INSTRUCCIÓN 1/2006

SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EMPADRONAMIENTO DE LOS HIJOS MENORES

I

El domicilio de las personas físicas, según el art. 40 CC, es el lugar de residencia habitual. Este domicilio es la sede legal de la persona a efectos del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. La interpretación jurisprudencial del art. 40 CC ha oscilado entre una tesis espiritualista que colocaba el centro de gravedad en el *animus habitandi o animus manendi* y una tendencia objetivista que se basaba en la efectiva vivencia, con raíces familiares y económicas (vid. por todas, STS nº 21/1993, de 30 enero). La STS nº 622/1996, de 13 julio, como síntesis de ambas orientaciones, declara que "con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar".

Las tendencias doctrinales más modernas resaltan la nota de la voluntariedad en la determinación del domicilio, pues así parece desprenderse del significado constitucional del art. 19.1 CE cuando afirma que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio

nacional, como resaltaba la Consulta de la Fiscalía General del Estado 6/1997, de15 de julio.

El domicilio reviste una gran trascendencia jurídica en relación con una pluralidad de supuestos de hecho dispersos por nuestro ordenamiento (vid. Resolución de la DGRN de 30 de enero de 1970), tanto en el ámbito civil (arts. 9.10, 10.5 14.3, 22 y 26 CC, entre otros muchos) como en el ámbito procesal, para determinar el juez territorialmente competente y, especialmente en los órdenes fiscal, sanitario, electoral y en general, en el ámbito administrativo.

II

El Padrón Municipal es un registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. En él se han inscribir toda persona que viva en España. El empadronamiento se configura además como deber impuesto a los ciudadanos por la legislación administrativa.

Conforme al art. 15 in fine de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) la condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón.

La inscripción en el Padrón municipal ha de contener como dato obligatorio el domicilio habitual del inscrito (arts. 16.2 c LRBRL y 57.1 c del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, y modificado por Real Decreto 2612/1996 de 20 de diciembre, en adelante RPDTEL). Conforme al art. 16.1 LRBRL las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.

Se configura así el Padrón como un registro administrativo que sirve para acreditar la residencia efectiva a todos los efectos administrativos y para ejercitar los derechos que confiere la Ley de Bases de Régimen Local a los vecinos, así como los restantes derechos que les atribuyan las leyes (art. 18 LRBRL).

Aunque desde la perspectiva civil el empadronamiento no genera una presunción de residencia *iuris et de iure*, (*ad exemplum* SAP Huesca, nº 243/1998, de 22 de julio) sus datos constituyen de ordinario prueba de la residencia y del domicilio habitual en el mismo (Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1998). La STS Sala 1ª de 15 de noviembre de 1991, rec. 1692/1989 profundiza más en el sentido de precisar, de conformidad con una constante doctrina jurisprudencial, que el padrón de habitantes es un principio de prueba de la residencia habitual y del domicilio y que, en definitiva el concepto de residencia habitual es una cuestión de hecho cuya apreciación compete al Tribunal de instancia. En este sentido, el reciente ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 13 mayo 2005 subraya cómo el concepto de domicilio posee "una dimensión plural amplia, no siempre coincidente con el empadronamiento o vecindad administrativa".

El Padrón es igualmente un instrumento esencial para la elaboración del censo real de población, para el ejercicio de derechos de participación pública y para la planificación pública de los servicios necesarios en base a la población real de cada municipio.

En definitiva, la inscripción padronal, aparte de los efectos que *per se* le otorga el ordenamiento administrativo (conforme a los arts. 16.1 LRBRL y 53.1 RPDTEL los datos del padrón constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo), también tiene un importante papel como principio de prueba de residencia en un término municipal y en definitiva, como principio de prueba del domicilio desde el punto de vista civil, de

no existir algún dato que acredite otra residencia que sea contraria a la que aquella inscripción refleja.

Como corolario de la trascendencia jurídica del empadronamiento, el art. 15 LRBRL establece la obligación de inscribirse para toda persona que viva en España en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente.

El mismo precepto establece una norma de cierre para dar solución a los supuestos de personas que vivan en varios municipios: deberán inscribirse únicamente en el que habiten durante más tiempo al año.

III

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 54.2 RPDTEL los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio.

Por su parte, el art. 68 RPDTEL, tras imponer a los vecinos la obligación de comunicar a su Ayuntamiento las variaciones que experimenten sus circunstancias personales en la medida en que impliquen una modificación de los datos que deben figurar en el padrón municipal con carácter obligatorio, declara que *cuando la variación afecte a menores de edad o incapacitados esta obligación corresponde a sus padres o tutores*.

Estos preceptos son interpretados, bajo la rúbrica *Representación* por el apartado 2º de la Resolución de 4 de julio de 1997 conjunta de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre

actualización del padrón municipal, declarando que *”la representación de los menores de edad e incapacitados (representación legal) se rige a efectos padronales por las normas generales del Derecho Civil.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 162 CC, en principio bastará con la presentación del Libro de Familia para reputar válida la representación de los hijos menores por cualquiera de sus padres. En los supuestos de separación o divorcio corresponde la representación de los menores, a efectos padronales, a la persona que tenga confiada su guarda y custodia, lo que se deberá acreditar mediante copia de la correspondiente resolución judicial”.

IV

Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, el TS la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (vid. STS 19 de octubre de 1983). La concepción tradicional dominante mantenía que si los progenitores vivían separados, la guarda y custodia necesariamente debía residenciarse en el padre o en la madre o en tercera persona, pero nunca compartida.

En los últimos años la posibilidad de establecer sistemas de guarda compartida se había ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa. Ahora este régimen de ejercicio de las funciones parentales adquiere rango legal al introducirse en el Código Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio.

En efecto, el párrafo quinto del art. 92.5 CC establece que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten

los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (art. 92.6 CC).

El apartado 8º permite acordar la guarda y custodia compartida con carácter excepcional, aun sin acuerdo de los progenitores pero siempre a instancia de una de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal*, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

En todo caso, ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común (vid. SAP Las Palmas nº 327/2004, de 15 de abril, SAP Barcelona nº 140/2004, de 3 de marzo). La posibilidad de instaurar este sistema se excluye en supuestos de violencia doméstica (art. 92 apartado 8º).

Sin acuerdo previo de los progenitores sea en convenio o en el transcurso del procedimiento, la instauración de la custodia compartida, que debe considerarse excepcional, como expresamente declara el apartado 8º del art. 92

CC, requiere además el informe favorable del Fiscal, al que por tanto se confiere un destacado protagonismo como garante de que la decisión se adecua al interés superior del menor.

V

La praxis generada por la irrupción del nuevo régimen de guarda compartida ha puesto de relieve problemas en cuanto al empadronamiento de los hijos menores. El problema que se plantea para los gestores del Padrón es el de que cuando la guarda y custodia es compartida por ambos progenitores y existe un convenio regulador o una resolución que establece un régimen de convivencia con cada uno de los padres muy equilibrado les es imposible determinar cuál debe considerarse residencia habitual del menor, a efectos de empadronamiento.

Es evidente que no existe norma civil ni administrativa expresa y específica para la determinación del domicilio del menor en situaciones de patria potestad compartida.

La doctrina civilista se había planteado desde tiempos remotos la posibilidad de que una misma persona pudiera compatibilizar más de un domicilio, no habiéndose llegado a alcanzar una *communis opinio*.

Desde el punto de vista administrativo, empero, resulta claro, *de lege data*, que cada persona debe tener un único domicilio, a efectos de empadronamiento. El art. 55.2 RPDTEL expresamente dispone que sólo se puede ser vecino de un municipio.

En esta línea se ha declarado el derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida “se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez” (AAP Barcelona, sec. 18ª, de 29 de noviembre de 1999, rec. 850/1999).

Desde esta perspectiva se acepta con carácter general en el Derecho administrativo que el domicilio se caracteriza por el hecho de residir en un punto del territorio el mayor tiempo en cómputo absoluto anual. Así tienen deber fiscal de declarar en España quines permanezcan más de 183 días, durante el año natural en territorio español (art. 9.1 Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*) y deben empadronarse en el municipio de su residencia los residentes que permanezcan en él la mayor parte del tiempo (arts. 15 LRBRL y 54 RPDTEL).

Por tanto, si por la paridad de tiempos la regla de la residencia temporalmente preponderante no pudiera ser aplicada, habría de entenderse que el empadronamiento podría llevarse a cabo en base a cualquiera de los dos domicilios en los que reparta su tiempo el menor, a elección de los progenitores de mutuo acuerdo, o, en defecto de éste, por resolución judicial.

Debe por lo demás partirse de la necesidad de mutuo acuerdo o, en su defecto, de resolución judicial, para modificar el domicilio de residencia del hijo común cuando el cambio lo aparte de su entorno habitual, como puede deducirse implícitamente de los art. 154 y 156 CC y como expresamente recoge el art. 139. 4 Ley 9/1998, de 15 de julio (Código de Familia de Cataluña).

VI

La conveniencia de establecer una previsión sobre el empadronamiento del menor en la resolución que pone fin al procedimiento de nulidad, separación o divorcio en el que concurran las notas expuestas *supra* puede entenderse incluida en las *cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda* que corresponde adoptar al Juez al acordar la guarda conjunta, conforme a lo establecido en el nuevo art. 92.5 CC *in fine*. La inclusión de tal previsión queda suficientemente justificada a efectos de coadyuvar a alcanzar una solución para estos problemas, evitando conflictos futuros.

En tanto en cuanto se confiere al Fiscal velar por que la decisión de guarda compartida se adecue al interés superior del menor y considerando que la inscripción padronal del mismo es un acto administrativo que además de venir exigida por la legislación administrativa es útil y necesario para el propio menor, y tomando en consideración los problemas que pueden surgir por la distribución o reparto de la guarda y custodia entre los progenitores, los Sres. Fiscales interesarán, cuando en un procedimiento matrimonial informen favorablemente el régimen de custodia compartida, siempre que la distribución de los períodos de estancia con cada progenitor no permita con claridad determinar con cuál de ellos va a permanecer el menor durante más tiempo al año, que la propuesta de convenio o, en su caso, la propia resolución judicial, se pronuncie sobre cuál habrá de entenderse como domicilio del menor a efectos padronales. A tal fin, en defecto de acuerdo habrá de valorarse especialmente la conveniencia de que el menor se empadrone tomando como referencia el domicilio en el que ha permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquellos en los que va a continuar viviendo.

Por tanto, en los supuestos en los que sean los padres los que a través del convenio propongan el régimen de custodia compartida, los Sres. Fiscales, si pese a considerarlo adecuado entienden que puede generar problemas en orden a la determinación de su residencia, informarán en el sentido de que se requiera a los progenitores para que pacte cuál habrá de entenderse domicilio del menor a efectos padronales. Es evidente que la aprobación de un convenio que incluya régimen de custodia compartida exige un grado de consenso, colaboración y cooperación cualificadamente intenso por parte de los progenitores, por lo que el acuerdo en una cuestión de segundo orden como la analizada no habrá de revestir mayores dificultades.

VII

Pueden, por tanto, sentarse las siguientes conclusiones:

1º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.

2º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.

3º En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.

4º A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, los Sres. Fiscales velarán por que en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones de salvaguarda del superior interés de los menores velarán por el cumplimiento de la presente Instrucción.

Madrid, 7 de marzo de 2006

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.