

CONCLUSIONES SOBRE "LAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA"
II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS
JUDICIALES, CON ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. MADRID, 23, 24 Y
25 DE NOVIEMBRE DE 2005.

Los Jueces y Magistrados de Familia que, provenientes de todas las comunidades autónomas de España y seleccionados por el CGPJ, han participado en el II Encuentro Institucional con representantes de la Asociación de Abogados de Familia de España, Fiscales especializados en Derecho de Familia, y Secretarios Judiciales de dichos Juzgados, tras las tres jornadas de debate en mesas de trabajo y de las ponencias presentadas al mismo, han alcanzado las siguientes **CONCLUSIONES:**

1. EN RELACIÓN CON LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA Y DE LA PERSONA

- 1.1. La desatención de la familia en crisis en la realidad actual requiere con urgencia la creación de una jurisdicción especializada, que pueda abordar adecuadamente y de forma integral todos los problemas derivados de esa situación.
- 1.2. La creación de una jurisdicción de familia propia e independiente es necesaria para garantizar la atención adecuada, eficaz e igualitaria a las situaciones que han de ser abordadas en las crisis familiares. Estas materias, junto con las relativas a la capacidad de las personas, se rigen por principios especiales, distintos a los de la generalidad de la jurisdicción civil. Esta especialización ha de abarcar tanto a la primera como a la segunda instancia, así como prever y garantizar en todo el territorio, sin discriminación alguna entre comunidades autónomas ni partidos judiciales, la dotación de servicios psicosociales, especialmente adscritos a cada uno de los Juzgados.
- 1.3. El argumento de que la creación de la especialización puede suponer un alejamiento de la justicia al usuario es un inconveniente de mínima trascendencia, frente a las enormes mejoras que para los ciudadanos tiene el poder acceder a órganos judiciales especialmente preparados y dotados de equipos técnicos que los atiendan. Esto es esencial para cumplir con los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante la justicia, y de tutela efectiva de los derechos. La verdadera proximidad no es la geográfica, sino que radica en la garantía de una respuesta adecuada con órganos judiciales expertos, bien dotados de medios. Por otra parte, la demarcación provincial no es ineludible, ya que si el volumen de trabajo lo requiere, pueden crearse juzgados de familia en lugares distintos a la propia capital.
- 1.4. Se concluye por todos los presentes la necesidad de que en todos los partidos judiciales se adscriban fiscales a la jurisdicción de familia, con relevación de asuntos penales, con el fin de poder atender debidamente a las evidentes necesidades de estas materias.
- 1.5. Atendiendo a la finalidad, a las necesidades existentes, y a los principios que las rigen, las materias que han de quedar incluidas en la jurisdicción de familia son:

- 1.5.1. Las que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.
- 1.5.2. Las del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, y la esterilización.
- 1.5.3. Las de filiación.
- 1.5.4. Las de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y las de modificación de medidas adoptadas en ellos, y cualquiera otra que se formule al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil.
- 1.5.5. Las que versen sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho con hijos, y de las consecuencias patrimoniales de las uniones de hecho sin hijos.
- 1.5.6. Las que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, relaciones paterno-filiales y cualquier otro que se formule al amparo del Título VII del Libro I del Código Civil; y las relaciones de los parientes y allegados con respecto a los hijos menores.
- 1.5.7. Las de alimentos entre parientes.
- 1.5.8. Las de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.
- 1.5.9. Los procedimientos de exequátur en materia de familia y cooperación judicial internacional en la misma materia.
- 1.5.10. Los procedimientos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
- 1.5.11. Los procedimientos que versen sobre acogimiento y adopción.
- 1.5.12. Los procedimientos que versen sobre el régimen económico matrimonial y cualquier otro que se formule al amparo de lo dispuesto en el Título III, Libro IV, del Código Civil, en los casos en los que la LEC les atribuye competencias.
- 1.5.13. Los aspectos civiles de la sustracción de menores.
- 1.5.14. El control de centros de internamiento de personas sin capacidad.

2. EN RELACIÓN CON LOS DENOMINADOS "JUICIOS RÁPIDOS"

- 2.1. Se considera que con la estructura actual de los Juzgados que conocen asuntos de familia, es innecesaria la creación de las OSI. No es la medida para conseguir la finalidad de agilización pretendida por la DA 5.^a de la Ley Orgánica 19/03. Lo que realmente hace falta es la creación de una jurisdicción especializada, con un número de juzgados suficientes, con equipos técnicos, con dotaciones materiales y humanas, suficientes, con fiscales adscritos, que permitan cumplir con los plazos procesales ya establecidos en la LEC, y de una justicia de calidad, en contra de una justicia exprés. Con ello se daría respuesta a la necesidad de dedicación que el ciudadano merece en estos asuntos.
- 2.2. Se considera que, aun en el caso de creación de la jurisdicción especializada de familia, es importante para el ciudadano, que quien por primera vez adopte medidas sobre un asunto, sea el mismo Juez que lo va a conocer. Desde las OSI no pueden abordarse de forma adecuada problemas como las inhibiciones al Juzgado de Violencia, o las comparecencias de 24 horas, previstas en la Ley de Violencia, o la adopción de medidas previas inaudita parte.
- 2.3. Los profesionales presentes, magistrados, jueces, abogados, fiscales y secretarios judiciales, manifiestan de forma unánime su profunda frustración ante la ausencia de soluciones efectivas a los problemas que venimos destacando en el ámbito del derecho de familia por las últimas reformas legislativas. Se considera totalmente necesario e imprescindible que el legislador actúe en su función con criterios reales y objetivos, sin generar falsas expectativas, atendiendo a solucionar el verdadero problema que no es otro que la gravísima carencia de medios, tanto humanos como materiales.

3. EN RELACIÓN CON LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y LOS PROBLEMAS PROCESALES QUE PLANTEA

- 3.1. La comparecencia a la que se refiere el artículo 92.6, del CC, comprende, en los supuestos contenciosos, tanto la comparecencia de las medidas previas como las coetáneas a la demanda, como la vista del pleito principal. De igual forma, en los supuestos de mutuo acuerdo la comparecencia del 92.6 referido, es la del trámite previsto en el art. 777, 4 y 5 de la LEC.
- 3.2. En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo.

- 3.3. El término patria potestad debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2201/2003. Se estima conveniente, además, que se proceda a definir legalmente el contenido del término guarda y custodia. Se recomienda que, tanto por los abogados, como por los jueces y magistrados, se haga constar este nuevo término de responsabilidad parental entre paréntesis, junto al término patria potestad, o el correspondiente nombre que se le dé a la institución por los derechos forales, en su caso, como autoridad familiar en Aragón o potestad en Cataluña.
- 3.4. El párrafo primero del artículo 92.7 debe ser completado con el párrafo segundo del mismo precepto, en el sentido de que ninguna norma impide que, aunque no haya proceso penal por meros indicios, se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida.
- 3.5. Se debe hacer extensiva la prohibición del artículo 92.7 del Código Civil para no atribuir la guarda y custodia en exclusiva a quien esté incurso en un proceso penal por alguno de los tipos que se enumeran en el párrafo primero de dicho artículo 92.7, a cuando existan contra el mismo indicios fundados de violencia doméstica.
- 3.6. En relación también con el artículo 92.9 referido, se acuerda que el informe técnico de especialistas no debe ser exigido en todo caso de guarda y custodia compartida, sino que debe dejarse a la valoración del juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes. En definitiva, el artículo 92.9 del Código Civil no debe ser modificado en este aspecto.

4. INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- 4.1. Hubiera sido deseable la reforma del artículo 96 del CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto.
- 4.2. Que se procure evitar el automatismo en la aplicación del art. 96 CC, y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro.
- 4.3. En la atribución de la vivienda familiar, debe atenderse, en primer lugar, al interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso.
- 4.4. Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor.

5. INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS

- 5.1. En estos casos se ha de distinguir entre los casos de guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo, de los casos contenciosos.
- 5.2. En los supuestos de mutuo acuerdo, el juez no debe limitarse a aprobar el convenio sin más, pero su intervención debe quedar limitada a aquellos extremos que considere que puedan ser dañosos o perjudiciales para el menor.
- 5.3. En los procedimientos contenciosos, debe fijarse siempre la pensión de alimentos a abonar por cada uno de los progenitores, con independencia de quién ostente la guarda y custodia en cada momento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 145 y 146 CC, y la cuantía de la pensión de alimentos debe quedar fijada de manera global, sin imputar cantidades concretas a conceptos determinados. En los casos en los que dichas cantidades no sean coincidentes, no se considera procedente que se acuerde la compensación en la resolución judicial, con independencia de lo que en la práctica hagan los progenitores.

6. PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

- 6.1. Que por prestación única, como la califica el artículo 97 CC, se entiende una cantidad a tanto alzado.
- 6.2. Que la prestación única del artículo 97 CC no podrá ser sustituida en sentencia por la entrega de otro bien del mismo valor, sin perjuicio de que las partes así puedan convenirlo, tal como prevé el artículo 99 del CC.
- 6.3. Que en ningún caso, la prestación única se verá afectada por las causas modificativas o extintivas de los artículos 100 y 101 CC, referidos a la modificación o extinción de la pensión compensatoria y no de la prestación única.
- 6.4. Que el sistema de pago aplazado de la prestación única sólo puede disponerse por sentencia en los casos en los que las partes lo hayan solicitado, sin que, en ningún otro caso, el juez pueda acordarlo de oficio.
- 6.5. La pensión compensatoria y la prestación única no pueden ser acordadas de forma complementaria, lo que no impide que puedan ser solicitadas de manera subsidiaria, puesto que el artículo 97 CC utiliza la disyuntiva "o", y no la copulativa "y".

7. RÉGIMEN JURÍDICO PROCESAL DE LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS

- 7.1. Se puede solicitar provisionalmente la modificación de todas las medidas o efectos, incluida la pensión compensatoria.
- 7.2. A efectos de los rendimientos de módulos de los jueces y magistrados, deben equipararse los procedimientos de modificación de medidas a los de separación y divorcio.

8. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO

- 8.1. Si el juez no otorga a las partes, de oficio, el plazo común de cinco días para que puedan solicitar el divorcio, cualquiera de los cónyuges puede solicitarlo, por medio de su representación procesal en autos.
- 8.2. Dicho cambio podrá solicitarse en cualquier momento del procedimiento, antes de que se dicte sentencia.
- 8.3. Transcurrido el plazo de cinco días previsto por la ley para que las partes soliciten la reconversión a divorcio, precluye tal posibilidad, con la excepción de que la solicitud se realice de mutuo acuerdo.
- 8.4. La posibilidad de cambio de procedimiento no alcanza a aquellos procesos que se encuentran en segunda instancia.
- 8.5. En caso de que solicite el actor la reconversión a divorcio, debe darse audiencia al cónyuge demandado rebelde en el procedimiento de separación personalmente.

9. FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES IMPAGADAS

- 9.1. Se considera necesario promover el impulso de la Ley reguladora del fondo de garantía de pensiones al que se refiere la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

10. TRATAMIENTO FISCAL DE LA PRESTACIÓN ÚNICA PREVISTA EN EL ART. 97 CC

- 10.1. Se acuerda por unanimidad que debe solicitarse un tratamiento fiscal a los pagos por compensación en los casos de prestación única, similar al previsto para el artículo 1.438 del CC, o para el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña.

11. PROBLEMAS COMPETENCIALES ENTRE LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

- 11.1. Declaración previa general: Se considera que el diseño competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es inadecuado en cuanto atribuye competencias civiles plenas a dichos órganos, porque:

- 11.1.1. Va a residenciar en dichos juzgados conflictos familiares que habrían tenido mejor solución en los juzgados de familia.
- 11.1.2. La amplitud del tipo penal ubicará en el juzgado de violencia muchos supuestos que no son propiamente violencia de género.
- 11.1.3. Se excluye la mediación familiar.
- 11.1.4. El derecho de familia aplicado en el juzgado de violencia estará teñido de un evidente carácter punitivo para una de las partes.
- 11.1.5. Puede existir cierta contaminación en el juez de violencia para tramitar los asuntos civiles ya que no se han modificado las causas de recusación.
- 11.1.6. Crea un clima de inseguridad en materia de competencias.
- 11.2. Respecto a los litigios entre miembros de parejas de hecho, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán competencia «por lo menos» para tramitar los procedimientos relativos a las uniones de hecho que tengan por objeto la solicitud de una indemnización a favor de la mujer, de una pensión compensatoria, la liquidación del patrimonio común, la pensión alimenticia de hijos mayores, la vivienda familiar, y otras pretensiones que puedan derivarse del cese de convivencia, conforme a lo establecido en el artículo 44.2.d) de la Ley de Violencia Integral.
- 11.3. Conforme a lo establecido en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el juzgado de violencia sobre la mujer dictó la sentencia de separación, divorcio, o nulidad matrimonial, será el único competente para tramitar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.
 - 11.3.1. El Juzgado de Familia es el competente para el procedimiento de liquidación, en el caso de haber dictado sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, aun cuando hubiera un acto de violencia doméstica con posterioridad a la firmeza de la sentencia dictada.
 - 11.3.2. En el supuesto de que, iniciado un proceso de liquidación de gananciales en un Juzgado de Familia o Primera Instancia, se produzca un hecho de violencia de género, éste continuará en todo caso conociendo del proceso de liquidación sin que tenga que inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
 - 11.3.3. Cuando iniciado un procedimiento de separación en el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, e iniciado al mismo tiempo el procedimiento de liquidación de gananciales, si antes de iniciarse el juicio, se produce un hecho de violencia, el Juzgado de Familia o de Primera Instancia se inhibirá a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si bien continuará conociendo del procedimiento de liquidación si ya se ha iniciado la comparecencia de inventario.
- 11.4. A los efectos del artículo 87 ter 3, apartado d), de la Ley de Violencia de Género, se entenderá por «iniciado un procedimiento penal» el hecho de la admisión a trámite de la denuncia o querrela que hubiese presentado la mujer o el Ministerio Fiscal.

- 11.5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer carecerán de competencia para tramitar procedimientos civiles cuando, antes de iniciarse el procedimiento civil, se haya dictado auto de archivo, auto de sobreseimiento, o sentencia absolutoria, una vez que dichas resoluciones hayan adquirido firmeza. En el supuesto de que se haya dictado una sentencia condenatoria, la pérdida de competencia coincidirá con el momento en que se extinga la responsabilidad penal. A los efectos de firmeza, sólo se considerarán los recursos ordinarios que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quedando excluidos los recursos extraordinarios.
- 11.6. Por lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y autos dictados por los Juzgados de Familia y de Primera Instancia, en todo caso serán éstos competentes para ejecutar todas las resoluciones civiles dictadas en los procedimientos tramitados ante dichos juzgados. En consecuencia, los JVM carecen de competencia para conocer de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas por los juzgados referidos, aun cuando en el transcurso de la ejecución pueda cometerse algún acto de violencia contra la mujer.
- 11.7. Aun cuando, tras la inhibición al JVM, desaparezcan sobrevenidamente los presupuestos determinantes de la competencia civil de estos juzgados, como es el caso del archivo del proceso penal o del dictado de una sentencia absolutoria firme, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer mantiene sus competencias civiles si en el momento de la presentación de la demanda o de la recepción de los autos civiles por vía de inhibición del Juzgado de Familia o de Primera Instancia, aún no había recaído sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento, o se había extinguido la responsabilidad penal.
- 11.8. El inicio de la fase de juicio oral, enunciado controvertido que contiene el artículo 49 bis 1) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entiende que se refiere a la fase de juicio oral del procedimiento civil; este momento inicial de la fase del juicio oral, coincide con el inicio de la comparecencia de medidas previas, de las medidas provisionales o, en su caso, de la vista del pleito principal.
- 11.9. Por lo que se refiere al Juzgado competente para la tramitación del procedimiento de modificación de medidas definitivas:
- 11.9.1. Aun cuando la sentencia haya sido dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ha de entenderse que el juzgado competente es el Juzgado de Familia o de Primera Instancia que corresponda si, cuando se presenta la demanda de modificación, ya se ha extinguido la responsabilidad penal, o se ha dictado auto de sobreseimiento o de archivo, o sentencia absolutoria. Se ha de tener en cuenta en todo caso el carácter autónomo del procedimiento de modificación de medidas. Por ello, la competencia ha de ser examinada ex novo, aunque hubiesen existido actuaciones en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si las responsabilidades penales hubieran quedado extinguidas o sobreseídas.
- 11.9.2. En el supuesto de que la sentencia de separación o divorcio se hubiese dictado por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, será competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si, cuando se presenta la demanda o en el transcurso del procedimiento, siempre antes del acto del juicio, se produce un acto de violencia sobre la mujer del que hubiera conocido dicho Juzgado de Violencia y cuando aún no se hubiera dictado auto de archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria o no se hubiera extinguido la responsabilidad penal en el caso de sentencia condenatoria.

- 11.10. En relación con el artículo 49 bis 2) y la duda interpretativa sobre quién debe asistir a la comparecencia, o de qué sucede si no comparece alguna de las partes, se concluye que se debe citar a la comparecencia, además de al Ministerio Fiscal, a todas las partes personadas que deberán comparecer debidamente asistidas y representadas. En consecuencia, si aún no está personado en autos el demandado, no será necesaria su citación.
- 11.10.1. En el supuesto de que no comparezca la mujer a la comparecencia del artículo 49 bis 2), la misma se dará por terminada y el Ministerio Fiscal, a la vista de lo actuado, decidirá lo procedente en cuando a la presentación de la denuncia o de la Orden de Protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.
- 11.10.2. Se ha de procurar la debida coordinación para que el Ministerio Fiscal asista a la comparecencia del artículo 49 bis 2) y, en caso de imposibilidad manifiesta, se procederá a su señalamiento a la mayor brevedad posible.
- 11.10.3. Si iniciado el juicio civil, llega a conocimiento del tribunal la existencia de un hecho de violencia sobre la mujer, no procederá la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2) de la LEC, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal a los efectos legales oportunos.
- 11.11. La medida contemplada en el artículo 64.2 de la Ley de Violencia sobre la Mujer, esto es, la posibilidad de que la mujer pueda solicitar la permuta del uso de la vivienda familiar de la que sean copropietarios por el uso de otra vivienda durante el tiempo y en las condiciones que se determinen con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas puede ser adoptada por un Juzgado de Familia o de Primera Instancia siempre y cuando el mismo tenga competencia para el conocimiento del procedimiento civil.
- 11.12. La promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre homosexuales, posterior a la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no posibilita que una mujer denuncie a la mujer con la que está casada o forma pareja de hecho y atraiga con ello la competencia del Juzgado de Violencia para tramitar los procedimientos civiles que se deriven del cese de la convivencia.
- 11.13. Respecto al criterio para la suspensión de las visitas a favor del padre cuando se produce un acto de violencia de género, que se regula en el artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se considera que no se puede partir del automatismo de esa medida, dado que habría que valorar el interés del menor en cada caso concreto.
- 11.14. Ante la evidente posibilidad de que, en aplicación del art. 49 bis de la LEC, se planteen cuestiones de competencia por las que el Juzgado de Violencia no acepte la inhibición acordada por el Juzgado de Familia y le devuelva los autos, se considera que son de aplicación las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que es aconsejable que se dé una tramitación preferente en todas las instancias, al tratarse de un asunto de violencia doméstica.