

PROBLEMAS PRACTICOS: DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL). LA FIJACION DE UNA PENSION DE ALIMENTOS ADECUADA. LA PROTECION DEL INTERES DE PERSONAS CON DISCPCIDAD INMERS EN PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Cristina León Ramírez
Colegiada nº 3732 del Ilustre Colegio de Abogados de La Palmas

Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia. Criterios de determinación de la pensión alimenticia para los hijos menores. Pericial psicosocial. Maternidad subrogada. Criterios del Tribunal Supremo

Madrid, 19 y 20 de marzo de 2018.

Centro de
Estudios
Jurídicos

INDICE

RESUMEN.....	3
1.DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL).....	4
1.1 EXISTENCIA DE CORRESPONSABILIDAD EN EL PASADO.....	4
1.2. JORNADAS LABORALES DE LOS PROGENITORES.....	5
1.2 DISTANCIA ENTRE DOMICILIOS.....	8
1.4 EDAD DE LOS MENORES. HERMANOS DE VÍNCULO SENCILLO (REENCUENTROS).....	9
1.5 RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES.....	10
1.6. POSICIONAMIENTO DE LOS HIJOS. EXPLORACIÓN EL MENOR.....	11
1.7 APTITUDES DE LOS PROGENITORES PARA EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA.....	12
2. LA FIJACION DE UNA PENSION DE ALIMENTOS ADECUADA.....	13
2.1 REBELDÍA DEL ALIMENTANTE.....	13
2.2. MÍNIMO VITAL.....	14
2.3. GASTOS DE HABITACIÓN.....	15
2.4. GASTOS EXTRAORDINARIOS.....	16
2.5 GASTOS DE DESPLAZAMIENTO EN CASO DE CAMBIOS DE RESIDENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES.....	17
3. LA PROTECION DEL INTERESES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INMERSAS EN PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.....	18

RESUMEN

A diferencia de lo que sucede tanto en otros órdenes jurisdiccionales, como en la propia jurisdicción civil en materias distintas al Derecho de Familia, es una constante que en los procedimientos de separación o divorcio, de guarda y custodia y alimentos, o de modificación de medidas, la sentencia que pone fin al procedimiento estableciendo las medidas definitivas que han de regir las relaciones paternofiliales, desgraciadamente, no ponga fin al conflicto, y se deriven no pocos problemas en la ejecución de las medidas acordadas en sentencia. Las partes se ven así abocadas a interminables procedimientos de ejecución, que en algunos casos podrían evitarse si en el procedimiento principal se actuara con una adecuada perspectiva del pasado, del presente y de futuro por parte de todos los operadores jurídicos, incluido los representantes el Ministerio Fiscal.

El objeto de esta intervención es compartir, desde el punto de vista de los abogados y abogadas, la visión de esos problemas que surgen en la práctica, sobre todo tras el dictado de las sentencias, y proponer algunas herramientas que coadyuven, en la medida de lo posible, a anticiparse a ellos, adoptando ya en las sentencias las medidas definitivas realmente beneficiosas al interés más digno de protección, el de los menores, y por el que el Ministerio Fiscal ha de velar. Para ello es esencial la intervención de Ministerio Público, intervención en los procedimientos de familia que no solo no es prescindible, sino que deber ser una intervención de calidad, solvente, fruto de un análisis profundo de las circunstancias concurrentes en cada caso, y del prolijo conocimiento de la legislación y de la doctrina del TS.

Se revela por tanto como indispensable la especialización del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta no sólo su función de velar por el interés de los menores y las personas con discapacidad, sino el peso que en la práctica tienen en los Juzgados y Tribunales los informes del Ministerio Público, como parte más objetiva del procedimiento. Y sobre todo, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española de 1978, en adelante, CE) y la igualdad como valor superior del Ordenamiento Jurídico (1.1CE), de forma que, ante el indiscutible desequilibrio que ya supone para el justiciable que su procedimiento sea conocido por un Juzgado especializado en familia, o por uno de la periferia que no lo esté, en función tan solo de su lugar de residencia (art. 769 LO 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC), la intervención del Fiscal especialista en Familia, cualquiera que sea el órgano ante el que se tramite el procedimiento, se configura como una garantía de que el interés el menor estará convenientemente protegido.

1. DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL).

Sin duda la medida relativa a la guarda y custodia de los menores es la más controvertida. Si bien aún prepondera la atribución de la guarda y custodia individual (generalmente a las madres), la evolución legislativa y la realidad social han determinado que en la práctica sea cada vez más frecuente la adopción del sistema de guarda y custodia compartida, que además, ha sido definido por el Tribunal Supremo (en adelante TS) como el modelo deseable, doctrina fijada en la STS, Sala I de 7/07/2011 (Id Cendoj: 28079110012011100445 N° de Recurso: 1221/2010, N° de Resolución: 496/2011) , y que han consolidado muchísima más, entre otras, la STS, Sala I, de 13/07/17, (Id Cendoj: 28079110012017100423, N° de Recurso: 3268/2016 N° de Resolución: 442/2017) que interpreta el art. 92 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil (en adelante, CC) no como 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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea...”.

Ahora bien, que sea el modelo deseable no implica necesariamente que sea el más adecuado al interés del menor. Si la custodia compartida es objeto de debate es porque uno de los progenitores, o ambos, así lo ha solicitado, pues si ninguno de los dos lo hace no cabe acordarla, aunque lo solicite el Ministerio Fiscal (STS, Sala I, de 29/04/2013 - Id Cendoj: 28079110012013100242, N° de Recurso: 2525/2011, N° de Resolución: 257/2013-, o, más recientemente, STS Sala I, de 20/06/2017- Id Cendoj: 28079110012017100378, N° de Recurso: 2332/2016, N° de Resolución: 389/2017). Por tanto, en cada caso concreto, y siempre que sea solicitada al menos por uno de los progenitores, habrá que determinar si ese modelo satisface el interés del menor, para cuya determinación es imprescindible conocer la motivación de los progenitores para solicitarla, o para oponerse a ella. Con ello se evitan muchos problemas en la práctica, pues cuando la motivación es distinta a la del convencimiento de que ese sistema es el más beneficioso para los menores, el sistema se revela como altamente perjudicial para los hijos.

Por ello, las circunstancias a tener en cuenta para concluir en la idoneidad de este modelo de guarda y custodia son múltiples, destacando la existencia de corresponsabilidad en el pasado, las jornadas laborales de los progenitores, la distancia entre los domicilios de éstos y entre éstos y el centro escolar, la edad de los menores, la relación entre los progenitores, el criterio de los hijos con suficiente madurez, y las aptitudes de cada progenitor para el ejercicio de la guarda y custodia.

1.1. EXISTENCIA DE CORRESPONSABILIDAD EN EL PASADO:

Es doctrina reiterada del TS que debe valorarse en cada caso concreto el tiempo que en cada progenitor ha dedicado al cuidado y atención de los hijos antes de la ruptura o incluso tras la una prolongada separación de hecho, la vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor, la disposición de cada uno a procurar el bienestar de los hijos e incluso los acuerdos prejudiciales que, en su caso, hayan adoptado en previsión de la ruptura (STS, Sala I, de 8/10/2009, Id Cendoj: 28079110012009100624, Sección: 1. N° de Recurso: 1471/2006.

Nº de Resolución: 623/2009). Ello no significa que deba mantenerse de forma automática el status quo anterior a la ruptura, pues ni el sistema de guarda y custodia compartida, ni el individual, han de ser concebidos como un premio o como un castigo, como una recompensa o un reproche (STS, Sala I, Sección 1, de 17/10/2017, Id Cendoj: 28079110012017100541, Nº de Recurso: 1687/2016, Nº de Resolución: 563/2017). Piénsese en aquellos supuestos en los que por consenso entre los progenitores, o por circunstancias ajenas a su voluntad -como es el caso de que uno de ellos esté desempleado, o en situación de incapacidad permanente absoluta- se hace una distribución de roles de modo que uno de ellos se encarga de procurar para la familia los medios materiales necesarios para la subsistencia, y el otro se dedica en exclusiva al cuidado de los hijos. En este caso no puede “castigarse” al primero por no haber ejercido una corresponsabilidad en la atención de los hijos, o haberlo hecho en menor medida que el otro.

Pero sí es una circunstancia que, en conjunción con otras, permiten determinar la verdadera motivación de los progenitores. Y en este sentido es muy ilustrativa la STS de 17/10/2017 ya citada: un progenitor interesaba en procedimiento de modificación de medidas de divorcio la custodia compartida de sus hijos, y que quedara sin efecto la pensión alimenticia. Sin embargo, el tiempo de estancia que pretendía con sus hijos era exactamente el mismo que el que ya había establecido la sentencia de divorcio, y argumentaba que como ese sistema implicaba la distribución del tiempo al 50% entre ambos progenitores, era de facto una custodia compartida. El TS desestima el recurso, aduciendo que lo que pretende es un cambio de denominación del sistema de guarda y custodia, lo que no es posible. Y, evidentemente, mantiene la pensión alimenticia.

1.2. JORNADAS LABORALES DE LOS PROGENITORES:

Siendo sin duda una circunstancia muy importante, en la medida en que ejercer la guarda y custodia es dedicar tiempo a los hijos, el TS ha determinado que no puede descartarse por el solo hecho de que la jornada laboral de los progenitores no coincida exactamente con la jornada escolar de los hijos. Es una realidad social que en no pocas ocasiones los progenitores necesitan ayuda externa para conciliar la vida familiar y laboral, ya sea a través de la familia extensa, ya sea a través de terceros. Y ello no debe ser, por sistema, incompatible con el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Es más, cabe incluso que se imponga el sistema de custodia compartida al progenitor que se opone a ella basándose en que es incompatible con su horario de trabajo. Ahora bien, no puede aceptarse que esa ayuda de terceros suponga en la práctica que sean éstos quienes ejerzan la guarda y custodia.

Dada su excepcionalidad, me parece interesante referirme al siguiente caso concreto: en procedimiento de divorcio contencioso, la esposa -funcionaria pública con horario de mañana- interpone la demanda interesando se establezca la guarda y custodia compartida, por turnos semanales. El padre se opone, argumentado que su trabajo por turnos se lo impide. Los turnos del padre eran turnos rotatorios de mañana, tarde y noche: dos días turno de mañana (de 6 a 14), los dos días siguientes turno de tarde (de 14 a 22), los dos días siguientes turno de noche (de 22 a 6) y los cuatro días siguientes libres. Y así sucesivamente. Para el ejercicio de la custodia compartida ambos progenitores necesitaban ayuda externa: la madre diariamente, pues su jornada laboral era más extensa que la escolar de sus hijos, por tanto, si los llevaba al colegio no los podía recoger, o viceversa; el padre no la necesitaba diariamente, los cuatro días libres no la necesitaba en absoluto, el resto sí. El representante del Ministerio Fiscal se

opuso a la custodia compartida argumentando en la vista que si el padre no la quería no se le debía imponer. La sentencia de primera instancia estableció la custodia compartida, pese a la oposición del padre y del Ministerio Fiscal, pero expresamente estableció que la resolución debía ser “*un traje a medida de la familia*”, y entendió que lo más conveniente era adaptar el sistema al horario laboral del padre, y así, determinó el siguiente sistema de custodia compartida: los menores pasarían con el padre los cuatro días que libraba, y las dos tardes que trabajaba en turno de mañana; el resto del tiempo la guarda y custodia sería ejercida por la madre. Es decir, no sólo no se atendió al criterio del interés superior del menor -primó el horario laboral del padre-, pese al trastorno que ambos progenitores reconocían suponía que los menores se trasladaran el domicilio materno al paterno entre semana en varias ocasiones -, sino que se penalizó a la madre convirtiéndola en la “canguro” de padre. Ambos recurrieron la sentencia: la madre se mostraba conforme con la custodia compartida, pero no con la distribución del tiempo; el padre insistía en que se atribuyera en exclusiva a la madre, y se fijara en su favor un régimen de visitas normalizado de fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares. El Ministerio Fiscal, interesó la desestimación de ambos recursos. La Audiencia Provincial de Las Palmas, (Sección 3ª, sentencia nº633/2015, de fecha 18/11/2015, Recurso 477/2015, Ponente Doña María Paz Pérez Villalba), desestimó el recurso del padre, y estimó el de la madre, fundamentándolo en que los argumentos del padre para oponerse a la custodia compartida eran meras incomodidades organizativas personales que no atendían en absoluto al criterio del interés de los menores, y que ni si siquiera había acreditado que la empresa que lo empleaba no le fuera a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, tal como era su derecho, con cita de la LO 3/2007 de 22 de mayo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y resaltaba la necesidad de conseguir un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada de hombres y mujeres haciendo copartícipes a ambos progenitores del cuidado de sus hijos.

La sentencia referida es a mi juicio digna de especial mención, no sólo porque efectivamente vela por el interés de los menores repartiendo el tiempo por turnos semanales, en consonancia con el TS (STS, Sala I, Sección 1, de 21/10/2015, Id Cendoj: 28079110012015100575, Nº de Recurso: 1768/2014, Nº de Resolución: 585/2015) señala que en defecto de acuerdo ente los progenitores en cuanto la forma el reparto del tiempo, se hará semanal), sino porque es una sentencia donde se aplica la perspectiva de género, mandato constitucional (art. 14 CE), que tiene su reflejo normativo en el art. 4 de la LO 3/2007 de 22 de mayo aludida en la sentencia, que dispone:

“ Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

En definitiva, salvo que la ayuda externa que casi toda familia precia se revele como prácticamente sustitutiva de la necesaria dedicación diaria del progenitor hacia los hijos, la jornada laboral no constituye *per se* un obstáculo para acordar el sistema. Así, no es lo mismo que un progenitor haga uso del servicio de acogida temprana del colegio, a que opte por llevar a los menores a la casa de los abuelos para que pernocten allí, y que sean éstos quienes se encarguen de levantar a los niños, prepararles el desayuno, vestirlos, y llevarlos al colegio; no es lo mismo que los abuelos tengan que recoger a los menores a la salida de la jornada escolar (entre las 14 y las 17 horas, generalmente), y que el padre o madre los recoja una o dos horas

después, a que el progenitor acabe su jornada laboral a última hora y los menores pasen toda la tarde con los abuelos. El primer supuesto es ayuda externa compatible con custodia compartida; el segundo es sustituir al progenitor en el ejercicio de la guarda y custodia.

Por ello es imprescindible que los progenitores presenten un plan de parentalidad, que no puede ser una mera declaración de intenciones, sino que ha de ser un plan posible, creíble, detallado y acreditable. Si bien el CC no se refiere expresamente al plan de parentalidad ni a su contenido, (a diferencia del Código Civil de Cataluña, que sí lo hace en su art. 233-9) el TS sí lo viene exigiendo, hasta el punto de que ha rechazado el sistema de guarda y custodia compartida cuando dicho plan no se presenta (STS, Sala I, Sección 1, de 26/10/2016 - Id Cendoj: 28079110012016100606, N° de Recurso: 2907/2014, N° de Resolución: 638/2016, entre otras). Y si bien no se ha encontrado ninguna resolución del TS que aúne exhaustivamente el contenido que debe tener el plan de parentalidad, de las sentencias analizadas que aluden a dicho plan parece deducirse que una buena guía es el contenido previsto en el art. 233-9 el Código Civil de Cataluña, que dispone:

“1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la

conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.”

La necesidad de que el plan de parentalidad propuesto no sea una mera declaración de intenciones exige acreditar que el plan sea efectiva e inmediatamente ejecutable, y así, a título de ejemplo, es insuficiente con manifestar que si se otorga la custodia compartida, el progenitor solicitará las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral al empleador o alquilará una vivienda en la misma ciudad donde residen los hijos o donde tienen su centro escolar, hay que acreditar que ya se tiene efectivamente resuelta con el empleador la conciliación familiar, o que se dispone de capacidad económica suficiente para afrontar el gasto el alquiler (STS, Sala I, Sección 1, de, 03/03/2016, Id Cendoj: 28079110012016100114, N° de Recurso: 523/2015, N° de Resolución: 130/2016).

En opinión de Don Eduardo Hijas Fernández, Presidente sección nº 22 de la Audiencia Provincial de Madrid), vertida en la Encuesta Jurídica de Noviembre 2017, (editorial jurídica Sepin, autor: Coordinadora: Pilar González Vicente. Directora General de Servicios para la Familia y la Infancia. Magistrada), *“Resulta de una especial trascendencia la descripción del proyecto de cada uno de los progenitores sobre el modelo de educación que quieren y ofrecen para sus hijos, rutinas que los mismos han de seguir, apoyos en los estudios, realización de actividades extraescolares y, singularmente, la forma de resolver los problemas que puedan surgir en orden a su desarrollo, cuidado y formación, en todos los órdenes, habiendo de especificarse en qué grado está dispuesto cada uno de ellos a implicar al otro progenitor en su abordaje y decisión”*.

1.3 DISTANCIA ENTRE DOMICILIOS.

Superado ya el criterio de la “deslocalización del menor”, el TS ha determinado en numerosas sentencias que la distancia a valorar no es la existente entre los domicilios de los progenitores, sino la existente entre el domicilio de cada uno de los progenitores y el centro escolar. Ello porque, a falta de acuerdo entre los padres, la distribución del tiempo ha de hacerse por turnos semanales y con entregas y recogidas en el centro escolar, de forma que, si los domicilios son equidistantes respecto del colegio, y la distancia es razonable, no existe perjuicio para el menor. Así, la sentencia de STS, Sala I, 06/06/2017 consideró que pese a que entre los domicilios de los progenitores había 46Km, dado que el centro escolar estaba a medio camino sí era posible la custodia compartida. La STS, Sala I, de 21/12/2016 sin embargo, entendió que 50 km entre el domicilio y el colegio era inviable, pues suponía que los menores tuvieran que soportar diariamente un trayecto de 100 km. En el mismo sentido la sentencia de 17/10/2017 y la reciente sentencia de TS, Sala Primera, de lo Civil, 4/2018, de 10 de enero.

La práctica nos enseña que son más los criterios a tener en cuenta cuando de valorar la distancia se trata, más allá de los kilómetros. Así, también habrá que valorar si el trayecto puede hacerse por autopista, o necesariamente ha de hacerse por carreteras secundarias u otras vías más lentas (interurbanas, por ejemplo), y la forma de transporte. Así, pongamos el siguiente supuesto de hecho: un progenitor se opone a la custodia compartida invocando como inconveniente la distancia entre el colegio y el domicilio paterno, de 37 Km, mientras que la madre reside en el mismo término municipal en el que radica el centro escolar a tan sólo 6,5 kilómetros. Ahora bien, mientras que el padre puede trasladar a los menores en su propio

vehículo al colegio por autopista y ello supone un trayecto de 35 minutos, la madre precisa del servicio de transporte escolar, que en la práctica, dadas las múltiples paradas que realiza, implica que los menores estén en carretera una media de 40 minutos. En este caso, la distancia no se revela como inconveniente, pero es preciso que los progenitores incluyan este detalle en su plan de parentalidad.

Otro medio de evitar el inconveniente de la distancia suele ser el de “las casas nido”, esto es, los menores permanecen siempre en el mismo domicilio y son los progenitores quienes se trasladan. Afortunadamente es excepcional. La experiencia de los juzgados y tribunales de familia respecto a dicho sistema es la expuesta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de septiembre de 2008:

“puede ser una fuente inagotable de conflictos entre los adultos que acabará repercutiendo y perturbando a los menores siendo viable sólo en casos muy determinados, por ejemplo de una muy precaria situación económica que dificulte la compra o el alquiler de otra vivienda, o de consenso entre los progenitores, y siempre con carácter temporal. ...”

1.4 EDAD DE LOS MENORES. HERMANOS DE VÍNCULO SENCILLO (REENCUENTROS).

Por obvias razones el modelo de custodia compartida no es adecuado cuando de hijos lactantes (lactancia natural) se trata: la lactancia materna es un derecho del recién nacido, redundando en su beneficio. Ahora bien, la lactancia materna no puede convertirse en un obstáculo para el establecimiento de la custodia compartida indefinidamente. La OMS la recomienda hasta los 6 meses como sistema exclusivo de alimentación, y combinada entre los 6 meses y los 2 años. No hemos encontrado sentencia alguna del TS que sienta como doctrina la edad a partir de la cual ya no es impedimento, pero sí se ha pronunciado el Alto Tribunal (STS, Sala I, de 13/07/2017) sobre la imposibilidad de establecer la custodia compartida como medida de futuro, señalando que lo prudente es analizar las circunstancias concurrentes en su momento, a través del procedimiento de modificación de medidas, donde se realice una nueva valoración del interés del menor, con un adecuado informe psicosocial y un plan contradictorio.

Respecto de los hermanos de vínculo sencillo, y en la medida en que también hay que salvaguardar el interés del menor a relacionarse y no separarse en la medida de lo posible de los hermanos, es preciso valorar también esta circunstancia, y organizar los periodos de custodia o el derecho de visitas de modo que quede garantizado este derecho. En este sentido es muy relevante la STS, Sala I, Sección 1, de 17/10/2017, que resolvió sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de cónyuge no custodio, pero que tenía otra hija de una relación anterior, con la que convivía, esgrimiendo como uno de los argumentos en favor de tal medida la necesidad de que ambas hermanas (la hija de la relación anterior del progenitor no custodio y la hija común de los litigantes cuya custodia se atribuía a la madre) no perdieran la posibilidad de convivir juntas, y con su padre:

“El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades.

La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta: solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable.

2.- Es cierto que el padre de Victoria no tiene atribuida la custodia de esta hija, hermana de vínculo sencillo de Zaira, que no es parte en este litigio. Es, sin embargo, hecho probado de la sentencia que la vivienda litigiosa ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, su lugar de encuentro, durante periodos amplios, pese a no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido no solo una efectiva comunicación entre las hermanas de vínculo sencillo, sino cumplimentar una de las indicaciones en las que el Código Civil objetiva el interés del menor: procurar «no separar a los hermanos» (artículo 92.5). Que las hijas sean de progenitoras distintas no debe dar lugar a que esta unión entre ambas quede desfavorecida mediante la atribución del uso a la parte recurrente a través del párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil, por ser la progenitora en cuya compañía queda la hija. No haciéndolo, se consigue mantener el encuentro entre Victoria y Zaira en la vivienda que fue de las dos puesto que si el uso se atribuye a Zaira y su madre, bajo cuya custodia queda, se vería desplazada la otra hija menor del padre y «desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común», lo que no es conforme con el interés familiar preferente y necesitado de mayor protección al entorpecer «el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas» en los periodos de convivencia con el padre.»

1.5 RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES.

Es claro que las relaciones entre los progenitores es determinante para elegir el modelo de custodia, siendo la compartida imposible no ya en casos de violencia, sino incluso cuando, no existiendo violencia, las deficientes relaciones entre los progenitores hacen presagiar que el modelo fracasará.

Si existe violencia (ya se haya incoado proceso penal o no, pues el art. 92.7 del CC dispone que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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 cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica), evidentemente no cabe acordarla. La STS, Sala I, Sección 1 de 26/05/2016 recuerda que *"El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*. Lo hizo al casar una sentencia de una audiencia provincial que la establecía pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender (la Audiencia Provincial) que *"el art. 92.7 CC debe ser interpretado restrictivamente,...y no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que "el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos"*.

Pero aún no existiendo violencia, la relación entre los progenitores tiene que ser valorada para determinar si el sistema de guarda compartida es el más conveniente al interés del menor.

En la STS, de 27/09/2017 TS, Sala Primera, de lo Civil, 529/2017, de 27 de septiembre, Recurso 3933/2016 la Sala *“no considera que impida la guarda y custodia compartida los desencuentros propios de las crisis matrimoniales que no afecten de modo relevante a los menores (SSTS de 30 de octubre de 2014 ; 11 de febrero de 2016), sin embargo mantiene (sentencia de 19 de julio de 2013) que esta modalidad de custodia «conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.»*.

¿Cuándo ha de entenderse que las malas relaciones entre los padres afectan a los hijos? La casuística es muy amplia: Así, unos progenitores que solo se comuniquen a través de SMS o a través de sus letrados no pueden compartir guarda, que estaría abocada al fracaso (STS de 22/07/2011, Sala I, Sección 1), como tampoco pueden hacerlo cuando los menores están sujetos a normas de convivencia distintas en los domicilios paterno y materno (STS 01/10/2010, Sala I, Sección 1), o cuando un progenitor descalifica al otro en presencia de los hijos. Partiendo de que siempre habrá diferencias entre los progenitores, es la entidad de las diferencias lo que ha de valorarse, y así, no se ha considerado de entidad suficiente la diferencia en torno al centro escolar al que deben acudir los menores (STS16/02/2015, Sala I, Sección 1), o la divergencia sobre si los menores deben a o no acudir al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre (STS 12/05/2017, Sala I, Sección 1), entendiéndose que se trata de divergencias razonables, que no pueden incardinarse en el concepto de “malas relaciones” que impidan la guarda conjunta.

1.6. POSICIONAMIENTO DE LOS HIJOS. EXPLORACIÓN DEL MENOR.

La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente madurez, es imprescindible, sin olvidar que se trata de su opinión, su deseo, pero que no siempre tiene por qué coincidir con su interés. En esta cuestión es especialmente relevante el papel del Ministerio Fiscal. No debe olvidarse que la exploración de los menores no es propiamente un medio de prueba, es un instrumento que ha de tender a averiguar cuál es el interés del menor.

Como ya señaló el TS (STS de 20 de octubre de 2014, Sala I, Sección 1, Rec. 1229/2013), *«La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser 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 oídos 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. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada» [...]*

En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida (art. 238 LOPJ), retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad».

Y más recientemente la TS, 18/2018, de 15 de enero, Sala I, Recurso 1195/2017:

“Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la sentencia 578/2017, de 25 de octubre .Se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2009, de 29 de junio). A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.”.

En consecuencia, partiendo de esa necesidad de obtener la información a través de preguntas sutiles e indirectas que eviten un conflicto de lealtades a los menores, y de la conveniencia incluso de servirse en ocasiones en el propio acto de la exploración de especialistas, se trata de determinar si el deseo del menor se corresponde con su interés, averiguando los roles de cada uno de los progenitores respecto de los hijos, cuál de ellos satisface en mayor medida las necesidades emocionales y afectivas de los hijos, cuál de ellos aplica pautas educativas más adecuadas, cual tiene mayor grado de implicación en si vida escolar, aspectos de salud, relaciones sociales...

El TS tiende a respetar el deseo de los menores si su testimonio no es irreflexivo, caprichoso, ni motivado por una mayor permisividad de uno u otro progenitor, como señaló en la sentencia de 20/06/2017 TS, Sala Primera, de lo Civil, 389/2017, de 20 de junio, Recurso 2332/2016, en la que se señala que el Ministerio Fiscal interesó la custodia paterna al entender que el deseo de la menor de vivir con el padre había sido madurado a lo largo del tiempo y se basaba en la mayor sintonía o entendimiento con éste.

1.7 APTITUDES DE LOS PROGENITORES PARA EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA.

Decididamente es un criterio a tener en cuenta, donde el papel de los gabinetes psicosociales es de vital importancia. Ello sin olvidar que también se revelan como eficaces los informes periciales que las partes aporten, que pueden incluso prevalecer sobre las pruebas de los gabinetes psicosociales, habiendo señalado el TS (STS, Sala Primera, de lo Civil, 47/2015, de 13 de febrero Recurso 2339/2013) que *“La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre , dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC . De este modo, solo cuando dicha valoración no respete “las reglas de la sana crítica”, podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente (STS 10 de diciembre 2012).”*

Existe la tendencia a asumir de forma casi automática las conclusiones de los equipos psicosociales expresadas en sus informes, pero el TS también ha manifestado respecto de tal prueba que siendo sin duda un instrumento que ayuda al tribunal, es la propia convicción del Tribunal lo que ha de determinar la idoneidad del sistema de custodia.

Así, la ya referida sentencia del TS de 10 de enero de 2018, atribuyó la custodia individual a la madre, pese a que la prueba psicosocial certificaba la aptitud de ambos progenitores para ejercerla, en base a la mayor habilidad y flexibilidad de la madre en su estilo de vida:

“Analizado el informe psicosocial se puede apreciar:

- 1. Los dos progenitores mantienen habilidades parentales.*
- 2. D.ª Luz dispone de habilidades de planificación y tolera la frustración de forma adecuada.*
- 3. D.ª Luz tiene un estilo de personalidad abierto y mayor flexibilidad que D. Maximino .*
- 4. D. Maximino no asume la realidad de la ruptura, planteándose una ilusoria reconciliación.*

En estos elementos de juicio entiende la sala que procede fundar la atribución de la custodia a la madre (D.ª Luz), si bien se reconoce la aptitud del padre (D. Maximino) para el desempeño de las funciones parentales.”

2. LA FIJACION DE UNA PENSION DE ALIMENTOS ADECUADA.

En la mayor parte de las ocasiones la separación, el divorcio, o la ruptura de la relación de hecho análoga, supone un reparto de pobreza, sobre todo en los últimos años de crisis económica. Para la correcta fijación de la pensión alimenticia hay que llevar a cabo un correcto juicio de proporcionalidad, de modo que, cuando ese juicio resulta ilógico es revisado y corregido por el TS. Así, la reciente sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 83/2018, de 14 de febrero, Recurso 2056/2017 (SP/SENT/939942):

“ Aplicando la doctrina jurisprudencial al caso de autos, debemos convenir en que se ha producido un juicio de proporcionalidad ilógico en la sentencia recurrida, dado que se está haciendo recaer la totalidad del pago de los gastos alimenticios en el padre, pues si se calculan en 900 euros, no pueden atribuirse el pago de esos 900 euros solo al Sr. Eduardo , dado que aún cuando se haya variado el sistema de custodia compartida y se haya configurado la custodia a favor de la madre, debe tenerse en cuenta que la custodia compartida era al menos «atípica», dado que en la semana que le correspondía a los menores estar con el padre, ellos cenaban con su progenitor, pero luego dormían en casa de la madre, por lo que la variación de la carga económica se traducía en ocho cenas al mes (como se refería en la sentencia del juzgado) que ahora debía sufragar la madre, si bien de cuatro hijos, es decir, 32 cenas.”.

No es objeto de esta ponencia el análisis de los presupuestos legalmente exigidos - necesidad del alimentista y capacidad del alimentante- para la determinación de la pensión alimenticia. Lo es el poner de manifiesto tanto los problemas que en la práctica se dan para determinar la pensión, como los que surgen una vez fijada la pensión alimenticia en la sentencia, con las diferentes interpretaciones que cada parte hace de la misma y su fundamentación, diferencias de interpretación que acaban siendo dirimidas en procedimientos de ejecución, en la medida en que surgen ordinariamente cuando la sentencia ya es firme. Si fuera posible anticiparse a esas divergentes interpretaciones, se evitarían muchos de los procesos de ejecución, e incluso de modificación de medidas.

Concretamente se aborda la cuestión de la rebeldía del alimentante, el “mínimo vital”, los gastos de habitación, gastos de desplazamiento en caso de cambios de residencia de uno de los progenitores y gastos extraordinarios.

2.1 REBELDÍA DEL ALIMENTANTE.

Supongamos que el emplazamiento del demandado se realiza en forma procesalmente correcta, y aún así no comparece en el procedimiento: ¿cómo se valora su capacidad económica a efectos de determinar el importe de la pensión para sus hijos menores?

La sentencia de la AP de Murcia, Sección 4ª, 67/2015, de 12 de febrero, Recurso 19/2015 (SP/SENT/803461), resolvió el supuesto del demandado que fue correctamente emplazado, en su domicilio y en la persona de su padre, al que se le advirtió de su obligación de entregar la documentación recibida a su destinatario. Todas estas circunstancias constaban en la diligencia de emplazamiento (datos del receptor, vinculación familiar, advertencia de obligación de entrega), sin que el receptor hiciera manifestación alguna acerca de que ese no era el domicilio del demandado, o su imposibilidad de entregarle la documentación. La sentencia dice:

“Téngase en cuenta, que es la propia parte que ahora critica abiertamente la decisión de la Juzgadora de instancia, quién ha propiciado con su conducta rebelde y por tanto, con su absoluta dejación probatoria, el vacío existente en los autos acerca del conocimiento de su actual capacidad económica. Hemos repetido de manera continuada, que dada la especial naturaleza de la obligación alimenticia en relación con los menores, incumbe al progenitor obligado a su prestación el Sr. Edmundo en este caso, el máximo rigor probatorio en la acreditación de su verdadera capacidad y disponibilidad económica. Sobre ello el recurrente incurre en un evidente déficit de prueba. Por ello resulta totalmente gratuito que se alegue la infracción del artº. 146 del Código Civil . La sentencia de instancia, en base a lo argumentado, fija con acierto en concepto de pensión de alimentos, la cantidad de 150 €/mes por cada hijo, es decir, una cuantía situada incluso por debajo del umbral del denominado "mínimo vital" imprescindible.”

El TS, Sala I, Sección 1, en sentencia de 22/07/2015, estableció que *“Esta Sala debe declarar que junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los Tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 de la Constitución).*

El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente las circunstancias. ...”.

Ambas resoluciones para fijar el importe de la pensión se refieren al “mínimo vital” ante la falta de constancia de la capacidad económica del alimentante. Pero, ¿y si el demandado-alimentante recoge personalmente la demanda, por tanto, no cabe duda de que se ha ilustrado de la pretensión que de contrario se formula respecto de la pensión de alimentos para los hijos menores, y aún así, se constituye en rebeldía? ¿Cabría en este caso tenerle por conforme con tal pretensión en aplicación de la ficta confesio del art. 304 LEC 1/2000? No se han encontrado sentencias del TS resolviendo un caso semejante. En la medida en que el Ministerio Fiscal ha de velar por el interés del menor, y ante la renuncia del rebelde a

comparecer y defenderse aportando la prueba que puedan ilustrar sobre su verdadera capacidad, entiendo que no procede que el Ministerio Público interese una pensión inferior a la solicitada cuando ésta sea ajustada a las necesidades acreditadas de los menores.

2.2. MÍNIMO VITAL.

Según la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, este mínimo vital constituye una prestación alimenticia a favor de los menores que han de fijar 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, y con el que se presume que se pueden cubrir las necesidades vitales de los menores. Suele oscilar entre los 150 y 200 euros. Sin embargo, en estos casos unas Audiencias optaban por la suspensión de la obligación de prestar alimentos.

El TS al respecto ha determinado que *“...lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante»* (STS de 12 de febrero de 2015, Rec. 2899/2013).

2.3. GASTOS DE HABITACIÓN.

El concepto legal de alimentos del art.142 del CC incluye expresamente los gastos de habitación. Si bien en el pasado sí era frecuente que las sentencias dictadas en procesos matrimoniales o de menores se pronunciaran sobre la obligación de pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar donde residen los hijos, estableciendo en función de la capacidad económica de cada uno de los progenitores el porcentaje en que cada uno debía afrontar su pago, el TS ha sentado como doctrina que la hipoteca no es propiamente una carga del matrimonio, sino una deuda de la sociedad de gananciales (STS Sala Primera, de lo Civil, 559/2016, de 21 de septiembre Recurso 3282/2015, SP/SENT/869999):

“... si bien la del Juzgado lo considera una carga del matrimonio, pese a lo declarado por esta sala que ha mantenido que no es tal carga sino una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 C. Civil) (Sentencias de 28-3-2011 y 5-11-2008).

Como tal deuda ha de ser afrontada al 50% por cada uno de los cónyuges, sin que pueda alterarse la obligación por razón del interés del menor, el cual debió de ser valorado a la hora de calcular la pensión por alimento.”

En el mismo sentido, Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 (SP/SENT/623455).

La mayor parte de las Audiencias Provinciales entienden asimismo que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de a quién se le atribuya el derecho de uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, alterando el mismo, sin el consentimiento del acreedor para la novación de la obligación constituida. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, sentencias de fechas 3 marzo 2006 , 2 enero 2003 , 7 enero 2000 , 18 octubre 1999 , 13 octubre 1998 y 8 febrero 1999 , y las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 27 junio 2005 , 9 julio 2003 y 6 julio 2005 .

En la práctica no son pocas las ocasiones en que el progenitor al que no se le atribuye el uso del domicilio familiar decide unilateralmente, tras la sentencia que fija las medidas definitivas, dejar de abonar las cuotas de amortización del préstamo hipotecario en la proporción que le corresponda, lo que determina que, o bien el otro progenitor, para salvaguardar el uso que ha sido atribuido a los menores se vea obligado a satisfacer la cuota total para evitar el procedimiento de ejecución hipotecaria; o bien, si su capacidad económica no le permite abonar el 100% de la cuota, se vea abocado a la referida ejecución hipotecaria, pues al acreedor no le basta el pago parcial. En cualquiera de los casos son los menores los destinatarios directos del perjuicio. Y sucede que en muchos casos en el proceso deductivo para fijar la pensión alimenticia no se prevé cantidad alguna en concepto de gasto de habitación, bajo el argumento de que hasta ese momento ambos progenitores han venido afrontando el crédito hipotecario cuyo pago garantiza que los menores tendrán cubierta su necesidad de vivienda.

Evidentemente no cabe tras la doctrina del TS aludida imponer el pago del préstamo hipotecario en la sentencia dictada en el procedimiento de familia o de menores a un progenitor, ni en la misma ni en distinta proporción de aquélla a la que se obligó con el prestamista, en la medida en que ello ya no se considera carga familiar. Pero ello no obsta a que, en aras de proteger el interés de los menores, y en especial en aquellos supuestos en que la capacidad económica del alimentante es superior la del otro progenitor, se tenga en cuenta para fijar el quantum de la pensión de alimentos el gasto de habitación, con independencia de la obligación que los progenitores han asumido con el prestamista de pago de las cuotas hipotecarias, generalmente de forma solidaria.

2.4. GASTOS EXTRAORDINARIOS.

Pese a que el concepto de gasto extraordinario también está claramente definido por la doctrina del TS y la jurisprudencia menor, su interpretación es objeto de controversia en bastantes ocasiones. Su correcta definición en las sentencias que fijan las medidas definitivas evitará que los progenitores se vean obligados a proceder conforme determina el art. 776.4 de l LEC, esto es, la solicitud de declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario, previa a la solicitud del despacho de ejecución.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, 557/2016, de 21 de septiembre (SP/SENT/870013), es clara respecto de los gastos escolares propios del inicio del curso (matrículas y libros.), considerándolos gastos ordinarios en cuanto son gastos de educación, expresamente incluidos en el concepto legal de alimentos del art. 142 del CC:

“En la sentencia recurrida se declara que los gastos escolares deben entenderse integrados dentro de los gastos extraordinarios por lo que deberían ser abonados al 50%.

Este pronunciamiento de la sentencia recurrida es contrario a la doctrina jurisprudencial antes expresada, cuando declara que: «Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos... Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto».

En base a lo declarado debemos estimar el motivo de casación y asumiendo la instancia, debemos declarar que los gastos escolares deben entenderse como ordinarios e integrados en el concepto de alimentos, por lo que

a la hora de computar éstos los operadores jurídicos deberán tener en cuenta el prorrateo de los gastos de inicio del curso escolar. ..."

Y esta sentencia es significativa, y no sólo porque defina los gastos propios de inicio del curso como ordinarios. Obsérvese que la sentencia casada especificaba los gastos que consideraba extraordinarios, incluyendo como tales -erróneamente- los gastos de inicio del curso. Es de suponer que en la medida en que la Audiencia Provincial consideró el gasto como extraordinario, su importe no fue tenido en cuenta para la determinación de los gastos ordinarios en que se fundamenta el importe fijo mensual de la pensión alimenticia. Al casar el TS la sentencia la realidad es que la pensión alimenticia fijada está incorrectamente calculada, sin que su importe se modifique a la vista de la nueva consideración del gasto como ordinario, con el consiguiente perjuicio para los menores, que no ven cubierta esa necesidad. En el supuesto analizado por la sentencia, el Ministerio Fiscal también consideraba el gasto como extraordinario.

Este es un problema que se da frecuentemente en la práctica, sobre todo cuando se trata de sentencias dictadas antes de la evolución jurisprudencial sobre el concepto de gasto extraordinario. Antaño los gastos de inicio del curso se consideraban extraordinarios, pero no todas las sentencias así lo especificaban, sino que se daba por hecho. Si la sentencia -o el auto de medidas provisionales- lo determinan expresamente como extraordinario el problema es inexistente, dado que el art. 776.4 se refiere expresamente a gastos extraordinarios no expresamente previstos, con lo que si están previstos como extraordinarios, aunque ello sea erróneo, entiendo sí cabe la ejecución forzosa sin que quepa ya cuestionare ese carácter. Pero en aquellas viejas sentencias que daban por hecho el carácter extraordinario del gasto, sin contener su expresa enumeración, los menores quedan desprotegidos, pues en este caso sí habría que acudir a la solicitud de previa declaración del carácter extraordinario del gasto a que se refiere el art. 776.4 LEC, y el resultado, casi con toda seguridad, es la aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial.

El problema se da asimismo no sólo cuando de sentencias anteriores al nuevo criterio se trata sino de procesos actuales dirigidos por abogados o abogadas no especialistas en Derecho de Familia, no ilustrados en el concepto jurisprudencial del gasto extraordinario. Pese a que la pensión e alimentos es una cuestión de orden público sobre el que cabe pronunciamiento de oficio, ello se refuerza nuevamente con la intervención el Fiscal especialista, que constituye una garantía de la salvaguarda del interés de los menores.

Lo mismo sucede con las actividades extraescolares, siempre que fueran anteriores a la ruptura y consensuadas tal como ha determinado el TS, que en su sentencia número 721/2011, de 26 de octubre , señala que habiendo acordado los cónyuges que esas actividades que los menores realizaban antes de la ruptura formaban parte de su educación integral, deben considerarse gastos ordinarios.

En definitiva, el concepto de gasto extraordinario debe quedar reducido a todo aquél gasto imprevisible, así como los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social. Todos los demás deben ser expresamente valorados para la cuantificación en la pensión alimenticia como gastos ordinarios.

2.5. GASTOS DE DESPLAZAMIENTO EN CASO DE CAMBIOS DE RESIDENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES.

La cuestión de este tipo de gastos cobra especial importancia en el mundo globalizado en el que vivimos. La movilidad geográfica actual, tanto por motivos laborales como por el hecho objetivo de que cada vez hay más parejas formadas por personas de distinta procedencia, determina que sean numerosos los procedimientos en los que debe ventilarse la cuestión de los gastos de desplazamiento de los menores, ya sea para hacer efectivo el régimen de guarda conjunta, ya sea para ejecutar el derecho de visitas establecido en favor del progenitor no custodio.

Salvo en economías muy saneadas, que desgraciadamente son las menos, este gasto supone una gran carga para cuya imposición a uno u otro progenitor, o a ambos, hay que valorar no sólo a quien es imputable el traslado. Y ello porque no se trata de “castigar” al progenitor que decide trasladarse, sino de velar por el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, con independencia de donde residan y por qué.

Salvo en los supuestos en que el traslado obedezca a un capricho de un progenitor (la jurisprudencia el TS se refiere a la “razonabilidad de la causa para el traslado”, no autorizando el mismo cuando se aprecian motivos espurios), la decisión de quién debe soportar los gastos de desplazamiento no puede depender sólo de quién ha tomado la decisión de traslado, pues de ser así, si quien se traslada carece de medios para afrontar en exclusiva los gastos de desplazamiento, serán los menores quienes vean perjudicado su derecho a relacionarse con ese progenitor que no puede sufragar el traslado. Por tanto, será la razonabilidad de la causa del traslado, y la valoración de la capacidad económica de ambos progenitores lo que fundamente la decisión de cómo se sufraga el gasto.

Pero en la práctica surgen algunos problemas evitables con una adecuada previsión, siendo el más frecuente aquél que se origina cuando el traslado ha de hacerse en avión, o en tren. En estos casos hay que prever que hasta una determinada edad los menores no pueden viajar solos, ni siquiera haciendo uso de los servicios de acompañamiento con que cuentan las compañías de transporte, lo que incrementa considerablemente el coste al ser imprescindible que uno de los progenitores se desplace también. Una vez que los menores alcanzan la edad para viajar solos haciendo uso de los servicios de acompañamiento aludidos, hay que tener en cuenta que estos servicios sólo se prestan en vuelos directos, pero no si hay escalas, lo que obliga además, a prever la recogida del menor en la primera escala, y su entrega en la última para el viaje de vuelta.

Lo que sí parece aconsejable en todo caso para minimizar los costes es la determinación de periodos fijos de estancia con los menores en los periodos vacacionales, en lugar de establecer la posibilidad de elección de periodos por los progenitores. De ese modo se evita que la elección tardía de periodo vacacional por un progenitor impida acceder a los vuelos con antelación para aprovechar los costes más ventajosos.

3. LA PROTECCION DEL INTERES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INMERSOS EN PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.

Es indiscutida la necesaria intervención de Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia en los que existen hijos que, aún siendo mayores de edad, tiene su capacidad modificada judicialmente.

Sin embargo, cuando existe discapacidad, pero no modificación judicial de la capacidad, no siempre nos encontramos con la intervención en el procedimiento del Ministerio Fiscal cuando de hijos mayores de edad se trata. En esto supuestos se hace necesaria también esta intervención del Ministerio Público en defensa de los intereses del discapacitado, pues así lo dispone el art. 3 del Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así, la STS de 7 de julio de 2014 resaltó la intervención del Ministerio Fiscal en un recurso de casación, pese a que no había sido parte en el procedimiento de origen, señalando que *“Lo hace en defensa de sus intereses y en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional que le atribuye el artículo 124 CE, que adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de “persona con discapacidad”, según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, cuyo artículo 1 dispone que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Legitimación que también confiere a dicho Ministerio el artículo 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para velar por los intereses de las personas desvalidas, entendiéndose por tales aquellas que superan el 33% de discapacidad (artículo 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre , de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), en cumplimiento del artículo 49 CE .”*

El TS equipara el tratamiento de los hijos mayores con discapacidad al de los menores.

Así, en materia de alimentos destaca la aludida sentencia de 7 de julio de 2014, dispuso que: *“la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (STS 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.”*

También en materia de atribución del uso el domicilio familiar:

“...porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con

discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación» (STS de 30 de mayo de 2012, Rec. 1132/2011).

