

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: SOLICITUD DE CUSTODIA EXCLUSIVA EN RECONVENCIÓN



Ricardo Emilio Cañizares Aguado. Abogado de la Asociación Española de Abogados de Familia

SUMARIO

1. Introducción
2. Solicitud de custodia exclusiva en reconvencción

Las medidas (entre ellas, la guarda y custodia) o efectos secundarios adoptados en la Sentencia matrimonial, no son inmodificables a perpetuidad. Si cambia la situación que aconsejó la adopción de unas determinadas medidas, éstas deben ser modificadas para adaptarse a la nueva realidad.

Así lo ha previsto el propio legislador al establecer en el art. 90 CC la posibilidad de que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos establecidos para su adopción. El último inciso del art. 91 CC acoge la misma previsión, cuando establece que las medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

INTRODUCCIÓN

Para la sustanciación de los procesos contenciosos de modificación de medidas definitivas, a tenor del 775.2 LEC, se seguirán los trámites

del juicio verbal, con sujeción a lo establecido en los arts. 748 a 755 y a las reglas 1ª a 6ª del art. 770 de la LEC. Se sigue, por tanto, **para la tramitación del proceso de modificación contenciosa de medidas definiti-**

vas el proceso contencioso tipo, sin que exista especialidad alguna para la redacción de la demanda, de la contestación o de la reconvencción.

Cuando un progenitor interponía una demanda de modificación de efectos, en la legislación vigente hasta la reforma introducida por la Ley 15/2005, podía ocurrir que el demandado no se limitara a oponerse a la acción ejercitada, sino que pretendiera a la vez modificar alguna medida. Al no existir trámite de contestación a la demanda por escrito, se planteaba una importante cuestión por cuanto el actor se veía sorprendido en la comparecencia con la reconvencción formulada de contrario, lo que podía causar indefensión.

La modificación operada en el apartado segundo del art. 775 LEC por la Ley 15/2005, remite a las **normas del procedimiento contencioso** de separación o divorcio del art. 770 de la Ley de ritos. Con la remisión al art. 770 LEC y no al art. 771 LEC, se desprende claramente **que ahora cabe la reconvencción al contestar la demanda, y el actor dispondrá de diez días para impugnarla, pero sólo se admite la fundada en los supuestos tasados que son:**

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 406, 748 a 755, 770, 771, 775, 775.2
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (Normas básicas. Marginal: 52082)
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 6928029)

de nulidad pretenda la separación.

d) Cuando el cónyuge deman-

do pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la

“La reconvencción debe admitirse sin limitaciones, sea cual fuere el petitum de la demanda y no impedir al demandado replicar, no sólo rechazando la modificación de medidas propuestas, sino planteando la alteración de otras no contempladas por el actor que no guarden relación de conexión con la temática o medidas propuestas por el demandante”

“Todas las cuestiones referidas en la contestación a la demanda atinentes al régimen de custodia, de visitas, de vivienda y de alimentos del hijo menor, aun sin reconvencción expresa, pueden ser analizadas en el proceso de modificación de medidas”

demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

En el presente artículo se hace hincapié en la recomendación por la formulación expresa, huyendo de la reconvencción implícita, aunque el tema presenta importantes matices en los procesos de familia, dada la amplitud para la resolución de oficio de cuestiones atinentes a menores.

SOLICITUD DE CUSTODIA EXCLUSIVA EN RECONVENCIÓN

De la remisión del art. 775 al 770, y de lo establecido en el apartado 2 d) de este segundo precepto, **se podría entender que la pretensión de solicitar la modificación de cualquier medida referente a los menores con ocasión de haber sido demandado en modificación de medidas, en cuanto que son medidas de ius cogens, respecto de las cuales el juez puede actuar de oficio y no está vinculado por el acuerdo de los cónyuges, nunca necesitaría ser objeto de reconvencción, y bastaría con formularla en la contestación a la demanda.** En cuyo caso, **al introducir cuestiones nuevas, al inicio de la vista y tras hacer el demandado sus alegaciones y aclaraciones o precisiones oportunas, el juez dará la palabra al actor para que pueda contestar a esas nuevas cuestiones, a fin de evitar posibles indefensiones y garantizar la igualdad de armas entre ambas partes.**

Pese a ello, **en la jurisprudencia menor no hay unanimidad** al respecto, habiendo Audiencias que exigen reconvencción y otras no. Así, tenemos:

1º.- No exigen reconvencción expresa: SAP Asturias Sección 1ª, de

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 26 de septiembre de 2014, núm. 251/2014, Nº Rec. 287/2014, (Marginal: 6923796)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28 de julio de 2014, núm. 717/2014, Nº Rec. 1341/2013, (Marginal: 69309801)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 13 de marzo de 2014, núm. 48/2014, Nº Rec. 52/2014, (Marginal: 69477186)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2013, núm. 722/2013, Nº Rec. 157/2012, (Marginal: 2443949)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 22 de octubre de 2013, núm. 274/2013, Nº Rec. 228/2013, (Marginal: 69477187)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 20 de mayo de 2013, núm. 237/2013, Nº Rec. 127/2013, (Marginal: 69477185)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013, núm. 386/2013, Nº Rec. 417/2011, (Marginal: 2427433)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 30 de mayo de 2011, núm. 258/2011, Nº Rec. 479/2010, (Marginal: 2312772)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 9 de diciembre de 2011, núm. 312/2011, Nº Rec. 371/2011, (Marginal: 69477184)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 7 de diciembre de 2011, núm. 251/2011, Nº Rec. 271/2011, (Marginal: 69477182)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 7 de abril de 2008, núm. 318/2008, Nº Rec. 922/2007, (Marginal: 69477188)

26 de septiembre de 2014 (Ponente Guillermo Sacristán Represa); SAP Madrid, Sección 22ª, de 28 de julio de 2014 (Ponente Mª del Pilar González Vicente); SAP Burgos, Sec. 2ª, 274/2013, de 22 de octubre; SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 237/2013, de 20 de mayo, entre otras.

Señalan que el hecho de no haberse dado el trámite de reconvencción a las peticiones realizadas en la contestación a la demanda no determina consecuencia alguna, y ello porque las medidas que se solicitaban como principales no eran “sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio” (con expresión del apartado d) 2ª, del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues hacían referencia a guarda y custodia exclusiva a favor del demandado o, subsidiariamente, compartida.

2º.- Sí exigen reconvencción expresa: SAP León, Sec. 1ª, 48/2014, de 13 de marzo, Ponente Manuel García Prada ; SAP Jaén, de 9 de diciembre

“En los procedimientos de modificación de medidas el juzgador (a diferencia del procedimiento de nulidad, separación o divorcio) no debe pronunciarse de oficio sobre ninguna medida salvo que sea interesada su modificación por alguna de las partes”

de 2011; SAP Guadalajara de 7 de diciembre de 2011 y SAP Alicante de 30 de mayo de 2011; SAP Las Palmas, Sec. 3ª, 218/2008, de 7 de abril, entre otras.

Después de que el art. 775.2 haya remitido el procedimiento de modificación de medidas a los trámites del art. 770, se podría deducir que, al haberse introducido la fase de contestación **escrita, la reconvencción es posible en atención a:**

1º.- El concepto de demanda reconvenccional, como “una demanda que aprovechando la oportunidad del procedimiento pendiente dirigido contra el mismo, formula el demandado, introduciendo una acción nueva en la litis contra el actor, a fin de que sea discutida en el mismo procedimiento y resuelta en la misma sentencia”.

2º.- **El principio de economía procesal, que evitaría tener que acudir a un procedimiento de mo-**



dificación de medidas independiente.

No obstante, y dado el carácter restrictivo con que se regula la demanda reconvenional en los procesos matrimoniales del art. 770 LEC, un sector de la doctrina se inclina por su no admisión. Esta afirmación se basa en que el proceso de modificación de medidas, como su propio nombre indica, tiene por objeto única y exclusivamente la posible modificación de una o varias medidas ya prefijadas. Pero este mecanismo no se puede utilizar para crear nuevas medidas.

En efecto, para esta parte de la doctrina, la remisión literal del art. 775.2 LEC al art. 770 LEC no habilitaría la conformación de supuestos de reconvenión en el procedimiento de modificación de medidas, pues la contemplación del objeto de este último conduce a interpretaciones contextuales basadas en la lógica jurídica.

Por el contrario, también hay doctrina que mantiene que la reconvenión sí es posible en virtud de la norma

remisora. Parte de un entendimiento amplio y flexible, acorde además con la praxis jurisprudencial, para afirmar que carecería de sentido que la nueva norma hubiera venido a limitar el alcance de la reconvenión cuando precisamente ahora hay un reenvío expreso a un procedimiento en que, a diferencia del anterior (art. 771 LEC), sí es posible.

Por todo ello, debe admitirse sin limitaciones, sea cual fuere el petitum de la demanda y no impedir al demandado replicar no sólo rechazando la modificación de medidas propuesta, sino planteando la alteración de otras no contempladas por el actor que no guarden relación de conexión con la temática o medidas propuestas por el demandante.

Van más allá otros autores, al afirmar **que la reconvenión expresa es necesaria en todo caso, incluso tratándose de materia ius cogens, sobre las que debe pronunciarse de oficio el juzgado, siempre que el demandado, además de con-**

testar, pretenda solicitar la modificación de una medida distinta a la solicitada por el actor en su demanda de modificación de medidas. De esta manera, gracias a la reconvenión expresa, se podrá dar un traslado adecuado a la parte actora, ya que no se trata de adoptar unas medidas ex novo, en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, sino de modificar las ya vigentes, lo que supone interponer una demanda tras la contestación a la demanda de modificación de medidas, pues la remisión que hace el art. 775 LEC al art. 770 LEC de la misma ley ritaria se refiere únicamente a la tramitación procesal.

Otro argumento a favor de la necesaria reconvenión es que **en los procedimientos de modificación de medidas el juzgador (a diferencia del procedimiento de nulidad, separación o divorcio) no debe pronunciarse de oficio sobre ninguna medida salvo que sea interesada su modificación por alguna de las partes**, alegando y acreditando la debida modificación sustancial de las circunstancias. De no plantearse me-

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL. *Los menores en el derecho español*. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2002

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ GÁLVEZ, AROA. *Guarda y custodia paterna*. Economist&Jurist Nº 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, FERNANDO L.. *Traslado internacional de menores y derecho de custodia*. Economist&Jurist Nº. 130. Mayo 2009. (www.economistjurist.es)

dante la correspondiente reconven- ción por el demandado la solicitud de modificación de una medida distinta a la interesada por el actor en su deman- da, con el correspondiente traslado a éste, se le estaría causando **indefen- sión a la parte actora** al haberse introducido en el litigio una cuestión litigiosa distinta de la planteada en la demanda.

Por último, señalar un supuesto distinto resuelto por la Sentencia de Pleno del TS de 10 de septiembre de 2012, que dispensa la necesidad de reconven- ción en reclamación de una medida sobre la que el juzgado no debe pronunciarse de oficio, como es la pensión compensatoria, cuando el debate sobre tal medida es introduci- do en el procedimiento por el propio demandante en su demanda, zanjando los pareceres dispares que al respecto mantenía la jurisprudencia menor. Se- ñala la Sala que, en tales supuestos, basta manifestar la medida pretendida de manera expresa en la contestación a la demanda (reconven- ción implíci- ta), al tratarse de una cuestión ya in- troducida en el proceso conforme a la ley.

Dejando al margen los requisitos que atañen a su contenido (*debe tra- tarse de pretensiones que haga el de- mandado distintas a las del actor, y que recaigan sobre cuestiones sobre las que el órgano judicial no deba pronunciarse de oficio*), la reconven- ción en los pro- cesos matrimoniales no exige otro re- quisito formal que su proposición «con la contestación a la demanda». Puesto que la reconven- ción cuenta con una regulación específica en los procesos matrimoniales, valorando la singula- ridad de los mismos, entraría dentro de lo razonable entender que **no son de aplicación a dicho procesos las exigencias formales que el artícu-**

lo 406 LEC impone con carácter general en los procesos ordinarios respecto de la imposibilidad de formu- lar pretensiones reconven- cionales en forma implícita.

Dice el TS que, incluso en la hi- pótesis de entender que la exigencia de reconven- ción explícita a que alu- de el artículo 406 LEC rige también en los procesos matrimoniales, los singulares principios que los inspiran debe llevar al órgano judicial a enten- der que **el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan despro- porcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juz- gar las peticiones implícitas**. Lo razo- nable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconven- cional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandan- te y con ello evitar posibles indefen- siones. Esta interpretación se com- padece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los re- quisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales.

En el mismo sentido las Sentencias del TS de 3 de junio de 2013 y de 15 de noviembre de 2013.

De lo expuesto, cabe entender que **todas las cuestiones referidas en la contestación a la demanda atin- entes al régimen de custodia, de visitas, de vivienda y de alimentos del hijo menor, aun sin reconven- ción expresa, pueden ser analiza- das en el proceso de modificación**

de medidas, pues se refieren a mate- rias sobre las que el Tribunal de fami- lia, y en relación con un menor, deben de pronunciarse imperativamente y con plena flexibilidad probatoria (art. 752 LEC), ya que siempre es priori- tario el «favor filli» y no rige en toda su extensión el principio dispositivo. Sin embargo, debemos enfatizar sobre la **conveniencia de formular recon- ven- ción expresa**, huyendo de la re- conven- ción implícita.

Para resolver adecuadamente los supuestos de reconven- ción implícita, se hace necesario crear un trámite, al inicio del acto de la vista, para que el demandante pueda fijar su posición sobre las pretensiones articulada de contrario, para admitirlas en todo o en parte, o solicitar medidas absoluta- mente dispares.

Insistimos que, en los procesos de modificación de medidas, la remisión al art. 770 LEC debe entenderse refe- rida tan solo al aspecto procedimental y no al posible contenido de fondo de la reconven- ción, cuya regulación está relacionada con el ejercicio de una demanda de nulidad, separación o di- vorcio y no con una modificación de medidas, propugnado en que en estos procesos la reconven- ción se extienda a *“toda pretensión formulada por el de- mandado cuyo objeto sea la modifica- ción del pronunciamiento interesado por el actor e instante de la modifica- ción, pero en sentido distinto al que por aquél se solicita, o la modificación de otro y otros pronunciamientos comple- mentarios...”*¹. Con todo, debe decirse que, *“si se diera el tratamiento de pre- tensión reconven- cional a aquellas peti- ciones de medidas formuladas por el de- mandando y no solicitadas por el actor sobre las que el tribunal pueda pronun- ciarse de oficio, no por ello se incurriría en motivo de nulidad por infracción de*

1 ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN, “Modificación de medidas definitivas”, dentro de la obra colectiva Tratado de Derecho de Familia, SEPIN, Pág. 905.

normas esenciales del procedimiento, ya que en ningún caso se causaría indefensión a ninguna de las partes ²

Sentado lo anterior, cuestión que

merece otro artículo es lo relativo a la **competencia para la modificación de efectos** tras la reforma la reforma del artículo 775 de la LEC contenida en la Ley 42/2015 y que se remite al

“tribunal que acordó las medidas definitivas”. La polémica está servida con la introducción de este inciso que ha entrado en vigor el pasado 7 de octubre de 2015. ■

CONCLUSIONES

- Que la pretensión de solicitar la modificación de cualquier medida referente a los menores con ocasión de haber sido demandado en modificación de medidas, en cuanto que son medidas de ius cogens, respecto de las cuales el juez puede actuar de oficio y no está vinculado por el acuerdo de los cónyuges, nunca necesitaría ser objeto de reconvención, y bastaría con formularla en la contestación a la demanda
- Que al introducir cuestiones nuevas, al inicio de la vista y tras hacer el demandado sus alegaciones y aclaraciones o precisiones oportunas, el juez dará la palabra al actor para que pueda contestar a esas nuevas cuestiones

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

OTROSÍ DIGO: Que **FORMULO DEMANDA RECONVENCIONAL**, basando esta pretensión en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

HECHOS

Primero.—D.^a [.....] y D. [.....] contrajeron matrimonio canónico en [.....] el [.....], encontrándose inscrito en el Registro Civil de esta capital, al tomo [.....], página [.....] según consta en la certificación de matrimonio que como documento número dos se acompaña a la presente.

Segundo.—De la unión conyugal nacieron y viven dos hijos: [.....], el día [.....] encontrándose inscrito en el Registro Civil de [.....] al tomo [.....] página [.....], y [.....], el día [.....], encontrándose inscrita en el mismo Registro al tomo [.....], página [.....]. Se acreditan ambos extremos mediante las certificaciones de nacimiento, que como documento número tres se acompaña a la presente demanda, solicitando en este momento su devolución por ser necesario para otros usos, una vez haya sido testimoniado en autos.

Tercero.— Guarda y custodia de los hijos. Su atribución debe efectuarse a favor de mi representado, habida cuenta que, desde la inicial separación de hecho, ha sido el progenitor que se ha ocupado directamente del cuidado y atención de los hijos.

Se acredita lo anterior con los documentos nº ... a ...

Cuarto.— Régimen de visitas para el progenitor no custodio. No existiendo ningún obstáculo en la relación paterno-filial, procede fijar un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida

² GONZALEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “La modificación de medidas”, dentro de la obra colectiva Los procesos de familia: una visión judicial, COLEX, Pág. 621.

del colegio hasta el lunes a la hora de comienzo de la jornada escolar, y la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, correspondiendo a la madre el primer turno en los años pares y al padre en los impares.

Quinto.— Pensión alimenticia para los hijos. Teniendo en cuenta que el demandado percibe mensualmente [.....] euros, procede fijar una pensión alimenticia para los hijos por importe de [.....] euros. Dicha pensión se seguirá actualizando el día uno de cada año de acuerdo con el IPC de los últimos doce meses que publica el INE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Jurisdicción y competencia.— Los arts. 769 y 770.2ª LEC remiten al Juzgado que conozca de la pretensión principal para resolver también sobre las peticiones incluidas en la reconvencción.

Tramitación.— El art. 770.2 LEC dice que la reconvencción se propone con la contestación a la demanda y de ella se dará traslado al actor para que conteste en diez días. El art. 409 del mismo texto legal afirma que las pretensiones que se deduzcan en la reconvencción se sustanciarán y se resolverán al propio tiempo y en la misma forma que las que sean objeto de demanda principal.

Legitimación.— Está legitimado para formular reconvencción contra el demandante el demandado, y en aplicación del art. 749.2 LEC, al existir hijos menores en el matrimonio, será parte el Ministerio Fiscal.

Postulación.— En atención a lo establecido en el art. 770 LEC en relación con el art. 750 del mismo texto legal, las partes deberán comparecer representadas por procurador y asistidas de letrado.

Acción que se ejercita.— Art. 91 CC.

CONDENA EN COSTAS. El litigante temerario deberá ser condenado en costas por aplicación del principio general contenido en el art. 1902 del CC y en el 394 de la LEC.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito junto con los documentos y copias simples que se acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tener por formulada en tiempo y forma reconvencción y, previos los trámites legales incluido el recibimiento a prueba que desde ahora dejo interesado, acordar la modificación de las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos:

a) La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a D.ª [.....] estableciéndose el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la hora de comienzo de la jornada escolar, y la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, correspondiendo a la madre el primer turno en los años pares y al padre en los impares.

b) Fijar en [.....] euros la cantidad que, en concepto de pensión alimenticia para los hijos, D. [.....] deberá entregar mensualmente a D.ª [.....] dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c [.....], cantidad que se actualizará el día uno de cada año de acuerdo con el IPC de los últimos doce meses que publica el INE.

c) Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.

Es justicia que pido en [.....], a [.....].