

**COLECCIÓN** FRANCIS  
LEFEBVRE

**DERECHO DE FAMILIA**

**Modificación  
de medidas**

**Procesos de Familia**

Fecha de edición: 18 de marzo de 2021



Esta obra ha sido realizada  
a iniciativa y bajo la coordinación  
de la Redacción de  
**Francis Lefebvre**

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00  
clientes@lefebvre.es  
www.efl.es  
Precio: 38,48 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-18405-74-7  
Depósito legal: M-9242-2021

Impreso en España  
por Printing'94  
Paseo de la Castellana, 93, 2º - 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo I. Consideraciones generales .....	25
Capítulo II. Parte procesal .....	50
Capítulo III. Parte sustantiva .....	330

# Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Const</b>	Constitución española
<b>D</b>	Decreto
<b>DF</b>	Decreto Foral
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos
<b>DLeg</b>	Decreto legislativo
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>EJV</b>	Expediente de jurisdicción voluntaria
<b>IBI</b>	Impuesto sobre bienes inmuebles
<b>IPC</b>	Índice de precios al consumo
<b>IRPF</b>	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
<b>ITP y AJD</b>	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
<b>ISD</b>	Impuesto sobre sucesiones y donaciones
<b>IIVTNU</b>	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
<b>L</b>	Ley
<b>LAU</b>	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
<b>LEC</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
<b>LF</b>	Ley foral
<b>LH</b>	Ley hipotecaria (D 8-2-1946)
<b>LHL</b>	Ley de las Haciendas Locales (RDLeg 2/2004)
<b>LIRPF</b>	Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas
<b>LO</b>	Ley orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RDL</b>	Real decreto ley
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto UE</b>	Reglamento de la Unión Europea
<b>Rgto CE</b>	Reglamento de la Comunidad Europea
<b>RH</b>	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
<b>RN</b>	Reglamento notarial (RD 2-6-1944)
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>UE</b>	Unión Europea

## CAPÍTULO I

# Consideraciones generales

25

**Supuestos de aplicación** Las medidas adoptadas con ocasión de la nulidad, separación o divorcio o la ruptura de una pareja de hecho respecto a los hijos, tanto las acordadas por los cónyuges o progenitores en el convenio regulador (debidamente ratificadas), como las establecidas por el juez en defecto de convenio, obedecen a la existencia de unas determinadas circunstancias en ese momento.

Si por hechos posteriores dichas **circunstancias cambian**, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio para adaptarse a la nueva situación a través de la correspondiente demanda de modificación de medidas (CC art.90.3, 91, 100 y 101 y LEC art.775).

El procedimiento de modificación de medidas no puede configurarse como instrumento *contra legem* de impugnación de resoluciones firmes. El **objeto** de este proceso viene determinado únicamente por la posibilidad de modificación (extinción y/o mera variación) de determinadas medidas complementarias, de determinarse la aparición de hechos o **circunstancias nuevas** suficientemente relevantes (AP Teruel de 27-2-17).

Por tanto, pueden modificarse todas aquellas **medidas** que contengan prestaciones de tracto sucesivo, como:

1. Los **alimentos de los hijos** (TS 15-6-15 y 19-2-19) y el **derecho de visita** de los progenitores no custodios y de los abuelos. También podrán modificarse las medidas relativas a la guarda y **custodia** (TS 26-6-15) que, de compartida, puede pasar a ser exclusiva y viceversa. Cuando se trata de medidas relativas a menores de edad, debe probarse que el cambio sea necesario de acuerdo con el interés del menor (TS 8-10-09).

2. La **prestación compensatoria**, en el caso de matrimonios, puede ser modificada por alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge (CC art.100) y de las circunstancias anteriormente valoradas (TS 11-12-18), como en el caso de que se hayan liquidado los gananciales y haya correspondido un importante patrimonio a la esposa que se encontraba cobrando prestación compensatoria (TS 24-11-11), o bien incluso extinguirse cuando concorra alguna causa de las previstas legalmente (CC art.101), como que la acreedora de la pensión conviva con otra persona (TS 9-2-12 y 28-3-12).

3. Puede pedirse que se acuerden **garantías** para el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia, que se introduzcan criterios para la actualización de las cantidades de pensiones, alimentos, etc.

La **modificación procede** cuando las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción de las vigentes cambian sustancialmente, y siempre que dicho cambio no se pudiera prever en el momento de ser adoptadas. Resulta indiferente que la situación anterior haya sido convenida anteriormente mediante concierto de voluntades plasmada en **convenio regulador** de la separación o del divorcio, o bien **impuesta judicialmente**; porque de lo que se trata es de calibrar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de las prestaciones, sin que deba darse mayor valor a lo convenido entre las partes, por carecer de justificación (AP Salamanca 24-1-12; AP Baleares 24-1-12; AP Zamora 17-2-12; AP Tenerife 18-4-12).

Cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el principio del **interés superior del menor**. Así lo consagra la Const art.39 que, a nivel de legalidad ordinaria, es desarrollado por la LO 1/1996 art.2 y 11.2, en cuanto proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como la supremacía del mismo en cuanto pauta de actuación de los poderes públicos (AP Málaga 10-12-08). Con carácter más concreto, el CC art.91 y 92 dispone que, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matri-

monio de sus progenitores, las medidas judiciales serán adoptadas en beneficio de ellos (AP Alicante 26-10-01).

La concurrencia del factor de la modificación de las circunstancias ha de ser evaluada por el tribunal, otorgándosele un alto grado de discrecionalidad, pues en puridad ha de valorar no únicamente el efectivo cambio de circunstancias, sino también la **conveniencia de modificar** las medidas otorgadas judicialmente. En ocasiones, el cambio de circunstancias se basará únicamente en un cambio en la voluntad de alguna de las partes o de los descendientes, caso en el que el tribunal habrá de entrar a valorar principalmente la conveniencia de la modificación solicitada.

**No resulta adecuado** presentar demanda de modificación de medidas en los siguientes supuestos (PÉREZ MARTÍN, *Boletín de Derecho de Familia, enero de 2003*):  
1º.- Cuando se pretende actualizar alguna cláusula o medida de contenido económico si consta en la sentencia el **índice de actualización**. Deberá presentarse un escrito solicitando la ejecución de la sentencia a fin de que se proceda a la actualización de la pensión.

2º.- Cuando un cónyuge considera que hubo error o **vicio en el consentimiento** prestado al convenio regulador. La vía adecuada en este caso es el declarativo ordinario, ya que el descubrimiento del vicio no puede considerarse como un hecho nuevo. Tampoco es admisible la acumulación de la acción de nulidad por error o vicio del consentimiento con la acción de modificación de medidas, al tratarse de acciones que han de ventilarse en juicio de distinta naturaleza.

3º.- Para solicitar el **establecimiento ex novo** pensión alimenticia y/o compensatoria. Incluso respecto al uso de la vivienda familiar, se señala que no se puede modificar lo que no existe y no se puede pedir la creación de medida *ex novo* en un proceso de modificación de medidas. No puede darse por válida la ingeniosa argumentación de que la medida cuya modificación se pretende es, precisamente, la no adopción de medida relativa al domicilio conyugal (AP Madrid 16-1-03, AP Pontevedra 21-1-09).

## 28 **Normativa aplicable**

La LEC establece que es posible modificar de forma provisional las medidas definitivas dictadas en un pleito anterior –mientras se sustancia el divorcio, se entiende–, después de haberse obtenido la separación y las consecuentes medidas, y, por otro lado, la posibilidad de modificar las medidas definitivas de forma definitiva (en tanto no se vuelvan a modificar) si las circunstancias tenidas en cuenta cambiaron.

La modificación de medidas se tramita conforme a lo dispuesto en el art.770. También se establece la posibilidad de acudir a los trámites del procedimiento de **mutuo acuerdo** si los cónyuges hicieran la petición por acuerdo, estableciendo la LEC art.777.9 que la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo precepto cuando se solicite por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. La LEC también permite que en la demanda o en la contestación las partes soliciten la **modificación provisional** de las medidas que se pretenden modificar, sustanciándose este procedimiento conforme a lo previsto en el LEC art.773 por así disponerlo la LEC art.775.3. Asimismo, rige lo dispuesto en el CC art.90.3, 91 y 100.

**Precisiones** La **reforma** operada en la LEC por la L 15/2005 resuelve el problema interpretativo referente a cuál era el cauce procesal a seguir para la modificación de medidas de forma contenciosa. En efecto la redacción anterior de la LEC art.775.2 se remitía en orden a la tramitación contenciosa a lo dispuesto en el LEC art.771, lo que dio lugar a que tanto la doctrina como la jurisprudencia menor de nuestras audiencias no se pusieran de acuerdo sobre el cauce procesal a seguir, si bien la inmensa mayoría de los tribunales optaba por considerar que, aun siendo correcta la remisión al LEC art.771, la misma lo era solo al trámite procedimental y no afectaba a los recursos que pudieran interponerse contra la resolución final. Así en la práctica, si bien se seguían los trámites del LEC art.771, el juicio concluía por sentencia.

## 31 **Requisitos: cambio de circunstancias**

Para modificar los efectos acordados o establecidos en el proceso de separación, nulidad matrimonial, divorcio o adopción de medidas paterno-filiales, es requisito imprescindible que hayan variado las cir-

cunstances tenidas en cuenta para su establecimiento (CC art.90 y 91). La L 15/2015, elimina del primero de los preceptos el tradicional término «**alteración sustancial**», optando por «nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges», si bien mantiene la redacción del CC art.91 que sigue hablando de «alteración sustancial». El propio Tribunal Supremo advierte del olvido del legislador en adaptar otras normas referidas al cambio de circunstancias. Interpreta que en la actualidad, aunque ya no se precisa de un cambio sustancial de circunstancias, si precisa de la existencia de un **cambio cierto** (TS 19-10-17; 5-4-19; 16-6-20, EDJ 600015).

Del **análisis jurisprudencial** se deduce que la alteración de las circunstancias ha de haberse producido con posterioridad a la sentencia que fijó las medidas, ha de ser sobrevenida, relevante, permanente, ajena a la voluntad del cónyuge que insta la modificación y suficientemente acreditada por este (AP Soria 4-6-18, EDJ 589002; AP León 28-6-19, EDJ 660101; AP Barcelona 3-10-19, EDJ 715607).

El cambio de circunstancias puede suponer que el juez –a instancia de parte– pueda **modificar una medida adoptada por acuerdo** de las partes, pues tal acuerdo se adopta en atención a las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce, pudiendo quedar afectado por cualquier modificación posterior que pueda ser sustancial, como ocurre en los casos en los que la parte demandada ha contraído nuevo matrimonio y tiene atribuido el uso de la vivienda (TS 16-10-19).

Dicha alteración no debe afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad, y debe resultar debidamente **acreditada por la parte que la hace valer** para obtener la modificación del convenio o medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión. Así, únicamente podrá justificar una modificación del convenio aprobado judicialmente o de las medidas adoptadas en defecto de este, la alteración que no sea aquella que **las partes pudieron razonablemente contemplar** para emitir su consentimiento o la autoridad judicial para decretar las medidas; pues en caso contrario se trataría más bien de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que ha devenido distinta (AP Madrid 18-12-13, EDJ 291778; AP Albacete 9-10-20, EDJ 709369).

De igual modo, requieren para la viabilidad y éxito de la modificación pretendida la concurrencia de un **presupuesto cierto y fundamental** que altere sustancialmente las bases donde se asentaron las medidas y acuerdos que se pretenden modificar, es decir, no se trata de aportar criterios meramente subjetivos o de complacencia, sino verdaderas razones, suficientemente probadas, necesarias y convenientes para la viabilidad del efectivo cese de las medidas en su día acordadas, incumbiendo a quien las alega la obligación de su prueba y acreditación (AP Murcia 27-7-06; AP Las Palmas 22-5-14, EDJ 267600; AP Araba 16-12-19, EDJ 839874).

**Alteración relevante** En definitiva, se exige que las alteraciones sean trascendentes, fundamentales y no de escasa o relativa importancia (AP Castellón 20-4-10 y TS 11-1-17).

El cambio de la situación previa ha de revestir la **suficiente entidad** como para que, de mantenerse lo antes acordado, se derive un grave perjuicio para los hijos (AP Castellón 22-3-16, EDJ 107140; AP Soria 4-6-18, EDJ 589002) o, en definitiva, para las partes (AP Ávila 2-12-15, EDJ 247339).

Para reconocer como sustancial una alteración de las circunstancias, se precisa que las **condiciones personales y patrimoniales** de las partes, sobre los que se basan los efectos, aparezcan modificadas cualitativa y cuantitativamente sin que cumplan o satisfagan las necesidades que deben llenar y atender satisfactoriamente, según lo acordado por los interesados o lo resuelto judicialmente (AP Madrid 21-9-17, EDJ 229041).

**[Precisiones]** 1) La circunstancia de que la demandada hubiera experimentado un **aumento en la pensión por enfermedad** que percibía, no es motivo para suprimir la pensión compensatoria, pues aquella fue debida al agravamiento en su estado de salud, con lo que no existe ninguna alteración sustancial de las circunstancias que motivaron su imposición (AP Baleares 11-7-01).

2) La **perdida involuntaria del puesto de trabajo** del progenitor obligado al pago de una pensión alimenticia, que fue indebidamente despedido, por el que percibía un elevado sueldo anual, para pasar a cobrar un subsidio por desempleo, supone una alteración sustancial de las circunstancias tomadas en consideración para cuantificar la pensión alimenticia a favor de los hijos (AP Baleares 4-6-01).

- 37 Alteración sobrevenida** La variación en las circunstancias ha de ser consecuencia de hechos nuevos, sobrevenidos, que no pudieron ser tomados en consideración en el momento en que se adoptaron las medidas que se pretende modificar, bien por haberse producido con posterioridad a ese momento, o bien porque no se pudo razonablemente prever su aparición e influencia. El cambio debe tener **carácter imprevisible**, no pudiendo, en consecuencia, encuadrarse en las previsiones legales de modificación aquellos cambios de circunstancias que ya fueron contemplados, en visión de futuro, al momento de dictarse la resolución judicial que se intenta modificar, o se intuyera su advenimiento en un elemental cálculo previsor. Por tanto, si la modificación se interesa en razón de circunstancias o acontecimientos que ya estaban previstos o que pudieron preverse, no será posible entonces atender a la pretensión modificatoria (TS 22-3-18).

**Precisiones** En modificación de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor de la pensión obtenga un trabajo remunerado si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión (TS 25-3-14).

En relación a la posibilidad de establecer un **límite temporal** no previsto en el convenio a la pensión compensatoria, se recuerda que se trata de una previsión introducida en el CC art.97 por la L 5/2015, por lo que los convenios posteriores a esta fecha no pueden interesar sin más una limitación temporal que ya pudieron establecer por estar legalmente prevista (TS 10-1-18).

Es necesaria la concurrencia de circunstancias de algún modo imprevistas o que no fueron tenidas en consideración en aquel momento, más allá de las **variaciones ordinarias y habituales** en la vida familiar, con respecto a la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia, y que exija un replanteamiento de las relaciones personales o económicas inherentes a tales medidas. En consecuencia, no tendrán virtualidad para justificar dicha modificación los acontecimientos que, aún sobrevenidos, hubiesen sido ya contemplados, siquiera implícitamente, ni aquellos que, aun suponiendo una alteración de las circunstancias, no inciden de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que se tuvieron en cuenta en el acuerdo, pudiendo deducirse racionalmente que, de haberse previsto, no habrían determinado un cambio en los términos del convenio (AP Jaén 11-7-19, EDJ 767566; AP A Coruña 22-5-20, EDJ 613355).

- 40 Alteración permanente** Los sucesos causantes del cambio de la anterior situación deben tener carácter estable, duradero, con vocación de permanencia, de modo que las nuevas circunstancias no sean meramente coyunturales o transitorias. En este sentido, la alteración de las circunstancias ha de tener estabilidad o **permanencia en el tiempo** y no ser meramente coyuntural, sino con estructuración suficiente que haga necesaria la modificación de la medida, excluyéndose toda forma de temporalidad (AP Salamanca 13-1-09; AP Zamora 1-1-20, EDJ 524883; AP Madrid 30-9-19, EDJ 712235).

- 42 Alteración ajena a quien insta la modificación** La alteración de las circunstancias debe haber sido causada por hechos ajenos a la voluntad unilateral de quien propugna la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de nulidad, separación, divorcio o adopción de medidas paterno-filiales. Si la alteración, aunque sea sustancial, ha devenido por **dolo o culpa** del que solicita la modificación de medidas, no puede producirse su cambio o modificación, ya que habrá sido intencional o culposamente conseguida, so pena de fraude de ley, abuso de derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe (AP Baleares 9-5-02, EDJ 33660; AP Málaga 21-4-20, EDJ 791598). Es necesario que los cambios no **sean voluntariamente** propiciados por alguna de las partes, precisamente aquella que insta el proceso modificatorio (AP Almería 3-12-19, EDJ 850098; AP Madrid 30-12-19, EDJ 874919).

**Alteración acreditada** La existencia de una modificación radical de las circunstancias ha de ser probada por quien solicita el establecimiento de nuevas medidas. En efecto, la alteración de las circunstancias debe de ser plenamente acreditada como real, descartando toda ficción, por imponerlo así la seguridad jurídica, puesto que supone dejar sin efecto en alguna medida lo acordado en una resolución judicial firme y ejecutoria.

Toda la **fuerza argumentativa** debe concentrarse en mostrar la alteración sustancial y significativa de las circunstancias o los eventos no eludibles. Ello es así porque un mínimo de seguridad jurídica indica que la regla general es la inalterabilidad de esas medidas y la excepción su modificación (AP Badajoz 30-6-14, EDJ 124508; AP Málaga 30-10-20, EDJ 789238).

Es necesario acreditar cumplidamente los hechos nuevos, utilizando para ello todos los medios de prueba admitidos en derecho. Conforme al LEC art.217 la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que solicita la modificación (AP Madrid 5-2-02; 24-1-02; AP Tenerife 31-3-14).

Además, hay que tener en cuenta que la actividad probatoria ha de dirigirse tanto al momento en que concurrían las circunstancias existentes cuando se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende, como al momento actual, a fin de valorar si existe o no cambio en las mismas (AP Baleares 14-8-20, EDJ 683664; Salamanca 14-12-20, EDJ 794270).

## CAPÍTULO II

## Parte procesal

A.	Disposiciones comunes.....	52
B.	Procedimiento de mutuo acuerdo.....	70
C.	Procedimiento contencioso.....	85
D.	Recursos.....	275

50

## A. Disposiciones comunes

**Jurisdicción** Los tribunales españoles serán competentes para conocer de los procesos que se insten para solicitar la modificación de medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas, por razón de la materia o del objeto (LOPJ art.22 s).

52

La LEC art.36 se remite a lo regulado en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

De esta manera, habrá de tenerse en cuenta la atribución de jurisdicción realizada en el Rgto CE/2201/2003, que no afecta a Dinamarca, quedando lo recogido en los preceptos de la LOPJ señalados como regulación supletoria, con carácter general.

El criterio básico de competencia que se establece en este sector es el de la **residencia habitual del menor** en el momento de presentarse el asunto (Rgto CE/2201/2003 art.8).

Los demás **fueros** son ya excepcionales y restringidos. En síntesis, son los siguientes:

1º.- Se establece una denominada «**prórroga de la competencia**» a favor del órgano jurisdiccional que sea competente a tenor del Reglamento y conozca de la demanda de divorcio, separación o nulidad matrimonial (Rgto CE/2201/2003 art.12.1); el órgano jurisdiccional podrá entender simultáneamente de las cuestiones de responsabilidad parental vinculadas a esa demanda, pero para ello es preciso que:

- a) Al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y
- b) Que la competencia de ese órgano jurisdiccional haya sido aceptada por los cónyuges o titulares de la responsabilidad parental y responda al interés superior del menor.

Esta prórroga de competencia se considera tan subordinada al **proceso matrimonial** que cesa con la conclusión de este (por la razón que fuere, es decir, tanto si hay sentencia –estimatoria o denegatoria– como por desistimiento, caducidad, etc.); también cesa cuando ha recaído resolución firme en un **procedimiento sobre responsabilidad parental** que estuviera pendiente (Rgto CE/2201/2003 art.12.2).

Parece así que, en el concreto caso de España, una eventual solicitud de modificación de medidas basada en hechos posteriores no sería sin más de la competencia del tribunal que decidió sobre la custodia en el proceso matrimonial: será preciso que concurra alguno de los títulos de competencia establecidos en el Reglamento.

2º.- También se establece «**prórroga de la competencia**» a favor del órgano jurisdiccional del Estado miembro en procedimientos distintos de los matrimoniales cuando concurran cumulativamente las siguientes circunstancias (Rgto CE/2201/2003 art.12.3):

- a) Que el menor esté **estrechamente vinculado** a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro»; y
- b) cuando su **competencia haya sido aceptada** por todas las partes y responda al interés superior del menor.

3º.- En caso de traslado del menor, distingue el Reglamento los supuestos de **que el traslado haya sido o no ilícito**. En ambos supuestos pueden conservar competencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el menor residía antes de

su traslado. La conservación de competencia es más amplia en caso de «**sustracción de menores**» o traslado o retención ilícitos (Rgto CE/2201/2003 art.10). Pero también se prevé que, con ciertos matices, conserve competencia durante tres meses después del traslado lícito del menor el Estado miembro en que este residía habitualmente antes de su desplazamiento de un país a otro (Rgto CE/2201/2003 art.9.1). Esta original previsión tiene como finalidad asegurar al progenitor que no tiene la custodia la obtención de un régimen de visitas adecuado a las nuevas circunstancias.

4º.- El Reglamento permite que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que resulten competentes, puedan «remitir» el asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial cuando entiendan que ese otro órgano «está mejor situado para conocer del asunto» y ello responda al interés del menor (Rgto CE/2201/2003 art.15).

5º.- Hay, en fin, una competencia «de cierre», basada en la «**presencia del menor**». Esta competencia es de cierre porque está prevista para los casos en que no pueda determinarse la residencia habitual del menor ni sobre la base de la «prórroga de la competencia» (Rgto CE/2201/2003 art.13).

6º.- Por último, el Reglamento admite la existencia de **criterios residuales** de competencia; es decir, estar a las normas de producción interna de cada Estado, pero solo para el caso de que ningún Estado miembro resulte competente en aplicación de las normas del Reglamento.

De esta manera, serán aplicables las normas de la LOPJ art.22 s., atribuyendo la jurisdicción a los tribunales españoles únicamente en relación con la **sumisión**, recogida en la LOPJ art.22 bis, pues el resto de los fueros (LOPJ art.22 quarter) se encontrarían asimilados en la regulación del Rgto CE/2201/2003. De esta manera, la competencia de los tribunales españoles se atribuirá por medio de lo recogido en dichos preceptos cuando los cónyuges no nacionales (o uno nacional y otro no nacional) no residentes **se sometan voluntariamente** a la jurisdicción española, o cuando el demandante residente no cumpla el requisito de haber tenido la **residencia seis meses o un año** antes de la presentación de la demanda, dependiendo de que sea nacional o no.

Así, únicamente **serán incompetentes** los tribunales españoles en caso de que los cónyuges no sean nacionales los dos y además no residan en España o tenga el demandante la residencia por un periodo menor a seis meses o un año dependiendo de que sea español o no, y no se quieran someter ambos a la jurisdicción española.

**54 Competencia** Por lo que respecta a la **competencia objetiva**, el enjuiciamiento del procedimiento de modificación de medidas corresponde al juzgado de primera instancia (LEC art.769.3) y, en aquellos partidos judiciales en los que los hubiere, a los juzgados de primera instancia especializados en familia, tal y como establece la LEC art.46, que remite a la atribución de competencias realizada por el CGPJ.

El juez de **primera instancia** es competente para conocer del enjuiciamiento, para adoptar medidas cautelares y resolver incidencias y llevar a ejecución las resoluciones (LEC art.61).

En cuanto a la **competencia territorial**, corresponde al tribunal que acordó las medidas definitivas (LEC art.775 redacc L 42/2015).

También la **modificación provisional** de las medidas definitivas en el marco de un segundo proceso matrimonial, como puede ser el de divorcio, tras haberse obtenido medidas definitivas en el proceso de separación anterior, es competencia del tribunal que conozca del pleito principal, según la norma general de la LEC art.723, y únicamente a este, pues según lo dispuesto en la LEC art.775.3, la modificación provisional ha de solicitarse en la demanda o en la contestación, impidiéndose la solicitud de forma previa.

**55 La competencia territorial hasta 2015** Los primeros años de la vigencia de la LEC se caracterizaron, en este punto, porque la práctica totalidad de los tribunales españoles seguían este mismo criterio de atribuir la competencia territorial, en modifica-

ción de medidas, al tribunal que acordó la medida definitiva que se pretendía modificar.

**Precisiones.** Así, el Tribunal Supremo, con motivo de resolver una cuestión de competencia territorial suscitada entre el JPI núm 66 Madrid y el JPI núm 3 de Pamplona, concluyó que la referencia genérica «al tribunal» que efectuaba el LEC art.775 en la redacción por entonces vigente («...solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas... o adoptadas...») debía entenderse hecha **al que dictó las medidas** cuya modificación se pretendía, sin que las reglas genéricas de la LEC art.769, sobre competencia en los procesos matrimoniales y de menores, que vienen a vincular la competencia con el domicilio de alguna de las partes interesadas, resultaran de aplicación en estos casos (TS auto 10-10-01).

Sin embargo, poco después, el mismo Tribunal Supremo se pronunciaba sobre esta cuestión con un **criterio diferente** (TS auto 24-10-02), pasando a entender que la competencia territorial para conocer de un procedimiento de modificación de medidas definitivas no correspondía necesariamente al juez que dictó la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, sino que se determinaba conforme a lo dispuesto en la LEC art.769 y 771, por remisión expresa del LEC art.775. Argumentaba el Alto Tribunal que la modificación de medidas definitivas no se configura en la LEC como un incidente del juicio de separación, divorcio o nulidad, ni como una ejecución de la sentencia que le hubiera puesto fin.

Esta **línea jurisprudencial** acabó consolidándose tras nuevos pronunciamientos en términos similares manifestados por el TS (1-2-03 y 22-10-04), seguidos por otros muchos de la jurisprudencia menor (AP Baleares 26-4-04 y AP Barcelona auto 14-2-03, AP Gipuzkoa auto 28-11-05 y AP Madrid auto 25-4-08).

De esta manera, cuando no se pedía modificación de medidas personales referentes al menor, había un **fuego alterno** a elección del demandante: el lugar del último domicilio conyugal o el de residencia del demandado.

Si la modificación de medidas se refería a medidas personales del menor, ese fuego alterno era entre el lugar de residencia del menor o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

Pero esta posibilidad de elección y remisión al LEC art.769 se podía hacer porque el LEC art.775 no especificaba ni concretaba ante qué tribunal se debía pedir esa modificación de medidas.

La nueva redacción que la L 42/2015, confiere al LEC art.775, atribuyendo expresamente la competencia al tribunal que acuerda la medida definitiva cuya modificación se pretende, generó cierta **alarma entre los profesionales** del derecho, pues operaba en contra de la doctrina jurisprudencial del TS que partía de concebir la modificación de medidas como un procedimiento autónomo con sus propias reglas de competencia.

La existencia de una norma específica en la LEC art.775.1 estableciendo la competencia del tribunal que acordó las medidas definitivas impide acudir a la norma genérica de la LEC art.769, ante lo cual se abren tres **interrogantes**:

1º. ¿Qué sucede si esas medidas definitivas las dictó el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y, cuando se va a solicitar la modificación de medidas, resulta que ya está extinguida plenamente la responsabilidad penal, es decir, el expediente penal esta archivado? ¿Debe conocer de esa modificación de medidas ese juzgado?

2º. ¿Qué juzgado será complementemente ahora si previamente ya hubo una modificación de medidas?, ¿el que dictó las medidas en el proceso inicial de separación o divorcio, o el que las modificó posteriormente en un proceso de modificación de medidas o de divorcio posterior a una separación judicial?

3º. ¿Y qué sucede si en la posterior modificación de medidas fijadas en un divorcio previo, solo se modificó, por ejemplo, la pensión de alimentos, y ahora se pretende modificar de nuevo los alimentos pero también el régimen de custodia? ¿Quién debe conocer de esta nueva modificación: el juzgado que dictó el divorcio y medidas iniciales, o el juzgado que resolvió la modificación previa de los alimentos?

Ante el nuevo marco normativo creado por la L 42/2015 las **primeras respuestas del Tribunal Supremo** establecieron excepciones a la competencia del tribunal que acordó las medidas definitivas. Desde la entrada en vigor de la redacción de la LEC art.775 redac L 42/2015, su tenor literal no ha sido obstáculo para que el TS, en determinados casos, haya determinado, por razones de tutela judicial efectiva, el tribunal competente conforme a lo dispuesto en la LEC art.769, en diversos supuestos:

A. Las medidas fueron adoptadas por un **juzgado de violencia** sobre la mujer y, posteriormente, las acciones penales que determinaron su competencia son archivadas o sobreseídas en firme.

Aunque, conforme al tenor literal de este artículo, debería conocer de esa modificación de medidas el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que decretó el divorcio donde se establecieron las medidas que ahora se pretende modificar, el Tribunal Supremo fija claramente el camino a seguir en estos supuestos que no están contemplados por el legislador (TS auto 16-3-16).

Así, cuando está en vigor el proceso penal o alguna de las medidas penales adoptadas por el mismo (**alejamiento, orden de protección**, etc.), la competencia para conocer de la modificación de medidas es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Pero si hay un archivo o sobreseimiento firme y, por tanto, dichas medidas penales desaparecen, la competencia es de los juzgados de primera instancia o de familia, aplicándose en estos casos los fueros de la LEC art.769.

B. Las partes no guardan en el momento de instarse el proceso **relación territorial** alguna con el juzgado que dictó la sentencia cuyas medidas se pretenden modificar. El Tribunal Supremo mantiene que la modificación de medidas no es una cuestión incidental del pleito principal (TS auto 11-11-15). Se trata de una sentencia de divorcio dictada por un juzgado de 1ª Instancia de Guadalajara. El TS considera competente para conocer de la modificación de medidas a los juzgados de San Sebastián de los Reyes (Madrid), partido judicial en el que viven en ese momento ambos litigantes y el menor; no guardando ya en ese momento ninguna de las partes relación alguna con Guadalajara.

Por ello, afirma el TS que fijar la competencia del juzgado de instancia de Guadalajara y obligar ahora a los litigantes a pleitear en esa ciudad cuando ambos residen en la localidad de San Sebastián de los Reyes carecería por completo de justificación legal y razonabilidad alguna.

Asimismo, más tarde vuelve a considerar competente, no el Juzgado que conoció del divorcio ni de un anterior proceso de modificación de medidas, sino el de **residencia actual de los menores**, añadiendo que no resulta terminante y decisiva la aplicación de la normativa que se contiene en la LEC art.775, pues el precepto se refiere al tribunal, sin concretar cuál, con lo que no resuelve satisfactoriamente la cuestión, y por ello ha de accederse a las normas competenciales establecidas en la LEC art.769 (TS Auto 25-5-16).

Sin embargo, no considera aplicable la regla sobre atribución de competencia recogida en la LEC art.769.3 (TS auto 30-3-16). Atribuye la competencia territorial al JPI Santiago de Compostela que dictó las medidas definitivas, no al JPI Palma de Mallorca, donde residen la demandada y el hijo menor; contra el criterio del Ministerio Fiscal, que en ese supuesto consideraba que la LEC art.775, en su nueva redacción, solo opera en los supuestos en los que las partes litigantes continúen **domiciliados o residentes en el ámbito territorial competencial** del Juzgado que dictó las medidas definitivas.

El Ministerio Fiscal sugería diferenciar entre **que existieran menores** o discapaces afectados en el procedimiento, pues de existir, y al objeto de hacer efectiva las normas internacionales sobre protección de menores y personas con discapacidad y la tutela judicial efectiva, se aplicaría la LEC art.769.3, y, por tanto, el domicilio del menor o discapaz y, en otro caso, esto es, si el menor o discapaz residiera en el mismo lugar en que se dictaron las medidas definitivas, y cuando no existieran menores ni discapaces, la competencia vendría determinada por la aplicación literal de la LEC art.775.

## 60 Consolidación de la atribución de la competencia al tribunal que dictó la medida

El Tribunal Supremo, siguiendo el criterio fijado en el citado TS auto 30-3-16, y frente a los señalados argumentos del Ministerio Fiscal, realiza las siguientes consideraciones:

A. El **propósito del legislador** de atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial es indudable, a la vista del tenor literal de la LEC art.775.

Se evidencia que no es una iniciativa aislada; también la L 15/2015, coetánea de la L 42/2015 sigue el mismo criterio. Aunque el fuero general en los expedientes de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de bienes es el de su domicilio (L 15/2015 art.86.2 y 87.2), se regulan en esos mismos preceptos concretas excepciones que atribuyen la competencia de forma prioritaria al juzgado que previamente haya dictado una resolución al respecto.

Tampoco el **principio de proximidad** es absoluto en el resto de los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de menores que regula la LEC. De hecho, ni la LEC art.769.1 o 3 establecen como fuero principal el domicilio de los menores.

B. El legislador de 2015 ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de esta atribución competencial. Convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por exigencias básicas del principio de legalidad. Además, su determinación cuenta con indudables **ventajas**, entre las que pueden destacarse:

- calidad en la decisión de cambio de las medidas. El juzgado que las adoptó se encuentra en **mejor posición para valorar** si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante;
- refuerza la **seguridad jurídica**, evitando los conflictos de competencia hasta entonces frecuentes en aplicación de la LEC art.769; y
- **evita** posibles **fraudes de ley**. Sirva como ejemplo un cambio de domicilio movido únicamente por este ánimo.

Se reconocen también **inconvenientes**, pero no resultan insalvables. Están relacionados con el cambio de domicilio de los menores respecto al momento que fueron dictadas las medidas que se pretenden modificar. Su incidencia es dispar, dependiendo de las circunstancias concretas, como la distancia entre ciudades, las vías y medios de comunicación, la residencia del progenitor no custodio y el régimen de estancias, de los vínculos con la ciudad de origen, etc., pudiendo, en determinados casos, ser irrelevante.

Por otra parte, existen fórmulas para **minimizar los inconvenientes**. A saber:

- práctica de pruebas personales por **videoconferencia** (LOPJ art.229) para las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas;
- colaboración de los **equipos psicosociales** adscritos a los juzgados del domicilio del menor;
- cooperación y **auxilio judicial**; y
- **desplazamiento del juez** si la exploración de los menores es necesaria y resulta especialmente gravoso su desplazamiento al juzgado competente y siempre que no se perjudique la competencia de otro órgano y venga justificado por razones de economía procesal (LOPJ art.275).

Sigue defendiendo el Tribunal Supremo esta línea argumental en un proceso de modificación de medidas que afecta al régimen de visitas, patria potestad y pensión de alimentos establecidas por el Juzgado de Guadalajara, pese a que el domicilio de la demandante y de los hijos menores se encuentra en Madrid (TS auto 20-7-16).

Después, en un supuesto de extinción de pensión de alimentos de hija mayor de edad (TS auto 14-9-16) y en un supuesto de modificación del régimen de visitas de una menor que reside con su madre en Madrid, habiéndose aprobado la medida por un Juzgado de Ferrol (TS auto 14-9-16), también aplica la regla de competencia territorial fijada en la LEC art.775.

Mantiene el Alto Tribunal esta postura en un supuesto de modificación de pensión de alimentos a las hijas menores que residen en Oviedo fijada por sentencia matrimonial del JPI Castro-Urdiales, declarando competente para resolver sobre la modificación de medidas a este último (TS auto 21-9-16). También TS auto 28-9-16 mantiene la misma doctrina.

Con todo ello, podría decirse, en **conclusión**, que ya no es aplicable en los procesos de modificación de medidas la regla sobre atribución de competencia recogida en la LEC art.769.3, puesto que el propósito del legislador de atribuir la competencia para