los progenitores. No hay comunicación entre ellos. Los menores se han visto involucrados en este conflicto y tratan de dar respuestas que satisfagan a ambos progenitores con el consiguiente sobre esfuerzo para ellos. Esta dinámica en las relaciones familiares no permite dar continuidad a las pautas educativas y rutinas de los menores en ambos entornos y sobretodo está afectando al estado emocional de los menores (...) la postura de los menores, está claramente mediatizada por el propio conflicto entre los progenitores, lo que les está causando un malestar emocional, que capta la perito psicóloga, y del que conviene sean apartados, incidiendo claramente en un conflicto de lealtades tratando de dar respuestas adecuadas a sus progenitores”.

Y entendemos que el legislador de familia forma parte clamorosa de esta *intelligentsia* refractaria a una realidad que, cual río de Heráclito, no permite imbuirse en ella sin asumir que, por cambiante, es inatrapable.

6. ELEMENTOS PROPOSITIVOS

Desde la constatación de que el procedimiento de modificación de medidas procesalmente configurado en el artículo 775 LEC constituye, de hecho, una antigualla jurídica para una sociedad que poco o nada tiene que ver con aquella en la que el legislador implementó el procedimiento, se aportan una serie de elementos propositivos o de *lege ferenda*.

De todos los indicadores cuantitativos y cualitativos barajados se infiere que el procedimiento de modificación de medidas, especificidad del derecho de familia, evidencia el divorcio entre el sistema creado por el legislador, y batido en el día a día por los tribunales, y la realidad de una sociedad líquida que sólo de forma parcial y displicente reconoce en su proceder mayoritario las instituciones configuradas por el legislador en un mundo sólido; propio de ese mundo fenecido era la excepcionalidad del matrimonio no canónico o de la formación de una familia sin vínculo jurídico, como también lo eran los indicadores socioeconómicos indicativos de un mundo sólido. Porque, en ningún caso, puede obviarse la dependencia e interrelación entre modelo de familia y estructura socioeconómica.

Así las cosas, del procedimiento de modificación de medidas destacamos, en cuanto a su configuración procesal, lo que entendemos constituyen sus tres grandes rémoras:

1. La premisa de la excepcionalidad del cambio de circunstancias de la que parte el procedimiento supone considerar, erróneamente, que los escenarios familiares son estables y ello conlleva obviar la realidad líquida con todas las consecuencias inherentes.
2. Constituye un procedimiento al menos tan lento, por complejo, y consecuentemente costoso económicamente para el justiciable, como unas primeras medidas (de separación, de divorcio o paternofiliales). Con el agravante de no contemplarse el equivalente a la vía del 771 LEC.
3. Desde la reforma de octubre de 2015 a lo precedente se suma la obligación de acudir al mismo tribunal que las dictó para modificar unas medidas, con lo de deslocalización sociológica y geográfica que ello puede suponer, con independencia del aumento de costes. Siempre que un elemento

internacional no permita evitarlo en aplicación de lo contemplado en el artículo 8 del Reglamento 2201/2003 del CE de 27 de noviembre.

Desde una perspectiva no estrictamente de configuración procesal, y sin pretensión de exhaustividad, el procedimiento de modificación de medidas:

1. Por la ambigüedad que permite su desarrollo, aporta incertidumbre y puede judicializar *ad aeternum* una situación, haciendo que la unidad familiar penda de ello. Esto unido a la ausencia de criterios uniformes respecto de la imposición de costas facilita utilizar el procedimiento como medio de acoso cuando no de suerte sofisticada de maltrato. El procedimiento incentiva su utilización torticera y el filibusterismo procesal.
2. En sentido contrario, esta ambigüedad puede llevar al mantenimiento de situaciones absurdas como consecuencia de las incertezas, sumadas a los costes, del procedimiento. Es decir, la incerteza y configuración del procedimiento actúan, o pueden hacerlo, como elemento disuasorio.
3. Desde una perspectiva propia de una realidad sólida, no contempla algo tan evidente como que los cambios se producen, incluso, con el procedimiento abierto, refugiándose en el mero hito que puede suponer el momento de interposición de la demanda.
4. Es reduccionista y aboca a abordar la realidad de forma maniquea desde el mismo momento del filtro previo que supone escrutar si hay o no hay cambio sustancial de circunstancias.
5. Es refractario, con base en el derecho sustantivo, a las nuevas realidades familiares y, especialmente, a las constelaciones familiares recompuestas, con lo que ello supone de cercenamiento de los derechos relacionales de los menores.
6. El conjunto de elementos puesto de manifiesto contribuye al mantenimiento de situaciones alejadas de la realidad y favorece la vigencia de resoluciones obsoletas, que constituyen un escenario coadyuvante de situaciones de abuso, cuando no directamente de maltrato.

7. Que una unidad familiar se rija por medidas caídas en la obsolescencia afecta directamente a los menores; y lo hace en múltiples dimensiones: relacional, habitacional, residencial, económica...

Con el objetivo de superar o simplemente mitigar los efectos perniciosos de lo expuesto, se aportan los siguientes elementos propositivos *versus lega data*:

- a) El procedimiento de modificación de medidas, por sus características y por las situaciones sobre las que incide, debe tramitarse de forma diferenciada a la prevista en el artículo 770 LEC. Y, a lo sumo, reservar esta vía para litigios sin menores y de componente primordialmente económico, como las que afectan a las pensiones compensatorias.
- b) Necesariamente la modificación de medidas debe ser un procedimiento más ágil y menos formalista (y en consecuencia menos costoso). Para ello pueden utilizarse diversas fórmulas, de aplicación conjunta o alternativa; entre ellas:
 - a. Tramitación de acuerdo con las reglas del juicio verbal sin las específicas contempladas en el artículo 770 LEC y arbitrando que la contestación a la demanda tenga, cuando así proceda y sin más, naturaleza y efectos de reconvención.
 - b. Eliminación de la posibilidad de medidas provisionales y, en contraposición, implementación de las medidas provisionales previas siguiendo el modelo del artículo 771 LEC que, si es preciso y está debidamente justificado, se pueden dictar *inaudita parte* en conexión con lo preceptuado en el artículo 158 CCiv si afectan a menores.
 - c. Incorporar del procedimiento social la necesidad de mediación previa, ante el órgano administrativo que corresponda, antes de la interposición de demanda (que no de solicitud de medidas provisionales previas).
 - d. También siguiendo el modelo de la ley de ritos de lo social, conciliación previa inmediata a juicio ante el letrado de la

Administración de Justicia, con el objetivo de buscar el acuerdo entre las partes sin la presencia del juzgador a efectos de hacer efectiva la negociación y en evitación de que la *litis* se prejuzgue.

- e. Atribución de la competencia al tribunal (sea de familia, de primera instancia o de violencia sobre la mujer) que corresponda al lugar de residencia de los menores, cuando los haya, siguiendo así lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 2201/2003 del CE de 27 de noviembre. Si no hay menores, estar a lo preceptuado en el artículo 769 LEC. Implementar fórmulas para que en el supuesto de que el tribunal que deba modificar las medidas no sea el que las dictó, reciba de éste los antecedentes y particulares necesarios.
 - f. Estar estrictamente a lo dispuesto en el artículo 394 y concordantes LEC en lo que a imposición de costas se refiere, en evitación de supuestos más o menos directos de acoso o filibusterismo procesal.
- c) Instauración de una revisión administrativa periódica, obligada y con audiencia de las partes y si procede por edad o madurez de los menores, de las sentencias de medidas que afecten a menores, y mientras éstos sean económicamente dependientes, con la posibilidad de mediación y elevación al órgano judicial correspondiente del acuerdo alcanzado a efectos de su homologación judicial. En las propias sentencias se establecerá, atendidas las circunstancias, la periodicidad de la revisión administrativa, de la que es preciso que la norma establezca plazos máximos y mínimos.

7. CONCLUSIONES

- I. El derecho de familia español es tributario de la tradición católica, conservadora y machista. El legislador de la transición contemporizó con estos planteamientos, que transpuso sustantivamente al actual marco legislativo, sin que la reforma de 2005, el desarrollo de los derechos territoriales o la vocación cuasi legisladora en materia de derecho de familia de la Sala Primera del Tribunal Supremo hayan logrado acercar la norma y su aplicación a las nuevas realidades sociales y actuales concepciones de las relaciones familiares, caracterizadas por la multiplicación de modelos y lo potencialmente efímero, por prevalencia de la voluntad, de estas relaciones.

- II. Con el procedimiento de modificación de medidas, el legislador pretendió que las medidas consensuadas o acordadas no perdieran conexión con la realidad que arbitran y lo diseñó desde la premisa de concepción excepcional del cambio de circunstancias. Ello no obstante, la naturaleza líquida de la sociedad, empleando la expresión acuñada por Bauman, ha convertido el procedimiento de modificación de medidas en una antiguala jurídica, impotente e incapaz de dar respuesta a las necesidades y expectativas cambiantes de quienes acuden, o son llamados, al procedimiento. Y ello tanto desde el aspecto procesal, por tiempos y costes, como desde la perspectiva sustantiva.

- III. La sociedad en la que el legislador, desde su torre de Ivori, diseñó el procedimiento de modificación de medidas poco o nada tiene que ver con la actual. Utilizando terminología baumiana, era un mundo sólido; y el actual es líquido, en el que se ha perdido certeza del derecho y en el que el principio de cosa juzgada se cuestiona y está en deflación. De forma paralela pero relacionada, se avanza hacia una codificación posmoderna en el orden mundial frente a la codificación nacional de la modernidad, que partía de un concepto del derecho técnico, abstracto y autoreferenciado.

- IV. Los procedimientos de modificación de medidas que llegan a los juzgados españoles son cada vez más numerosos y el incremento es sostenido desde la denominada crisis de 2008, pero debe inferirse, de la relación entre medidas y procedimientos de modificación, que las modificaciones *de facto* constituyen la mayoría y tienen lugar al margen del sistema. Mientras, y en contraposición, el número de acciones de divorcio o medidas paterno filiales es estable con tendencia a la baja, pese a prácticamente duplicar en número a los de modificación. En los procedimientos de modificación de medidas la conflictividad (entendida como forma de ingreso consensuada/no consensuada) es muy elevada en relación a los divorcios o medidas paterno filiales; *grosso modo*, mientras 8 de cada 10 procedimientos de modificación de medidas son conflictivos, la mitad de los divorcios y medidas paterno filiales no lo son. Pese a ello, se detecta un leve descenso de la conflictividad paralelo al incremento de número de procedimientos de modificación de medidas. En cualquier caso, existe una realidad familiar extramuros del sistema, lo que se evidencia tanto en el elevado número de medidas paterno filiales (indicador de las relaciones *more uxorio* con hijos) como por la constatación forense de que existe un gran porcentaje de medidas modificadas *de facto* por los implicados con mayor o menor grado de consenso para ello, apreciación coincidente con la elevada tasa de conflictividad de las acciones de modificación de medidas.
- V. Las modificaciones *de facto*, y aún en el supuesto de haber sido libremente consensuadas, generan inseguridad jurídica entre las partes con graves afectaciones hacia los menores, cuando los hay; si pensiones, atribuciones de uso de la vivienda o modelo relacional penden de una situación de hecho en contradicción con la de derecho, el escenario no sólo carece de la más mínima seguridad jurídica sino que amenaza de forma permanente, cuando no rompe directamente, el principio de equidad relacional. Y a esas

modificaciones por la vía de los hechos aboca la actual configuración del procedimiento.

- VI. La torpeza del legislador ha provocado que los procedimientos de modificación de medidas sean caros y lentos, tanto como un divorcio o primeras medidas, cuando no más. Además, no se prevé, en modificación de medidas, una acción equiparable a las medidas provisionales previas a la demanda del artículo 771 LEC de la que pueda surgir en breve plazo una solución arbitrada a una situación difícil. A mayor abundamiento, y en contradicción con el legislador europeo, la modificación de medidas debe radicar en el tribunal que dictó las medidas, lo que en muchas y crecientes ocasiones supone deslocalizar social y geográficamente el procedimiento y lo aleja del contexto de los menores, cuando los hay.

- VII. Los fenómenos propios de la sociedad líquida descritos por Bauman (cambios de residencia, subsunción de las clases medias o profesionales en el precariado, relaciones en las que el amor es la única ancla, la reconstitución de familias...) constituyen los principales motivos de las acciones de modificación de medidas, que se concretan en peticiones de cambio de modelo o despliegue de custodia, de revisión o extinción de las pensiones o de cambio de residencia de los menores, entre otras. Junto a ellos, los nuevos y sucesivos criterios jurisprudenciales del TS o las normas de derecho propio, que son pretendidas respuestas a los fenómenos precitados, son generadores de acciones de modificación de medidas.

- VIII. Ni procesal ni sustantivamente se contempla en el procedimiento de modificación de medidas, como prácticamente en el resto del derecho de familia, el fenómeno de las constelaciones familiares recompuestas, lo que puede privar a los menores de un marco relacional para ellos vital como

consecuencia de una modificación de medidas en la que se ignore, por motivos de filiación estricta, su esencialidad y centralidad en el flujo de relaciones.

- IX. Es necesaria una revisión a fondo del procedimiento de modificación de medidas si se pretende que pueda mínimamente cumplir la función de mantener adecuadas las medidas en vigor con la realidad. Para ello hay que diseñar un procedimiento específico, que deje de considerar la variación de circunstancias como algo excepcional, que sea más ágil y que contemple e interactúe, cuando se afecte a menores, con la revisión administrativa de oficio de la vigencia e idoneidad de las medidas en vigor. Y con aplicación del criterio del vencimiento objetivo en materia de costas para mitigar tanto la temeridad como la pasividad por situación de ventaja.

- X. El procedimiento de modificación de medidas permite visualizar de forma extrema la incapacidad del derecho de familia para dar respuesta a las realidades consecuencia de la naturaleza líquida de la sociedad, incapacidad que para Eco es extensiva por afectar al conjunto de la política, y con ella al legislador, y a gran parte de lo que el pensador italiano denomina *intelligentsia*, lo que no hace más que constatar la incompreensión del hecho enunciado por Bauman: vivimos en una sociedad líquida; entenderla y tal vez superarla exige nuevos instrumentos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Águeda Rodríguez, Ricardo Miguel (2012). *Aspectos Civiles de la ley Integral de Violencia de Género*. Sevilla: Hispalex.
- Álvarez Undurraga, Gabriel Bernardo (2002). *Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva*. Santiago: Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Abella Bermejo, Rafael (1985). *La vida cotidiana en España bajo el régimen de Franco*. Barcelona: Argos Vergara.
- Adorno, Theodor W. y Horkheimer, Max (1969). *La sociedad. Lecciones de sociología*. Buenos Aires: Proteo.
- Agencia Tributaria (s.f.). *Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias*. Recuperado de https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/datosabiertos/catalogo/hacienda/Mercado_de_Trabajo_y_Pensiones_en_las_Fuentes_Tributarias.shtml
- Agencia Tributaria (s.f.). *Movilidad del mercado de trabajo en las fuentes; geográfica*. Recuperado de http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/mmt/2014-2015/home_parcialf7e71e54f1c1793a21a104d34bf03151ba18590dd.html
- Aguilera Arilla, María José y González Yacer, María Pilar (2003). El divorcio en España tras 22 años de su legalización. *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, 117-130.
- Ajenjo Cosp, Marc y García Saladrigas, Núria (2016). Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (155), 3-20.
- Alberdi Alonso, Inés (1979). *Historia y sociología del divorcio en España*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Alonso Pérez, Mariano (2011). La familia y el Derecho de Familia. En M. Yzquierdo y M. Cuenca (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. 1). Cizur Menor: Aranzadi.

Arenal de Ponte, Concepción (1869). *La mujer del porvenir*. Madrid: Félix Perié.

Arias, Juan (30 de septiembre de 1980). *Italia 1970-1976: la batalla del divorcio*.

Arranz Freijo, Enrique et al.(2010). Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil. *Infancia y Aprendizaje: Journal for the Study of Education and Development* (4), 503-513.

Ascarza, Victoriano (1901). *La niña instruida. Fisiología e Higiene*. Madrid: El Magisterio Español.

Badiola Díez, Ramón (2013). *Ley de Enjuiciamiento Civil* (3ª ed.). Madrid: Dykinson.

Barbosa Moreira, José Carlos (2004). Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Rev. de Dir. Proc. Civil. Curitiva* (34), 729 y ss.

Basset, Úrsula C. (2015). La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín. *Revista Código Civil y Comercial*, 103.

Bauman, Zygmunt (2001). *La sociedad individualizada*. Madrid: Cátedra.

Bauman, Zygmunt (2003). *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Madrid: Siglo XXI.

Bauman, Zygmunt (2005). *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Bauman, Zygmunt (2006). *Vida líquida*. Madrid: Paidós.

Bauman, Zygmunt (2010). *Miedo líquido*. Barcelona: Paidós.

- Bauman, Zygmunt (2010). *Mundo consumo: Ética del individuo en la aldea global*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2011). *44 cartas desde el mundo líquido*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2013). *El arte de la vida*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2013). *Vidas desperdiciadas*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2014). *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2014). *¿Para qué sirve realmente un sociólogo?* Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt (2015). *Modernidad líquida* (Primera reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Zygmunt (2017). *Retrotopía*. Barcelona: Arcadia.
- Bauman, Zygmunt y Bordoni, Carlo (2016). *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt y Donskis, Leonidas (2015). *Ceguera moral*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt y Lyon, David (2015). *Vigilancia líquida*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Zygmunt y Mauro, Ezio (2015). *Babel*. Barcelona: Viena Edicions.
- Beceril, Diego y Venegas, Mar (coords) (2017). *La custodia compartida en España*. Madrid: Dykinson.
- Berizonce, Roberto Omar. (2009). La "relatividad" de la cosa juzgada y sus nuevos confines. En J. Vázquez Sotelo, *Rigor doctrinal y practica forense: liber amicorum*. (pp. 197-222). Barcelona: Atelier.
- Cabezuelo Arenas, Ana Laura (2002). *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil : estudio jurisprudencial y doctrinal*. Cizar Menor: Aranzadi.

- Campo Izquierdo, Ángel-Luis. (2014). El proceso judicial de modificación de medidas. *El Derecho.com*. Madrid. Recuperado el 8 de noviembre de 2015, de www.elderecho.com
- Capdevila Planiura, Carles (2015). *Entendre el món*. Barcelona: Arcàdia.
- Carrascosa González, Javier (2016). El Reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio. Algunos aspectos prácticos. Madrid: Sepín.
- Carreras Marañás, Juan Miguel (2013). El cambio de domicilio del progenitor custodio. Problemas sustantivos y procesales. En AEAFA, *Jurisdicción de Familia. XX años* (pp. 189-248). Madrid: Dykinson.
- Castillejo Manzanares, Raquel (2007). *Guarda y custodia de hijos menores Las crisis matrimoniales y de parejas hecho Procesos declarativos especiales en la LEC*. Madrid: La Ley.
- Castro Martín, Teresa y Seiz Puyuelo, Marta (2014). *La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica*. Madrid: Fundación Foessa.
- Centro de Estudios Sociológicos (CIS). (2014). *Opiniones y actitudes sobre la familia (II)*, num. 3032.
- Cerdà Subirachs, Joan (2016). Sociedad líquida y modificación de medidas. *Revista Abogados de Familia* (79), 7-18.
- Chatzistavrou, Filippa (2005). *L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit*. Recuperado de <http://journals.openedition.org/leportique/591>
- Chethik, Morton (1987). Children and Divorce. The negative identification. *Journal of Divorce* (10), 121-138.
- Chiovenda, Giuseppe (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil* (Vol. II). Madrid: Reus.

Chiovenda, Giuseppe (1933). *Istituzione di diritto processuale* (Vol. I). Nápoles: Jovene.

Chiovenda, Giuseppe (1998). *Curso de derecho procesal civil*. México.

Comunicación Poder Judicial. (2016). XXVI Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España. *Conclusiones*. Recuperado en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Conclusiones-de-las-XXVI-Jornadas-Nacionales-de-Juezas-y-Jueces-Decanos-de-Espana>

Consejo General del Poder Judicial. (2018). *Divorcios, Separaciones y Nulidades ingresados desde 2007 hasta cuarto trimestre de 2017*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios/>

Consejo General del Poder Judicial. (2017). *Estadísticas*. Recuperado en <http://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/JVM/Años%20anteriores/Año%202017/Evoluciones%20Tercer%20Trimestre%202017.xls>

Consejo General del Poder Judicial. (s.f.). *Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia*. Recuperado el julio de 2017, de <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/EN%20PORTADA/20130723%20Memoria%20explicativa%20mayo%20%202013%20definitiva.pdf>

Consuelo Colom, María y Cruz Moles, María (1998). Un análisis sobre el gasto en servicios de vivienda en España. *Estadística española* (40), 147-148.

Corral Talciani, Hernán (1992). Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el Derecho civil. *Revista chilena de Derecho*, 19 (1), 35-52.

Cortes-Cavanillas, Julián (7 de febrero de 1969). Primer paso adelante de una posible Ley de divorcio. *ABC*, p. 23.

Cómitre Couto, Carlos y Ordóñez Pérez, Ana Belén (2012). *La modificación de medidas tras la separación o divorcio. Respuesta de los tribunales en época de crisis*. Marbella: La Ley 57.

Daza Martínez, Jesús (1992). La Ley de Divorcio de 1932. Presupuestos ideológicos y significación política. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* (1), 163-175.

De Cossio Corral, Alfonso (1948). La potestad marital. *Anuario de Derecho Civil* (1), 13-45.

De Pablo Masa, Antonio (1976). La familia española en cambio. En F. Foessa, *Estudios sociológicos sobre la situación social en España, 1975* (pp. 345-405). Madrid: Euramerica.

De Sousa Santos, Boaventura (2006). La Sociología de las Ausencias y la Sociología de las Emergencias: para una ecología de saberes. En B. De Sousa, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social* (pp. 13-41). Buenos Aires.

De Verda Beamonte, José Ramón (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho Español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (3-bis), 9-43.

Del Fresno García, Miguel (2008). *Familia y cambio social: entre la adaptación y la transformación de la institución familiar*. Madrid: UNED. Departamento de Sociología III. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.

Departamento Prensa INE. (2016). En 2015 hubo 96.562 divorcios, un 4,2% menos que en el año anterior. *Nota de prensa*. Recuperado en <http://www.ine.es/prensa/np990.pdf>.

- Derrida, Jaques (2009). Familias desordenadas. En J. Derrida y É. Roudinesco, Y *mañana que...* (pp. 43-55). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Díaz Ripollés, José-Luis (2004). *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1996). La cláusula rebus sic stantibus. *Cuadernos de Derecho judicial*(26), 684-685.
- Díez-Picazo, Luis (1992). Codificación, Descodificación y Recodificación. *Anuario de Derecho Civil*(2), 473-484.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio (2005). *Sistema de Derecho Civil, IV*. Madrid: Tecnos.
- Dominguez Luelmo, Andrés (2007). La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2015 y sus repercusiones en el Derecho civil. *Revista jurídica de Castilla y León* (13), 53-111.
- Eco, Umberto (1990). *Cómo se hace una tesis*. Barcelona: Gedisa.
- Eco, Umberto (2016). *De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera*. Barcelona: Lumen.
- El primer divorciado, a punto de jubilarse. (16 de octubre de 1981). *La Vanguardia*, p. 1. Recuperado en <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1981/10/15/pagina-27/32929259/pdf.html>.
- Eurostat (2017). Estadísticas sobre vivienda. Recuperado de Eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es#Asequibilidad_de_la_vivienda
- Fariña, Francisca y Arce, Ramón (2006). El papel del psicólogo en casos de separación o divorcio. En J. Sierra, E. Jiménez y G. Buéla-Casals, *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones* (p. 246-271). Madrid: Biblioteca Nueva.

Fernández Ordóñez: "Negociaré una ley de divorcio aceptable por todos". (9 de septiembre de 1980). *El País*. Recuperado de http://elpais.com/diario/1980/09/09/espana/337298419_850215.html.

Flors Maties, José, Montero Aroca, Juan y Arenas García, Rafael (2006). *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*. Valencia: Tirant lo Blanc.

Forcada Miranda, Francisco Javier (2017). *¿Cabría declarar extinguida la pensión alimenticia desde la fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas por no necesidad del alimentista?*. Recuperado el 20 de octubre de 2017, de <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=10&referencia=SP%2FDOCT%2F22919&cod=0JP1T10GC0FF1%2Fq0GC0FP1yA0VN0Fa17P0H009P1ei1zf07a1vk1DP07P1dF01X05u1%3DO1DT0Ha17U0HC0Fa1C501b0Fk1C51Dj0Fa1Mt2A00Ha1Aa1Dg0Fa1Mv0GL0G%5F0yg01%2D0FG0OI0Ge0GB07p0X>

García Rubio, María Paz (2016). Sociedad líquida y codificación. *Anuario de derecho civil*, 69(3), 743-780.

García Rubio, María Paz (2017). Codificar el derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida. En M. D. Gramunt y C. E. Florensa (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (pp 43-62). Madrid: Dykinson.

García Rubio, María Paz (2017). Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. En M. Gramunt y C. E. Florensa (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Madrid: Dykinson.

Garzón Pérez, Adela (2014). Cambios políticos y sociales de la familia. *Psicología Política* (49), 27-57.

Gete-Alonso Calera, María del Carmen y Solé Resina, Judith (2014). Mujer y Patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad). *Anuario de Derecho Civil* (67), 765-879.

- Gete-Alonso Calera, María del Carmen y Solé Resina, Judith. (2015). *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Gil Membrano, Cristina (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: Reus.
- González Olleros, José (2009). *Competencia territorial en procesos especiales*. Madrid: Sepín.
- González Sánchez, Julián Ángel (2009). *Efectos de la crisis matrimonial. 414 preguntas y respuestas*. Madrid: Sepín.
- Guerra Pérez, Miguel (2013). *Procedimientos matrimoniales: alternativa a la modificación de medidas y a la ejecución ante el cambio de circunstancias. Top jurídico. Familia y sucesiones*. Madrid.
- Gómez Pomar, Fernando (2015). *Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España*. En M. C. Cazorla (coord.) y E. Roca (dir.), *Codificaciones del derecho privado en el S. XXI* (pp. 115-117). Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Hernández Espino, Fernando (2017). *La custodia compartida, desde la excepcionalidad a su normalización, sin retrotraer ya el enjuiciamiento al pasado*. En AEAFA, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga* (pp. 119-127). Madrid: AEAFA.
- Hernández-Claverie, Mercedes (2017). *Evolución de la situación jurídica de la guarda y custodia de los hijos*. En AEAFA, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga* (pp. 143-149). Madrid: Libertas Ediciones.
- Hijas Fernández, Eduardo (2009). *Los procesos de familia: una visión judicial*. Madrid: Colex.
- Instituto Nacional de Estadística. (2015). *Nulidades, separaciones y divorcios. Valores absolutos y variaciones internuales*. Recuperado en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>

Instituto Nacional de Estadística INE. (s.f). *Cifras de población*. Recuperado el julio de 2017, de <http://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=1894&capsel=1900>

King, Gary; Keohane, Robert y Verba, Sidney (2000). *El diseño de la investigación social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*. Madrid: Alianza Editorial.

Klima, Ivan (2007). *Amor y basura*. Barcelona: Acantilado.

La Spina, Encarnación (2011). *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.

Labour Costs. (s.f.). Recuperado el diciembre de 2016, de Eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/labour-market/labour-costs>

Larumbe Gorraitz, María Ángeles (2004). *Las que dijeron no. Palabra y acción del feminismo en la Transición*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1974). *Derecho de Familia*. Barcelona: Librería Bosch.

Lezcano Escudero, Ricardo (1979). *En divorcio en la II República*. Torrejón de Ardoz: Ediciones Akal.

Lizarraga Vizacarra, Isabel (2001). Libertad (1931), de María Martínez Sierra: la mujer española frente al Código Civil. En J. Aguilera (coord.), *María Martínez Sierra y la República* (pp. 15-34). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.

Llamas Pombo, Eugenio (2009). *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: La Ley.

Lobo, Ramón (6 de julio de 2017). España, un extravío ético. *Infolibre*.

- Lorente, Raimunda de Peñafort y Arbulo Rufrancos, Begoña (2002). El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* (2-3), 109-124.
- Luna Serrano, Agustín (2015). *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Madruga Torremocha, Isabel (2006). *Monoparentalidad y política familiar*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- Magro Servet, Vicente (2009). *Violencia doméstica y de género. 377 preguntas y respuestas*. Madrid: Sepín.
- Maldonado y Fernández de Torco, José (1954). La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil. *Anuario de Derecho Civil* (1), 149-166.
- Marín de Espinosa Ceballos, Elena B. (2014). *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Matilla Quiza, María Jesús (2001). María Lejárraga y el asociacionismo femenino. 1900-1936. En J. Aguilera (coord.), *María Martínez Sierra y la República* (págs. 83-101). Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.
- Ministerio de Sanidad. (s.f.). *Violencia de Género*. Recuperado el 9 de enero de 2018 de <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es>
- Molins García-Atance, Emilio y Ferrer Andrés, Manuel (2013). Dos años de custodia compartida en Aragón. *Actas del los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (pp. 295-310). Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- Monco Rebollo, Beatriz y Rivas Rivas, Ana María (2007). La importancia de 'nombrar'. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas. *Gazeta de Antropología*, 23.

- Montero, Mercedes (2010). Los primeros pasos hacia la igualdad: mujer y universidad en España (1910-1936). *Historia crítica* (40), 148-168.
- Monzón Navarro, José Miguel (2016). *De rodillas, Monzón*. Barcelona: Planeta.
- Moreno Florez, Rosa María (2018). *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*. Madrid: Dykinson.
- Módenes, Juan A. y López Colas, Julián (2014). Cambio demográfico reciente y vivienda en España: ¿hacia un nuevo sistema residencial? *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (148), 103-134.
- Muñoz Molina, Antonio (2013). *Todo lo que era sólido*. Barcelona: Seix Barral.
- Nash, Mary (1983). *Mujer, familia y trabajo en España, 1875-1936*. Barcelona: Anthopos.
- Navarro López, Manuel (2004). Los jóvenes y la familia. *Arbor* (702), 377-400.
- Navarro, Vicenç; Torres López, Juan y Garzón Espinosa, Alberto (2011). *Hay alternativas*. Madrid: Sequitur.
- Navas Navarro, Susana (2015). La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de familia y de sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho). En Lidoa Arnau Raventós y María Luisa Zahino Ruiz, *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (pp. 178-ss.). Madrid: Marcial Pons.
- Nelken Mansberger, Margarita (1931). *La mujer ante las Cortes Constituyentes*. Madrid: Editorial Castro.
- Niñerola Giménez, Isidro (2017). Hablemos de alimentos. En Asociación Española de Abogados de Familia, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga* (pp. 235-249). Madrid: Libertas Ediciones.
- Noack, Turid; Bernhardt, Eva y Wiik, Kenneth Aarskaug (2014). Cohabitation or Marriage? Contemporary Living Arrangements in the West 16. En Angela

Abela y Janet Walker, *Contemporary Issues in Family Studies. Global Perspectives on Partnerships. Parenting and Support in a Changing World*. Oxford: Wiley-Blackwell.

¿Cuándo tendremos las españolas la satisfacción de ser remididas en dicho Código? (1931). *Mundo Femenino* (74), 1.

Ordoñez Pérez, Ana Belen (2015). *La modificación de medidas tras la separación o divorcio*. Marbella: Ley 57.

Orriols García, Santiago (2015). *El judici de petició de llegítima*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona Edicions.

Pemán Pemartín, José María (26 de diciembre de 1970). El divorcio, el agua y el vino. *ABC*, p. 3.

Pereda Gámez, Francisco Javier (2016). La problemàtica de la guarda del fills. Compartida, individual, altres opcions. El canvi d'una a una altra. En *El Dret de Família s'adapta als temps* (p. 21). Barcelona: Societat Catalana d'Advocats de Família (SCAF).

Pérez Martín, Antonio-Javier (2000). *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona*. Cizur: Aranzadi.

Pérez Martín, Antonio-Javier. (2007). *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales* (1ª edición ed.). Valladolid: Lex Nova.

Pérez Martín, Antonio-Javier (2016). Últimas reformas legislativas y su incidencia en el Derecho de Familia. En Asociación Española de Abogados de Familia, *Más reformas. Nuevos retos* (p. 264). Madrid: Sepín.

Pérez, Conesa Carmen (2006). *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*. Madrid: Dykinson.

Pinto Andrade, Cristóbal (2017). *Las familias reconstituidas en la práctica judicial*. Barakaldo: Cristóbal Pinto.

- Ponce Alburquerque, Johanna (2018). *Familia, conflictos familiares y mediación*. Madrid: Reus.
- Puigcerver Asor, Cristóbal (2017). El mecanismo de segunda oportunidad. En Asociación Española de Abogados de Familia, *Una mirada realista. Ponencias del XXIV encuentro de la AEAFA* (pp. 129-164). Madrid: Sepín.
- Pujol, Purificación (2010). El notario como testigo en el procedimiento civil. *El notario del siglo XX I*(30).
- Pujol Capilla, Purificación y Sánchez Alonso, Marta (2013). *Manual de actuaciones en Sala. Técnicas prácticas de los procesos de familia*. Madrid: La Ley.
- Querol, Ricardo (9 de Enero de 2016). Zygmunt Bauman: "Las redes sociales son una trampa". *Babelia - El País*.
- Quinteto Velasquez, Ángela María (2013). La familia según un enfoque de convergencia: diversidad familiar, género y sexualidad. *Katharsis* (15), 89-111.
- Raffini, Luca (2014). Quando la Generazione Erasmus incontra la Generazione Precaria. La mobilità transnazionale dei giovani italiani e spagnoli. *OBETS. Revista de ciencias sociales* (1), 139-165.
- Requena Diez de Revenga, Miguel (2002). Juventud y dependencia familiar en España. *Estudios de juventud* (58), 10-23.
- Ribot Igualada, Jordi (2016). La guarda compartida: estadística i balanç de les reformes. En SCAF, *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala*. Barcelona: SCAF.
- Riezu, Jorge (2007). *La concepción moral en el sistema de Augusto Comte* (Segunda ed.). Salamanca: San Esteban.
- Rincón, Reyes (20 de octubre de 2014). El excónyuge que entra en prisión debe pagar la pensión de alimentos. *El País*. Recuperado de

https://elpais.com/politica/2014/10/20/actualidad/1413803695_551816.html.

Roca Trias, Encarna (1999). *Familia y cambio social*. Madrid: Civitas.

Roca Trias, Encarna (2006). Familia y Constitución. En *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (10), 207-228.

Roca Trias, Encarna (2016). Entre l'avenç científic i la protecció del drets humans: sempre la protecció del l'interès del menor. En Societat Catalana d'Advocats de Família, *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala*. Barcelona: SCAF.

Romero Coloma, Aurelia María (2011). *La guardia y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*. Madrid: Reus.

Rusell, Betrand (1930). *Vieja y nueva moral sexual*. (M. Azaña, trad.) Madrid: España.

Sánchez, Á. (2005). La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. *Anales del Derecho* (23), 129-142.

Salvador Coderch, Pablo (2009). *InDret. Revista para al análisis del Derecho* (4).

Sanz Caballero, Susana (2006). *La familia en perspectiva internacional y europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Scanlon, Geraldine (1986). *La polémica feminista en la España contemporánea, 1868-1974*. Torrejón de Ardoz: Ediciones Akal.

Seijas Quintana, José Antonio (2016). Nuevas relaciones de familia. En *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala* (p. 344). Barcelona: Societat Catalana d'Advocats de Família.

- Seisdedos Muiño, Ana (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (3-bis), 145-163.
- Sepín, Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones. (Mayo de 2009). El progenitor que ostenta la guarda y custodia, conforme a las normas de nuestro Código Civil, ¿puede trasladarse con su hijo menor a otro Estado sin autorización del otro progenitor? *Encuesta Jurídica. Mayo 2009*.
- Sepín, Departamento Jurídico de Familia y Sucesiones. (Diciembre de 2014). Ante el posible traslado de un menor fuera de España por uno de sus progenitores, ¿debe acudir a la vía del art. 156.2 CC, o es necesario seguir un procedimiento de modificación de medidas para que pueda llevarse a cabo? *Encuesta Jurídica. Diciembre 2014*.
- Serra Dominguez, Manuel (1981). Comentario al artículo 1252 del Código Civil. En Manuel Albadalejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Vols. XVI-2). Madrid: Edersa.
- Serrano Gómez, Alfonso (2010). Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Simó Noguera, Carles, Castro Martín, Teresa y Soro Bonmatí, Asunción (2005). The Spanish case: The effects of the globalization process on the transition into adulthood. En H. P. Blossfeld et al (eds.), *Globalization, Uncertainty and Youth in Society*. New York: Routledge.
- Solé Resina, Judith (2016). Interés del menor y guarda. Perspectivas de futuro. En Societat Catalana d'Advocats de Família, *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala* (pp. 283-294). Barcelona: SCAF.
- Tamborero, Ramón (2011). Guarda y custodia. Plan de parentalidad. En A.J. Pérez, *La nueva regulación del derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*. Madrid: Dykinson.

- Théry, Irène (2002). Le tems des recompositions. En J.F. Dortier, *Families. Permanences et métamorphoses* (pp. 55-62). Auxerre Cedex: Éditions Sciences Humaines.
- Théry, Irène y Leroyer, Anne-Marie (2015). *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. París: Ministère de la Famille.
- Valls Taberner, Fernando (1939). *Reafirmación espiritual de España*. Barcelona: Juventud.
- Veintinueve demandas de divorcio en el día de entrada en vigor de la ley. (11 de agosto de 1981). *La Vanguardia*, p. 15. Recuperado de <http://hemeroteca-paginas.lavanguardia.com/LVE08/HEM/1981/08/11/LVG19810811-015.pdf>.
- Venegas, Mar y Lozano, Antonio (2017). El contexto social y jurídico de la custodia compartida. En Venegas, M. y Becerril, D. (coords.) *La custodia compartida en España*. Madrid: Dykinson.
- Witker, Jorge (1986). *Cómo elaborar una tesis en Derecho*. Madrid: Editorial Civitas.
- Woods, Judith (21 de Septiembre de 2012). The lawyers who loved, loathed, divorced and face a crippling legal bill. *The Telegraph*. Recuperado de <http://www.telegraph.co.uk/news/earth/greenpolitics/legal/9555517/Kavanagh-case-The-lawyers-who-loved-loathed-divorced-and-face-a-crippling-legal-bill.html>.
- Ya hay divorcio en España. (23 de julio de 1981). *La Vanguardia*, p. 1. Recuperado de <http://hemeroteca-paginas.lavanguardia.com/LVE08/HEM/1981/06/23/LVG19810623-003.pdf>.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Cizur: Aranzadi.

Zénati-Castaing, Frédéric (2011). L'avenir de la codification. *Revue internationale de droit comparé*, 63 (2), 355-384.

ANEXO I. ÍNDICE DE LEYES CITADAS

Unión Europea. Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo Europeo de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000

Unión Europea Reglamento (UE) 650/2012 de 4 julio 2012 relativo a Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones, Aceptación y Ejecución de Documentos Públicos en materia de Sucesiones Mortis Causa y a la Creación de un Certificado Sucesorio Europeo.

España. Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870

España. Código Civil

España. Constitución Española de 1931, artículo 43

España. Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932

España. Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al Divorcio, Boletín Oficial del Estado (5 de octubre de 1939)

España. Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1939 (artículo II.1)

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado 157 § 12666 (1985)

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado 313 § 21760 (2004)

España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado 175 § 8222 (2015)

España. Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil. Boletín Oficial del Estado 99 (1958)

España. Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa. Boletín Oficial del Estado 156 (1967)

España. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado 172 § 16216 (1981)

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado 2000 § 323 (2000)

España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado 164 § 13813 (2003)

España. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado 163 § 11864 (2005)

España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado 158 § 7391 (2015)

España. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Boletín Oficial del Estado 180 § 8469 (2015)

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado 180 § 8470 (2015)

España. Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado 239 § 10727 (2015)

España. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Boletín Oficial del Estado 51 § 2109 (2015)

Aragón. Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Boletín Oficial del Estado 151 § 9888 (2010)

Catalunya. Ley 25/2010, de 26 de julio, del libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia. Boletín Oficial del Estado 203 § 13312 (2010)

Navarra. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Boletín Oficial del Estado 87 § 6554 (2011)

Valencia. Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Boletín Oficial del Estado 98 § 7329 (2011)

País Vasco. Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Boletín Oficial del Estado 176 8275 § (2015)

ANEXO II. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^o), de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-499/15 de 15 de febrero de 2017

Tribunal Constitucional

Sentencia Tribunal Constitucional 54/1997 de 17 de marzo

Sentencia Tribunal Constitucional 8/2005 de 17 de enero

Sentencia Tribunal Constitucional 120/2007 de 21 de mayo

Sentencia Tribunal Constitucional 89/2011 de 6 de junio

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1957

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre 1959

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre 1959

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre 1961

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1967

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 11 de febrero de 1985. Id Cendoj 28079110011985100444

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 2 de diciembre de 1987. Id Cendoj: 28079110011987101220

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 22 de abril de 1997. Id Cendoj: 28079110011997102237

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 1 de marzo de 2001. Id Cendoj: 28079110012001101467

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 10 de febrero de 2005. Id Cendoj 28079110012005100071

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 3 de octubre de 2008. Id Cendoj: 28079110012008100877

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de junio de 2011. Id Cendoj: 28079110012011100443

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 14 de julio de 2011. Id Cendoj: 28079110012011100346

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de octubre de 2011. Id Cendoj: 28079110012011100695

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 26 de octubre de 2012. Id Cendoj: 28079110012012100608

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de octubre de 2011. Id Cendoj: 28079110012011100722

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 24 de noviembre de 2011. Id Cendoj 28079110012011100828

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2012. Id Cendoj: 28079110012012100745

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de abril de 2013. Id Cendoj: 28079110012013100223

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 24 de octubre de 2013 Id Cendoj: 28079110012013100572

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 13 de noviembre de 2013. Id Cendoj: 28079110012013100633

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 10 de febrero de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100099

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 20 de febrero de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100105

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 26 de marzo de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100137

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 26 de marzo de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100141

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 26 de marzo. Id Cendoj: 28079110012014100170

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de junio de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100324

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 10 de octubre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100524

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 14 de octubre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100484

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 15 de octubre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100490

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) 4072/2014 de 20 de octubre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100504

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 15 de noviembre. Id Cendoj: 28079110012014100641

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 18 de noviembre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100582

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 11 de diciembre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014100648

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 12 de febrero de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100059

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 2 de marzo de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100085

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 16 de junio de 2015. Id Cendoj: 28079149912015100034

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 26 de junio de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100334

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 9 de septiembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100445

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 10 de septiembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100471

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de octubre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100571

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 17 de noviembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100675

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100645

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de diciembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100724

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de diciembre de 2015. Id Cendoj: 28079110012015100738

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 28 de enero de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100008

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 11 de febrero de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100050

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de febrero de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100080

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 3 de marzo de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100114

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 17 de marzo de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100178

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 18 de marzo de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100179

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 13 de abril de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100238

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 3 de junio de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100356

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100550

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2016. Id Cendoj: 28079110012016100711

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 19 de enero de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 1 de febrero de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100056

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 28 de febrero de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100124

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 12 de mayo de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100292

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 21 de junio de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100377

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 20 de julio de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100451

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 2 de octubre de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100501

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 15 de octubre de 2017. Id Cendoj: 28079110012017100546

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 15 de marzo 2018. Id Cendoj: 28079110012018100142

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 10 de octubre de 2001. Id Cendoj: 28079110012001200703

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 24 de octubre de 2002. Id Cendoj 28079110012002202842

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 11 de febrero de 2003.
Id Cendoj 28079110012003204109

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 28 de febrero de 2005.
Id Cendoj 28079110012005204387

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) 4985/2013 de 28 de mayo de 2013. Id Cendoj 28079110012013201627

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 11 de noviembre de 2014. Id Cendoj: 28079110012014202427

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de enero de 2016.
Id Cendoj: 28079110012016200158

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 24 de febrero de 2016.
Id Cendoj: 28079110012016200436

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 30 de marzo. Id Cendoj:
28079110012016200852

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 27 de junio de 2016.
Id Cendoj: 28079119912016200005

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil-Sección 1ª) de 14 de junio de 2017.
Id Cendoj: 28079119912017200010

Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal-Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2011. Id Cendoj: 50297310012011100016

Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal- Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2011. Id Cendoj 08019310012011100064

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal- Sección 1ª) de 20 de marzo de 2014. Id Cendoj: 08019310012014100027

Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña-Sección 4ª de 27 de septiembre de 2012. Id Cendoj: 15030370042012100411

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña-Sección 3ª de 4 de julio de 2014. Id Cendoj 15030370032014100176

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña-Sección 3ª de 29 de enero de 2015. Id Cendoj: 15030370032015100027

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña-Sección 4ª de 2 de diciembre de 2015. Id Cendoj: 15030370042015100390

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña-Sección 4ª de 5 de noviembre de 2016. Id Cendoj: 15030370042016100304

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete-Sección 1ª de 2 de marzo de 2017. Id Cendoj: 02003370012017100066

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante-Sección 7ª de 24 de febrero de 2003. Id Cendoj: 03014370072003100041

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias-Sección 7ª de 26 de abril de 2010. Id Cendoj: 33024370072010100265

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias-4ª de 201/2013 de 18 de enero. Id Cendoj: 33024370072013100021

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias-Sección 7ª de 29 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 33024370072016100339

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias-Sección 6ª de 20 de febrero de 2017. Id Cendoj: 33044370062017100049

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Gijón-Sección 7ª de 25 de enero de 2018. Id Cendoj: 33024370072018100035

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz-Sección 2ª de 6 de abril de 2017. Id Cendoj: 06015370022017100118

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 27 de julio de 1998. Id Cendoj: 08019370121998100730

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 9 de octubre de 1998. Id Cendoj 08019370181998100018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 30 de septiembre de 1999. Id Cendoj: 08019370181999100285

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 25 de julio de 2013. Id Cendoj: 08019370182013100513

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 6 de noviembre de 2013. Id Cendoj: 08019370122013100738

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12º de 31 de marzo de 2014. Id Cendoj: 08019370122014100219

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 15 de septiembre de 2014. Id Cendoj: 08019370182014100581

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª 3303/2016 de 8 de abril de 2016. Id Cendoj: 08019370122016100129

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 20 de abril de 2016. Id Cendoj: 08019370122016100144

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 28 de junio de 2016. Id Cendoj: 08019370122016100272

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 5 septiembre de 2016. Id Cendoj: 08019370122016100385

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 13 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 08019370182016100619

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 24 de abril de 2017. Id Cendoj: 08019370182017100224

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 12 de marzo de 2018. Id Cendoj: 08019370122018100283

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz-Sección 5ª de 12 de enero de 2010. Id Cendoj 11012370052010100001

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz-Sección 5ª de 12 de septiembre de 2012. Id Cendoj: 11012370052012100348

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz-Sección 5ª de 16 de diciembre de 2013. Id Cendoj: 11012370052013100510

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz-Sección 5ª de 11 de abril de 2016.

Id Cendoj: 11012370052016100130

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz-Sección 5ª de 5 de junio de 2017.

Id Cendoj: 11012370052017100263

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón-Sección 2ª de 2 mayo de 2016.

Id Cendoj: 12040370022016100148

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba-Sección 1ª de 15 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 14021370012016100405

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba-Sección 1ª de 4 de octubre de 2016. Id Cendoj: 14021370012016100438

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba-Sección 1ª de 27 de febrero de 2017. Id Cendoj: 14021370012017100081

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca-Sección 1ª de 7 de junio de 2016.

Id Cendoj: 16078370012016100224

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja-Sección 1ª de 9 de noviembre de 2017. Id Cendoj: 26089370012017100317

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas-Sección 5º de 28 de febrero de 2005. Id Cendoj: 35016370052005100093

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas-Sección 3ª de 7 de julio de 2015. Id Cendoj: 35016370032015100286

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas-Sección 3ª de 17 de mayo de 2017. Id Cendoj: 35016370032017100281

Sentencia de la Audiencia Provincial de León-Sección 1ª de 03 de noviembre de 2017. Id Cendoj: 24089370012017100386

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo-Sección 1ª de 30 de marzo de 2016. Id Cendoj: 27028370012016100135

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 24ª de 14 de septiembre de 2007. Id Cendoj: 28079370242007100655

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 24ª de 6 de julio de 2011. Id Cendoj: 28079370242011100475

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 24ª de 25 de noviembre de 2013. Id Cendoj: 28079370242013100578

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016. Id Cendoj: 28079370222016100312

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 12 de abril de 2016. Id Cendoj: 28079370222016100310

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 24ª de 19 de mayo de 2016. Id Cendoj: 28079370242010100251

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 15 de junio de 2016. Id Cendoj: 28079370222016100475

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 30 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 28079370222016100674

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid- Sección 22ª de 18 de noviembre de 2016. Id Cendoj: 28079370222016100814

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 21 de febrero de 2017. Id Cendoj: 28079370222017100144

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 9 junio de 2017. Id Cendoj: 28079370222017100419

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 17 de octubre de 2017. Id Cendoj: 28079370222017100767

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 22ª de 10 de noviembre de 2017. Id Cendoj: 28079370222017100702

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga-Sección 6ª de 2 de octubre de 2007. Id Cendoj: 29067370062007100438

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga-Sección 6ª de 8 de junio de 2016. Id Cendoj 29067370062016100230

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga-Sección 6ª de 26 de junio de 2016. Id Cendoj: 29067370062016100460

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia-Cartagena-Sección 5ª de 13 septiembre de 2017. Id Cendoj: 30016370052017100319

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia-Sección 4ª de 9 noviembre de 2017. Id Cendoj: 30030370042017100654

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia-Sección 1º de 8 de septiembre de 2011. Id Cendoj: 34120370012011100375

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia-Sección 1ª de 23 de marzo de 2017. Id Cendoj: 34120370012017100114

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 5ª de 13 de julio de 2004. Id Cendoj: 07040370052004100225

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 25 de julio de 2011. Id Cendoj: 07040370042011100301

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 30 de diciembre de 2015. Id Cendoj: 07040370042015100367

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 26 de enero de 2016. Id Cendoj: 07040370042016100013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 12 de diciembre de 2016. Id Cendoj: 07040370042016100406

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 23 de marzo de 2017. Id Cendoj: 07040370042017100070

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 14 de junio de 2017. Id Cendoj: 07040370042017100198

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 10 de julio de 2017. Id Cendoj 07040370042017100246

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 4ª de 17 de enero de 2018. Id Cendoj: 07040370042018100012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra-Sección 6ª de 16 de marzo de 2016. Id Cendoj 36057370062015100111

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra-Sección 1ª de 23 de febrero de 2017. Id Cendoj: 36038370012017100545

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca-Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2017. Id Cendoj: 37274370012017100766

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia-Sección 1ª de 29 de diciembre de 2017. Id Cendoj: 40194370012017100352

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife-Sección 1ª de 2 de abril de 2012. Id Cendoj: 38038370012012100238

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife-Sección 1ª de 17 de septiembre de 2015. Id Cendoj: 38038370012015100428

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 10ª de 7 de febrero de 2013. Id Cendoj: 46250370102013100065

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza-Sección 2ª de 6 de febrero de 2017. Id Cendoj: 50297370022017100056

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza-Sección 2ª de 28 de marzo de 2017. Id Cendoj: 50297370022017100099

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza-Sección 2ª de 12 de abril de 2017. Id Cendoj: 50297370022017100170

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 18ª de 9 de diciembre de 2016. Id Cendoj: 08019370182016200119

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 12ª de 6 de marzo de 2017. Id Cendoj: 08019370122017200029

Auto de la Audiencia Provincial de Huelva-Sección 1ª 1016/2017 de 22 de noviembre de 2017. Id Cendoj: 21041370022017200346

Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca-Sección 3ª de 16 octubre de 2000. Id Cendoj 07040370032000200034

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección-2ª de 10 de noviembre de 2017. Id Cendoj: 50297370022017200288

Auto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón de 26 de enero de 2015. Consultado en la base de datos Sepín, referencia SP/AUTRJ/795856.

