

CUADERNO DE FAMILIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia
de la Asociación Judicial
Francisco De Vitoria



www.ajfv.es
ajfv@asociación.com

**OCTUBRE
2020**

SUMARIO

01

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE EL «COORDINADOR PARENTAL»

Isabel Giménez García

Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona

Glòria Poyatos i Matas

Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

02

ANÁLISIS SOBRE LA INFLUENCIA DE LOS CAMBIOS DE DOMICILIO EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA. LA RELOCACIÓN. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y OTRAS CUESTIONES

María Luz Losada Vime

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz

03

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

3.1 FORMADE LIQUIDARLA SOCIEDADDE GANANCIALESENELCASO DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE UNA EMPRESA FAMILIAR

STS Pleno Sala 1ª de 28 de julio de 2020 (ROJ: STS 2502/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2502)

3.2 PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN ESTABLECIDA EN UNA SENTENCIA PENAL POR ESTUPRO EN EL AÑO 1968. INTERPRETACIÓN DE LA DT 6ª LEY 11/1981,DE MODIFICACIÓNDELCCIVILENMATERIADE FILIACIÓN

STS Pleno Sala 1ª de 07 de septiembre de 2020 (ROJ: STS 2803/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2803)

ISSN: 2605-2687

DIRECCIÓN:

Gustavo Andrés Martín Martín

COORDINADOR:

Afonso Aliaga Casanova

CONTACTO:

ajfv@asociación.com

01

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE EL «COORDINADOR PARENTAL»**Isabel Giménez García****Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona****Glòria Poyatos i Matas****Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias**

Resumen: *El artículo, a través de preguntas y respuestas prácticas, analiza globalmente la figura del coordinador parental ante la escasa información existente y la ausencia de regulación, a pesar de su utilización activa por algunos órganos judiciales. Se pretende aportar luz y taquígrafos, sobre esta controvertida figura, que aparece en la reciente «guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida» del CGPJ y ser de utilidad práctica para quien juzga en el orden civil.*

VOCES: *Coordinador parental, perspectiva infancia y adolescencia, familia.*

I. CUESTIONARIO PRÁCTICO

La figura del «*coordinador parental*» o «*coordinador de parentalidad*» surge en el año 1990 en EEUU, para ayudar a las familias que después de un proceso de separación o divorcio presentan dificultades para resolver sus disputas cotidianas y que mantienen un elevado grado de conflictividad interparental que incide en el desarrollo de los hijos e hijas. Años después, la figura es importada a nuestro país y actualmente es utilizada de facto en los procesos de familia, por parte de algunos órganos judiciales españoles del orden civil, de distintas instancias.

Pero las dudas sobre el uso judicial de esta figura, que cuenta con partidarios y detractores, son numerosas, ante la ausencia de regulación expresa y su incidencia directa en la infancia y adolescencia. Se abordan, a continuación, algunas de las cuestiones prácticas más habituales en torno al uso judicial de esta controvertida figura, a modo de preguntas y respuestas, para aportar luz y despejar las dudas que se generan en la práctica diaria de quien juzga.

1-¿Está regulada la figura del *coordinador parental* en el ordenamiento jurídico español?

En España, no encontramos regulación que reglamente la profesión de coordinador/a de parentalidad ni normativa que ampare su ejercicio por persona distinta a jueces/as o magistrados/as, tratándose de una figura envuelta en polémica puesto que en ocasiones las facultades que se le otorgan a través de una resolución judicial son propias de la judicatura: juzgar y ejecutar lo juzgado, (arts. 24 y 117 de la Constitución y art. 2 (1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a Juzgados y Tribunales.

2- ¿Cuáles son las funciones del coordinador parental en el proceso?

En muchas de las ocasiones, le son otorgadas distintas y amplias facultades, incluso decisorias y vinculantes propias del juez o jueza, siendo autorizados los coordinadores parentales a acceder, además de al expediente judicial, a datos personales de las niñas y niños así como de sus progenitores, algunos de ellos de mayor protección de conformidad con la normativa europea y la Ley de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales¹. Los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carác-

ter personal deben, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal deben, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal (como los datos sanitarios).

3-¿Qué diferencias hay entre el coordinador parental y la mediación?

La mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos, regulada por la ley², a la que las partes acceden voluntariamente y cuyo objetivo es alcanzar un acuerdo al que se sometan las partes voluntariamente, mientras que el coordinador parental está siendo impuesto en una resolución judicial, sin que las partes en conflicto hayan podido intervenir en dicha decisión ni ser escuchadas al respecto y cuyas pautas se insinúan obligatorias a modo de brazo ejecutor del juzgado.

4-¿Cabe la recusación del coordinador parental?

Tampoco están previstas las causas de abstención y recusación a diferencia de lo que ocurre con de

jueces y juezas, miembros del Ministerio Fiscal, los letrados/as de la Administración de Justicia, peritos y el personal al servicio de la Administración de Justicia³, todas ellas figuras que sí están reguladas procesalmente y que pueden ser recusadas cuando concurren causas que pueden poner en duda su imparcialidad o ajenidad en el procedimiento de que se trate.

5-¿Qué límites legales tiene el coordinador de parentalidad?

5.1-Tutela judicial efectiva.

Los arts. 117.3 de la Constitución y 2.1 LOPJ, en relación con el art. 24 de la CE prevén que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales. El art. 117.1 de la CE establece que la justicia se administra por *«jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»*.

5.2-Derechos humanos. Límites desde la perspectiva de género

En enero 2020, vio la luz el Informe elaborado a nivel mundial, por la ONG Oxfam Intermon en el marco del Foro Económico Mundial de Davos:

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3 Artículos 99 y ss Ley Enjuiciamiento Civil.

«*Tiempo para el cuidado: el trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad*», que cuantifica en 12.500 millones de horas diarias el trabajo de cuidar no remunerado. También se concluye en el estudio que no hay ningún lugar del mundo donde los hombres se encarguen de un volumen de trabajo de cuidados superior al de las mujeres. En España, la ONG recuerda que el trabajo gratuito de los cuidados equivale al 14,9% del PIB, según los datos de la OIT. A nivel judicial, según un estudio publicado por el CGPJ en septiembre de 2016, realizado por la Universidad de Zaragoza, sobre 1.348 sentencias dictadas entre 2010 y 2012, relativas al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, se concluye que el 84% de las demandantes eran mujeres y en excedencias por cuidado de hijos/as, el porcentaje se disparaba al 95,6%⁵.

Las estadísticas evidencian un impacto desproporcionado de género en todo lo relativo al trabajo del hogar y los cuidados familiares. Por ello, cualquier herramienta o iniciativa vinculada a la toma de decisiones judiciales en relación con la familia, al cuidado de hijos e hijas y los conflictos

que puedan surgir en dicho contexto, debe integrar necesariamente perspectiva de género, por recaer mayoritariamente en las mujeres, el trabajo de cuidados.

Integrar la perspectiva de género en cuestiones de familia y cuidados, es una obligación vinculada al *principio de diligencia debida* que obliga a los poderes del Estado a proteger a las mujeres en todos los espacios y contextos (incluido el doméstico) en virtud de lo previsto en los arts. 1, 10.2, 9.2, 14 y 96 de la Constitución española, en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH) y los arts. 2.c), d) e), 11.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), que exigen de todos los poderes públicos del Estado (incluido el legislativo) la integración de la *debi- da diligencia* en sus actuaciones, especialmente aquellas que tengan impacto de género. El hogar, los cuidados, las relaciones familiares y los hijos e hijas son un contexto dúctil a las discriminaciones y violencias de género, lo que debe llevarnos

4 Disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/es/nota-de-prensa/el-valor-del-trabajo-no-remunerado-de-las-mujeres-triplica-el-gasto-en-tecnologia-a-nivel-mundial> [Consultada el 3 de octubre de 2020]

5 Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Valoracion-de-las-medidas-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-y-personal-y-la-vida-laboral-segun-la-regulacion-de-la-Ley-Organica-3-2007-para-la-igualdad-efectiva-de-mujeres-y-hombres> [Consultada el 3 de octubre de 2020].

6 El art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) dispone: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) f)- Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (...)»

a extremar las precauciones legislativas, ejecutivas y judiciales⁶. De otro lado, la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015) establece expresamente la obligación de asegurar una justicia libre de estereotipos de género⁷.

Además, debe recordarse que, desde el año 2003, 37 niños han sido asesinados por sus progenitores y este dato nos alerta ante la necesidad de tener muy en cuenta la violencia vicaria que sufren las niñas, niños y adolescentes, comprometiendo su salud, su integridad física y psicológica y su vida, convirtiéndoles también en instrumento para ejercer violencia sobre sus madres. El Defensor del Pueblo ha señalado que «los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres» y por ello «es imprescindible que los jueces y fiscales extremen el cuidado sobre el incremento del riesgo al que se somete a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género durante los procesos de divorcio⁸». Por tanto, es primordial que tanto quien juzga como el coordinador parental esté formado en perspectiva de género, puesto que lo contrario puede llevar a soslayar el contexto en el que viven los niños, las niñas y/o adolescentes.

5.3- Derechos humanos. Límites desde la perspectiva de Infancia y adolescencia: «interés superior del niño»

En la medida en que el coordinador parental tiene acceso al entorno de la niña, niño o adolescente, lo que conlleva la realización de entrevistas a los progenitores, cuidadores, familia, profesorado, y otros profesionales, resulta imposible obviar que todas las actuaciones estarían presididas por la defensa de su dignidad, libre desarrollo de la personalidad y demás derechos, atendiendo a su interés superior y su derecho a participar en todos los asuntos que les afecten, a tenor de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (1989), ratificado por España⁹.

El art. 10.2 de la Constitución Española (CE) establece que los derechos fundamentales y las libertades deben interpretarse de acuerdo con los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España y el art. 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, reiterando que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general nº 5, sobre medidas generales de

⁷ El apartado 18 a) y e) de la recomendación nº33 del Comité CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015) dispone: «-Aseguren que los sistemas de justicia sean de buena calidad y se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad, así como a la jurisprudencia internacional (...)-Apliquen mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género».

⁸ Comunicación del Defensor del Pueblo de 17 de julio de 2020: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/regimen-visititas-guarda-custodia-los-menores/> [Consultada el 3 de octubre de 2020]

⁹ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), señala la necesaria «adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura», y recoge la complementariedad de sus cuatro principios generales: no discriminación (art. 2), interés superior del niño (art. 3), derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y participación del niño en la toma de decisiones que le afectan (art. 12). El Comité ha señalado que el objetivo del concepto de interés superior del niño que deben considerar de forma primordial las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos es «garantizar el disfrute pleno y efectivo» de todos sus derechos, lo que se conoce como «enfoque basado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes».

El artículo 12 de la CDN señala la obligación de los Estados de asegurar la escucha de niños, niñas y adolescentes en «todos los asuntos» que les afecten, lo que implica, como indica la Observación general nº 5 citada, que el niño es «participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos». Esto significa que escuchar a los niños no es «un fin en sí mismo», sino que es el medio para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, como derecho individual del ser humano.

La Observación general nº 12, en su párrafo 74, aclara que «no existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida».

A nivel interno, la LO 1/1996 destaca que los niños, niñas y adolescentes tienen la condición de «sujetos de derechos», y en su artículo 2.2.b) señala, como criterio general para la valoración de su interés superior, la consideración de sus «deseos, sentimientos y opiniones», y su derecho a participar en el proceso de determinación de su interés, quedando así garantizada su dignidad y libre desarrollo de la personalidad. El art. 9 de la LO 1/1996 (de acuerdo con la modificación introducida por Ley Orgánica 8/2015) al reconocer el derecho del niño a ser oído y escuchado en lo que incida en su esfera personal, familiar o social, que incluye tener en cuenta las opiniones del niño, «en función de su edad y madurez», entendiéndose madurez, de acuerdo con la Obser-

10 El Comité, en sus observaciones finales a España de fecha 2 de febrero de 2018, recuerda la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos consagrados en la Convención, señalando que se debe asegurar en la práctica el respeto a ser escuchado de los niños menores de 12 años, y se debe garantizar la aplicación «efectiva y sistemática» del derecho a expresar sus opiniones en procedimientos judiciales y administrativos, así como la formación de jueces de familia y fiscales sobre los derechos de los niños y concretamente sobre la aplicación de su derecho a ser escuchado, que puede no ejercer, dado que no es una obligación.

vación general nº 12 del Comité CDN, como «la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (párr. 30)¹⁰».

6- ¿Cuándo y cómo puede el juzgador/a utilizar la figura del Coordinador parental en un procedimiento judicial?

Insistimos en que la figura del «coordinador parental» es una figura no regulada en España, pero que en la actualidad se está utilizando de *facto* por distintos Juzgados y Tribunales.

Es por ello por lo que, para garantizar el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, sería necesario que la ley recogiera los límites de esta anómala figura, que no debería imponerse a las partes y que nunca debería intervenir cuando hay sospechas de cualquier tipo de violencia o abusos.

En el mismo sentido, respecto a la necesidad de dotar de una detallada y homogénea regulación, así como establecer la formación y los límites de dicha figura, que debe ser consultiva que no ejecutiva, se ha pronunciado la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida - publicada recientemente por el

CGPJ-, en el sentido que se trata de un recurso que ha de servir como apoyo técnico al órgano judicial y nosotras desde aquí insistimos que en ningún caso puede ser impuesto y sólo deben designarse cuando los progenitores y/o niñas, niños y adolescentes en conflicto estén conformes con la intervención de dicha figura con el fin de ayudarles a encontrar soluciones, debiendo ser escuchados tanto los progenitores como hijos e hijas antes de que sean designados.

Partiendo de la voluntariedad en el nombramiento y que la persona nombrada debe ser imparcial y ajena al procedimiento, en la resolución en la que sea designada debería hacerse constar cuáles son sus facultades y obligaciones así como la posibilidad abstenerse y prever su recusación, motivándose la situación de riesgo en que se encuentra la niña, el niño o adolescente y cómo está siendo afectado por el conflicto, el cometido del coordinador parental así como el tiempo por el que es designado, además de fijar su retribución en caso de que no se trate de un recurso público.

Y es que no podemos olvidar que, mientras el legislador no legisle, hay que ser conscientes de las consecuencias que puede tener la imposición arbitraria de dicha figura en resoluciones judiciales: desde la consideración de que se están realizando actos propios de jueces o tribunales por personas ajenas a la Administración de Justi-

i Recomendamos la lectura de la completa publicación sobre el tema: «Coordinador Parental. Análisis Multidisciplinar» Editado por Lefebvre que ha servido de base para la elaboración del presente artículo. <https://www.efl.es/catalogo/ebooks-gratuitos/coordinador-parental.-analisis-multidisciplinar>

cia hasta que su utilización sea susceptible de sanciones previstas en la normativa de protección de datos - habida cuenta el acceso a información sensible por terceros extraños al procedimiento judicial -, entre otras.

«El futuro de los niños siempre es hoy. Mañana será tarde»

GABRIELA MISTRAL

02

ANÁLISIS SOBRE LA INFLUENCIA DE LOS CAMBIOS DE DOMICILIO EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA. LA RELOCACIÓN. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y OTRAS CUESTIONES

María Luz Losada Vime.

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz

Resumen: *Se realiza un análisis sobre la trascendencia de los cambios de domicilio interprovinciales o internacionales de alguno de los progenitores en el régimen de custodia sobre los menores. Se reflexiona sobre la contraposición entre el derecho a la libertad de residencia y libre circulación y el ejercicio de la guarda y custodia en interés de los menores. Se concluye que la relocación requiere también una perspectiva de género sobre la cuestión.*

Voces: *Cambio de domicilio, guarda y custodia, interés del menor, libertad de residencia y libre circulación, relocación, perspectiva de género, igualdad.*

I. COMENTARIO

Los traslados del lugar de residencia al extranjero o dentro del mismo país, pero en provincia distinta, son algo bastante habitual en nuestros días. Pueden obedecer a los más variados motivos económicos, afectivos o vitales, y son parte de la libertad de movimiento, que el art. 19 de la Constitución reconoce a todos los españoles. En el contexto europeo, el derecho a trasladarse libremente dentro de la Unión Europea es el atributo principal de la ciudadanía europea¹ y forma parte de nuestra realidad cotidiana.

Cuando las decisiones de traslado al extranjero o a otra provincia dentro del mismo país, afectan a menores no plantean problemas con trascendencia jurídica mientras la familia permanece unida, pues la decisión se toma conjuntamente por los titulares de la responsabilidad parental y las eventuales discrepancias se resuelven en el ámbito privado, y en caso de que esas discrepancias no se resuelvan, ponen de manifiesto un problema de base de la relación que determina el inicio de un procedimiento ya judicial de separación, divorcio o medidas paterno-filiales.

En caso de ruptura familiar puede, en cambio, ser necesaria la intervención de la autoridad judicial competente para resolver la falta de acuerdo entre los progenitores, si uno de los progenitores desea

trasladarse al extranjero o cambiar su residencia fuera de la población, y pretende llevar consigo al hijo, el otro se opone, y ambos tienen derecho a determinar el lugar de residencia del niño. En este caso se produce una colisión entre, por un lado, el derecho a la vida familiar del progenitor que desea ejercer su derecho de libre circulación y pretende llevarse al niño, y el derecho a la vida familiar del otro progenitor, que quiere que el niño permanezca en el domicilio habitual o en un lugar que le permita mantener en las mismas condiciones su relación con el mismo.

En todo caso la disputa ha de resolverse en función de interés superior del niño, que ha de ser la consideración principal, pero a veces esto es muy difícil de determinar, pues el niño tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores y su bienestar puede verse condicionado por las circunstancias personales de uno y otro, y muy especialmente de aquel que es su principal cuidador.

Lógicamente en estos casos, la decisión del progenitor custodio, en cuanto afecta directamente al menor, requiere en estos casos de desacuerdo una intervención judicial. Que la licitud del traslado dependa del consentimiento del otro progenitor se justifica porque el cambio de domicilio afecta al derecho del niño a relacionarse con el padre

que no se traslada y al derecho de dicho progenitor a mantener relaciones personales con su hijo. Por ello, como ya hemos dicho, en caso de que el consentimiento de ese otro progenitor no pueda obtenerse de manera extrajudicial, corresponderá a la autoridad competente dirimir la disputa y dictar una decisión favorable o contraria a dicho traslado.

Por consiguiente, la libertad deambulatoria del progenitor que tiene a su cargo a los niños se ve inevitablemente condicionada, lo que contrasta con la situación del otro progenitor que no ostenta la custodia del hijo. Pese a que el derecho del niño a mantener relaciones personales con el progenitor con el que no reside pueda verse afectado por la decisión unilateral de éste de trasladarse al extranjero o en su caso a otra provincia distante o no tan distante, el ordenamiento no interviene para tutelar dichas relaciones, no subordinándose el traslado al consentimiento del otro progenitor, ni a falta de éste a ninguna decisión judicial. Ese progenitor no custodio no requiere autorización judicial para el traslado y a lo sumo podrá acudir a un procedimiento de modificación de medidas para en su caso instar un nuevo régimen de visitas. En cambio, cuando es el progenitor custodio el que pretende ejercer ese derecho de libertad de residencia, dado que ese ejercicio afecta a la patria potestad, dicho cambio requerirá el consentimiento del progenitor no custodio o en su defecto autorización judicial.

Ello implica un trato desigual de los progenitores tras la ruptura y pone de manifiesto las contradicciones y desigualdades que se siguen produciendo

en nuestro ámbito social, puesto que no es realmente cierto que tras el divorcio ambos cónyuges son libres de decidir su destino. Los progenitores quedan condicionados por sus hijos, y esto tiene especial trascendencia en un país como el nuestro, donde si bien es cierto que cada vez irrumpe con mayor fuerza el régimen de custodia compartida, ante la nueva asunción de responsabilidades por ambos progenitores, todavía sigue siendo mayoritario el régimen de custodia establecido a favor de la madre, lo que genera una nueva forma de desigualdad, dado que la mujer una a las distintas formas de discriminación en el trabajo, una nueva forma de discriminación derivada de la custodia de sus hijos, especialmente cuando el cambio de domicilio con trascendencia jurídica, se produce como consecuencia de cambios laborales o de acceso al mercado laboral. La mujer ve limitadas, en ocasiones, sus posibilidades de desarrollo laboral o de incorporación al mercado laboral por este motivo.

No se puede, en efecto, desconocer que cualitativamente los problemas derivados de la relocalización se diferencian de otro tipo de controversias relativas al ejercicio de la responsabilidad parental porque su resolución en vía judicial puede, en gran medida, determinar el futuro del guardador del niño, que, caso de que no se autorice el traslado del menor, deberá elegir entre renunciar a sus proyectos personales para permanecer junto a su hijo, o trasladarse, dejando a su hijo atrás. Si se tiene en cuenta que son las madres quienes mayoritariamente ejercen la mayor parte del cuidado cotidiano de los niños tras las rupturas de

pareja, resulta evidente que las disputas derivadas de la relocación tienen un impacto distinto sobre hombres y mujeres, pues son mayoritariamente las mujeres las que desean trasladarse con sus hijos y los hombres quienes se oponen a los traslados.

Lo que está claro es que el cambio de domicilio del progenitor custodio y, por ende, de los menores, tiene una enorme trascendencia, en cuanto supone un cambio radical en la relación de los menores con el otro progenitor, afectando directamente, en el caso de custodia exclusiva, al régimen de visitas del progenitor no custodio. Es más, en el caso de un régimen de custodia compartida, el cambio de domicilio a una distancia superior a los 50 o 60 km o incluso menos, hace inviable el mantenimiento de la misma. Así el Tribunal Supremo viene a señalar que no es posible el mantenimiento de un régimen de custodia compartida cuando los padres viven en distintas localidades lejanas porque, entre otros motivos, dificulta la asistencia escolar del menor. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio del 2018 se refiere a un supuesto en el que, existiendo un régimen de custodia compartida, la madre quiere trasladar su residencia a Murcia y se pasa a un régimen de custodia exclusiva a favor del padre.

Respecto de los criterios a tener en cuenta a la hora de decidir sobre estas cuestiones relacionadas con la relocación, el fundamental es el interés y beneficio del menor, tal y como ya vino a establecer la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre del 2012. Beneficio e interés del menor que prevalece sobre el derecho del progenitor custodio a elegir libremente su residencia. Este beneficio e

interés del menor se tendrá que determinar al margen de los intereses de los progenitores, atendiendo al caso concreto y al conjunto de circunstancias específicas de ese caso. Se trata de respetar el principio de proporcionalidad, adoptando la decisión que mejor se adapte a la protección de los intereses del menor en equilibrio con los intereses de los progenitores y especialmente la necesidad de mantenimiento en la mayor medida posible, de la relación del menor con el progenitor no custodio. Así lo establece, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en sentencia de 1 de febrero del 2016.

Consecuencia de ello, es que en estos supuestos, dado que la cuestión afecta directamente al menor y en la medida de lo posible, pueda ser escuchado y valorada su opinión, atendiendo lógicamente a su edad y a su capacidad de raciocinio. El concepto de interés del menor es un concepto indeterminado y que puede ser objeto de múltiples valoraciones.

Estamos ante casos complejos, donde hay que valorar múltiples factores, tales como la necesidad económica o desarrollo y proyección profesional del progenitor que solicita el cambio de domicilio, la posibilidad de ampliar o modificar el régimen de visitas del progenitor no custodio, las posibilidades económicas de ambos progenitores para asumir los nuevos gastos derivados de esta situación, el interés del menor atendiendo a sus circunstancias concretas, como el cambio de colegio, amigos etc.

Estas cuestiones son de difícil resolución, porque invariablemente implican la confrontación de tres

intereses diferenciados, el del progenitor custodio, normalmente la madre, que desea rehacer su vida, trasladándose al extranjero o a otra provincia dentro del territorio nacional, el del progenitor custodio, normalmente el del padre, que desea poder seguir manteniendo frecuentes relaciones personales con su hijo y teme que la distancia geográfica las reduzca o impida, y los intereses del niño que tiene derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores, tanto con el que se traslada como con el que permanece en la jurisdicción. Se trata de un conflicto de intereses particularmente difícil, pues ninguna solución puede satisfacer por completo y todos los intereses son legítimos.

Por último y en cuanto a los aspectos procedimentales, entiendo que el cauce adecuado para resolver esta cuestión, es el procedimiento de modificación de medidas, y ello porque se trata de un cambio sustancial de las circunstancias, que requiere un estudio detallado a través de un procedimiento plenario. Debemos tener en cuenta que lo que se discute no sólo es el traslado del menor a otra provincia o lugar o incluso al extranjero, sino que se puede plantear un cambio de custodia y en todo caso una modificación del régimen de visitas existente y también de la forma de pago de los nuevos gastos generados como consecuencia de la nueva situación.

No obstante, es cierto que en muchas ocasiones estos cambios de domicilio no se pueden planificar con tanta antelación, ya que suelen obedecer a motivos laborales, y el progenitor interesado en el cambio no puede esperar a la tramitación ordinaria de un procedimiento de modificación de medidas. En estos casos una vía posible sería el procedimiento de jurisdicción voluntaria referido al artículo 156 del Código Civil, sobre controversias en el ejercicio de la patria potestad. En dicho procedimiento se podría resolver de manera provisional sobre la cuestión, si bien entiendo que posteriormente sería necesario acudir al procedimiento de modificación de medidas para determinar la procedencia de tal modificación.

En definitiva, los supuestos de relocación van a ser un problema cada vez mayor en materia de custodia, dado que nuestra sociedad, de forma incesante, se encuentra más globalizada. Se trata de atender al interés del menor y tratar de compatibilizar el derecho a la libertad de movimientos y residencia, con el derecho a las visitas del otro progenitor y el interés del menor. Y en este punto es especialmente importante valorar la situación de la mujer, que suele ser quien ostenta la guarda y custodia de los menores y que ve limitada su proyección laboral por este motivo.

03

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

3.1 FORMA DE LIQUIDAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL CASO DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE UNA EMPRESA FAMILIAR

STS Pleno Sala 1ª de 28 de julio de 2020 (ROJ: STS 2502/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2502)

Resumen: *En el caso de una empresa familiar gestionada por el marido y su hermano, se plantea cómo efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales en el particular de la adjudicación de las participaciones sociales. En la sentencia de segunda instancia se acordó que las participaciones gananciales de la sociedad limitada se adjudicaran al marido con la obligación de pagar a la esposa el valor de la mitad, tal y como había sido propuesto por el contador partidor. Por el marido recurrente en casación se solicita su venta en pública subasta, con reparto por mitad entre los cónyuges, tal como se acordó en primera instancia. Nuestro Alto Tribunal desestima el recurso porque considera que no es razonable acordar la subasta cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea lo suficientemente líquido como para poder acceder a un mercado organizado y, además, se atribuiría a la esposa un paquete minoritario de participaciones convirtiéndola en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado, de manera que sería castigada a una especie de vinculación perpetua, haciendo ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. En definitiva, el resultado más que probable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios por una cantidad muy inferior a la valorada; por lo que concluye que, dada la singularidad de los bienes, la solución ofrecida por la sentencia de segunda instancia no vulnera los preceptos invocados (1060 a 1062 Ccivil).*

I. EXTRACTO

“Frente a la sentencia que adjudica al Sr. M las participaciones gananciales y le impone que abone a la Sra. N la mitad de su valor (descontando lo que vale la parcela mencionada, que se le atribuye a ella), el Sr. M solicita que se anule la sentencia y se confirme la sentencia del juzgado, que acordó la subasta de las participaciones [...]

El juzgado acordó la subasta a pesar de considerar que las participaciones eran divisibles. Ciertamente las participaciones sociales no son indivisibles, pero 7 atribuir a la Sra. N participaciones que supongan un 23% del capital le haría quedar en minoría en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado, de modo que un paquete minoritario que no permite ninguna influencia en las decisiones sociales desmerece mucho en su valor. La Audiencia afirmó que, aunque no constaba la existencia de limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones (y no se ha cuestionado esta afirmación), compartía el criterio del juzgado.

En efecto, atribuir a la Sra. N un paquete minoritario de participaciones y convertirla en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas

participaciones en tales condiciones. Tal solución, en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de indivisión no deseadas.

iv) Esta sala considera que la otra alternativa propuesta por el Sr. M, la venta en pública subasta de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace igualmente ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta.

Al escaso interés que puede despertar la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos (pues no hay que olvidar el porcentaje privativo del recurrente) debe sumarse que, aunque no existan restricciones estatutarias a la transmisión de las participaciones, la subasta no podría eludir la aplicación de las disposiciones legales sobre transmisión de las participaciones sociales, lo que aún puede desalentar más a los terceros a interesarse por tal adquisición.

En definitiva, el resultado más que probable ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios y por una

cantidad muy inferior a la que se han valorado, de acuerdo con lo expuesto en el apartado 2.3 de este fundamento jurídico.

De ahí que, en atención a la singularidad de los bienes que deben liquidarse, la solución propuesta por el contador y aprobada por la Audiencia no es contraria a ninguno de los preceptos invocados por el recurrente.

En la aplicación del criterio de la «posible igualdad» en los lotes (art. 1060 CC) no puede prescindirse de la naturaleza de los bienes y de las circunstancias concurrentes. En el caso, por lo dicho, las consecuencias de una subasta que se acordara para lograr la igualdad formal afectarían de manera muy diferente, de una parte, a quien, tras el divorcio, queda fuera de la empresa familiar y, de otra, a quien es socio administrador y desempeña en ella su trabajo personal

v) Frente a este razonamiento no son atendibles las alegaciones del recurrente de que no dispone de dinero para compensar a la Sra. Dolores

por el valor de la mitad de las participaciones gananciales.

El art. 1062 CC no exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien deba existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero.

Por ello, no puede esgrimirse la ausencia de liquidez actual frente a la alternativa de una subasta que, por las razones expuestas, conduciría a una prolongación de la indivisión o, en última instancia, a una adquisición de las participaciones por un valor muy inferior al fijado por el contador partidor designado judicialmente, en contra de la finalidad perseguida por los arts. 1060 y 1061 CC.».

Existe voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Juan María Díaz Fraile.

3.2 PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN ESTABLECIDA EN UNA SENTENCIA PENAL POR ESTUPRO EN EL AÑO 1968. INTERPRETACIÓN DE LA DT 6ª LEY 11/1981, DE MODIFICACIÓN DEL CCIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN

STS Pleno Sala 1ª de 07 de septiembre de 2020 (ROJ: STS 2803/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2803)

Resumen: *Se trata de un caso en que el padre impugna su paternidad declarada en 1968 por una sentencia penal firme que le condenó por estupro y determinó la filiación de la hija nacida de la víctima del delito, al amparo de la DT 6.ª de la Ley 11/1981 y del art. 140.I CC que recoge la acción de impugnación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado.*

El Alto Tribunal estima que la DT 6.ª de la Ley 11/1981 permitió plantear de nuevo, en determinados supuestos, una cuestión de filiación aunque hubiese sido ya resuelta por una sentencia firme dictada con arreglo a la anterior legislación, especialmente, como en el caso objeto de autos, si cuando se dictó la sentencia no eran posibles las pruebas biológicas que tienen un alto grado de fiabilidad y ello, aunque la acción no estuviese contemplada expresamente en ella.

Sin embargo, considera la acción ejercitada está caducada, pues se dirige a dejar sin efecto una filiación determinada por sentencia, para cuyo ejercicio se aplica analógicamente el plazo para impugnar una filiación con posesión de estado de 4 años.

Este plazo se computa desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981 y había transcurrido cuando se presentó la demanda.

I. BREVES ANTECEDENTES FÁCTICOS

La demanda de impugnación de la paternidad la interpone por un señor que en el momento de su interposición tenía 77 años de edad y que había sido condenado penalmente a los 27 años de edad por haber tenido relaciones de noviazgo con una convecina del pueblo, seis años menor que él, con quién llegó a tener trato carnal realizando la cópula completa, quedando la mujer embarazada. El novio no quiso reconocer a la hija nacida con posterioridad y que se consideró que fue fruto de tal acceso carnal (nacida en el año 1964). Dada la época en la que se produjo el alumbramiento, no fue posible realizar una prueba biológica de ADN que avalase dicha presunción de paternidad.

Por esos hechos, el demandante resultó condenado como *“autor criminalmente responsable de un delito de estupro a tres meses de arresto mayor, con la accesoría de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales, e indemniza-*

ción en concepto de dote, de 50.000 pesetas a la ofendida; a reconocer a la hija, si no hubiere impedimento legal y, en todo caso, a mantenerla”.

La niña fue inscrita en el momento de su nacimiento como hija natural de la madre, con sus mismos nombre y apellidos.

Posteriormente, se practicó “inscripción marginal de reconocimiento” en la que se hizo constar, de acuerdo con la sentencia penal firme, la paternidad del demandante, afectando también a los apellidos de la menor.

Por lo que aquí respecta, establecía el artículo 436.1º del Código penal vigente en el año 1964 que: *“El estupro cometido por cualquier otra persona con mujer mayor de 16 años y menor de 23 años, interviniendo engaño, será castigado con arresto mayor”*. Por su parte, en cuanto a la responsabilidad civil, disponía el artículo 444 del Código penal lo siguiente:

“Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización:

1º.- A dotar a la ofendida, si fuere solera o viuda.

2º.- A reconocer la prole, si la Ley Civil no lo impidiere.

3º.- En todo caso, a mantener a la prole”.

La acción de impugnación de la filiación se fundamenta:

1.- En la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 11/1981, de 7 de mayo, que establece que: “Las

sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva” y ello con la finalidad de evitar el mecanismo de cosa juzgada y,

2.- En el artículo 140.1 de nuestro Código civil que establece que: «*Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique*».

II. EXTRACTO

“Lo que sucede en nuestro caso es que la acción ejercitada por el demandante ni nació conforme al Derecho anterior ni es posible conforme al nuevo. En efecto, de una parte, los hoy derogados arts. 1251.II y 1252.II CC (vigentes hasta la LEC 2000) evidenciaban la imposibilidad de impugnar una sentencia firme sobre filiación. De otra parte, tras la reforma del sistema de filiación en 1981, el art. 140 CC permite dejar sin efecto una filiación extramatrimonial legalmen-

te establecida que no coincida con la realidad biológica, salvo que esté declarada judicialmente (arts. 1251 y 1252 CC hasta su derogación por la Ley de enjuiciamiento civil y, desde entonces, art. 764.2 LEC).

Por ello, al amparo de la disp. transitoria 6.ª, no cabe ejercitar la acción del art. 140 CC vigente.

Otra cosa es que la disp. transitoria 6.ª, aplicada por analogía, permitiera plantear de nuevo

una cuestión de filiación a pesar de la existencia de una sentencia firme.

Pero el hecho de que la sentencia que determinó la filiación fuera penal no significa que la acción sea imprescriptible, pues no se solicita la revisión de la condena de una sentencia penal, para lo que, por lo demás, la jurisdicción civil no tiene competencia.

En realidad, al amparo de la disp. transitoria 6.^a de la Ley 11/1981, la acción ejercitada se dirige a dejar sin efecto la filiación determinada por una sentencia, como consecuencia de «pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva», las pruebas biológicas que no podían solicitarse en el momento en que quedó determinada la filiación. Se pretende, por tanto, revisar con pruebas nuevas un título de determinación de la filiación que goza de la eficacia de la cosa juzgada, a la que no cabe atribuir una fortaleza menor que a

la filiación manifestada a través de la posesión de estado, para cuya impugnación establece el art. 140.II CC el plazo de cuatro años. La aplicación analógica de este plazo, con la adaptación precisa en atención a las circunstancias, conduce a considerar que el demandante pudo ejercitar su acción dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, por ser a partir de entonces posible solicitar la práctica de las pruebas biológicas en que basa su pretensión. Puesto que la Ley 11/1981 entró en vigor el 8 de junio de 1981, es evidente que cuando se interpuso la demanda en enero de 2017 había transcurrido ya el plazo de ejercicio de la acción”.

Existe un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas