

Trabajo Fin de Grado
(Grado en Derecho)

**DIVORCIO, CUSTODIA COMPARTIDA
Y TRASLADO DE MENORES
AL EXTRANJERO**

Autor: Pablo del Río Noya
Tutor: José Antonio Portero Molina

Fecha: Febrero 2016



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

ÍNDICE:

- I.- INTRODUCCIÓN (3)
- II.- CUESTIONES PREVIAS (4)
- III.- GUARDA Y CUSTODIA (6)
 - 1.- Concepto y régimen jurídico (6)
 - 2.- Concesión de la guarda y custodia: Especial referencia al interés del menor (7)
 - 3.- Guarda y custodia exclusiva (11)
 - 4.- Guarda y custodia compartida (12)
- IV.- DERECHO DE VISITAS (17)
 - 1.- Concepto y régimen jurídico (17)
 - 2.- Fijación del régimen de visitas (18)
- V.- EMANCIPACIÓN (24)
 - 1.- Concepto y régimen jurídico (24)
 - 2.- Causas de emancipación (25)
- VI.- PENSIÓN DE ALIMENTOS (29)
 - 1.- Concepto y régimen jurídico (29)
 - 2.- Fijación de la pensión de alimentos (32)
- VII.- GASTOS DE LOS HIJOS (33)
 - 1.- Clases de gastos ordinarios y extraordinarios (33)
 - 2.- Fijación de los gastos (36)
- VIII.- PENSIÓN COMPENSATORIA (39)
 - 1.- Concepto y régimen jurídico (39)
 - 2.- Fijación de la pensión compensatoria (40)
- IX.- CONTRATO LABORAL DE MENORES (44)
- X.- CONCLUSIONES (49)
- XI.- BIBLIOGRAFÍA (50)

I.- INTRODUCCIÓN

El divorcio es, junto con la muerte y la declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, una forma de disolución del vínculo matrimonial con independencia de la forma y el tiempo de su celebración (artículo 85 del Código Civil). El efecto producido es la ineficacia total y definitiva del matrimonio por causa posterior a su celebración, decretada judicialmente y constitutiva del estado civil de divorciados de los cónyuges. Dicha ineficacia tiene lugar a partir del momento de la sentencia, ex nunc, y no se refiere sólo al matrimonio propiamente dicho, sino también a los efectos personales, a los económicos -disolución del régimen económico-matrimonial- y a los relativos a la filiación.

El divorcio puede ser solicitado, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, bien a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, en cuyo caso la demanda irá acompañada de una propuesta de convenio regulador -divorcio de común acuerdo- o bien por uno solo de los cónyuges, debiendo agregarse a la demanda una propuesta de medidas -divorcio contencioso-.

Actualmente, el artículo 87 CC introduce la posibilidad de que los cónyuges puedan acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82 CC, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él.

Frustrados los eventuales intentos de finalizar la crisis matrimonial de forma consensuada, la opción será la vía contenciosa, que es el supuesto que se nos plantea en este caso, debiendo por tanto decidirse el procedimiento a través de la correspondiente sentencia dictada después de la tramitación del correspondiente procedimiento contencioso. Ahora bien, tampoco debemos olvidar la posibilidad que tienen los cónyuges de someterse a un proceso de mediación -conforme a lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles- que facilite la consecución de un acuerdo beneficioso para las partes y ajenas a la decisión judicial unilateral del propio Juez que, como todo procedimiento contencioso, en gran parte de las ocasiones, puede no satisfacer a ninguna de las partes. En este sentido, dar por bueno el principio de que “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 771 establece la posibilidad de las partes de solicitar medidas provisionales previas a la demanda -previstas en los artículos 102 y 103 CC conforme al artículo 104 CC-, procedimiento que se configura para dar solución a las situaciones que revistan a carácter de urgencia o que no admiten demora para esperar a la resolución definitiva del procedimiento en cuestión. Adoptadas estas medidas, si dentro de los 30 días siguientes a su adopción se presenta la correspondiente demanda, se unirá a la misma testimonio del correspondiente auto adoptando las mismas.

Por otro lado, también se prevé que el cónyuge que interponga la correspondiente demanda de divorcio pueda solicitar la adopción de medidas provisionales siempre que no se hubieran adoptado con anterioridad, en cuyo caso por el Juzgado se convocará a las partes y, en su caso al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que habrá de sustanciarse conforme a lo prevenido en el artículo 771 LEC. De igual modo, el cónyuge demandado podrá solicitar la adopción de medidas provisionales cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o cuando no hubiesen sido solicitadas por el demandante. Dicha solicitud habrá de realizarse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la vista principal cuando ésta se señale dentro de los 10 días siguientes; En caso de que no se señale la vista en el plazo indicado se señalará por el Secretario la correspondiente comparecencia.

En el presente supuesto, no consta la solicitud de medidas previas ni coetáneas, de modo que el análisis de las cuestiones objeto del trabajo se tratarán como medidas definitivas a fijarse en la sentencia de divorcio sin que haya lugar a comentar las eventuales modificaciones de medidas provisionales en la sentencia definitiva.

II. CUESTIONES PREVIAS

En orden a la correcta resolución del supuesto propuesto, cabe comenzar el planteamiento del mismo con la mención breve al hecho de que nuestro país es un Estado plurilegislativo en el ámbito civil, de modo que para determinar la ley aplicable a este procedimiento se erige como una cuestión práctica de relevancia la vecindad civil, pues ésta determina la sujeción al derecho civil común o al foral o especial (artículo 14 CC).

Si nos atenemos al ejercicio propuesto, hay que tener en cuenta que los cónyuges en proceso de divorcio, D. Santiago Montaner y Doña Pilar Márquez, no ostentaban la misma vecindad civil al momento de ésta presentar la demanda de divorcio: D. Santiago, nacido en A Coruña, pese a haber residido un tiempo en Valencia y posteriormente volver a Coruña para luego trasladarse a Barcelona, nunca perdió, al amparo del artículo 14.5 CC¹, su vecindad civil gallega ya que no transcurre el tiempo suficiente ni consta que hiciera declaración de voluntad alguna en el Registro Civil en orden a optar por otra vecindad civil distinta. Su esposa, Dña. Pilar Márquez, nacida en Madrid, que desde su matrimonio en octubre del año 1995 ha residido junto a su marido, conservaba al tiempo del nacimiento de sus hijos la vecindad civil propia de derecho común, aunque posteriormente, en el año 2010, adquiriera “*ipso iure*” por residencia continuada de diez años en A Coruña la vecindad civil gallega y en el 2013 optara por la catalana en el Registro Civil de Barcelona tras tres años de residencia (que se supone habitual y continuada)² en la ciudad, superando así suficientemente el plazo establecido legalmente de dos años para manifestar su voluntad.

En cuanto a los menores, y en virtud del artículo 14.3 CC, ante la distinta vecindad civil de los padres al nacimiento de los hijos y la falta de atribución expresa de la de una de ellos, tendrían la misma que el progenitor respecto del cual se haya determinado antes la filiación -criterio que no nos sirve puesto que las nuestras son filiaciones por naturaleza matrimoniales- y a falta de dilucidarse mediante dicho parámetro, tendrán la del lugar del nacimiento, esto es, Ricardo ostentará la vecindad civil valenciana y su hermana Sonia la vecindad civil gallega.

No obstante, en el supuesto del hijo mayor del matrimonio, Ricardo, se pueden plantear mayores problemas. Podría plantearse la posibilidad de que hubiera, a su vez, adquirido automáticamente la vecindad civil gallega, ya que, al igual que sus progenitores, residió por espacio de 10 años en A Coruña. Al respecto mencionar, que ha sido un tema génesis de distintas posturas doctrinales de contraria opinión, ya que no solamente habría que considerar lo establecido en el Código civil si no también tomar en consideración el Reglamento del Registro Civil, el cual parece manifestar en su artículo 225, sobre todo en su segundo párrafo, un razonamiento peculiar y considerado, a veces, contrario a la ley: **“El cambio de vecindad civil se produce «ipso iure» por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la**

1 Artículo 14.5 CC: “La vecindad civil se adquiere: 1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; 2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo; Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas”.

2 Considerando la postura doctrinal del Profesor LACRUZ BERDEJO en su manual *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Dykinson, 2010 en torno a la “voluntad de establecimiento efectiva y permanente”.

declaración en contrario. En el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona”.

Como se ha mencionado, pudiera considerarse la problemática de la adquisición de la vecindad civil por residencia de diez años al amparo jurisprudencial desde tres posturas diferentes, que cabe siquiera mencionar brevemente: La primera que abogaría por entender que, efectivamente, el tiempo de residencia del menor no computaría mientras no alcanzara la emancipación o su mayoría de edad; la segunda que no se aplicaría el artículo 225 en este caso ya que se opondría al principio de jerarquía normativa quedando supeditado al artículo 14.5 del Código Civil confirmándose la adquisición automática de la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de diez años sin declaración en contra³ y la tercera, que se supone más adecuada al supuesto y que es que, respecto al menor, de conformidad con el artículo 14.3.4º no se computará el plazo si no desde los 14 años ya que es cuando se le permite optar por la vecindad civil correspondiente al lugar de su nacimiento o por la última vecindad civil de cualquiera de sus padres, lo cual lo podría efectuar por sí solo si estuviera emancipado o bien a través de su representante legal en caso contrario⁴.

Es esta última, como se ha señalado, la que se podría considerar más adecuada ya que, el menor no tenía suficiente capacidad para poder emitir su opinión antes de los 14 años, ni tampoco, de conformidad con lo expresado, habría pasado el tiempo suficiente como para adquirir la vecindad civil gallega ni parece que hubiera llegado a adquirir, en principio, la catalana ya que no ha manifestado, en la actualidad con 16 años, opción por la misma. Así, no parece descabellado, admitiendo postura en contrario y bajo la guía del artículo 14.6 del Código Civil, concluir que su vecindad civil continuara siendo la del lugar de su nacimiento: Valencia. No obstante actualmente ya podría solicitar la catalana y en caso de emancipación podría extender su opción hasta un año después de la misma pero no se nos comenta nada al respecto en el supuesto a resolver por lo que consideramos que, de momento, no va a ejercitar tal opción.

En el caso de su hermana menor, Sonia, el asunto es más sencillo, ya que ha nacido en el año 2005 en A Coruña y tal y como se mencionó anteriormente siendo sus padres pertenecientes a distintas vecindades, se consideraría que ostenta la vecindad civil gallega como la propia de su lugar de nacimiento y sin que todavía, hasta que cumpla 14 años, pueda optar por la catalana.

Para concluir esta referencia en torno a las vicisitudes de la vecindad civil hay que añadir que ley aplicable debe complementarse con la prueba de la misma, sobre la que también se ha pronunciado, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia⁵ ya que también entrarían en juego las exigencias de la ley de Enjuiciamiento Civil⁶ sobre aportación de documentos a la demanda de divorcio, entre los que destacan las certificaciones del Registro Civil.

Así las cosas, volviendo a retomar el asunto de las distintas vecindades civiles de los padres se pone de manifiesto un conflicto de leyes por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, señalando el artículo 16.1 del Código Civil que se resolverá conforme a las normas contenidas en el Capítulo IV -normas de derecho internacional privado- enunciando a continuación una serie de particularidades. Comprendido en el mencionado Capítulo, el párrafo segundo del artículo 9.2 CC hace una nueva remisión al artículo 107 de este texto legal a fin de

3 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995: “La producción “ipso iure” por el transcurso del plazo decenal preceptuada por el Código, no puede verse vulnerada por otra norma de rango inferior, como es la del Reglamento”.

4 La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000 señala “la tesis más defendible de que el tiempo computable debe contarse desde los 14 años”.

5 En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995: “Ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente”.

6 Artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

determinar la ley aplicable a la nulidad separación y divorcio, siendo el segundo apartado de este precepto el que nos da la solución: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado”. En consecuencia, este procedimiento será dilucidado conforme a las normas del Código Civil, esto es, la ley española al ser ésta la ley nacional común al tiempo de la presentación de la demanda.

El artículo 13.1 CC también nos lleva a la misma solución al disponer que las disposiciones del título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación y las del título IV del libro I -que regula el matrimonio- con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

Finalmente, nos gustaría señalar que el presente supuesto conforme a la legislación vigente a fecha de resolución del caso a no ser que se determine expresamente lo contrario y con la pertinente explicación.

III. GUARDA Y CUSTODIA

1. Concepto y régimen jurídico

La guarda y custodia es una figura surgida tras la falta de convivencia de los progenitores, bien por no haber vivido nunca juntos o bien por la cesación de la convivencia mantenida con anterioridad, y que le atribuye al progenitor que convive con el hijo la facultad de cuidado directo del menor durante toda su minoría de edad. Dicha función no se limita a la simple vigilancia o protección física del menor, abarcando también asuntos referentes a la formación y educación de los hijos, aunque ello no implica un poder absoluto de decisión, sino que se limitará a las cuestiones de naturaleza cotidiana o urgente que se derivan de la convivencia. Por el contrario, las situaciones de cuidado y educación que no necesitan de ese contacto diario para ser desarrolladas, trascienden el ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito de ejercicio de la patria potestad como pueden ser la elección del colegio del menor o el sometimiento a una intervención quirúrgica. Así, en caso de ejercicio compartido de la patria potestad, estas últimas decisiones mencionadas corresponderían a ambos padres y ha de tenerse en cuenta que la simple intervención en la decisión no libera al progenitor no custodio de sus obligaciones, sino que, al contrario, habrá de acudir a las reuniones escolares o preocuparse por el rendimiento y estado de salud del hijo por ejemplo. Esto es, la guarda y custodia impone un deber de colaboración a ambos padres, consistiendo en el caso del guardador en mantener informado sobre la vida del hijo al otro progenitor y en el caso de progenitor no custodio en colaborar con el guardador en los asuntos para los que le requiera, a consecuencia de la aplicación de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

El régimen jurídico de la guarda y custodia se encuentra recogido en el Código Civil, concretamente en los artículos 90.1 a), 92 y 103.1 en sede de procesos matrimoniales y en el 159 en sede de patria potestad: En el artículo 90.1 a) CC se recoge la guarda y custodia como contenido mínimo del convenio regulador que deben presentar los cónyuges en los procesos consensuales de separación o divorcio; en el artículo 92 CC se regula la guarda y custodia en los procesos contenciosos; el artículo 103.1 CC, relativo a las medidas provisionales a adoptar por el Juez en los procesos contenciosos de separación, divorcio y nulidad, incluye la determinación del cónyuge bajo el que quedarán los hijos; el artículo 159, referente a supuestos de separación de padres no casados, recoge la intervención del Juez en orden a adjudicar la guarda a uno de los progenitores a falta de acuerdo entre ambos.

Tomando como base los principios constitucionales de protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos (artículo 39.2 CE) y el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos en todos los órdenes (artículo 39.3 CE) encuentra su inspiración el párrafo primero del artículo 92 del Código Civil, que sirve de fundamento de la guarda y custodia y cuyo tenor literal dispone: **“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”**; con lo cual los derechos y deberes paterno-filiales se extienden mucho más allá de una ruptura matrimonial, cuestión que no parece plantear grandes problemas en el supuesto propuesto ya que, según se nos pone de manifiesto, ambos progenitores son muy responsables y hacen, en su opinión, lo mejor para el cuidado de sus hijos.

En virtud de los artículos que regulan la guarda y custodia podemos extraer tres formas diferentes de encauzar la convivencia de los hijos menores de edad con los progenitores: la guarda y custodia exclusiva o unilateral atribuida a uno sólo de los progenitores, la guarda y custodia compartida⁷ atribuida a ambos progenitores por períodos y la guarda y custodia ejercida por una tercera persona distinta a los progenitores.

2. Concesión de la guarda y custodia: Especial referencia al interés del menor

La elección del régimen de guarda y custodia puede realizarse por los padres en el convenio regulador (artículo 90 CC), acuerdo que necesita la homologación judicial a efectos de eficacia, teniendo lugar la aprobación siempre que no resulte perjudicial para los hijos o alguno de los cónyuges. En el supuesto de padres no casados o separación de hecho, éstos también pueden acordar un régimen de guarda y custodia, aunque este acuerdo solo tiene validez interna.

A falta de un acuerdo entre los progenitores -como es nuestro supuesto de divorcio contencioso- será el Juez quien, atendiendo al interés superior del menor, elija el régimen de guarda y custodia más adecuado para los menores a tenor de los reseñados artículos 92, 103 y 159 del Código Civil.

Así pues, se nos pone de manifiesto la primera cuestión principal, que viene especificada por el interés superior del menor, el cual debe entenderse como fundamento de cualquier decisión y punto esencial de referencia en la resolución de las cuestiones que le atañan. Todo ello de conformidad con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño -ratificada por nuestro país el 30 de diciembre de 1990- y que concreta que **“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”**, así como el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que señala que **“en la aplicación de la presente Ley, primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”**.

En este sentido y ampliando un poco más en este concepto, se manifiesta, en primer lugar, que es un punto determinante que deben resolver los propios jueces y tribunales⁸ entendido como

7 La expresión “custodia compartida” es criticada por la doctrina pues parece conllevar una simultaneidad que no se da, considerando más adecuadas otras expresiones como “custodia compartida en alternancia”, “custodia alternativa” o “custodia alternada” -quizás por el hecho de que en los casos que se atribuye la guarda y custodia a los dos progenitores, la práctica jurisprudencial suele establecer un régimen de alternancia por períodos idénticos en la convivencia con los padres-.

8 En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero de 2001 afirma que “Ahora bien, la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los

cuestión de protección al menor que no puede defender sus intereses y que atañe a la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia en este sentido es amplia, si bien destaca una sentencia del Tribunal Supremo -que se considera acorde al caso planteado- dictada con fecha de 31 de enero de 2011 y la que concreta que **“siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)”**.

Hay que destacar a su vez que el interés superior del menor prevalece siempre, incluso -circunstancia que no parece ser la del caso propuesto pero si cabe hacer referencia- si los padres mantuvieran una mala relación, ya que tal y como afirma la STS 813/2009 de 22 de julio de 2011: **“De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”**. La preponderancia del interés del menor sobre cualquier otro interés que concurra en el caso, inclusive el de los propios padres, se puede observar en la STC 176/2008, de 22 de diciembre: **“(…) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aún siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (...). Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir en un modo negativo en el desarrollo de la personalidad de hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”**.

Continuando con el análisis del supuesto, se deberá hacer mención a que el interés del menor es un concepto indeterminado. La jurisprudencia no dispone de un criterio delimitador del contenido del interés del menor y lo único que se tiene establecido, como se ha resaltado con anterioridad, es la consideración del interés del menor como criterio básico y preferente a la hora de elegir el régimen de la guarda y custodia de los hijos y, en su caso, el progenitor guardador⁹. Además de estudiarse detenidamente caso por caso, debe de centralizarse en cada menor de manera concreta, sin que se pueda justificar la existencia de un interés de tipo más ambiguo y abstracto, tal y como manifiesta la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 13 de febrero de 2015 afirma: **“El interés prevalente del menor -SSTS 17 de junio y 17 de octubre de 2013- “es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de**

términos indicados”.

9 En este sentido el Auto del Tribunal Constitucional núm. 127/1986 de 12 de febrero de 1986 señala: **“(…) el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio regulador, utilizando la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia y teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos, acordará a cual de los cónyuges corresponde la guarda y custodia de estos, en razón de sus intereses morales y materiales, con independencia de cuáles hayan sido los motivos y causas productores de la situación de ruptura conyugal (...)”**

mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar...”. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta”. En orden a apreciar dicho interés superior el Juez dispone de una serie de criterios para ello, aunque no deben operar de forma automática, sino que servirán de forma orientadora, pues como hemos señalado es conveniente analizar cada caso en particular y no hacer generalizaciones.

Uno de esos criterios orientadores sería la opinión del menor recogida en el artículo 92, apartado 2º del Código Civil, cuyo tenor literal establece que **“el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”**, y en el artículo 92.6 del mismo texto legal que concreta que **“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”**.

Ahora bien, aunque la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta en orden a establecer el régimen de guarda y custodia, ello no implica que tenga carácter vinculante para el Juez¹⁰. Esto es, se les reconoce el derecho a ser oídos, que no el derecho a decidir. Para determinar correctamente el interés de los menores, la voluntad manifestada por los mismos debe valorarse junto con otras circunstancias que concurren en el caso y en el contexto de una situación de procedimiento contencioso, debiendo asegurarse que ha sido correctamente formada y no condicionada por la influencia de uno de los progenitores. En relación con esto, se debe destacar la relevancia de la edad, al establecerse una relación directamente proporcional entre la opinión del menor y su edad, esto es, se le dará más importancia en tanto el menor se aproxime a los 18 años, pues su personalidad estará más formada y será menos susceptible de ser influenciado por cualquiera de los padres.

Es éste un punto de inflexión importante¹¹ ya que se pone de manifiesto la consideración de la opinión de los menores al respecto, y lo es tanto que el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2014 ha resuelto que la ausencia de esta audiencia puede ser causa de nulidad y ha puesto de relieve en la misma que, a pesar de existir cierta contradicción entre la normativa señalada del Código Civil y el artículo 770 regla 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹², ésta se

10 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de noviembre de 2007 otorga la custodia a la madre a pesar de la voluntad expresada por la hija de seguir su convivencia con su padre, pues considera que la forma de vida de la menor bajo la custodia de éste eran inadecuados para su edad y, por el contrario, la madre ofrecía un modelo educativo más idóneo.

11 Este derecho del menor a ser oído se deriva desde del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, de la que España es parte, y que establece en esencia que los estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del mismo y para ello se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

12 Artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : “(...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser

resuelve de la siguiente forma: **“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”**.

Y no solo la opinión recabada de los menores ha de tenerse en cuenta sino también hay que hacer referencia a la labor del Ministerio Fiscal en el proceso, exigida tanto en el mencionado artículo 92.6 CC como 92.8 CC -referido al supuesto de solicitud del régimen de guarda y custodia compartida a instancia de una de las partes-, preceptos que hay que poner en relación con lo establecido en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: **“En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”**. De esta forma, observamos que la labor del Ministerio Fiscal se centra en la protección de carácter práctico del menor que deberá actuar como parte independiente de los progenitores, estando siempre presente en las comparecencias y audiencias de las partes implicadas y solicitando las medidas -tanto en el caso de las provisionales hasta las definitivas sobre custodia de hijos menores- que sean pertinentes aplicar.

No es menos importante la mención de la labor del llamado Equipo Técnico Judicial, al que se alude en el artículo 92.9 del Código Civil cuyo tenor literal afirma que: **“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”**. Estos especialistas tratarán de emitir un dictamen en el que abogarán por el régimen de custodia pertinente en cada caso y con su intervención, que será optativa como potestad discrecional del juez -aunque puedan solicitarse a instancia de parte-, podrán otorgar al juzgador una prueba pericial que le ayude a fundamentar las decisiones al respecto pese a no tener carácter vinculante la decisión contenida en el mismo.

Otros criterios orientadores para la determinación judicial del interés superior del menor y, por ende, el modelo de guarda conveniente, serían: el mantenimiento del status quo -garantizar la continuidad de la situación de los hijos anterior a la ruptura-, no separación de los hermanos-, no separación de los hermanos¹³ -si bien no ayuda a decidir a qué progenitor deben ser confiados los hijos, llega a concluir que todos deberían quedar con el mismo-, alcoholismo o drogodependencia de uno de los padres, enfermedad mental grave del progenitor que le impida el correcto desarrollo o ponga en riesgo el menor, disponibilidad horario de los padres, capacidad del progenitor custodia para permitir una adecuada relación entre el niño y el otro progenitor, etc.

En los casos en que el Juez deba pronunciarse sobre la concesión de la custodia compartida, además de atenerse a los criterios anteriores para dilucidar el interés del menor, deberá vigilar otros como son la implicación de los padres en el cuidado del menor antes de la ruptura, idoneidad de ambos padres para el ejercicio de la guarda compartida, vinculación afectiva del menor con los dos progenitores, ausencia de conflictos entre los padres, modelos educativos similares y proximidad entre domicilios, etc.

oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

13 Aunque este supuesto se encuentra recogido en el artículo 92.5 referido a la custodia compartida acordada por los progenitores, debe aplicarse a todos los procesos de guarda y custodia.

3. Guarda y custodia exclusiva

El régimen de guarda y custodia exclusiva supone encomendar los hijos a uno de los progenitores, mientras que el otro progenitor mantiene la relación parental a través de la comunicación, las visitas, la vigilancia y control y el deber de colaboración e información.

En aras a analizar la posibilidad de conceder la guarda y custodia exclusiva a la madre, hemos de reseñar a favor de dicha opción que, a tenor literal de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, ésta parece la regla general y preferible -aunque más adelante veremos que la jurisprudencia estable lo contrario-. Pues bien, para determinar la procedencia o no de la guarda exclusiva a Dña. Pilar debemos estar al interés superior de los menores, que valoraremos atendiendo a los criterios expuestos con anterioridad.

La opinión de los menores resulta de gran relevancia, pues aún no siendo vinculante, suelen ser mayoría los casos en que el Juez la respeta. Esta voluntad es absolutamente clara en el caso del hijo mayor, Ricardo, que ya cuenta con dieciséis años de edad, es un chico totalmente maduro y responsable en sus estudios y mantiene firme su postura de no trasladarse a otro país como es intención de su madre, incluso llegando a decantarse por la solicitud de la emancipación si se le otorgara la custodia en exclusiva a la misma. Su derecho de audiencia se presume que se producirá dado que el artículo 92.6 CC habilita al menor a solicitarla. Su hermana, que ya cuenta con diez años de edad -se considera que el juez debe oír si se aprecia que tiene suficiente juicio- y a quien se le adivinan dotes más inclinadas al arte o realización de tareas televisivas, seguramente no le disgustará la idea de seguir su carrera como modelo infantil, pero también se considera, como parece desprenderse de los datos ofrecidos, que mantiene una buena trayectoria en las relaciones con su padre por lo que también será adecuado presumir que manifestará su preferencia por disfrutar de la compañía continuada de ambos antes que prescindir de una relación asidua con su padre para enfrentarse a una nueva vida diferente a la que venían manteniendo en España.

En orden al mantenimiento del status quo, el Juez deberá atribuir la custodia al progenitor que mejor pueda garantizar la continuidad de la vida anterior de los menores, por lo que suele preferirse al progenitor que con más intensidad se ocupaba de los niños -en este caso, Dña. Pilar-. Sin embargo, no debemos olvidar el motivo por el que la madre solicita la custodia exclusiva -llevarse los hijos a Suecia para relanzar la carrera de modelo de la pequeña-. Ello supondría una alteración inmensa de la situación en que se venían encontrando los menores, pues el cambio de país implicaría aprender un nuevo idioma, abandonar sus amigos y separarse de su padre, lo que supondría un deterioro significativo de las relaciones entre ellos. No siendo suficiente la motivación para un cambio tan brusco en la vida de los menores.

La disponibilidad horaria de los padres constituye un criterio favorable a la concesión de la guarda y custodia, dado que no se considera adecuado que los menores estén solo o sean atendidos por terceras personas. En aplicación de este parámetro, también se suele atribuir la custodia al progenitor desempleado en detrimento del que trabaja¹⁴. Dña. Pilar, por su situación laboral de ama de casa, dispone de mayor tiempo libre para volcarse a las necesidades de los menores que su marido, D. Santiago, privado de dedicarle a sus hijos el tiempo que le gustaría por su horario laboral, que le mantiene ocupado desde las 9 de la mañana a las 7 de la tarde. A pesar de lo anterior, se deben tener en cuenta un dato muy significativo. Si bien es cierto que Dña. Pilar ha abandonado su profesión para centrarse en el cuidado de sus hijos, esta situación no solo ha sido fruto de su voluntad, sino que fue ella y su marido, de común acuerdo, los que

14 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 11 de diciembre de 2006 se inclina por conceder la guarda a la madre desempleada en lugar de al padre, cuyo horario laboral le impedía atender adecuadamente al hijo, que debía quedar bajo los cuidados de una hermana adolescente.

optaron por prescindir de su sueldo para que pudiese disponer del tiempo necesario para los menores. Además, la incorporación de la madre a las tareas domésticas vino motivada por la suficiencia del sueldo del marido para contribuir a los gastos de la unidad familiar, pero una vez que se produce el divorcio Dña. Pilar dejará de tener ingresos más allá de la renta del piso que tiene alquilado y el caudal de que disponga tras la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que más tarde o más pronto tendrá que reincorporarse al mercado laboral, lo que le dejará con una menor disponibilidad horaria.

También se tiende a considerar para la concesión de la guarda la capacidad para permitir una fluida relación entre el niño y el progenitor no custodio. En este sentido, si bien Dña. Pilar pretende desplazarse a otro país -hecho que dificultaría las relaciones de los hijos con el padre- no parece que esta actitud esté destinada a perjudicar e impedir dicha relación, sino que, como madre volcada al cuidado de los hijos, sobre todo de la menor, debemos imaginar que su decisión está basada únicamente en el interés de los menores, especialmente en el de Sonia. Se puede discutir si su apreciación es correcta o no, pues como se señala es una persona impulsiva que no piensa a largo plazo, pero deducimos que carece de toda intención de apartar a los hijos de su padre, ya que no se expresa en el supuesto que la relación de los progenitores desde la interposición de la demanda haya sido mala, entendiéndolo, claro, en un proceso contencioso como el presente.

En base a todo lo expuesto, no consideramos descabellado atribuir la custodia exclusiva a la madre al ser quien se ha ocupado hasta ahora del cuidado integral de los menores y quien dispone de mayor tiempo para ellos, de modo que los menores no verían alterada la situación de la que venían disfrutando hasta el momento de la ruptura. Esto último teniendo en cuenta que la madre se comprometa a no trasladarse a Suecia, lo cual no creemos adecuado al interés del menor y tampoco sería contrario a la libertad de elección de residencia al prevalecer áquel sobre ésta¹⁵. Así, en aras a evitar una eventual sustracción de los menores, el Juez podría dictar las medidas necesarias para evitarlo (artículo 158.3º CC) y, específicamente, cualquiera de las mencionadas en dicho apartado -prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor-. Ello encuentra justificación en el hecho intuido de que la presentación de la demanda de divorcio y custodia exclusiva obedece a cambiar de país, por lo que habría que plantear si la solicitud de custodia exclusiva la mantendría en caso de tener que quedarse en España.

Es por tanto que volvemos a reiterar la posibilidad de que si tenga lugar dicha concesión, pero consideramos que no se debería por entender la opción de la custodia compartida como más adecuada para proteger el interés del menor en virtud de las razones que se esgrimirán a continuación, siempre y cuando el padre se posicione sobre este extremo, pues no se debe considerar una custodia compartida impuesta.

4. Guarda y custodia compartida

Por guarda y custodia compartida se entiende el sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equilibradamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo vivir con cada uno de ellos durante lapsos de tiempo más o menos predeterminados¹⁶

15 El Auto del Tribunal Constitucional 127/1986 no aprecia transgresión de la libertad constitucional de residencia a una ciudadana francesa que se le denegó trasladarse a su país de origen tras la separación matrimonial argumentando que lo único relevante en el caso es el interés de las hijas.

16 Fabiola Lathrop Gómez: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, 2008.

Siguiendo el Código Civil, el artículo 92.5 del mismo nos plantea lo siguiente: **“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”**.

Se observa, en primer lugar, que la custodia compartida es un régimen que parece debe solicitarse a instancia de los progenitores, bien por que lo hayan planteado en su convenio regulador a modo de acuerdo o bien porque durante el procedimiento se haya optado por esta decisión en torno a sus hijos menores.

En este supuesto no existe convenio regulador, pero también se establece la interesante posibilidad que tiene el juez de optar por mencionado régimen atendiendo al párrafo 8 del mismo artículo del Código Civil: **“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable¹⁷ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”**.

Atendiendo al tenor literal del precepto, se configura como un supuesto excepcional en el que se exigen la concurrencia de una serie de condiciones: petición de la custodia compartida por una de las partes, informe favorable del Ministerio Fiscal y que solo se esa forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor.

En adicción, el artículo 92.7 del Código Civil establece un supuesto de prohibición de concesión judicial de la guarda y custodia compartida que no es, afortunadamente, objeto de nuestro estudio aunque si procede mencionar brevemente que es un punto clave que toma en consideración el Juez a la hora de tomar decisiones sobre aspectos que atañen al menor: **“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”**.

No obstante lo reseñado, las últimas líneas jurisprudenciales han desvirtuado ese carácter excepcional y conciben la guarda y custodia compartida como una medida normal y deseable. En este sentido, la STS 257/2013, de 29 de abril, constituye un hito en Derecho de Familia: **“Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda**

17 Declarado inconstitucional y nulo por la STC 185/2012 de 17 de octubre: “La previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex artículo 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores debe o no adoptarse tal medida”. Así, el Tribunal Constitucional rechaza la exigencia de que el informe del fiscal sea “favorable” porque supone atribuir al Ministerio Público un poder de veto que está en contradicción con las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.

ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Igualmente, es posible localizar más sentencias que, aludiendo a la anterior, recogen la vinculación del interés del menor a la elección del correspondiente régimen de guarda y custodia, sin que deba considerarse el compartido como un supuesto excepcional. De este modo, las STS de 25 de abril de 2014, STS de 30 de octubre de 2014, STS de 18 de noviembre de 2015 y la más reciente, STS 52/2015 de 16 de febrero, que dispone que: **“La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma”.**

A pesar de la evolución jurisprudencial que ha acaecido en los últimos años, también es posible encontrar resoluciones judiciales en contra de la atribución de la custodia compartida como régimen óptimo en base a que el interés del menor no lo aconsejaba, entre las que cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, que determina que: **“La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”.**

Así y tomando en consideración las características propias del supuesto planteado, se puede poner de relieve que los padres D. Santiago y Dña. Pilar no mantienen ni parecen haber mantenido a lo largo de su matrimonio una mala relación conyugal ni parental, en el sentido que, pese a la demanda de divorcio, a instancia de la esposa, no se considera un hecho sorpresivo -lo cual es indicador de que el vínculo matrimonial falla y podría desembocar en ruptura por diversas desavenencias-. Tampoco se nos menciona la existencia de capítulos desagradables que pudieran calificarse como propios de una dificultosa relación entre ambos. Si bien sus desacuerdos se centran en la oposición de D. Santiago a que su esposa traslade al extranjero a sus hijos, ambos parecen dedicados, en la medida de lo posible, al cuidado de sus hijos y tratan de velar por sus intereses de la mejor manera posible. Además, siendo dos personas de una posición económico-social estable y razonables se entiende seguro se someterán a la decisión judicial más adecuada por el bien de sus hijos menores. A colación, aclara la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2011, que **“(…) las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”**¹⁸. En todo caso, la

18 Ejemplo del perjuicio que supone la conflictividad existente entre los progenitores para interés del menor es la STS 619/2014 de fecha 30 de octubre de 2014, que establece lo siguiente al respecto de considerar que la situación de conflictividad existente entre los progenitores resultaba perjudicial para el interés del menor: “En la sentencia recurrida se parte de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés del menor, lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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. En base a lo expuesto, y no entendiendo que lo solicitado en el recurso sea beneficioso para

existencia de desacuerdos razonables entre los progenitores no impide la atribución del régimen de custodia compartida como pone de manifiesto la STS 96/2015, de 16 de febrero: **“Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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”**.

Por otra parte, la edad de los menores es, en este supuesto, también un dato significativo a tener en cuenta, puesto que ya no son menores en edad “crítica” que dependan y mantengan una vinculación especial a la madre (sobre todo en el caso del hijo mayor) y ambos mantienen una buena relación con ambos padres, están muy integrados en su ambiente escolar y disfrutan de las relaciones con la familia más allá del núcleo familiar estricto como son sus abuelos y primos.

En este sentido, también apoya la opción elegida el hecho de no ser conveniente separar a los hermanos -puesto que podría optarse por conceder la guarda de la hija a la madre y del hijo al padre, ante la negativa del menor de trasladarse al extranjero con la progenitora- como reconoce la STS 696/2004 de 12 de julio de 2004: **“(…) es conveniente mantener juntos a los hermanos, pues asignar la guarda y custodia de los niños al padre y de la niña a la madre produciría un distanciamiento entre ellos que debe evitarse, pues podría dar lugar a una crisis afectiva entre ellos”**.

En el supuesto planteado, se puede apreciar que los menores, Ricardo y Sonia Montaner Márquez, han desarrollado su infancia en un entorno familiar adecuado, agradable, con un status de vida económico-social elevado y acorde con su propias personalidades, ya que el niño manifiesta una inclinación a realizar tareas de voluntariado y la niña mantiene sus preferencias en su actividad como modelo infantil publicitaria, por lo que, en orden a no romper esta dinámica en la que han crecido se va perfilando la opción de la custodia compartida como bastante adecuada al caso. El establecimiento de este régimen evitaría sacarles de su entorno y trasladarlos a uno totalmente diferente -como sería el que se daría si se otorga la custodia en exclusiva a la madre y se hace efectivo el cambio de residencia a otro país- y posibilitaría que ambos mantuviesen los lazos familiares con otros parientes, aún teniendo en cuenta la distancia a la que se encuentran pero que sería mayor en caso de irse al extranjero.

En cuanto implicación de los padres en cuidado antes de la ruptura hay que considerar que desde su matrimonio, la madre, Dña. Pilar, ha sido una mujer volcada en sus hijos que incluso ha renunciado a continuar su trayectoria profesional y esto, sin duda, es una labor encomiable que hay que respetar y que, en muchas ocasiones, era la premisa fundamental de la que partía la opción judicial por la custodia en exclusiva en favor de la madre. Tampoco es menos cierto, que el padre D. Santiago, también ha estado pendiente de sus hijos, dedicándoles todo el tiempo que su profesión le ha permitido y muy atento al desarrollo y necesidades afectivas y económicas de sus hijos. En relación con ello, se ha de salientar que el modelo educativo de los hijos ha sido acordado conjuntamente y si bien parece que ahora la madre interpone la carrera profesional de su hija a los estudios, debe tenerse en cuenta que la niña ya venía realizando actividades artísticas con el consentimiento del padre. Es de presumir que optando por la custodia compartida y evitando, por consiguiente, el traslado al país escandinavo, ambos seguirán con la misma línea educativa sin ser causa de futuros conflictos.

el interés del menor, se ha de desestimar la impugnación confirmando la sentencia recurrida”.

Otro punto a tener en cuenta es la eventual residencia de ambos progenitores en la misma ciudad. Pese a las intenciones de traslado de los menores a Suecia por parte de Dña. Pilar¹⁹, hasta ahora ambos progenitores vienen residiendo en la misma ciudad, concretamente cerca, puesto que tras el cese de la convivencia, D. Santiago, alquila un piso próximo a la vivienda familiar a fin de tener cerca a sus hijos, de forma que parece ser perfectamente adaptable a un ritmo en el que la custodia compartida se desarrollase de forma pacífica en beneficio de los menores. Esto último teniendo en cuenta la adecuación de la vivienda a los intereses de los menores, entre ellos la habitabilidad y espacio, así como la existencia de habitaciones para ambos menores, con mobiliario adecuado y al gusto de los mismos.

Además, podría estimarse conveniente la solicitud de la opinión del equipo psicosocial, a través de los ya reseñados informes psicosociales, en los que se valorará la relación de ambos menores con sus padres así como las aptitudes y circunstancias propias de cada uno de los progenitores, se determinará (aunque no de forma vinculante como se ha reseñado anteriormente) con bastante aproximación a la idoneidad de la custodia compartida como régimen a aplicar en este ejercicio ya que, sin intención de reiterar, ambos progenitores compaginarán de forma adecuada su estancia con los hijos en beneficio de los mismos y de que se produzca la mínima variación posible respecto del entorno en el los menores se habrían desarrollado antes de su ruptura. En este mismo sentido, serán sin dudas los informes del Ministerio Fiscal, pues no se entiende que exista motivo alguno para no conceder la custodia compartida teniendo en cuenta el interés del menor.

En lo referido a la opinión de los menores nos debemos remitir a lo expuesto más arriba: El mayor, Ricardo, se opone de manera tajante a la custodia exclusiva en favor de la madre, entendiendo así ser su voluntad convivir con ambos progenitores pues no se observa que mantenga una relación conflictiva con la madre propia de la edad adolescente, sino que, al contrario, se encuentra muy apegado a ambos progenitores. Por su parte, su hermana, Sonia, parece tener una relación más íntima con su madre, quizás por el hecho de que sea quien le orienta y guía en su carrera profesional, pero también se revela el cariño que le mantiene al padre. Esto implicaría la necesidad de elegir un régimen que propiciase mantener las buenas relaciones afectivas actuales con ambos.

Por todo lo expuesto, concluimos que el interés de los menores reclama la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, pues del análisis de los criterios orientadores para su delimitación no se ponen de relieve perjuicios para los mismos ante una eventual concesión de este régimen. Este modelo de convivencia sería el idóneo para potenciar los principios de corresponsabilidad parental y de coparentalidad en la relación familiar, mantener los lazos familiares con los dos progenitores y reforzarlos con el menos dedicado a la familia durante el matrimonio, así como facilitar el contacto con el resto de la familia. En la misma línea, la STS de 25 de noviembre de 2013: **“Con la guarda y custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los**

19 Hay que destacar la sentencia 17/2015 del Tribunal superior de Justicia de Aragón de 28 de mayo de 2015 que establece como contrario al interés superior del menor el traslado a un domicilio distinto de donde resida ya que supone un cambio importante al trasladarlo a un entorno diferente: “deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto (...) Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”.

progenitores; d) Se estimula la cooperación de los padre, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”.

IV. DERECHO DE VISITA

1. Concepto y régimen jurídico

El derecho de visita²⁰ comprende una serie de facultades que posibilitan al progenitor no custodio, a los abuelos y a los demás parientes y allegados mantener las relaciones personales o familiares con los menores tras la ruptura matrimonial. Su origen se encuentra en la jurisprudencia francesa al admitir la sentencia dictada el 8 de julio de 1857 por la Cour de Cassation el derecho de visita de unos abuelos en el domicilio del titular de la patria potestad o de la guarda.

La justificación del establecimiento de un régimen de visitas se encuentra en el artículo 39.3 CE que recoge el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos con independencia de la filiación, artículo que hay que poner en relación con las directrices recogidas en la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 y el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que determina que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

El derecho de visita, como parte esencial de esa asistencia constitucional exigida en el entorno de las relaciones paterno-filiales, viene regulado en los artículos 90, 94 y 103 CC en sede de procesos matrimoniales y en los artículos 160 y 161 CC en sede de patria potestad. En el artículo 90 CC se indica como contenido mínimo del convenio regulador el régimen de comunicación y estancia entre los hijos y el progenitor que no viva habitualmente con ellos; en el artículo 94 CC se recoge el derecho del progenitor que no tenga consigo a los menores a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; en el artículo 103 CC se hace referencia a la determinación del tiempo, modo y lugar en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; en el artículo 160 CC se recoge el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad; en el artículo 161 CC se recoge la posibilidad de regulación y suspensión por el Juez del derecho de visitas en favor de los menores acogidos.

Así, se entiende el régimen de visitas como como un derecho-deber del progenitor no custodio -posibilidad de relacionarse con sus hijos, lo que constituye un deber derivado de la patria potestad- y un derecho de los menores -continuar el trato con ambos padres, especialmente con aquel de los dos con el que no conviven habitualmente, tratándose de evitar que recaigan sobre los hijos otros perjuicios mayores que los que pueden acaecer de hecho en los casos de ruptura matrimonial.

El fundamento del derecho de visita deriva, como ya se ha observado, de la necesidad de mantener las relaciones familiares, las cuales contribuyen al desarrollo de la personalidad. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, se trata de un derecho autónomo derivado de la filiación, personalísimo, inalienable, imprescriptible, irrenunciable y, ante todo, supeditado al interés del menor, de forma que puede ser limitado e incluso suspendido si dicho interés peligrase. Tiene un carácter correlativo a la guarda, esto es, se le confiere la visita a quien no le corresponde la

20 En orden a una mayor precisión terminológica se debe citar la STS de 12 de mayo de 2011 que reserva la expresión “derecho de visita” para las relaciones mantenidas entre progenitores e hijos, en tanto a las relaciones entre los menores y otras personas -abuelos, parientes y allegados- se refiere con la expresión “relaciones personales”.

guarda y en el supuesto de custodia compartida -como el caso que nos atañe- se puede establecer el derecho de visitas en favor del progenitor que en ese período de tiempo no tiene el menor a su cargo.

En cuanto a su contenido, el derecho de visita ha experimentado una progresiva ampliación y ya no se limita a la visita strictu sensu, sino que se concreta también en la comunicación y la estancia del menor en casa del titular. En este sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en su sentencia de 9 de julio de 2002 al considerar que **“el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resulten difíciles de recuperar”**.

También es mencionable que el establecimiento de régimen de visitas incluso se puede extender a situaciones, más complicadas y conflictivas, en las que uno o lo dos progenitores no ejerzan la patria potestad, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial -posibilidad contemplada en el artículo 160 aplicable a fecha del supuesto-. Con posterioridad, aunque no es de resulta aplicable pero si digno de mencionar, la nueva redacción del artículo 160.1 CC sigue admitiendo esa posibilidad, salvo lo dispuesto en resolución judicial o por la Entidad Pública encargada de la protección del menor desamparado y a mayores recoge una significativa novedad -**“en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”**.

2. Fijación del régimen de visitas

El establecimiento del derecho de visitas corresponderá a los padres en el convenio regulador (art. 90.1 a) CC) y, en defecto de acuerdo entre los mismos, el Juez (art. 94 CC).

En los supuestos de atribución de la custodia de forma exclusiva a uno de los cónyuges parecen existir unos criterios uniformes para su fijación. Así, sin perjuicio de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en la práctica jurisprudencial se establece un régimen de visitas consistente en estancias durante fines de semana alternos -de viernes a domingo o de sábado a domingo, variando su hora de comienzo y fin- y durante la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, variando alternamente cada año la primera o segunda mitad del período vacacional. No obstante, en los supuestos de custodia compartida -como nuestra opción- existe una mayor disparidad en cuanto al régimen de visita pues la posibilidad de establecerlo y, en su caso su duración, estará en función de los períodos de convivencia con cada progenitor.

El derecho de visita tendría en la custodia compartida una finalidad reparadora, orientada a impedir que los menores pierdan un vínculo afectivo con el progenitor en el periodo de tiempo que no están en su compañía, intentando que haya una continuidad que les permita crecer y desarrollarse en armonía²¹. Una manifestación clara de ella se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de septiembre de 1997 que entiende que el mismo “pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para

21 En este mismo sentido y sobre la finalidad reparadora del régimen de visitas en la custodia compartida, Bernardo Cruz Gallardo en su manual *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012.

los hijos y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible”.

Resulta de importancia distinguir la custodia compartida de la custodia exclusiva con un régimen amplio de visitas pues aquélla, además de repartir el tiempo de convivencia, implica a ambos progenitores en la corresponsabilidad parental. Así, habría que delimitar con claridad el régimen de visitas de los progenitores para evitar que éste se confunda con la propia custodia compartida como ocurre en el caso de la sentencia número 240/2012 de la Audiencia Provincia de Murcia de 26 de febrero en la que se recoge un régimen de visitas a favor del padre, que es tan extenso que se equipara a una custodia compartida: **“En el punto 5º del fallo de la sentencia apelada se fija un régimen de visitas a favor del padre de carácter tan amplio que de hecho supone una guarda y custodia compartida. No parece adecuado fijar un periodo fijo de estancia de los menores con cada uno de los progenitores (un mes alterno como se pretendía por el apelante) sino mantener el mismo régimen acordado en el citado punto 5º como forma de distribución del tiempo entre ambos progenitores por ser el mismo claramente equilibrado y permitiendo una estancia temporal semejante de los menores con cada uno de sus progenitores. En tal sentido según el régimen fijado, y que se corresponde por otro lado con el recomendado por el equipo psico-social en el informe emitido y unido a las actuaciones, en un mes cualquiera, el padre pernocta con sus hijos un mínimo de catorce días y la madre un máximo de dieciséis días, dependiendo de los fines de semana alternos”**.

Incluso en este mismo sentido, la jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal va avanzando hasta el punto de considerar que, un amplio régimen de visitas otorgado al progenitor no custodio -en el caso de atribución de custodia exclusiva a uno de los progenitores- puede ser una excelente preparación previa para posteriormente evolucionar hacia la custodia compartida, antes de otorgarla ya que podría suponer un cambio que afectara de forma importante a los menores: **“Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de la Sala en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 25 de mayo 13 de julio, entre otras). Y lo que realmente se trata en este caso es de hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema de custodia y de comunicaciones del padre con sus hijos establecido inicialmente por ambos cónyuges no solo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida, como reitera la jurisprudencia de esta Sala, se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”²²**.

No obstante, como ya se ha señalado, no se puede igualar la custodia compartida al establecimiento de un régimen exclusivo con amplio periodo temporal de visitas al progenitor no custodio, ya que que si bien en ambos casos la convivencia de cada progenitor con los hijos menores es una cuestión de tiempo, realmente la diferencia estriba en que la custodia compartida es un deber que atañe por igual a ambos progenitores y que incluye aspectos tan importantes como la educación, el alimento y el cuidado de los hijos menores.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 294/2006 de 26 de febrero establece que: **“Por el contrario el Juzgador, tomando como referencia el informe del equipo psicosocial y sus explicaciones en juicio, concluyó otorgando la guarda y custodia a la**

²² En este mismo sentido las sentencias del Tribunal supremo 496/2011, de 7 julio ; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo.

madre y el establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor del recurrente. Este reprocha a la sentencia recurrida defectuosa valoración y entendimiento del dicho informe y vuelve sobre la adecuada calificación de tal régimen en el sentido de que debe de ser considerado, a su juicio, una guarda compartida, cuando ya se ha explicado la diferencia técnica que existe entre un régimen de guarda compartida y un régimen de visitas más o menos amplio y como el equipo psicosocial se limitó a dar su parecer, sin que desde luego le competa decidir sobre la calificación técnica que pudiera merecer su propuesta”.

Así las cosas, en primer lugar habrá que determinar la duración de la alternancia o tiempos de convivencia de los hijos menores con cada uno de sus padres adecuado y, posteriormente, entrar a concretar cual sería el régimen de visitas pertinente. Hay que mencionar que no hay una norma concreta ni un sistema determinado a seguir para el establecimiento de un régimen de alternancia en el caso de la custodia compartida por lo que, una vez más será el juez el que profile estos periodos.

Es precisamente esta falta de directrices legales al respecto la que nos hace determinar un régimen basándonos en un común acuerdo de cooperación de los progenitores, en base al interés del menor que **“no ha de traducirse matemáticamente en una distribución matemática del tiempo, sino en una asunción equitativa de las responsabilidades, ajustadas a las necesidades del menor, en relación con la disponibilidad de tiempo para dedicarle al mismo de cada uno de sus padres, y siempre presidida por los mecanismos de flexibilidad y entendimiento”**²³.

Este reparto de posibilidades nos puede llevar incluso a determinar un régimen de alternancia en el que el tiempo no fuera impuesto de forma igual para cada progenitor tal y como propone la Audiencia Provincial de Barcelona -y sin olvidar la especialidad del derecho foral catalán que establece como regla general la custodia compartida- en su sentencia 597/2014 de 15 de setiembre: **“La medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidad parental, así lo establece nuestro CCCat, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia”.**

En este mismo sentido, la sentencia 50/2009 de 2 de abril de la Audiencia Provincial de Navarra, declara que **“el establecimiento de un sistema de custodia compartida no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancia en régimen ordinario (...). El mismo se ha de adecuar a la protección del superior interés de las personas menores de edad”.**

Pero quizás no parezca éste el sistema óptimo a seguir en el supuesto de hecho que nos ocupa, ya que, atendiendo a las buenas relaciones familiares existentes entre D. Santiago y su esposa Dña. Pilar, por el bien de sus hijos y la sana convivencia entre los mismos y en aras al mantenimiento de ambas circunstancias, se consideraría preferible elegir un régimen de alternancia en el que se dividiera el tiempo de convivencia con cada progenitor de forma igual y repartido a intervalos de tiempo.

Respecto a la determinación de los mencionados periodos de tiempo, la jurisprudencia y la casuística es inmensa, ya que los jueces se decantan por sistemas tan variados como los siguientes: custodia compartida por semanas alternas, custodia compartida por periodos quincenales, custodia compartida por meses alternos, custodia compartida por semestres, custodia compartida por años escolares y no solamente eso, sino que dentro de cada sistema se establecen, siendo riguroso, los regímenes correspondientes a vacaciones estivales, navidades, días especiales (cumpleaños, santos...) todo lo cual forma un marco complicado de repartos y

23 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2006.

distribuciones²⁴.

Como se ha mencionado, la jurisprudencia es abundante y variadísima, si bien por su reciente promulgación y por considerarla de notable relevancia se deberá considerar entre otras la sentencia del Alto Tribunal número 90/2015 de 16 de febrero de 2015 -ya mencionada por su importancia respecto al posicionamiento a favor de la custodia compartida- y que aboga, en este caso, por un reparto semanal en la estancia de los progenitores con los hijos menores: **“El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro. Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. Feria de abril, desde el último día de colegio, a la salida hasta el viernes a las 12 horas y desde el viernes a las 12 horas hasta el lunes a la entrada del colegio, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.”**

En este mismo sentido, se orientan otras sentencias recientes del Alto Tribunal: Las STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015, STS 571/2015 de 14 de octubre, STS 585/2015 de 21 de octubre o STS 658/2015 de 17 de noviembre optan por un sistema de reparto semanal de custodia, el cual se va perfilando como el más razonable en este caso.

Hay que reseñar que las asociaciones de padres y madres divorciados y separados existentes en nuestro país y que defienden la custodia compartida como mejor opción en interés del menor y de su estable relación con ambos progenitores optan por unificar (en cierto sentido) los criterios de establecimiento de los regímenes de estancia de la siguiente forma: en el caso de los niños de corta edad proponen una alternancia inferior a la semanal, es decir, que se distribuyan por días o por periodos de tres días y medio. Para los mayores de cinco años consideran que la fórmula más sencilla es la distribución semanal. Para los adolescentes puede optarse por una distribución quincenal o la mensual (por ejemplo los pares con uno y los impares con el otro), unido a un régimen de visitas de cada progenitor de fines de semana o una o dos tardes por semana. Incluso se puede especificar que los menores pasen con un progenitor los días lectivos y con el otro progenitor los no lectivos y períodos vacacionales, siempre que, en las vacaciones de verano los menores deberían de convivir algunos días con el progenitor con el que estén en los días lectivos.

En este sentido hay que comentar que las directrices europeas existentes al respecto, que aunque no se recogen de forma oficial en ningún texto legal parecen seguir los últimos criterios jurisprudenciales y ser las más adecuadas: Los menores de un año deberían de mantener contacto diario con ambos. Entre el año y los dos se puede empezar con contactos por días alternos. Entre los dos y los cinco años no se debería de pasar más de dos días seguidos sin ver a los progenitores. De los cinco a los nueve años se considera que lo adecuado es la alternancia semanal, pero con medio día de convivencia con el otro progenitor. A partir de los nueve años ya puede establecerse la convivencia semanal sin necesidad de establecer, en este período, una convivencia con el otro.

La fijación de un reparto de tiempo de convivencia con los progenitores habrá de centrarse en

24 Incluso hay sentencias que han optado por repartir la semana y establecer la custodia de un progenitor por la mañana y otro por la tarde como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de noviembre de 2003 que atribuye la custodia a la madre por la mañana y al padre por la tarde.

criterios fundamentales como la edad de los menores, sus necesidades, la situación personal de los padres y su disponibilidad. Así, dado que Ricardo y Sonia (16 y 10 años, respectivamente) ya se consideran personas razonables, con un nivel bueno de educación y madurez, sería adecuado que mantuvieran una fluida comunicación y convivencia con ambos progenitores para que pudieran disfrutar de su desarrollo personal y educativo en conjunto con ambos, ya que la presencia continua de ambos es correcta en este caso.

Los dos progenitores de nuestro supuesto, de distinto carácter y personalidad, pueden aportar y dirigir con armonía la educación de sus hijos y éstos ya tienen una edad suficiente como para adecuarse a un ritmo de estancia parental semanal sin que les produzca menoscabo o perjuicio alguno afectivo o social.

Ahondado más en el planteamiento del caso, presuponiendo que ambos progenitores D. Santiago y Dña. Pilar se avendrán a ejercitar correctamente los periodos de alternancia semanal con sus hijos y teniendo en cuenta además que sus respectivos domicilios -en caso de mantenerse la misma forma que nos ofrece el supuesto- no distan demasiado uno de otro, no es óbice a que semanalmente bien progenitores o menores (cuestión que se determinará posteriormente) se desplacen de domicilio.

En cuanto a la disponibilidad de los padres, si bien la madre, Dña. Pilar, es la persona que más se ha dedicado afectivamente a sus hijos hasta el punto de renunciar a su trabajo, no hay que menospreciar la labor del padre, D. Santiago, que dispone de la tarde -prácticamente entera desde las siete de la tarde, momento en el cual sus hijos habrán finalizado sus horarios escolares y extraescolares para poder llevar a cabo sin mayor problema las tareas correspondientes al ejercicio de su responsabilidad parental.

Además y teniendo como importante el dato añadido de la profesión que desempeña (juez) será, sin duda, un buen referente para la dirección de la labor educativa y escolar de sus hijos menores y un excelente complemento a la orientación que pretende realizar su esposa Dña. Pilar, concretamente en el caso de su hija menor, Sonia, de impulsar su carrera artística como modelo, que si bien se nos plantea como un punto en el que hay desacuerdos entre los progenitores, sobre todo por el hecho de su supuesto ejercicio eventual fuera del país, podrían llegar a un acuerdo de que ésta transcurriera en la propia Barcelona como ciudad cosmopolita que es y foco suficiente de movimientos culturales, de ocio y artísticos. Y en el mismo caso para su hijo Ricardo, que pretende seguir estudios de medicina, la ayuda y continua convivencia con su padre -como hombre de estudios y dedicación profesional- es un magnífico ejemplo de orientación escolar actual y futura universitaria.

Esta distribución semanal, permitiría también que Ricardo, hijo mayor del matrimonio, mantuviera a través del contacto con su padre una estrecha relación también con la familia de éste a pesar de residir en A Coruña, a la que se supone muy unido y de la que ya ha supuesto un esfuerzo desprenderse en su último cambio de residencia cuando contaba con la temprana edad de 11 años. A mayores, podría seguir ejerciendo sus actividades extraescolares de voluntariado y ayuda a inmigrantes que también configuran un suplemento a su formación afectiva en el futuro como persona y profesional.

En este caso, además, ninguno de los dos menores tendría que realizar cambios de colegio ni de actividades, manteniendo así una situación similar a la que transcurría antes de la ruptura de sus padres, ámbito en el que ambos menores parecen estar formándose de forma confortable y adecuada.

Como añadido y siguiendo la doctrina establecida por la jurisprudencia reseñada al respecto²⁵, no

25 STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015, STS 571/2015 de 14 de octubre, STS 585/2015 de 21 de octubre, STS 658/2015 de 17 de noviembre y STS 90/2015 de 16 de febrero de 2015.

solamente es correcto determinar la alternancia semanal de los hijos con los progenitores, sino que hay que aludir al reparto del resto del tiempo de convivencia como expresión de la responsabilidad y el ejercicio de los deberes y derechos familiares completos; de tal forma que, completando la duración semanal de la alternancia, ésta podría enunciarse de la siguiente forma: Incluirá su duración de lunes a lunes hasta el horario de entrada en el colegio, momento éste en el que quedarían bajo la custodia del otro progenitor. Se puede matizar además que en caso de coincidir los lunes con festivos o puentes escolares, el progenitor que deba entregar a los menores el festivo o el último día del puente, los dejará en el domicilio del otro o abandonará el mismo según lo que se determine posteriormente sobre el uso de la vivienda. En cuanto a los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán distribuidos por mitad entre los progenitores, pudiendo optarse por el periodo concreto, a falta de acuerdo entre ambos, los años pares el padre y los impares la madre. Destacándose en este caso concreto, que, si es deseo de todos, progenitores e hijos, continuar con los cursos de lengua inglesa en Oxford, cederá ese tiempo, el progenitor que ostente la custodia, en beneficio de la educación de sus hijos menores.

Este régimen de alternancia es, en definitiva y por lo expuesto anteriormente, el más adecuado, ya que puede ser cumplido con corrección y proporcionalidad por ambos progenitores, no olvidando que están presentes los principios de flexibilidad y acuerdo entre ambos para momentos en los que por cualquier razón justificada hubieran de modificar -siempre en observancia del interés de sus hijos menores- el mismo.

Definido el tiempo de convivencia de los hijos con los progenitores, cabe determinar el régimen de visitas. Las condiciones del régimen de visitas -tiempo, modo y lugar- se habrán de determinar atendiendo siempre al interés del menor, aunque también se tienen en cuenta otros factores como la edad de los menores, los horarios escolares, distancia entre los domicilios del progenitor no custodio y de los hijos, la disponibilidad del progenitor visitador y la opinión de los menores -artículo 9 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor-.

En concordancia con lo establecido anteriormente y considerando que se trata siempre de un derecho-deber del progenitor y un derecho de los hijos menores, se puede argumentar que, en este caso, durante el periodo de tiempo en el que transcurrirán los menores con sus padres, no será necesario estipular un régimen de visitas, ya que es un espacio temporal demasiado reducido, sin perjuicio de que pueda permitirse al progenitor no custodio por parte del progenitor que ostente en ese momento la custodia pasar en días especiales -cumpleaños, santos- unas horas en compañía de sus hijos menores a modo de régimen de visitas sin realmente serlo. Hay que señalar que el hecho de que no se considere necesario fijar un régimen de visitas no implica que el progenitor que ejerza en ese momento la guarda y custodia pueda **“impedir la comunicación con sus hijos por cualquier medio telefónico, telegráfico, informático o epistolar”**²⁶.

En apoyo a nuestra decisión, podemos citar la opinión de Rabadán Sánchez-Lafuente que no considera necesario un régimen de visitas cuando el tiempo de alternancia sea igual o inferior a 15 días²⁷. Además, a medida que la edad del menor avanza se puede espaciar el régimen de visitas y más aún en un supuesto como el presente -régimen de semanales alternas para cada uno de los progenitores- en el que se hace innecesario un régimen de visitas. Tratándose de menores adolescentes -como en el caso de Ricardo- no suele fijarse un régimen específico de visitas, posibilitándose la libre relación con el progenitor no custodio.

Todo lo expuesto se refleja, a su vez, en las sentencias del Tribunal Supremo aludidas por considerarse las más representativas: STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015, STS 571/2015 de 14 de octubre, STS 585/2015 de 21 de octubre, STS 658/2015 de 17 de noviembre y STS

26 STS 368/2014 de 2 de julio de 2014.

27 Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Aranzadi, 2011.

90/2015 de 16 de febrero de 2015. Entre la jurisprudencia menor destaca, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de marzo de 2000 que impone la custodia compartida ejercida de forma semana por cada progenitor, pues en un ejercicio de responsabilidad parental ejercida en tan breve espacio de tiempo se hace innecesario el establecimiento de un régimen de visitas.

No obstante, es justo mencionar el criterio en contrario, en base al cual resulta posible fijar un régimen de visitas en supuestos de custodia compartida con breves períodos de alternancia²⁸.

V. EMANCIPACIÓN

1. Concepto y régimen jurídico

La emancipación – regulada en el Título XI “De la mayor edad y de la mancipación” del Libro I “De las personas” del Código Civil- se configura como un medio para atribuir al menor de edad un estado civil propio, distinto del de la mayor edad, y supone la extinción de la patria potestad a tenor literal de lo establecido en el apartado segundo del artículo 169 CC.

Así, en sentido general, la emancipación supone la salida de la patria potestad de los hijos menores respecto a sus padres, que les otorgan un nuevo status de menor emancipado diferente del que venía ostentando hasta entonces y equiparándose así su capacidad a la habitual y propia de la mayoría de edad. De esta forma, podrá realizar por él mismo las actuaciones que considere oportunas, sin necesitar la actuación de su tutor o representante legal²⁹, que también cesaría en este caso, con las salvedades que la ley determina, de conformidad con los artículos 322 del mismo texto legal: **“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”** en relación con el artículo 323 del Código Civil que, después de establecer que **“la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”**, enumera una serie de negocios -tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor- que no puede realizar por si solo hasta alcanzar la mayoría edad, necesitando el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador.

En tal sentido, la emancipación viene a constituir una nuevo estado civil, similar al de la mayoría de edad, que si bien limitada como se ha puesto de relieve en algunas ocasiones, para el resto de circunstancias se configurará como independiente a la patria potestad o la tutela.

Así, el menor emancipado no podrá tomar o dar dinero a préstamo, comprar a crédito, ni constituir hipotecas³⁰ o servidumbres, avales o fianzas, ni tampoco aceptar por si mismo una herencia que no sea a beneficio de inventario, pues no tiene la libre disposición de sus bienes (artículo 992 CC) ni a su vez ser tutor o curador, sin la autorización individual y efectiva de sus padres o curador, ante la falta de ambos -también podría contemplarse el supuesto de aceptación tácita en el supuesto de los contratos celebrados de forma conjunta por padres e hijos menores emancipados-. En caso contrario la actuación y los efectos que de ella se deriven podrán ser anulables por el propio menor emancipado cuando llegue a su mayoría de edad o por sus padres o el curador. Ello tiene su fundamento en la aplicación analógica de la normativa de los contratos celebrados por los menores de edad, a pesar de que la parte de la doctrina no lo considera un

28 A criterio de Mariano Yizquierdo Toslada: *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, 2011. También señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de junio de 2010, que dispone un régimen de alternancia semanal y visitas durante dos tardes.

29 Atendiendo al criterio del profesor Manuel Albaladejo García, en su manual *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, Edisofer S.L., 2013.

30 Si podrá cancelar una hipoteca, a opinión del Profesor Jose Luis Lacruz Berdejo en su manual *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Dykinson, 2010 sobre el estado civil del emancipado.

contrato³¹.

2. Causas de emancipación

En orden a determinar la posibilidad de la emancipación del hijo mayor, Ricardo, se haya, como punto esencial, el artículo 314 del código Civil³², que establece los supuestos en los que procede dicha figura: **“La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad; 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 3.º Por concesión judicial”**.

Antes de nada vamos a señalar que la utilizaremos el artículo vigente a fecha de elaboración del trabajo práctico y no a fecha de la presentación de la demanda. Ello tiene una justificación lógica: No se nos aporta una fecha concreta en que tendrá lugar, si bien con los datos expuestos, la solicitud de emancipación se llevaría a cabo con posterioridad a la sentencia de divorcio -siempre que ésta determinase la atribución exclusiva de la guarda y custodia a la madre y la progenitora pudiese trasladar consigo los hijos a Suecia, lo que constituye el motivo por el que Ricardo la solicitaría-. Pues bien, es de presuponer que desde la presentación de la demanda de divorcio hasta el momento de dictarse una resolución al respecto transcurrirá un período de tiempo mayor que el restante para la entrada en vigor de la ley -23 de julio de 2015-, de modo que a la fecha de la solicitud de la emancipación esta nueva redacción ya estará vigente.

En consecuencia, el mencionado artículo contempla una causa que opera de forma automática para adquirir la emancipación -la mayoría de edad- y dos procedimientos, uno extrajudicial -por concesión de quienes ejerzan la patria potestad- y otro judicial cuando concurra alguna de las causas contenidas en el artículo 320 del Código Civil.

Está claro que podemos descartar la posibilidad de emancipación por la mayoría de edad (artículo 314.1º CC), fijada en los dieciocho años (artículo 315.1 CC), ya que en base a los datos ofrecidos en el supuesto Ricardo cuenta a la fecha de la presentación de la demanda de divorcio -7 de julio de 2015- con 16 años de edad -cumplidos en el 14 de abril-. Aún a falta de estas referencias podríamos deducir su minoría de edad, pues al operar la mayoría de edad como causa automática de emancipación, carecería de sentido que amenace con su solicitud en caso de ser trasladado con su madre y hermana a Suecia. La eventual mayoría de edad implicaría la extinción de la patria potestad y por tanto, la no necesidad de determinación de un régimen de guarda y custodia para su caso y la no obligación de trasladarse a otro país en contra de su voluntad.

El procedimiento extrajudicial de concesión de la emancipación, es decir, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad (artículo 314.2 CC), es un acto jurídico de Derecho de Familia en el que la iniciativa corresponde a los padres. Su regulación se encuentra en los artículos 317 y 318 del Código Civil, el primero de los cuales señala que **“para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro”**.

En caso de ser esta la vía elegida para la materialización de la emancipación habrá que aludir en primer lugar a la capacidad de consentimiento del hijo menor, Ricardo, puesto que es necesario que éste tenga la edad de 16 años -requisito que se cumpliría sin óbice alguno- y que la consienta³³, que sea consciente del acto que se va llevar a cabo y de los efectos que se derivarían

31 En este sentido, la opinión del Profesor Jose Luis Lacruz Berdejo en su manual *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Dykinson, 2010, acerca de los supuestos de emancipación.

32 Artículo 314 modificado y redactado por el apartado cincuenta y cinco de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Con respecto a la anterior redacción, solo presenta como novedad la desaparición del supuesto de matrimonio del menor como causa de la emancipación.

33 No podría considerarse la emancipación como una sanción ante el incumplimiento de los deberes de los hijos con sus progenitores que establece el artículo 155 del Código Civil.

del mismo -en este sentido, Ricardo no solamente es consciente de la situación y tiene una madurez acorde o quizás superior a una persona de su edad, sino que además estaría totalmente a favor de su emancipación para evitar las consecuencias de un traslado de residencia a otro país a instancia de su madre, Dña. Pilar-.

Respecto a la legitimación para otorgarla, el tenor literal del artículo confiere la facultad a “quienes ejerzan la patria potestad. No obstante, dado que la naturaleza de la emancipación afecta directamente a la titularidad de la patria potestad -el menor emancipado deja de estar bajo la potestad de los padres, la cual se extingue- la doctrina es proclive a exigir la necesidad de consentimiento de los progenitores titulares de la patria potestad y no solo de los ejercientes.

En este supuesto de concesión paterna de emancipación se deberá atener siempre al principio de beneficio al menor, sin que quepa fraude de ley o abuso de derecho. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 470/1995, de 19 de mayo, vino a establecer que: **“Evidentemente se atuvo el otorgante a los artículos, entonces vigentes, 318 y 154 del Código Civil para emancipar a una hija y representar a otra, pero como medio para vulnerar los arts. 807 y 808 del Código Civil según la redacción entonces vigente, aplicables ante la carencia de retroactividad de la Ley de 13 de mayo de 1981 reformadora del Código Civil. Esto aparte de que el consentimiento de la hija emancipada hay que estimarlo viciado por influencia del concedente de la emancipación. La descrita situación fraudulenta tuvo su continuación, como confluente al objeto pretendido por el demandado, en la escritura por la que adquirió de la viuda, abuela de las recurrentes, el único inmueble constitutivo de la herencia del fallecido don Marcelino. Fraude de ley que esta Sala, sin alteración de la causa petendi, aplica aquí en virtud del principio general de derecho iura novit curia, y que, aunque fue también introducido en él por la Ley expresada de 17 de marzo de 1973 (art. 6.4), fue con anterioridad reconocido por esta Sala al declarar en sentencia de 27 de diciembre de 1962 y otras que el fraude de ley consiste en perseguir un resultado contrario al espíritu y finalidad del ordenamiento jurídico, que encarna la tutela, en aras del bien común, de los intereses individuales y sociales, serios y moralmente valiosos”**. También en el orden penal ha habido sentencias de relevancia, como es el caso acaecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1996, en la que la emancipación es utilizada como encubrimiento de un delito de alzamiento de bienes a través de la cesión a un menor emancipado del patrimonio del deudor: **“Que el adquirente de la transmisión y subsiguiente titular registral, lo fué, según se ha dicho, un pariente próximo, menor de edad y con lógica dificultad para pagar el precio de la compra, a lo que se ha de añadir, a efectos de una mayor concreción simuladora del negocio jurídico, el dato de que el menor obtuvo su capacidad de obrar en el mismo acto transmisorio a través del instrumento de la emancipación”**.

Así pues, no se debería considerar como única motivación por parte de los progenitores el hecho de que con ella finalizarían los deberes y responsabilidad parental y concretamente, la obligación de establecer un sistema de custodia de hijos menores porque esto resultaría, sin duda, perjudicial para ambos hijos menores. Si avanzamos un poco más en el estudio del tema planteado, pudiera pensarse que, si los progenitores de Ricardo estuvieran conformes con esta idea de concesión de la emancipación, cesaría también cualquier disconformidad de traslado a otro país extranjero. Esto no parece posible desde el momento en que su madre, Dña. Pilar, reclama para sí la custodia exclusiva de sus hijos menores y pretende trasladarse con los dos a Suecia, por lo que es poco probable que este supuesto de emancipación discurra por el cauce de la concesión de ambos progenitores ejercientes de la patria potestad sea la vía adecuada para zanjar la eventual emancipación de Ricardo.

No obstante, en caso de desavenencias, si estuviere de acuerdo su padre pero no su madre debemos acudir al mecanismo del artículo 156.2 del Código Civil que concreta que **“en caso de**

desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. Así, sería el juez el que otorgase la facultad de decisión a uno de los dos progenitores, por lo que, en cierto modo, podríamos decidir que este supuesto de concesión extrajudicial de la emancipación se convertiría en un proceso de concesión judicial.

En cualquier caso, si por cualquier circunstancia se avinieran todos -padres e hijo- a optar por esta opción, dado el carácter irrevocable de la concesión (artículo 318.2 CC) no podrían en un futuro revocar la misma, pues la emancipación conlleva un nuevo estatus personal de carácter personalísimo cuya estabilidad debe prevalecer ante el hecho de que su modificación puede afectar a terceros y, en consecuencia, a la seguridad jurídica de las relaciones personales y patrimoniales. En este sentido la Audiencia Provincial de Burgos en su Auto de 11 de abril de 2003 determina que **“la emancipación del mayor de dieciséis años no está contemplada en nuestro ordenamiento, en ningún caso, como una imposición al menor, pues una de dos, o la pide él personalmente, cosa que solo podrá hacer en vía judicial, o, en otro caso, debe consentirla expresamente”**.

A mayores del requisito subjetivo señalado anteriormente referido a los sujetos intervinientes, se debe cumplir un requisito objetivo de forma mediante escritura pública o comparecencia ante el Juez encargado del Registro y también un requisito de publicidad de inscripción registral exigido en virtud del artículo 318.1 del Código Civil que supedita la producción de efectos contra terceros a la inscripción de la concesión de la emancipación en el Registro Civil.

Respecto a la posibilidad de emancipación por concesión judicial (artículo 314.3 CC), ya no se trata de un acto jurídico de Derecho de Familia, sino de un acto de solicitud del menor y de la concurrencia de causa legal acreditada en un expediente de jurisdicción voluntaria que requiere la audiencia de los padres como trámite esencial.

Así las cosas, dichos requisitos y las causas de emancipación por concesión judicial se encuentran recogidos en el artículo 320 del Código Civil, cuyo tenor literal es el que sigue: **“El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; 2.º Cuando los padres vivieren separados; 3.º Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”**.

En cuanto a la primera posibilidad, esto es, que D. Santiago o Dña. Pilar contrajeran nuevas nupcias tras su divorcio o convivieran en similar forma con una nueva persona, no parece o al menos de momento, que esta sea la situación que se nos plantea, ya que en ningún momento se ha mencionado la existencia de terceras personas. Sin embargo, si fuere éste el supuesto el que habría que considerar, no habría obstáculo a que Ricardo solicitara al juez su emancipación y éste, basándose siempre en el posible perjuicio que se pudiera derivar de la convivencia del menor con una persona ajena se le podría conceder si fuera pertinente.

La segunda posibilidad -concesión judicial de la emancipación por vida separa de los padres- se aplica tanto a filiación matrimonial como extramatrimonial y con independencia de que la separación de hecho derive de una separación legal, un divorcio o una nulidad matrimonial.

Entendemos que si Ricardo solicita la emancipación es consecuencia de que le ha sido atribuida la guarda y custodia exclusiva a la madre y puede hacer efectiva la intención de trasladarse a

Suecia con sus hijos. Llegado a este supuesto y cumpliéndose la premisa de vida separada de los padres que habilita a solicitar judicialmente la concesión de la emancipación, no hallamos motivo que justifique la denegación de la misma. Además, contando con la oposición del padre a la salida de nuestro país, se entiende que desea seguir manteniendo el contacto con sus hijos y está dispuesto a seguir haciéndose cargo de su sustento.

En el tercer supuesto de concesión de la emancipación por decisión judicial al menor por la concurrencia de alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez, ejerciendo la potestad discrecional de la que es titular, se atañerá a circunstancias de carácter grave, atendiendo siempre al interés del menor³⁴.

Estas situaciones, se centrarán seguramente en situaciones que rozan el ámbito penal como supuestos de violencia, incapacitación de un progenitor o situaciones similares a las contenidas en el artículo 170 del Código Civil -privación total o parcial de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial-.

Estos supuestos no se corresponden con los datos obtenidos al analizar el asunto propuesto, de modo que Ricardo no podrá alegar situación que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad y, por ende, el juez tampoco podrá concederle la emancipación amparada bajo este epígrafe, ya que la motivación esencial que lo guía reside en la negativa a trasladarse a otro país donde su hermana menor pueda desarrollar su actividad como modelo infantil publicitaria y no podrá considerarse, salvo mejor opinión, como circunstancia real de impedimento de ejercicio de patria potestad por parte de ninguno de los dos progenitores, ya que si bien, como se ha resuelto, esta circunstancia no es lo conveniente y se opta por una custodia compartida y que los menores sigan residiendo en Barcelona.

Tampoco un eventual traslado de residencia física conlleva que los progenitores D. Santiago y Dña. Pilar vayan a abandonar sus responsabilidades o zambullirse en conductas violentas o inadecuadas que dificulten el correcto ejercicio de la patria potestad, o especialmente en el caso de D. Santiago, que se opone totalmente al traslado de sus hijos a Suecia, tampoco puede determinarse con claridad que esta circunstancia vaya a mermar el progresivo y continuado ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos Ricardo y Sonia, ya que siempre, debido a su carácter, trayectoria personal y familiar estará pendiente de sus hijos y optará por las decisiones que más les beneficien, atendiendo siempre al interés de sus hijos.

Avanzando en el caso, el artículo 319 del Código Civil nos ofrece la posibilidad de emancipación por vida independiente³⁵: **“Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”**. Podría considerarse la temática planteada desde el punto de vista de una eventual emancipación del menor Ricardo si este mantuviera una vida independiente, entendiéndose como tal, más que tener domicilio propio, el

34 En este sentido y entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, que otorga la patria potestad a los abuelos del hijo menor, insuficientemente atendido, en orden a defender los intereses del menor, que no a sancionar la conducta de los progenitores en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor: **“(…) y que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional”**.

35 Se debate si constituye un supuesto de emancipación tácita o una ampliación de la capacidad próxima a la emancipación aunque sin extensión de la patria potestad, pues en ello se basaría la posibilidad de revocar la situación del menor.

hecho de ejercitar una profesión o sustentarse con un empleo de manera separada a su familia³⁶. Esta concesión también requiere el consentimiento de sus progenitores, que pueden revocar si se considera oportuno, en interés del menor.

No parece éste tampoco el hecho que hemos de analizar, sino más bien al contrario, Ricardo es un menor maduro y responsable, pero que aún necesita del sustento familiar, está en edad escolar, no compagina esta actividad con ningún trabajo, empleo, explotación o comercio remunerado más allá de sus actividades extraescolares como voluntario para inmigrantes y no mantiene vida independiente fuera del hogar familiar. Incluso pretende seguir estudios universitarios de medicina, que le mantendrán, sin duda, otros cuantos años sujeto a un apoyo económico familiar.

En conclusión, sería posible la concesión de la emancipación por partes de los padres a Ricardo, si bien por las circunstancias parece difícil que accedan a ello o lleguen a un acuerdo, a falta del cual quedaría a expensas de la potestad discrecional del Juez (artículo 156.2 CC). En todo caso, se aprecia claramente como solución a evitar el traslado la concesión judicial por vida separada de los padres.

VI. PENSION DE ALIMENTOS

1.- Concepto y régimen jurídico

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000 define la prestación de alimentos como el deber impuesto a una o varias personas para asegurar la subsistencia de otra u otras. Esta obligación alcanza rango constitucional (artículo 39 CE) y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad (artículo 154.1º CC) y de aquellos casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de necesidad alimenticia (artículo 142 CC).

La regulación de la prestación de alimentos entre parientes se encuentra regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. No obstante, y para el caso que nos ocupa, son los artículos 90.1 d), 91, 93 y 103.3 del mismo texto legal los que determinan la normativa aplicable a la distribución de los alimentos en caso de interrupción de la convivencia por los progenitores, incursos en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

El artículo 93 del Código Civil dispone en el apartado primero que **“el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”** y añade en el segundo que **“si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”**. De este modo, se aprecia la distinta regulación que este artículo mantiene para los alimentos correspondientes a los hijos menores de edad y los constituidos a favor de los mayores de edad y emancipados³⁷.

Hay diferencias significativas entre la prestación de alimentos del artículo 154 CC y los alimentos entre parientes del artículo 142 CC. Éstos se rigen por los principios procesales de rogación y congruencia y requieren acreditar la necesidad de la prestación. Por su parte, aquélla tiene naturaleza imperativa, pues se trata de una prestación automática e incondicional, que nace en el momento de la procreación y mantiene su extensión independientemente de la nulidad,

36 Siguiendo la doctrina del profesor De Castro y el profesor Lacruz Berdejo en su manual *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Dykinson, 2010 en torno a los supuestos de emancipación.

37 STS 5 de octubre de 1993 diferencia la necesidad de la prestación de alimentos debida a los hijos menores de edad, de la debida a los mayores y los derivados del régimen legal de alimentos entre parientes.

separación o divorcio de los progenitores al no verse modificadas las necesidades de los hijos a consecuencia de la ruptura.

La prestación de alimentos constituida a favor de hijos menores de edad está regulada por normas de *ius cogens*. Se trata de una obligación impuesta *ex lege*, de modo que será fijada por el Juez en la resolución sin incurrir en incongruencia a falta de petición de parte. Asimismo, se configura como irrenunciable e indisponible, debiendo en todo caso señalar el Juez la cuantía con la cual el progenitor debe contribuir al mantenimiento de sus hijos, su criterio de actualización y las medidas para asegurar su efectividad.

La pensión de alimentos de los hijos menores de edad presume *iuris et de iure* una situación de necesidad y su contenido sobrepasa lo recogido en el artículo 142 CC³⁸ para los alimentos entre parientes, pues comprende tanto los alimentos en sentido estricto -vestido, vivienda y sanidad- como otros factores referentes al desarrollado de la personalidad enunciados en el artículo 154 del Código Civil -educarlos y procurarles una formación integral-³⁹ que satisfacen sus demandas y necesidades de salud, educación y formación integral. En cambio, para el otorgamiento de la prestación a los hijos mayores de edad es necesario acreditar la necesidad y deberá atenderse, como se ha señalado, a los límites del artículo 142 CC.

En cuanto a su fundamento, en virtud de la doctrina la prestación de alimentos a favor de los hijos se encuentra justificada por el derecho a la vida, la relación familiar, el vínculo sanguíneo, el interés público y la solidaridad familiar. Por su parte, para el artículo 39.3 CE -que recoge el deber de los padres a prestar asistencia de cualquier tipo a los hijos durante la minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda- y el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la prestación de alimentos descansa en el interés del menor, que prevalece frente a otro interés legítimo cualquiera.

La obligación alimenticia debe ser proporcional al caudal y medios económicos del que los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 CC) y siempre ha de tener un contenido mínimo e indispensable para atender las necesidades básicas de subsistencia del menor. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 2014: **“La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de “las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.** En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2º) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se

38 Artículo 142 del Código Civil: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

39 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 30 de junio de 2011 dispone: “(...) la correcta interpretación del artículo 93 del Código Civil exige la adecuada ponderación de las necesidades de los menores que no se limitan a lo estrictamente indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, sino también la satisfacción de aquellas necesidades proporcionadas por ambos progenitores en atención a los usos sociales, familiares y los derivados del status de que gozaba con anterioridad todo ello en la medida de lo posible, todo ello en la medida de lo posible en función de la nueva situación derivada del proceso matrimonial (...)”

acredita”.

Así, las necesidades del alimentante que vendrán a su vez determinadas por su edad, circunstancias personales y realidad de las mismas. Se trata de una pensión incondicional, siendo indiferente que los mismos conviva o no en el domicilio familiar; ya que incluso será posible establecer una pensión de alimentos cuando la guarda y custodia del menor se otorgue a un tercero, o incluso cuando hijos menores pero mayores de 16 años se encuentren en disposición de realizar algún trabajo.

En relación al progenitor que debe prestar los alimentos, habrá que computar la totalidad de sus ingresos, tanto los procedentes del trabajo por cuenta ajena o propia como los rendimientos mobiliarios e inmobiliarios, y para determinar correctamente su situación económica real se valorarán sus necesidades de alojamiento, la existencia de otras obligaciones alimenticias a su cargo, préstamos u otras cargas de la extinta sociedad conyugal. Incluso resulta habitual para cuantificar la pensión apreciar los hábitos de la familia antes de la ruptura a fin de determinar las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante, siendo regla general acudir a esta presunción para valorar la prueba en cuanto a la posible existencia de ingresos superiores a los manifestados o constatados.

En el supuesto de precariedad económica del progenitor obligado al pago que carece de ingresos suficientes para atender sus propias necesidades, algunas Audiencias optan por la suspensión o fijación de un índice porcentual y otras fijan una cuantía en concepto de mínimo vital. La STS 413/2015, de 10 de julio de 2015, respecto a la determinación del concepto mínimo vital especifica 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 un importante sacrificio del progenitor alimentante”**. En este sentido podemos reseñar las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero y 3 de marzo de 2015, la última de las cuales establece que, solo con carácter muy excepcional, la carencia absoluta de ingresos económicos del progenitor obligado al pago de alimentos, determinará otro mínimo vital y procederá suspender temporalmente la pensión alimenticia.

En aras a una eventual modificación o extinción de la prestación alimenticia, se exige en todo caso la acreditación de la variación de la situación económica del alimentante o de las circunstancias del alimentista y que cuente con entidad suficiente. Esto es, se requiere la alteración objetiva de las circunstancias personales o materiales de los padres o hijos menores por causas ajenas a su voluntad y que determina la aparición de una situación nueva, imprevista y con cierto carácter de permanencia no contemplada en el convenio regulador o en la sentencia. En vinculación con lo señalado, era frecuente la solicitud de disminución de la pensión de alimentos por nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior. Así, la STS de 30 de abril de 2013 fijó doctrina en el sentido de que no suponía por sí solo causa suficiente para proceder a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas en favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso determinar además si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta⁴⁰.

40 En la misma línea, Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 17 de diciembre de 2013: **“Este Tribunal no desconoce la doctrina jurisprudencial de que el nacimiento de nuevos hijos supone, como no puede ser de otro modo, un incremento de los gastos del progenitor, pero este incremento de gastos -al igual que sucede con la disminución de ingresos, en su caso- no significa que automáticamente resulta procedente la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos del primer o de los primeros hijos, a los que se concedió la pensión de alimentos, sino que para ello es necesario y preceptivo que dicho aumento de gastos -derivado del nacimiento de nuevos hijos- o disminución de ingresos, impide o haga muy**

En este ejercicio, en cuya solución se propone la opción de la custodia compartida como criterio óptimo, no es de aplicación la falsa creencia general de que no cabe el establecimiento de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores cuando se determina dicho régimen, sino al contrario, ésta se debe hacer patente y más aún en el supuesto que nos ocupa en el que se aprecia una clara desigualdad entre los ingresos de D. Santiago y Dña. Pilar, que hace necesario el establecimiento de esta medida para intentar que los menores se encuentren de forma semejante con uno u otro de los progenitores, sin diferencias entre ambos. En este sentido y siguiendo el criterio jurisprudencial señalado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 151/2012, de 16 de abril: **“La guarda y custodia compartida no impide el eventual establecimiento de una pensión de alimentos a favor del hijo o hijos comunes, siempre que las circunstancias económicas, patrimoniales y personales de un progenitor con respecto del otro sean suficientemente relevantes y el interés del menor así lo aconseje, por ser el beneficio de éste el que está por encima de cualquier otro interés en conflicto”**. En este caso, parece apropiado tener en consideración la medida y establecer una pensión alimenticia para los hijos menores con cargo al progenitor con más ingresos, sin olvidar como se deriva de la sentencia reseñada: **“No obstante ello, dicha concreta contribución que, en tal caso, uno de los progenitores prestaría para cubrir, en mayor o menor medida, los alimentos del menor durante la custodia del otro progenitor, debería respaldarse, por parte de quien lo solicita, en una prueba solvente que acredite tal aventajamiento paterno en los ingresos o el patrimonio que haga evidente la necesidad de compartir económicamente, en interés del menor, el gasto de 4 alimentos de éste durante el tiempo en que, en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, esté custodiado por la madre”**. Por lo que, y contando siempre con los datos que se ofrecen, no habrá problema en solventar la parte probatoria que constata que Dña. Pilar es, en efecto, el cónyuge que cuenta con un nivel menor de ingresos -de hecho no efectúa trabajo remunerado alguno- y está, por tanto, en desventaja con su marido.

2. Fijación de la pensión de alimentos

En nuestro caso, al haber optado por la atribución de la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, tomando en consideración la diferencia de ingresos de uno y otro cónyuge -concretamente 5500 euros mensuales netos D. Santiago y 500 euros Dña. Pilar⁴¹-, resulta evidente que ello nos debe llevar a establecer una pensión de alimentos en favor de los hijos con cargo al padre, si bien atenuada en relación al hecho de si la guarda y custodia fuere atribuida en exclusiva a la madre. Resulta indiscutible que, en el supuesto de no establecerse esa pensión alimenticia con cargo al padre, en el momento en que los menores estuvieran residiendo con su madre, su nivel de vida se vería muy rebajado y mermado en relación al momento en que estuvieran residiendo con su padre.

Para el cálculo de la cuantía de la pensión, hemos de tener en cuenta los factores señalados con anterioridad, relativos a la situación de los progenitores -ingresos, gastos fijos- y también a la de los hijos -básicamente sus necesidades en relación con la situación anterior y aquella con la que se van a encontrar una vez disuelto el matrimonio de los padres-. Así, el padre percibe unos ingresos netos de 5500 euros y ha de abonar con periodicidad mensual el importe de la renta de su vivienda -1.375 euros-, mientras que la madre, que percibe unos 500 euros mensuales, no

difícil, de mantener la cuantía de la pensión de alimentos, que se puedan cumplir las obligaciones alimenticias con los nuevos hijos. Por ello hay que conciliar los intereses en juego, es decir, los derechos de todos los hijos a recibir alimentos de sus padres, por una parte los derechos adquiridos por el primero de los hijos- o hijos- a los que se concedió una pensión alimenticia, y, por otro parte, los derechos de los hijos nacidos de una nueva relación que no pueden ser discriminados”.

41 La renta mensual de 500 euros percibida por el alquiler del piso heredado por Dña. Pilar -bien privativo- tiene naturaleza ganancial (artículo 1347.2 CC), si bien al producirse la disolución de la sociedad de gananciales pasará a percibirlos ella íntegramente en razón a la naturaleza privativa del inmueble.

tendrá que abonar renta alguna, porque se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar en tanto no se liquide la sociedad de gananciales. Y, decimos que se atribuye el uso de la vivienda familiar -carácter ganancial- a la esposa, toda vez que al haberse optado por el sistema de guarda y custodia compartida, desaparece la vinculación entre convivencia con los hijos menores y atribución del uso de la vivienda, pues los hijos conviven alternamente con ambos progenitores y tienen asegurada su necesidad de habitación, de modo que el interés de los menores ya no determina el derecho al uso de la vivienda, sino que es el de los progenitores, por lo que se ha de decidir cual de ellos tiene derecho a permanecer en el uso de la vivienda familiar⁴².

Ante esta situación, y tomando como referencia las tablas del Consejo General del Poder Judicial, establecemos una pensión alimenticia a cargo del padre 430 euros para ambos hijos, en concepto de alimentos estrictu sensu.

No obstante, también debemos tener en cuenta los gastos ordinarios de mayor cuantía de los hijos, que se habrán de incluir en la pensión compensatoria. Así, el hijo Ricardo conlleva unos gastos de 400 euros por el colegio Liceo francés y 120 euros por actividades extraescolares -en total 520 euros- y la hija Sonia 275 euros por el colegio Liceo francés y 120 euros por actividades extraescolares -en total 395 euros-. Por su parte, también debemos tener en cuenta el gasto anual por los cursos de inmersión lingüística en Oxford, cuyo precio asciende a 2.000 euros anuales por cada uno.

En consecuencia, el padre abonaría en concepto de alimentos la cantidad establecida en concepto de alimentos estrictu sensu -430 euros- y la cantidad correspondiente a los gastos indicados anteriormente al 90%, pues esta es aproximadamente la proporción que representan sus ingresos respecto a los de su mujer, que se elevan a 1123 euros. En definitiva, habrá de abonar una prestación alimenticia de 1553 euros mensuales.

En cuanto a la revalorización, siguiendo el criterio general, dicha pensión será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios de Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística o bien por aquel organismo que le sustituya.

VII. GASTOS

1. Clases de gastos: Ordinarios y extraordinarios.

Los gastos que se determinan para los hijos menores se dividen en ordinarios y extraordinarios. La esencia de su distinción radica en que los gastos ordinarios se encontrarán incluidos en la pensión alimenticia mientras que los gastos extraordinarios forman parte del deber de asistencia de padres a hijos reconocido en el artículo 39.3 CE, siendo abonados con independencia, de forma separada a la pensión.

La normativa no es clara en este sentido, ya que no establece una enumeración detallada de los

42 Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de mayo de 2014: “Lo cierto es, sin embargo, que una vez que se acuerda en esta resolución una auténtica guarda y custodia compartida, desaparece la vinculación entre convivencia con el hijo menor y atribución del uso de la vivienda que viene establecido en el art. 96.1 LEC, pues el hijo va a alternar sus períodos de convivencia con uno y otro progenitor, y tiene asegurada su necesidad de habitación, que forma parte de su derecho a alimentos, de modo que deja de ser el interés del menor el que ha de determinar el derecho al uso de la vivienda, y pasa a ser el de sus progenitores, por lo que en estos casos, se ha de decidir cual de ellos tiene derecho a permanecer en el uso de la vivienda familiar, sin tener en consideración la convivencia con el hijo, de la que disfrutaban ambos por igual, deviniendo, por tanto, aplicable el párrafo tercero del art. 96 del CC (en el mismo sentido, nuestra Sentencia de 21 de febrero de 2014), por lo que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular o cuando la vivienda es ganancial, se hará siempre con carácter temporal”.

gastos que se deben considerar ordinarios y extraordinarios y la Jurisprudencia también es variada y mantiene diversas opiniones al respecto.

Se podría empezar a distribuirlos de forma más clara si consideramos que los gastos ordinarios encuentran su fundamento en artículo 142 del Código civil que manifiesta que: **“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”**.

Pero no solamente se deberán entender estos gastos como los necesarios o indispensables para la vida, sino que se deberán matizar, además, otros conceptos. Así, en primer lugar y atendiendo a reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia número 579/2014 de 15 de octubre de 2014 se considera 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. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. 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. La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes”**.

Parece fundamentar la jurisprudencia esta consideración de gastos ordinarios en la razón de la necesidad pero quizás esto no sea lo adecuado ya que no solamente se deberán incluir los “indispensables” sino también, aquellos que no siendo estrictamente necesarios, sean precisos para la formación integral del menor, es decir, los que incluyan la parte educativa del mismo.

En este sentido, se puede a su vez formular una diferencia entre los gastos ordinarios de carácter usual y los gastos ordinarios no usuales. Un primer acercamiento a los gastos ordinarios usuales y no usuales se podría orientar a determinar los destinados a cubrir necesidades comunes, tal y como establece el Tribunal Supremo, en su sentencia 96/2015, de 16 de febrero, que confirma en esta parte -no en otras- la sentencia de instancia, estableciendo que: **“Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, educación (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor. Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, baile, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones, tales como la Primera Comunión, así como los gastos de colegio privado, los cuales deben ser consensuados de forma expresa y escrita para poder compartir el gasto, y a falta de acuerdo serán sufragados, por quien haya tomado la decisión de forma unilateral, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para compartir el gasto, al no revestir carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de la acción del artículo 156 del Código Civil, si la discrepancia estriba en si deben o no los menores realizar la actividad”**.

La jurisprudencia menor ha venido a determinar, en numerosas ocasiones y no pocas de forma contradictoria, una aproximación a aquellos que se vienen determinando como gastos ordinarios. Así, se pueden concretar como gastos ordinarios: Los gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio y matrícula, o material escolar son previsibles y periódicos⁴³; Los gastos de vestuario, uniforme y ropa deportiva para las actividades de esta índole dentro de la

43 Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 17 de diciembre de 2010.

enseñanza reglada⁴⁴; Libros, material y cursos de idiomas o clases particulares previsibles y periódicas⁴⁵. Hay que destacar que la más reciente jurisprudencia en torno al gasto de libros, matrículas y material, ha determinado de forma más definitiva que forman parte de los gastos ordinarios en el sentido que establece la sentencia número 579/2014 del Tribunal Supremo, cuyo tenor literal es el siguiente: **“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. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. 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. La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes”**; Los gastos de guardería son previsibles, periódicos y, por lo tanto, ordinarios⁴⁶; Los gastos por matrícula y formación universitaria por lo general de carácter ordinario, pero han de tenerse en cuenta las peculiaridades del caso, ya que se requiere un rasgo meritorio por parte del alimentista, que ya el artículo 142 del Código Civil lo requiere para conservar el derecho de alimento durante la mayoría de edad⁴⁷ y las actividades extraescolares si ya de alguna forma era previsible su existencia⁴⁸. Los gastos derivados del uso de la vivienda -electricidad, gas, agua, teléfono, gastos de comunidad, incluso en algunos casos de limpieza y servicio doméstico- de tal forma que el alimentante deberá de contar con la existencia de éstos como previsibles y periódicos y por lo tanto, son ordinarios y comprendidos en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia⁴⁹.

Como regla general, los gastos ordinarios de subsistencia y otros de escasa relevancia deberán ser satisfechos por el progenitor que en ese lapso de tiempo tenga a los hijos menores de edad en su compañía. Por su parte, los gastos ordinarios de importancia tales como cuota de colegio no deberían quedar a cuenta del progenitor que en cada período de tiempo conviva con los hijos, debiendo contemplar la resolución judicial un modo de contribución de cada uno de los padres adecuado a sus correspondientes capacidades económicas.

Los gastos extraordinarios⁵⁰ son aquellos que se salen de lo común y habitual, no siendo previsibles ni produciéndose con cierta periodicidad, por lo que su cuantía es ilíquida. Así, digamos que la nota más característica de estos gastos es la imprevisibilidad en el sentido de que nos es posible conocer con antelación el nacimiento de esas necesidades al depender de sucesos de difícil previsión. Si se tiene certeza que el gasto acontecerá o se puede prever, se tendrá en consideración al momento de fijar la cuantía de la pensión de alimentos. En consecuencia, a fin de distinguir los gastos ordinarios de los extraordinarios, los criterios que se pueden tener más en cuenta serán las notas diferenciadoras de previsibilidad y periodicidad. De tal forma que gastos

44 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de febrero de 2010.

45 Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 3 de noviembre de 2009.

46 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de enero de 2010.

47 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2003.

48 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 2008.

49 En caso de ocupar la vivienda en virtud de un derecho real existen ciertos gastos cuyo abono corresponde al titular o titulares del derecho, tales como el IBI, el seguro de responsabilidad civil o de incendios de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de marzo de 2010.

50 En este sentido, merece consideración la posición doctrinal de la prof. Ana Dolores Sánchez López, en la revista de Derecho de Familia Número 53, Bosch, 2011: “Los gastos extraordinarios en relación con los hijos pueden ser los urgentes, y aun no revistiendo carácter de urgencia, participarán de la naturaleza de extraordinarios los no incluidos en la pensión alimenticia siempre que sean necesarios y hasta los suntuarios, atendidas las circunstancias de cada caso y familia concretos”; citando como apoyo a su definición variada jurisprudencia, entre ellas sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de noviembre de 2010.

ordinarios son los que, sin poder negar su carácter de necesidad, son previsibles y periódicos y deben incluir, como se ha mencionado, los que determina el art. 142 del Código Civil. Es decir, imprescindibles para cubrir las necesidades vitales como el sustento alimenticio, la habitación, el vestido y la asistencia médica, la educación y formación, y si fuera el caso el embarazo y parto del alimentista.

En el mismo parece establecerse la jurisprudencia del Alto Tribunal, al afirmar en su sentencia 579/2014, de 15 de octubre, que **”son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos”**⁵¹. Concretando, como ocurre en el caso anterior, se pueden llegar determinar como gastos extraordinarios los siguientes, atendiendo a la jurisprudencia menor: La inscripción en un colegio privado por uno solo de los progenitores, cuando el otro no expresa su disconformidad⁵²; Los gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos que necesite el hijo y no estén cubiertos por la Seguridad social⁵³; Los producidos por el cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia⁵⁴.

Dentro de la categoría de gastos extraordinarios se puede, a su vez, establecer una distinción entre los estrictamente necesarios, que deben ser atendidos obligatoriamente por los padres -gastos originados por enfermedades y tratamientos médicos- y los superfluos, que dependen del nivel económico de la familia. Los primeros no precisan el consentimiento del cónyuge para su contribución mientras que los segundos requieren un acuerdo previo o el consentimiento del otro progenitor.

2. Fijación de los gastos

De conformidad con lo establecido previamente, los gastos de cuota de colegio -400 en caso de Ricardo y 275 en el de Sonia- y de actividades extraescolares que los menores realizan tendrán la consideración de ordinarios, computándose por tanto a efectos de cuantificar la pensión alimenticia, si bien dada su cuantía parece lo más lógico que sean abonados por los progenitores en proporción a sus ingresos y caudal. La justificación de dicho carácter no es otra que la previsibilidad y la periodicidad del gasto, pues al momento de producirse la crisis matrimonial os hijos ya venían disfrutando de este modelo de educación, de modo que ya se tuvieron en cuenta al fijar la cuantía de la pensión.

Mención especial merece el gasto de los cursos en Oxford que los menores Ricardo y Sonia, disfrutaban una vez al año, en el tiempo de tres semanas de duración, pues pudiera surgir la duda de su calificación como ordinarios o extraordinarios. En este sentido, se han seguido posturas contradictorias, ya que en algunos casos se consideran gastos ordinarios -y por tanto incluidos en la pensión alimenticia- y en otros casos se han considerado extraordinarios.

Los criterios a tener en cuenta han de pasar, en bastante medida, por la actitud del alimentista y por la situación económica del entorno familiar. En este supuesto no parece contrario al sentido común entender que Ricardo y Sonia, como estudiantes responsables y diligentes, sacarán todo provecho posible de la realización de dicha estancia en el extranjero y la familia Montaner Márquez disfruta de una posición económica relativamente acomodada con lo cual, en orden al

51 En este sentido, en la jurisprudencia menor destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 mayo 2011 establece que “es doctrina reiterada de esta Sala que por gastos extraordinarios habrá de entenderse aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los denominados extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su posterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia ante la autoridad judicial.”

52 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de julio de 2009.

53 Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 15 de noviembre de 2007.

54 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de octubre de 2010.

interés de sus hijos menores como futuros estudiantes universitarios que podrán complementar sus actividad académica con el conocimiento de un idioma como es el inglés que es totalmente necesario en los tiempos actuales y en un futuro mercado laboral.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 31/2012, de 23 de enero de 2012, viene a establecer los que son gastos extraordinarios: **“Ambos progenitores abonarán por mitad los gastos extraordinarios de las hijas, entendiéndose por tales, los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro privado (lentillas, dentista, etc) y el coste de la compañía privada Adeslas; y en cuanto a los gastos de educación se comprenderán las clases particulares, curso de postgrado, máster y universidad pública o privada, estancias en el extranjero relacionadas con su formación académica y cualquier otro gasto necesario o conveniente para el acceso al mercado de trabajo en las mejores condiciones”**. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 359/2009, de 1 de octubre de 2010, viene a establecer que: **“En el presente caso, la aportación al rollo de Sala de un auto judicial en el que se otorga a la recurrente la facultad de decidir sobre su realización y se justifica dicha decisión en haber salido los menores en anteriores años en los que no había sobrevenido la crisis matrimonial, ahonda en la doctrina de la Sala de considerar que es un gasto muy conveniente para los que pueden permitirse el lujo de mandar a sus hijos al extranjero, como parece ser el presente caso, y que, por lo tanto, se hacen merecedores de que como sucedía con anterioridad a la ruptura sean sus padres los que contribuyan a su pago”**.

En sentido contrario, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 188/2012, de 31 de mayo de 2012, de la Audiencia de Valencia que no considera los cursos en el extranjero como extraordinarios **“habida cuenta que tal gasto fue realizado en el verano y por tanto durante el mes en que los hijos debían estar con la madre con lo que fue un gasto realizado por la misma durante el mes en que le correspondía tenerlos, al igual que el gasto de campamento que ni siquiera se sabe la fecha en que se realizó por lo que debió acontecer lo mismo”** o la sentencia de la misma Audiencia Provincial, de 26 de abril de 2010, que cuenta con una mayor antigüedad pero que cabe destacar por su rotundidad, al afirmar que: **“porque a determinada edad, y como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento de un idioma extranjero -generalmente inglés- y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva”**.

En el supuesto que nos ocupa, y en orden a los criterios que deben ser tenidos en cuenta para clarificar sobre los cursos en Inglaterra de Ricardo y Sonia como extraordinarios o no, se podrá llegar a la conclusión que si serán considerados necesarios en el momento actual de sociedad globalizada en el que estamos, si tienen una periodicidad fija ya que siempre discurren en verano, con una duración exacta de tres semanas y tampoco pueden ser entendidos como imprevisibles ya que se venían realizando cada año antes de la crisis matrimonial y hasta su cuantía es determinada. En cuanto a ser justificados y poder optar por ellos, la familia venía disfrutando de un nivel bastante aceptable y podrán, en beneficio de sus hijos, concederles la opción de viajar a Oxford para poder perfeccionar su nivel de inglés, lo cual unido al hecho que el colegio privado a donde acuden, es el Liceo Francés, donde los conocimientos del idioma francés impartidos serán en extremo importantes y les otorgarán una excelente preparación para el futuro.

De tal forma que, ya que no reúnen todos los requisitos mencionados de forma clara, si se pueden considerar como gastos ordinarios no usuales, ya que su ausencia de las notas de imprevisibilidad y periodicidad, al ser las más importantes a la hora de efectuar esta distinción, así lo determinan y deberán ser incluidos en la pensión alimenticia.

En principio sería adecuado -como en todos los procesos de crisis matrimoniales- que se estableciera acuerdo en orden de determinar los gastos extraordinarios y su reparto, pero como ocurre a lo largo de este supuesto no se puede considerar la opción, por lo que será el juez el encargado de ello⁵⁵. Si bien la especificación de los gastos cubiertos por la pensión alimenticia y los extraordinarios constituye una buena práctica, ha de señalarse que la enumeración de los posibles gastos extraordinarios no puede ser cerrada pues pueden surgir otros que no se previeron en aquel momento⁵⁶.

En principio, suele optarse, por la distribución al 50%, es decir, a partes iguales por parte de ambos progenitores. No obstante, la jurisprudencia -aunque una vez más no mantiene un criterio uniforme al respecto- en algunos supuestos intenta establecer una línea proporcional en las contribuciones de ambos progenitores al pago de los gastos extraordinarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil, que establece el pago de la pensión de alimentos en cantidad proporcional al caudal de los obligados a darla.

En este sentido destaca, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo número 94/2010 de 11 de marzo de 2010 que determina que : **“Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del art. 143 del Código Civil (formación, salud, etc). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial”**.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en este sentido, ha venido estableciendo proporciones a cargo de un progenitor u otro que abarcan desde atribuir porcentajes del 100% a cargo de uno como ocurre con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 449/2010, de 18 de junio de 2010: **“Se establece el pago de los gastos extraordinarios, en su totalidad, con cargo al demandado, incluyendo conceptos tales como las clases de apoyo, campamento, actividades extraescolares, además de los que habitualmente tienen tal categoría, en los términos que viene definido por la doctrina y la jurisprudencia.”**. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 557/2010, de 29 de julio de 2010, la proporción se hará del 70% y 30 , respectivamente: **“No puede atenderse la petición que se realiza en torno a los gastos extraordinarios por cuanto tal cuestión ha sido debidamente resuelta en la sentencia apelada al fijar aquella proporción del 30 y 70 %”**. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 136/2010, de 6 de abril de 2010, acuerda un porcentaje dispar: **“El juzgador de instancia, al valorar la prueba practicada, llega a la conclusión de que la situación económica de cada uno de los progenitores es diferente y existe una desproporción importante entre ellos. Por dicha razón, considera adecuado y proporcionado que el padre abone el 70% del importe de los gastos extraordinarios, teniendo en cuenta las posibilidades económicas de ambos padres”**.

En sentido contrario y manteniendo la distribución de cargas al 50%, se puede encontrar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 5/2012 de 10 de enero de 2012: **“Los gastos extraordinarios de los hijos, al igual que otro tipo de obligaciones económicas (como contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio, o el pago de cuotas de**

55 Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de febrero de 2003: **“No existe incongruencia en la sentencia porque se haya pronunciado de oficio sobre pago de los gastos extraordinarios”**.

56 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de enero de 2005: **“Ha lugar a que ambos progenitores paguen por mitad los gastos extraordinarios de los hijos menores, sin que proceda hacer una lista casuística de los mismos, ya que se trata de una cuestión que debe plantearse en ejecución de la sentencia”**.

préstamos hipotecarios) han de satisfacerse por iguales partes entre ambos progenitores, con independencia de la capacidad económica de cada uno de ellos. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación con el pago de las cuotas de préstamos hipotecarios en Sentencia de fecha 28 de marzo de 2.011”⁵⁷.

En este sentido, y siguiendo el criterio mayoritario de contribución proporcional de ambos cónyuges a los gastos extraordinarios, se podría llegar a determinar que, en el caso propuesto, dadas las desigualdades en los ingresos de D. Santiago y de Dña. Pilar, la cuestión podría resolverse estableciendo una proporción del 90% que sufragará D. Santiago y un restante 10% que corresponderá a cargo de Dña. Pilar.

VIII. PENSION COMPENSATORIA.

1. Concepto y régimen jurídico

La pensión compensatoria -regulada en el artículo 97 CC- es una prestación periódica -bien temporal, bien indefinida- o única concedida a partir del desequilibrio económico existente entre los cónyuges con ocasión de la separación o divorcio y cuantificada en función de una serie de circunstancias que operan en razón del desequilibrio existente, no antes.

Se trata de una medida dispositiva, sometida a la autonomía privada, pudiendo sustituirse posteriormente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (artículo 99 CC) o modificarse por alteración sustancial de las circunstancias (artículo 100 CC).

La pensión compensatoria no tiene carácter alimenticio ni deriva de un estado de necesidad. Tiene una finalidad compensatoria o reparadora del descenso del nivel de vida que la separación o el divorcio puede producir en uno de los cónyuges, en relación al status que conserva el otro y en función del que venía disfrutando desde el matrimonio, operando como un mero mecanismo corrector del perjuicio económico ocasionado. Así, debemos señalar que dicha prestación no significa igualdad absoluta de los patrimonios. Su finalidad última sería situar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el matrimonio

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 991/2008, de 5 noviembre, determina que el fin de la pensión compensatoria no es sostener las necesidades del cónyuge, sino compensar de forma proporcional el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan para uno de los cónyuges. Así, el fundamento esencial para que se produzca el derecho a obtener la pensión compensatoria radica en la desigualdad económica que se produce para uno de los cónyuges después de la ruptura: **“La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura”.**

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 recuerda los criterios de interpretación del artículo 97 Código Civil, en el sentido de que la pensión compensatoria no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges y añade que las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la

⁵⁷ En este mismo sentido de establecer una proporción de contribución de gastos al 50% se pueden mencionar las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia 102/2011, de 7 de febrero y 366/2010, de 17 de septiembre.

naturaleza de cada una de las circunstancias y una vez determinada su concurrencia, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión⁵⁸. En base a lo anterior, el Juez debe decidir si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria, la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia y el carácter temporal o definitivo de la pensión.

En cuanto a su duración, la normativa no configura la pensión compensatoria como un derecho necesariamente indefinido, siendo posible su limitación temporal siempre que no se resienta su función reequilibradora, por lo que en este caso el plazo debe estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio.

Finalmente, hay que mencionar que esta pensión no es equiparable a la posibilidad que ofrece el artículo 98 del Código Civil, en relación con la nulidad del matrimonio: **“El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”**. En este caso determinado, la extinción del matrimonio no se centrará en supuestos de separación o divorcio, sino que discurrirá por los cauces de la nulidad matrimonial y se exigirá para que se pueda aplicar el artículo mencionado, no solo la celebración del matrimonio en forma legal, sino además que la convivencia ente ambos cónyuges haya sido efectiva y real, mediando buena fe por parte de uno de ellos. En definitiva, las diferencias son importantes, pues carecen del mismo fundamento -la pensión compensatoria versa sobre el eventual desequilibrio económico ocasionado a uno de los cónyuges con la separación o el divorcio y la indemnización en caso de matrimonio se centra en resarcirse de la posible mala fe-y varía en la forma -la pensión compensatoria equivale a una prestación periódica o única, mientras que la indemnización constituye una cantidad a tanto alzado fijada por el juez a solicitud del cónyuge que hubiese actuado de buena fe-.

2. Análisis de la procedencia de la pensión compensatoria

En orden al establecimiento de la pensión compensatoria procede determinar si existe un desequilibrio económico entre los cónyuges y si éste es consecuencia de la separación o divorcio.

Respecto al primer enunciado y atendiendo al tiempo en que se produce tal desequilibrio y perjuicio para uno de los cónyuges, la reciente jurisprudencia no deja dudas y ha sentado doctrina al respecto, en virtud de la STS 106/2014 de 18 de marzo de 2014 que establece la necesidad de centrarse en el momento de la separación o del divorcio en orden a determinar el desequilibrio, sin que sucesos posteriores puedan suponer el derecho a una pensión que no se acredita cuando ocurrió la ruptura matrimonial: **“La sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no solo no está previsto en el artículo 97 del Código Civil, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala. (...) “El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial”**. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios

58 En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de septiembre de 2012: **“La cuestionada pensión compensatoria no debe ser concebida como un mecanismo indemnizatorio, ni constituye un mecanismo equilibrador de los patrimonios de los cónyuges, sino que ha de ser concebida como una prestación económica a favor de un cónyuge y a cargo del otro, tras la separación o divorcio, que requiere para su concesión, básicamente, de la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los esposos, que ha de ser apreciada al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma, y del empeoramiento en el que queda por contar con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”**.

de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables (...). Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”.

Así las cosas, para determinar la existencia del desequilibrio debemos analizar los factores recogidos en el artículo 97.2 del Código Civil, que operan como elementos integrantes del mismo, a saber: Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante. Por su parte, la jurisprudencia también se ha pronunciado acerca de este asunto, pudiendo destacar la STS 864/2010, de 19 de enero, según la cual: **“Para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente, y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”**⁵⁹.

Además, hay que tener en cuenta que, en este caso, D. Santiago y Dña. Pilar, casados en régimen de gananciales ostentaban, al momento de su ruptura, un patrimonio familiar de cuantía y calidad considerable y que, en su día, cuando realicen la liquidación de su sociedad de gananciales, seguramente, se producirá para Dña. Pilar una alteración de su fortuna, que determinará a su vez un cambio importante de las condiciones que podrán llevar a la modificación de la pensión compensatoria si fuera pertinente, por lo que parece procedente señalar la fijación de una pensión contemporánea de carácter temporal⁶⁰.

Cabe en este punto hacer un inciso y traer a colación la posible liquidación⁶¹ de la sociedad conyugal de gananciales y que se ha establecido anteriormente como posible causa de modificación de una eventual pensión compensatoria. De conformidad con el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil **“la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”**. En este sentido hay que tener en cuenta los artículos 1.346-1.361 del Código Civil en orden a determinar los bienes privativos y comunes. Así, constituirán gananciales los ingresos obtenidos por D. Santiago por el ejercicio de su profesión (5.500 euros mensuales) -art. 1347.1 CC-, las viviendas tanto la familiar

⁵⁹ Esta doctrina se ha aplicado también en las SSTS 856/2011, de 24 de noviembre y 720/2011, de 19 de octubre.

⁶⁰ En este sentido y entre otras, STS 856/2011 de 24 de noviembre: “En consecuencia de lo anterior y debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2,3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D.ª María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal, tal como ha efectuado la sentencia recurrida”.

⁶¹ Los artículos 1.396 a 1.410 del Código Civil establecen las operaciones de carácter particional a tener en cuenta en orden a la liquidación del régimen económico matrimonial.

de la Avenida diagonal Número 5 (valorada actualmente en 900.000 euros) como la sita en Valencia (valor actual de 360.000 euros), ya que ambas han sido adquiridas con posterioridad al matrimonio para la sociedad conyugal de gananciales -art. 1347.3 CC-. En cuanto a la vivienda heredada de sus padres de Dña. Pilar con fecha de 13 de mayo de 2008 (durante el matrimonio) será privativa -art. 1346.2 CC-, si bien la renta obtenida de 500 euros mensuales será de carácter ganancial -art. 1347.2 CC-. El vehículo Audi A4 de Dña. Pilar, que es un regalo de cumpleaños (por lo tanto se considera nuevo del año 2012 y cuyo precio puede rondar los 35.000 euros y que está debidamente registrado a nombre de Dña. Pilar como titular) se considera bien ganancial -art. 1347.3 CC-. El premio de lotería de navidad de 400.000 euros obtenido por un décimo comprado por Dña. Pilar en el año 2012 será de carácter ganancial⁶² -art. 1351 CC-.

Retomando el tema, otra de las premisas a considerar a fin de determinar la posibilidad de la pensión compensatoria es la relativa a los acuerdos celebrados entre las partes al respecto, pero nada se menciona al respecto.

Respecto a las condiciones propias de edad y estado de salud del cónyuge sobre el que se cierne el desequilibrio económico, Dña. Pilar, no consta exactamente la edad actual aunque se podrá llegar a hacer un cálculo estimado. Teniendo en cuenta que llevaba trabajando 7 años y que empezaría su trayectoria profesional, como pronto, a los 18 años, se puede entender que contaba con 25 años cuando contrajo matrimonio con D. Santiago en el año 1995, por lo que en la actualidad su edad podría comprenderse en una horquilla de 45 a 50 años. Dadas las circunstancias socio-económicas actuales, la edad y la falta de actividad de Dña. Pilar durante las últimas dos décadas supone un cierto hándicap de cara a su inserción laboral. Referente al estado de su salud no se comenta en el ejercicio nada relevante, ni en lo relativo a su situación física ni psíquica, ni por supuesto se hace alusión a ninguna a la existencia de ninguna discapacidad, minusvalía o traba que sea de relevancia, por lo que se entenderá que tanto Dña. Pilar como D. Santiago gozan de un estado físico y psíquico saludable.

Otra circunstancia a tener en cuenta es la cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo. Dña. Pilar, tras su matrimonio con D. Santiago hace ya 20 años, ha dejado de formarse y no ha continuado sus estudios cambiándolos por la dedicación total y completa a su familia, si bien mantiene un nivel básico ya que antes de su unión matrimonial venía desempeñando la labor de secretaria que era una profesión bastante reducida que incluía conocimientos como mecanografía, informática, cierto nivel en redacción de escritos y quizás idiomas. No obstante la aparente sencillez de la profesión, no se puede obviar que el mercado de trabajo ha ido evolucionando a pasos agigantados en los últimos tiempos, demandando profesionales más formados y actualizados. En este aspecto, es práctica habitual la solicitud de personas con conocimientos de varios idiomas y manejo ágil de programas informáticos para ocupar puestos como el que desempeñaba Dña. Pilar. Es por ello que se puede considerar que se ha quedado desfasada en cuanto a las demandas de la que era su profesión, debiendo someterse a un proceso de reciclaje laboral en aras a mejorar su empleabilidad.

En cuanto a la premisa sobre la dedicación pasada y futura a la familia, y la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, se resaltarán que, desde su matrimonio, Dña. Pilar ha dedicado toda su vida al cuidado de la casa y sus hijos menores de forma que se puede considerar su entrega total y absoluta y debe tenerse muy en cuenta a la hora de determinar su pensión compensatoria. No obstante, tampoco puede desmerecerse la labor que D. Santiago ha realizado con respecto a su familia, ya que dedicaba a

62 En este sentido, las dudas legales que se pudieran plantear al respecto han venido a disolverse en virtud de la STS 31/2010 de 4 de febrero de 2010: “En segundo lugar, sobre el premio de la lotería. En caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales y ello fue contemplado por la sentencia de 22 de diciembre de 2000. Pero en caso de unión de hecho, tan sólo sería común si se acredita la existencia de una comunidad de bienes”.

ésta todo el tiempo libre de sus quehaceres laborales, incluyendo todas las tardes desde las 19 horas y el mes de agosto completo de vacaciones. No puede considerarse, sin embargo, que Dña. Pilar haya ayudado o colaborado en las actividades laborales de su marido, pero presumimos que no por falta de voluntad, sino porque no es pertinente su ayuda en una profesión que requiere el empleo de conocimientos jurídicos avanzados de los que Dña. Pilar, evidentemente, carece.

En cuanto a la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal incide a su vez en el hecho de que, por el extenso periodo de tiempo que éste se ha mantenido -20 años-, ha podido producir en Dña. Pilar una imposibilidad de acceder al mercado de trabajo y, por tanto, producirse un grave perjuicio para ella.

Respecto a la pérdida eventual de un derecho a pensión es un indicador que atañe a situaciones en las que el divorcio puede producir la pérdida total o parcial de pensiones, bien de tipo voluntarias como seguros de asistencia privada o las más importantes de tipo normativo como puede ser la pensión de viudedad⁶³; por lo que en caso de negar esta pensión a Dña. Pilar, indirectamente se puede quedar afectado su futura pensión de viudedad -si fuese el caso-.

Respecto a la situación del caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, hay que considerar todo lo aludido anteriormente respecto a los ingresos de uno y otro cónyuge y el régimen económico del matrimonio, ya que, una vez disuelto el matrimonio y efectuada la correspondiente liquidación los patrimonios de uno y otro podrán variar⁶⁴. No obstante, a expensas de la liquidación de la sociedad de gananciales, Dña. Pilar solo dispondrá de 500 euros al mes para sus gastos y la proporción en que debe contribuir a los de sus hijos, cantidad que se entiende considerablemente baja en una ciudad como es Barcelona. Ello sin perjuicio evidentemente de realizar una actividad laboral remunerada que aumente sus ingresos y evite la necesidad de una pensión compensatoria, aunque esta posibilidad se antoja complicada a corto plazo dado la actual situación laboral nacional y la poca empleabilidad de Dña. Pilar, pues ha permanecido demasiado tiempo fuera del mercado y sus competencias específicas suponemos se han quedado prácticamente obsoletas.

Sobre la última cláusula recogida en el artículo 97 del Código Civil acerca de otra circunstancia relevante, se puede afirmar que funciona como “cajón desastre” con la intención de poder incluir situaciones concretas que haya que considerar importantes y que se deriven de la trayectoria que recorre toda relación marital. En este caso, no se nos manifiestan datos al respecto cuestiones de relevancia en la convivencia entre D. Santiago y Dña. Pilar.

Un dato a tener en cuenta, a modo de conclusión en el eventual reconocimiento de la pensión compensatoria a favor de Dña. Pilar es la duración de ésta, ya que puede establecerse de forma indefinida o temporal. Al respecto, la jurisprudencia del Alto Tribunal manifiesta, entre otras, en su STS 442/2013, de 21 de junio de 2013 que: **“La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (...) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido**

63 En este sentido, artículo 174.2 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en materia de Seguridad Social viene a determinar en su artículo 174.2 : “En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante”.

64 En sentido contrario la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2010, afirma que la pérdida de un derecho de alimentos “no es determinante para fijar la concurrencia o no de desequilibrio, por lo que el cálculo de la cantidad que se debía por pensión debe efectuarse de acuerdo con las condiciones existentes en el momento de la ruptura”.

positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial”.

En definitiva, en nuestro caso, consideramos acreditada la existencia de la situación de desequilibrio económico que es presupuesto del establecimiento de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil. La esposa presumimos es una persona cercana a los 50 años, con una formación media pero desfasada por la falta de continuidad en su campo laboral. La duración de la vida conyugal fue de veinte años, constando su dedicación en exclusiva a la familia, motivo por el cual ha dejado su trabajo anterior al matrimonio -precisamente para cuidar de la casa familiar y de los hijos-, renunciando a un trabajo que le proporcionaba unos ingresos mensuales de unos 1.200 euros allá por el año 1995, y también a la acumulación de años de cotización a la Seguridad Social -20 años-. Este hecho la deja en una situación ciertamente preocupante de cara a la contribución a una eventual pensión de jubilación pues, dada su edad, sería necesario que trabajase y cotizase prácticamente la totalidad de años que le restan hasta la edad general de jubilación en nuestro país -67 años- para completar el período mínimo exigible para asegurarse la prestación pública. En definitiva, nos encontramos ante una situación de desequilibrio económico que debe ser corregida, en este caso, a través de la pensión compensatoria al momento de disolverse el vínculo matrimonial, y de la que, en modo alguno se puede considerar que se puede hacer tal corrección a través de la pensión de alimentos que se establece en favor de los hijos.

Atendiendo a todo lo expuesto, se considera como opción estimable la fijación de una pensión a favor de Dña. Pilar de 400 euros mensuales de forma temporal⁶⁵, revisable a los cinco años en orden a evaluar si se produjo alguna alteración en su situación personal como pueden ser, entre otras, la liquidación de sociedad conyugal, obtención de empleo o nuevas relaciones de convivencia.

IX. CONTRATO LABORAL DE MENORES

Antes de proceder a la determinación de la legalidad o no del contrato laboral de la hija menor, Sonia, es de interés analizar la situación que se nos presenta: ¿Estamos ante una simple oferta de trabajo o existe ya una vinculación?

De la redacción del supuesto parece desprenderse que se trata de una oferta de trabajo, una mera declaración de intenciones de una empresa de establecer una futura relación laboral con la menor y que aparentemente no va acompañada de la existencia de un acuerdo formal. En caso de que lo hubiese estaríamos ante un precontrato⁶⁶, esto es, un compromiso establecido entre dos partes de celebrar una futura contratación y del que se deriva -a diferencia de la oferta de trabajo- una indemnización por daños y perjuicios en caso de que no llegue a producirse ese evento. Constituye un contrato jurídico independiente del contrato de trabajo desde que concurren oferta

65 En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 ya venía estableciendo que “la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquéllas que permiten valorar la "idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico”.

66 La figura del precontrato de trabajo no se encuentra expresamente regulada si bien la Jurisprudencia ha admitido la validez de los mismos en virtud del artículo 1255 del Código Civil, que admite libertad de pactos en el ámbito contractual, siempre que no sen contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

y aceptación. El precontrato no tiene carácter puro sino condicional, de modo que adquiere carácter vinculante desde el cumplimiento de la condición a la que se vinculaba dicha promesa. Por su parte, el contrato de trabajo es el acuerdo entre el empresario y el trabajador por el cual éste se obliga a prestar determinados servicios por cuenta del empresario y bajo su dirección a cambio de una retribución. A diferencia del precontrato, el contrato de trabajo laboral supone la relación de trabajo, posibilitando la reclamación de salario o el incumplimiento de otras obligaciones realizadas con las relaciones laborales. En consecuencia, es evidente que no estamos ante un contrato de trabajo, aunque fingiremos que éste existe en orden a determinar su validez legal o no.

Este es un tema centrado en contratación internacional⁶⁷, que contiene varios elementos extranjeros. La menor, Sonia, debe desempeñar su trabajo como modelo publicitario de ropa infantil bajo la dirección de una empresa sueca de representación de modelos durante dos años. Además, hay que tener en cuenta, que hay otro elemento fundamental en el caso que determina la incardinación del supuesto en el ámbito del derecho internacional y es que la prestación de servicios se debe realizar en un país extranjero -en el asunto propuesto incluso se exige que al menor resida en Suecia-. Así, la cuestión que se nos plantea es conforme a qué ley debemos determinar su legalidad.

El Reglamento (CE) N.º 593/2008, del Parlamento y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales es aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (artículo 1). Este mismo Reglamento señala en su artículo 10 que la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones estará sometida a la ley que sería aplicable en virtud del mismo si el contrato o la disposición fueran válidos, encontrando la solución en el artículo 8 aplicable a los contratos individuales de trabajo. Dicho artículo establece como ley aplicable la elegida por las partes, en su defecto, por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente⁶⁸, en su defecto, por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador y si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto de los dos anteriores se aplica la ley de ese otro país. Si presuponemos que no habrá elección de ley por las partes, sería aplicable aquélla del país donde la menor realice habitualmente su trabajo, esto es, la legislación sueca, lo que constituye una manifestación del principio de territorialidad del derecho de trabajo.

Dadas las dificultades que se nos presentan para localizar la legislación sueca reguladora de las relaciones laborales de los menores de edad, vamos a analizar la Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio⁶⁹, relativo a la protección de los jóvenes en el trabajo, que establece un marco comunitario de actuación en este ámbito y que ha sido transpuesta por el país escandinavo.

El ámbito de aplicación de esta directiva se ciñe a los menores de 18 años con contrato de trabajo regulado por la legislación vigente de un Estado miembro, siendo posible la exclusión, por vía legislativa o reglamentaria, de los trabajos ocasionales de servicio doméstico en hogares familiares o aquellos no perjudiciales o peligrosos en empresas familiares (artículo 2).

El artículo 1.1 -relativo al objeto- de la Directiva 94/33/CE impone a los Estados miembros la obligación de prohibir el trabajo de los niños adoptando las medidas necesarias para ello y en adición declara: **“En las condiciones previstas en la presente Directiva, velarán por que la**

67 Para analizar esta eventual legalidad del contrato de trabajo de la menor Sonia se tomará (en principio) en consideración lo establecido en el Reglamento (CE) No. 593/2008 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 17 de junio de 2008, publicado en el Diario de la Unión Europea el 4 de julio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

68 No se considera que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

69 Modificada por la Directiva 2014/27/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

edad mínima de admisión al empleo o al trabajo no sea inferior a la edad en la cual cesa la obligación de escolaridad a tiempo completo impuesta por la legislación nacional ni, en todo caso, a 15 años”. En consonancia con lo anterior, el artículo 4.1 también recoge la obligación de los Estados miembros de prohibir el trabajo de los niños, entendiéndose por niño todo joven menor de 15 años o que esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesto por la legislación nacional. No obstante, el párrafo segundo del mismo precepto posibilita, en su apartado a), excepcionar la prohibición del trabajo de los niños que actúen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. Así las cosas, es factible encuadrar la actividad laboral de Sonia -protagonista de las campañas publicitarias de una conocida marca de ropa infantil- en las excepciones de la prohibición de trabajar de los menores de 15 años.

En cuanto a los requisitos, el artículo 5 -relativo a los actividades culturales o similares- somete la contratación de los niños que actúen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, en cada caso, a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente. Serán los Estados miembros quienes determinarán, por vía legislativa o reglamentaria, las condiciones de trabajo de los niños anteriormente mencionados y las modalidades del procedimiento de autorización previa a fin de que las actividades no perjudiquen su seguridad, salud o desarrollo y no afecten a su desarrollo escolar, participación en programas de orientación o formación profesional o aptitudes (artículo 5.2). Por su parte, el apartado 4º del mismo precepto habilita a los países miembros que tengan un sistema de aprobación específico para las agencias de modelos en lo que respecta a las actividades de los niños a mantener dicho sistema. De esta forma, la validez del contrato laboral de Sonia se supedita a la concesión de una autorización previa por parte de la autoridad competente para ello, la cual determinará el cumplimiento de las condiciones legales pertinentes en el sentido de que su trabajo como modelo infantil no perjudica su desarrollo personal ni escolar. Esto es, verificado el cumplimiento de las condiciones establecidas por el legislador sueco que determinan que su actividad de modelo no conlleva ningún perjuicio para su salud, seguridad o desarrollo ni afecta a su desarrollo, la autoridad laboral competente en aquel país deberá proceder a la autorización previa de dicha actividad, lo que determinará la legalidad de su contrato.

Respecto a las condiciones, la Directiva contempla el tiempo de trabajo de los menores (artículo 8), la prohibición de los trabajos nocturnos (artículo 9), la fijación de períodos de descanso (artículo 10) -con una concreta referencia al descanso anual (artículo 11)- y las pausas (artículo 12) si bien del tenor literal de los preceptos se pone de manifiesto que están dirigidos a los adolescentes y a los niños contemplados en las excepciones a la prohibición de trabajar de los apartados b) y c) del apartado 2 del artículo 4, esto es, los niños de al menos 14 años que trabajen en un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones previstas por la autoridad competente y los que efectúen trabajos ligeros distintos de las actividades culturales o similares. El único que parece ser aplicable a niños -como es el caso de la menor de nuestro supuesto- es el precepto regulador de las pausas, dirigido a los jóvenes -menores de 18 años, comprendiendo niños y adolescentes- y que contempla una pausa de al menos treinta minutos, preferiblemente consecutivos, para aquellos que trabajen más de cuatro horas y media al día.

A mayores de esta Directiva y en consonancia con la misma, también se pueden señalar otras normativas internacionales que se pronuncian sobre las relaciones laborales de los menores, dado que los intereses de éstos deben gozar de especial protección. Así, cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra la realización de cualquier trabajo que interfiera en su libre desarrollo, conminando a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para ello, en particular, fijar una edad mínima para trabajar, disponer una reglamentación apropiada de los horarios y condiciones

de trabajo y establecer las sanciones necesarias para proteger al menor en el ámbito laboral.

En este sentido, también se habrán de reseñar los Convenios Internacionales y las Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo sobre trabajo infantil -citados en los considerandos de la Directiva 94/33/CE-, en concreto el Convenio número 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de admisión al empleo que se considera uno de los métodos más efectivos para evitar el acceso al mercado laboral en edades excesivamente tempranas. Su artículo 2.3 señala -al igual que la Directiva 94/33/CE- que la edad mínima de acceso al empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a quince años; No obstante, el párrafo cuarto del mismo artículo contempla una excepción y posibilita que los países miembros cuyas economías y medios de educación estén insuficientemente desarrollados decretar una edad mínima de catorce años, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen.

Finalmente, no podemos dejar sin mencionar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, que aparece citada igualmente en los considerandos de la Directiva relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, y que declara en sus puntos 20: **“Sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a 15 años”** y 22: **“Deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicable a los jóvenes trabajadores para que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional y de su acceso al empleo. Debe limitarse, en particular, la duración del trabajo de los trabajadores menores de 18 años -sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a horas extraordinarias- prohibiéndose el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales”**.

Dado que la legalidad del contrato debe predicarse de lo dispuesto en la legislación sueca y careciendo de los conocimientos e información precisa para localizar dicha normativa hemos aplicado la Directiva 94/33/CE que constituye el marco comunitario de actuación, consideramos de interés analizar la legalidad del contrato conforme a la normativa española -aunque reiteramos que no es el nuestro el ordenamiento que determina su legalidad o no-.

El artículo 6.1 de nuestro Estatuto de los Trabajadores (ET)⁷⁰ prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, aunque contempla en el apartado tercero la excepción de la intervención de los menores de esa edad en espectáculos públicos autorizados en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre y cuando no suponga peligro para la salud ni para su formación profesional y humana y debiendo constar el permiso por escrito y para actos determinados.

En cuanto a las condiciones estipuladas para los trabajadores menores de 18 años -como es el caso de Sonia, que cuenta solamente con diez años- éstos no podrán realizar trabajos nocturnos (artículo 6.2 ET) ni horas extraordinarias (artículo 6.3 ET), así como tampoco realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, trabajando para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (artículo 34.3 ET). Su período de descanso tendrá una duración de 30 minutos, estableciéndose siempre que la jornada diaria continuada exceda de 4 horas y media (artículo 34.4 ET) y su descanso semanal será de dos días ininterrumpidos como mínimo (artículo 37.1 ET).

70 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Siguiendo con el análisis del eventual contrato de Sonia, también habrá que considerar lo dispuesto por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, concretamente en su artículo 27, que concreta una serie de medidas a adoptar en torno a la protección del menor: **“Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores. A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto (...)”**.

No obstante, las relaciones laborales de los artistas en espectáculos públicos -como es el caso que nos compele- se consideran de carácter especial y vienen recogidas en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. En dicho Real Decreto se incluyen todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo. Su artículo 2 -que regula la capacidad para contratar dispone lo que sigue: **“La autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”**. En consecuencia, la legalidad del contrato laboral de Sonia conforme al derecho español se supedita a la concesión de autorización escrita y para un acto específico por la autoridad laboral -que deberá asegurarse que la actividad no supone un peligro para la salud ni para su formación profesional y humana⁷¹-. Es preciso que la solicitud de dicha autorización proceda de los representantes legales del menor y cuente con el consentimiento de éste si tiene suficiente juicio. En este caso, dado la escasa edad de la niña quizás se obvie el requisito de su autorización pues no es habitual que una niña de diez años muestre un alto grado de madurez.

En cualquier caso, de lo expuesto anteriormente no parece descabellado optar por otorgar una cierta apariencia de legalidad y conformidad al “contrato” laboral de Sonia siempre, claro está, que se ajuste a las condiciones que establece el derecho internacional y la Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994 y la normativa sueca como eventual ley aplicable al supuesto, esto es, la autorización previa por parte de la autoridad competente para realizar la actividad, que

⁷¹ STS de 5 de Febrero de 2013: **“En efecto, el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión”**.

determinará el cumplimiento de las condiciones legales pertinentes en el sentido de que su trabajo como modelo infantil no perjudica su desarrollo personal ni escolar. Como hemos podido observar, la diferencia entre la Directiva europea y la legislación española es mínima, pues como se ha señalado esta normativa europea constituye el marco comunitario de actuación en ese ámbito. En ambos casos se requiere una previa autorización de la autoridad competente que acredite la ausencia de perjuicios de la actividad laboral para el íntegro desarrollo personal del menor, lo que no constituye otra cosa más que atender, nuevamente, al interés superior del menor como principio fundamental en la interpretación de los actos jurídicos que afectan al menor de edad como sujeto de derecho.

IX. CONCLUSIONES

1.- No se considera la guarda y custodia exclusiva en favor de la madre como la opción preferente pues, atendidas las circunstancias concurrentes -como son la opinión del hijo mayor Ricardo, las buenas relaciones existentes entre los cónyuges, la vinculación efectiva entre éstos y los hijos o la idoneidad de ambos progenitores-, la guarda y custodia compartida se presenta como la mejor opción en aras a garantizar el mantenimiento del status quo de los menores y, por consiguiente, para proteger el interés superior del menor. Además, el hecho de que la petición de la guarda exclusiva solo responda a la motivación de impulsar la carrera artística de una hija de diez años descarta dicha opción, pues ello no atiende a las verdaderas necesidades de los menores, que en un momento de crisis matrimonial se centran en mantener, en la medida de lo posible, la situación en que se hallaban antes de la ruptura.

2.- Si bien el artículo 92.8 configura la guarda y custodia compartida como una medida excepcional, se ha establecido como doctrina jurisprudencial que habrá de considerarse la medida normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Valorando los criterios que permiten la apreciación del interés superior del menor -como la opinión de éstos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, el respeto mutuo en sus relaciones personales o su capacidad para el desempeño de esta modalidad- se pone de manifiesto la opción de la guarda y custodia compartida como la más beneficiosa y recomendable, pues es el régimen de convivencia idóneo para potenciar los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental.

3.- Atendido a los períodos de alternancia de los menores con cada uno de los progenitores, que se fijaron con una duración semanal, consideramos que no sería necesario el establecimiento de un régimen de visitas y básicamente, teniendo en cuenta que ambos progenitores residen en la misma ciudad, con lo cual es posible el contacto sin dificultades añadidas entre los menores y el progenitor que en ese momento no ostente la custodia; ello a parte de la posibilidad de contacto telefónico o de otro tipo.

4.- Respecto de la emancipación del hijo menor Ricardo, resulta posible la misma por el procedimiento extrajudicial de concesión de quienes ejerzan la patria potestad y por concesión judicial por vivir los padres separados. Si bien se reúnen los requisitos legalmente exigibles y que en este caso concurren, se considera que no sería conveniente, dado que el menor ni cuenta con suficiencia económica independiente de la de sus padres y sus pretensiones de formación -carrera universitaria- y actividades de voluntariado no parecen aconsejar la emancipación propiamente dicha, aunque podría caber la posibilidad de que su padre, que se opone al traslado de los menores, contribuyese a su sustento. No se debe olvidar en este sentido que esta institución aparece configurada para otro tipo de situaciones distintas a la que se pretende justificar en este caso, como es única y exclusivamente el hecho de no querer trasladarse a otro país ante la

pretensión de su madre de llevar allí a su hermana.

5.- En cuanto a la pensión de alimentos, si bien al establecer un régimen de custodia compartida y dado que la alternancia de los menores con cada uno de los progenitores se produce semanalmente, podríamos pensar que los mismos habrían de ser satisfechos por ambos progenitores al 50%, en este caso concurren circunstancias especiales que nos llevan a establecer una pensión de alimentos a cargo padre para evitar que de la diferencia de ingresos entre él y la madre de los menores se refleje una desigualdad patente en la calidad de vida que mantienen los hijos cuando conviven con uno y con otro. Resulta indudable que si la unidad familiar formada por cuatro miembros ostenta un nivel de vida determinado -ingresos mensuales conjuntos de 6000€-, una vez disuelto el matrimonio, ese nivel de vida se vería muy reducido en el caso de que la madre -que percibe unos ingresos únicamente de 500€- tuviese que hacer frente al 50% de la manutención de los hijos, además de los propios gastos correspondientes a su propia subsistencia. Esta disparidad no llegaría a compensarse ni con la atribución de la vivienda que, recordemos, es temporal -hasta que se liquide la sociedad de gananciales- ni con el establecimiento de una pensión compensatoria. En cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos, optamos por fijar la misma, por un lado, de conformidad con las tablas orientativas existentes y publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, y por otro, con el cómputo de los gastos que a fecha de interposición de demanda se consideran acreditados como gastos ordinarios (colegios, actividades extraescolares y curso de inmersión lingüística).

6.- Las mensualidades del colegio privado de los niños, las actividades extraescolares y los cursos de inmersión lingüística que realizan en verano en Oxford tienen la consideración de gastos ordinarios, en la medida en que no son imprevisibles, tienen un carácter periódico y su cuantía es líquida, de modo que son incluidos dentro de la pensión compensatoria. Dada su elevada cuantía, proponemos que la contribución que realiza el padre respecto de los mismos sea del 90%, una proporción equivalente a los ingresos que recibe D. Santiago y Dña. Pilar. La contribución a los gastos extraordinarios que puedan surgir será en la misma proporción de 90% el padre y 10% la madre.

7.- Consideramos que existe un derecho a la pensión compensatoria en favor de la esposa toda vez que se reúne por su parte los requisitos que su fijación -la existencia de un desequilibrio económico que trae su causa en el divorcio. Así, nos encontramos con una esposa que, contando con preparación y trabajo antes del matrimonio, una vez celebrado el mismo se decide por ambos cónyuges que deje de trabajar, renunciando a los ingresos procedentes de su propio trabajo para dedicarse única y exclusivamente al cuidado de los hijos y del hogar familiar. Transcurridos más de 20 años en los que estuvo dedicada a ese cometido, sin que hubiere realizado ningún tipo de cotización a la seguridad social y con dificultades para acceder al mercado laboral, es evidente que su situación personal en relación con el período del matrimonio se ve perjudicada.

8.- En relación al contrato laboral de la hija menor, la legalidad del contrato se supedita a la concesión de una autorización previa por parte de la autoridad competente tras la verificación del cumplimiento de las condiciones para ello, que pondría de manifiesto la ausencia de perjuicios en el desarrollo de la actividad laboral para la menor. No obstante, habría que estar a expensas de las condiciones en que la hija va a realizar esa actividad, pues se debe valorar ante todo el interés superior del menor, el cual justificará o no la idoneidad y procedencia de la autorización.

X. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Albaladejo García, Manuel: “Derecho Civil I: Introducción y Parte General”. Edisofer S.L. Madrid. 2013.
- Albaladejo García, Manuel: “Curso de Derecho Civil IV:Derecho De Familia” (9ª ed). Bosch.

Barcelona. 2002.

- Aparicio Auñón y VVAA: “El derecho de familia y sucesiones en la nueva ley de enjuiciamiento civil”. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2001.
- Araque Martínez, Pedro: “Pensión compensatoria para uno de los cónyuges por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el matrimonio en régimen de separación de bienes”. <http://www.elderecho.com/tribuna/civil/>. 2015.
- Bayarri Martí, M^a Luisa: “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”. 2014.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: “La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios”. Revista Crítica de Derecho inmobiliario número 737. Año 2013.
- Cabezuelo Arenas, Ana Laura: “Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art 93 C.C)”. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2010.
- Campo Izquierdo, Angel Luis : “Los gastos extraordinarios”. Lefebvre, el derecho.com. Año 2012.
- Castillejo Manzanares, Raquel: “Guardia y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho”. La Ley. 2007.
- Chaparro Matamoros, Pedro: “Reflexiones En Torno A La Pensión De Alimentos: La Irretroactividad De La Modificación De Una Pensión De Alimentos. Comentario A La Sts Núm. 162/2014, De 26 De Marzo (RJ 2014, 2035)”. Rev. boliv. de derecho nº 19. Año 2015.
- Cruz Gallardo, Bernardo: “La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales”. La Ley. Primera edición. Mayo 2012.
- De Castro y Bravo, Federico: “Derecho Civil de España”. Civitas. Madrid. 2008.
- De La Iglesia Monje, María Isabel: “Alteración del Régimen de Visitas de los Progenitores”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 72. 2009.
- Delgado del Río, Gregorio: “La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente”. Thomson Reuters. Civitas. Primera Edición. 2010.
- Díez Picazo, Luis y Gullón, A: “Sistema de Derecho Civil”. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. 2012.
- Díez Picazo, Luis y Gullón, A: “Sistema de Derecho Civil”. Volumen IV (1^a ed). Tecnos. Madrid. 2012.
- García García, Juan Antonio: “El Régimen de Adquisición de La Vecindad Civil por residencia Decenal: ¿contradicción Entre El Art. 14.5 del Código Civil y el Art. 225, Pfoº 2º Del Reglamento Del Registro Civil?”. Anales de La Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna. 2006.
- García Presa, Inmaculada: “La Emancipación de hecho desde El Artículo 319 Del Código Civil”. Afduc 15, 2011, Issn: 1138-039x.
- González Campos, Julio Diego y VVAA: “Derecho Internacional Privado”. Parte Especial. (6^a edic. Revisada). Madrid.1995.

- Gimeno Sendra (director) y VVAA: “Proceso Civil Práctico”. IX. La Ley. Madrid. 2002.
- Ivars Ruiz, Joaquín: “Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia”. Tirant monografías. Valencia. 2008.
- Lacruz Berdejo, Jose Luis: “Elementos de Derecho Civil. I Parte General”. Dykinson. Madrid.2010.
- Lasarte Álvarez, Carlos: “Principios de Derecho civil. Derecho de Familia”. (Ed.14ª) Pons. Barcelona. 2015.
- Lathrop Gómez, Fabiola: “Custodia compartida de los hijos”. La Ley. Año 2008.
- Molleja De la Rosa Mª Jesús: “El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas”. <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/26/el-derecho-de-visitas-su-incumplimiento-por-parte-.aspx>
- Pérez Martín, Antonio Javier: "La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia". Lex Nova. Primera Edición. Diciembre 2005.
- Pérez-Salazar Resano, Margarita: “La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar: Custodia Compartida y protección de menores”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009.
- Pinto Andrade, Cristóbal: “La custodia compartida”. Bosch. Barcelona. 2009.
- Rabadás Sánchez-Lafuente, Fuensanta: “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. Abril 2011.
- Ragel Sánchez, Luís Felipe: “La guarda y custodia de los hijos”. Revista de Derecho Privado y Constitución, número 15. Madrid. 2010.
- Ravetllat Ballesté, Isaac: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2. Barcelona. 2012.
- Ribelles Durá, Simeón: “Emancipación y vida independiente”. Revista Escritura Pública. 2006.
- Rodríguez Martínez, María Eugenia: “Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria”. Tecnos. 2012.
- Sariego Morillo, Jose Luis y Domínguez González-Miranda, Luis: “Custodia Compartida Vs. Custodia Exclusiva (1995-2010) Estudio Comparativo”. <http://www.lexfamily.eu/custodia-compartida-versus-custodia-exclusiva/>. 2010.
- Ureña Martínez, Magdalena: “Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)”. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2011.
- Viola Demestre, Isabel: “Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia Comentario a la STSJC 1/2009, de 12 de enero de 2009”. Tindret Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. 2009.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde: “Tratado De Derecho De Familia”. Aranzadi. Navarra. 2011.

- Vidal, Pere: “Contratación de Menores de edad para la práctica del fútbol profesional. (Comentario A La Sentencia Del Tribunal Supremo De 5 De Febrero De 2013)”. <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/sentencia-id120209.pdf>. 2013.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis: “Los gastos extraordinarios en el deber de alimentos de padres a hijos”. <http://www.abogacia.es/2013/02/07/los-gastos-extraordinarios-en-el-deber-de-alimentos-de-padres-a-hijos-y-ii/>.

WEBS CONSULTADAS, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia Tribunal Supremo: www.cendoj.es
- Boletín Oficial del Estado: www.boe.es/
- InDret. Revista para el análisis del Derecho: www.indret.com
- Sepín. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación de la Editorial Sepín: www.sepin.es
- Noticias jurídicas: www.noticiasjuridicas.com
- Legal today: www.legaltoday.com
- www.elderecho.com
- <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>
- <https://www.sepe.es/>