

DIVORCIO, CUSTODIA COMPARTIDA Y TRASLADO DE MENORES AL EXTRANJERO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Programa para la simultaneidad de Grado en Administración y
Dirección de Empresas y Grado en Derecho

Curso académico 2015-2016

Irene Deus Bouzas

Tutorizado por Eduardo Cebreiros Álvarez

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN AL CASO	1
II.	SOLUCIÓN DEL CASO	3
	PRIMERO.- SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA	10
	SEGUNDO.- SOBRE LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO	21
	TERCERO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITAS	28
	CUARTO.- SOBRE LA EMANCIPACIÓN	32
	QUINTO.- SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GASTOS DE LOS HIJOS	34
	SEXTO.- SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA	41
	SÉPTIMO.- SOBRE EL CONTRATO LABORAL DE LA HIJA MENOR	49
III.	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	51
IV.	FUENTES NORMATIVAS	53

I. INTRODUCCIÓN AL CASO

Don Santiago Montaner y Doña Pilar Márquez contrajeron matrimonio el 4 de octubre de 1995 en el Ayuntamiento de A Coruña. Santiago es juez en los juzgados de lo mercantil de la ciudad de Barcelona, mientras que Pilar es ama de casa y dedica su tiempo a los dos hijos del matrimonio, ya que dejó su empleo de secretaria tras la boda.

D. S.M. nació en A Coruña de padres gallegos, y residió en esta misma Comunidad Autónoma hasta que le fue otorgado su primer destino como juez en el año 1994. Desde 15 de enero del 1994 hasta el 5 de febrero del 2000 residió en Valencia y regresó a A Coruña al serle concedido traslado laboral durante 10 años. Desde el 10 de febrero de 2010 hasta la actualidad vive y trabaja en Barcelona, hecho motivado por su dedicación profesional.

Sus allegados le describen como un hombre sociable, pero reservado y reflexivo. Valora mucho su trabajo pero también poder dedicarle tiempo a sus hijos y a su mujer. Esto último es difícil puesto que su profesión le mantiene ocupado los días laborables de 9h de la mañana hasta las 19h de la tarde, y tampoco le permite cambiarse de domicilio a otra ciudad española, y menos en el extranjero. Dispone del mes de Agosto completo de vacaciones y su salario mensual asciende a 5.500 euros netos.

DÑA. P.M. nació en Madrid y sus progenitores también. Ha trabajado toda su vida de secretaria hasta contraer matrimonio con D. S.M. en el año 1995. Ambos decidieron que su sueldo era prescindible al considerar que era mejor que su tiempo y dedicación lo invirtiese en cuidado de la casa familiar y de los hijos. El sueldo que percibía antes de casarse era de 1.200 euros mensuales, y los años cotizados que acumulaba ascendían a 7. Desde la boda en 1995 ha vivido siempre con su marido, y con anterioridad siempre ha residido en Madrid. En el Registro Civil de la ciudad condal consta su voluntad de adquirir la vecindad civil catalana con fecha 20 de marzo del 2013.

De Dña. P.M. se puede decir que es una mujer completamente volcada en sus hijos, especialmente en la más pequeña. Ella sola ha impulsado y manejado la carrera artística de su hija. Es muy cariñosa, pero también algo impulsiva, toma sus decisiones pensando a corto plazo y no las medita de forma reflexiva como su marido.

El matrimonio tiene dos hijos en común: Ricardo y Sonia. Pese a ser muy diferentes se encuentran muy unidos entre ellos y con su padres. También están muy ligados al resto de la familia, les encanta pasar tiempo en casa de sus abuelos y jugar con sus primos cuando tienen ocasión.

El mayor de ellos, Ricardo Montaner, nació el 14 de abril de 1999. Es un excelente estudiante que comienza 1º de bachillerato con la ilusión de convertirse en médico en un futuro. El centro escolar donde va a cursar estos dos últimos años, el Liceo Francés, cuesta mensualmente 400 euros, y ambos padres tomaron la decisión conjuntamente. Ricardo se encuentra muy integrado en su colegio, donde tiene un amplio grupo de amigos. Además, participa activamente en actividades de voluntariado de una ONG local dando clases de español a inmigrantes. El hecho de mudarse junto a su familia en el 2000, cuando ya contaba con 11 años, le supuso un disgusto por tener que abandonar a sus amigos y a su familia paterna, que reside en A Coruña.

La pequeña, Sonia Montaner, nació el 23 de julio de 2005. Actualmente cursa 5º de Educación Primaria en el Liceo Francés, al igual que su hermano. El precio del curso asciende a 275 euros. Desde muy pequeña, Sonia, compagina los estudios con su profesión de modelo infantil.

El importe de las actividades extraescolares de cada hijo es de 120 euros al mes.

Cada verano Ricardo y Sonia asisten a un curso de inmersión lingüística en Oxford que dura 3 semanas, precio: 2.000 euros cada uno.

La pareja carece de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial.

Ambos son propietarios de la casa familiar situada en la Avenida Diagonal 5, cuya hipoteca ya ha sido pagada en un 90%, restando únicamente 75.000 euros. También son propietarios de un apartamento en Valencia, del cual resta por pagar 200.000, más de la mitad del precio de adquisición. Actualmente, el valor de mercado de inmuebles con características similares en la misma zona asciende a 900.000 y 360.000 euros respectivamente. Ambos fueron comprados después de la celebración de la boda. Dña. P.M posee a su vez un pequeño apartamento heredado de sus padres en Madrid, el cual tiene alquilado a razón de 500 euros mensuales; la aceptación de la herencia se llevó a cabo el 13 de mayo de 2008. Poseen dos coches, el utilizado por la madre, un Audi A4, fue el regalo de cumpleaños que su marido le dio hace 2 años. En el año 2012 un décimo de lotería de Navidad comprado por Dña. P.M. fue agraciado con 400.000 euros, dinero que todavía mantiene sin hacer uso de él.

El pasado 7 de julio de 2015, Dña. P.M presentó demanda de divorcio en el juzgado de primera instancia nº 10 de Barcelona, ciudad en la que residen desde 2010. En dicha demanda Doña Pilar solicitar una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le supone su ruptura matrimonial, así como la custodia exclusiva de ambos hijos con la finalidad de poder trasladarse con ellos a Estocolmo de manera permanente.

Si bien la noticia no sorprende a D. S.M., si lo hace el hecho de que su esposa solicite la custodia exclusiva con la finalidad de poder mudarse con sus hijos a Suecia, donde pretende dar un impulso a la carrera profesional de su hija Sonia. Allí le espera una oferta para protagonizar las campañas publicitarias de una conocida marca de ropa infantil sueca durante los dos próximos años, con la condición de que la niña resida en Suecia, ya que deberá firmar con una empresa de representación de modelos del citado país. Respecto a este trabajo, D. S.M., manifiesta su desacuerdo ya que considera que su hija es demasiado pequeña para trabajar y le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad.

Desde que se presentó la demanda de divorcio D. P.M reside con sus hijos en la vivienda familiar, mientras que D. S.M ha alquilado un piso en una calle cercana a la vivienda familiar, en Carrer de Josep Pla, por 1.375 euros mensuales. Asimismo, D. S.M sigue haciéndose cargo de todos los gastos de sus hijos excepto de la alimentación, que corre a cargo de cuenta de la madre. Pese a tener un régimen de gananciales D. P.M posee su propia cuenta bancaria donde D.S.M ha ingresado mensualmente 1.600 euros, una cantidad acordada por ambos para hacer frente a los gastos de la casa. Desde el mes en que se presentó la demanda D. S.M. ha dejado de realizar este ingreso periódico.

D. S.M. se opone totalmente a que Dña. P.M ostente la custodia completa de sus hijos y al hecho de que estos se trasladen al extranjero de manera permanente. Ricardo, el hijo mayor, también se opone a mudarse, ya que se encuentra especialmente apegado a su padre y no quiere separarse de su familia y amigos, así como cambiar de sistema educativo y aprender un nuevo idioma. De hecho, le ha comunicado a su padre de que en caso de no poder quedarse con él en España presentará una solicitud de emancipación.

Debido a la oposición de D. S.M. no existe Convenio Regulador, y todas las decisiones relativas a este tema serán adoptadas por el juez correspondiente.

Cuestiones:

1. ¿Debería atribuírsele la custodia exclusiva de los hijos a la madre?
2. ¿Sería preferible la custodia compartida?
3. ¿Cómo quedaría el régimen de visitas?
4. ¿Sería posible la emancipación de Ricardo?
5. ¿Análisis y fijación de la oportuna pensión de alimentos?
6. ¿Cómo se distribuirán los gastos de los hijos?
7. ¿Existe derecho a una pensión compensatoria?
8. ¿Es legal, conforme a Derecho, el contrato laboral de Sonia?

II. SOLUCIÓN DEL CASO

El caso planteado trata sobre la constitución y disolución del vínculo matrimonial entre dos personas y las cuestiones que se suscitan o efectos que se derivan de dicha disolución, así como las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales.

Las vicisitudes del matrimonio vienen recogidas en el Título IV, Libro I del Código Civil. Concretamente, se recoge la disolución del matrimonio en el Capítulo VIII de dicho título y los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio en el Capítulo IX del mismo título. No obstante, el ordenamiento jurídico español, en el ámbito de derecho privado, está formado por una pluralidad de legislaciones, pluralidad que se deriva de la potestad legislativa que otorga a las Comunidades Autónomas el art. 149.1.8ª de la Constitución.

Pues bien, en el caso a resolver, debido a los sucesivos traslados de los cónyuges durante el matrimonio a varias Comunidades Autónomas, se suscitan dudas acerca de la legislación aplicable al matrimonio de los mismos. Así pues, el presente caso es el reflejo de las dificultades que se derivan de la coexistencia de los diferentes ordenamientos, por lo que conviene aclarar, con carácter previo a la resolución de las cuestiones planteadas, qué disposiciones resultan de aplicación.

El artículo 13 del Código civil se refiere concretamente al ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional. Pues bien, con base en la interpretación que Rodrigo Bercovitz hace de este precepto¹, señalar que, mientras que el primer apartado de este artículo 13 prevé la aplicación directa y general en todo el territorio español de determinadas disposiciones del Código, su segundo apartado atribuye a las restantes disposiciones únicamente la eficacia del derecho supletorio.

Las disposiciones respecto de las que se predica la aplicación general y directa son las contenidas en el Título Preliminar, relativas a los efectos y reglas de aplicación de las normas jurídicas, así como las contenidas en el Título IV del Libro I (arts. 42 a 107), es decir, las relativas al matrimonio. Concretamente, en lo que se refiere al presente caso, se establece la aplicación directa en todo el territorio de las disposiciones sobre la disolución del matrimonio y sus efectos. No obstante, el art. 13 exceptúa la aplicación de las disposiciones relativas al régimen económico matrimonial.

Continua el apartado 2 del precepto señalando que “*En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas específicas*”. Así, el art. 13.2 manifiesta la supletoriedad del Código respecto de los Derechos civiles, forales o especiales, excepto para las disposiciones señaladas en el apartado 1. Esta eficacia supletoria del Código Civil se eleva a rango constitucional a través del art. 149.3 C.E., que señala que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”². En efecto, como reconoce el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 121/1992 de 28 septiembre (RTC 1992\121), se deduce del art. 149.3 C.E. y se refleja en el art. 13.2 del C.c. la aplicación preferente de la legislación civil autonómica frente a la legislación del Estado.

Poniendo lo anterior en relación con lo dispuesto en el art. 149.1.8ª C.E., se concluye que a pesar de que la competencia sobre legislación civil se atribuye al Estado, la Constitución impone el respeto de los Derechos civiles, forales o especiales en esta materia y lo que corresponde exclusivamente al Estado son “*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*”, así como las “*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*”. Se deduce de la redacción de este artículo dos propósitos; por un lado, el de garantizar la unidad del sistema matrimonial en el Estado español y; por otro lado, el de conservar y desarrollar los derechos civiles especiales o forales de las CC.AA “*allí donde existan*”. Se trata de las Comunidades Autónomas que contaban con Derecho civil histórico vigente al momento de la entrada en vigor de la Constitución³⁴.

¹ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 105

² *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 106

³ PENCO, Á. A. (2010). "Derecho civil autonómico versus Derecho civil estatal: Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio". *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXVIII, Págs. 245-259

⁴ Cabe hacer referencia a la matización que el Pleno del Tribunal Constitucional hace en su sentencia 121/1992 según la cual “la remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución”.

Es decir, el artículo 148.1.8ª CE consagra a nivel constitucional la pervivencia dentro de España de varios ordenamientos civiles diferentes⁵.

Pues bien, desde que el texto constitucional otorga esta competencia a las Comunidades Autónomas, éstas han ido ampliando el ámbito material de su legislación civil foral y han venido regulando aspectos específicos del Derecho Civil como las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o las relaciones sucesorias. Esta continua ampliación de los Derecho civiles especiales es la causa de multitud de conflictos internos en el sistema español⁶.

Así lo advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2000, de 16 de octubre, en referencia a la STC 88/1993, de 12 de marzo, en la que señala que “(...) ha de tenerse presente que el art. 149.1.8 CE, al configurar una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial, y atribuir a éstas la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, ha admitido que entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España pueden surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia (...)”.

Para resolver los conflictos que se deriven de la coexistencia de las distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, el Código civil prevé en su artículo 16 - que constituye la norma de **solución de conflictos de leyes** de Derecho Interregional⁷- que resultarán de aplicación las normas del Capítulo IV del Título Preliminar, que son las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en los arts. 8 a 12 CC.

Pues bien, el art. 16.3 CC resuelve que para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio contraído entre españoles, habrá que atender a la que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 o, en su defecto, al Código civil. Se trata de los criterios del art. 9.2 CC, que determinan cuál es la ley o derecho aplicable a una relación matrimonial con presencia de elementos de extranjería. Por tanto, la remisión que el artículo 16 hace al art. 9 conduce a trasladar al ámbito del derecho interno las soluciones previstas para el ámbito de Derecho internacional privado.

Así, el artículo 9.2 establece que *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*.

Cabe señalar que, el ámbito de aplicación temporal de este precepto abarca los efectos del matrimonio ocurridos desde el 7 de noviembre de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por la que se le da su actual redacción al párrafo primero del art. 9.2 del C.c⁸. Dicha modificación se produce como

⁵ Iriarte Angel, J. L. (2009). “Conflictos de leyes internos. notas fundamentales de la situación actual” *Jado: Boletín De La Academia Vasca De Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 7(18), Pág. 65

⁶ *Ibidem*, Pág. 56

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 570/2013 (Roj: SAP Z 2194/2013)

⁸ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 69

consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida del mismo una vez que entró en vigor la Constitución de 1978. Dado que se producían situaciones jurídicas diferentes en función de la fecha de contracción del matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido cuatro situaciones (SAP B 104/2013; Roj: SAP B 1419/2013): A) Matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor del Título Preliminar del C.c. B) Matrimonios contraídos después de la entrada en vigor del Título Preliminar del C.c. del año 1973 y la entrada en vigor de la C.E. C) Matrimonios contraídos entre la entrada en vigor de la C.E. y la modificación del artículo 9.2 y 9.3 del C.c. por la Ley 11/1990, sobre no discriminación por razón de sexo; y D) los matrimonios contraídos después de vigencia de dicha Ley. Esta última situación jurídica es la que se corresponde en el presente caso con el matrimonio, que fue contraído en el año 1995, de modo que la actual redacción del art. 9.2 es la aplicable a los efectos del presente caso.

Para determinar, por tanto, la ley que resulta de aplicación al matrimonio debe determinarse la ley personal de cada uno de los cónyuges que, según indica el art. 16.1.1º C.c., viene determinada por la vecindad civil. En efecto, la **vecindad civil** es el criterio de conexión que determina la sujeción al derecho civil común o al especial, según dispone el art. 14.1 C.c. Atendiendo al segundo apartado de este artículo, se conoce que *“tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad”*. Por tanto, se desprende que el Sr. Santiago ostenta la vecindad gallega, por ser descendiente de padres gallegos y la Sra. Pilar, la madrileña por el mismo motivo. En este sentido, se determinaría la sujeción del Sr. Santiago al derecho civil de Galicia y la de la Sra. Pilar al derecho común.

No obstante lo anterior, en el presente caso cabría la duda respecto a dos cuestiones sobre dicha vecindad. En primer lugar, si el matrimonio contraído por Don Santiago y Doña Pilar altera la vecindad civil de los mismos. En segundo lugar, si el hecho de que los cónyuges hayan trasladado su residencia en varias ocasiones supone una modificación de su vecindad.

En cuanto a la primera cuestión, aclarar que, el artículo 14.4 del C.c. establece que *“El matrimonio no altera la vecindad civil”*. Esta aclaración se introduce a través de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que deroga la anterior redacción por la cual *“La mujer casada seguirá la condición de su marido”*. El matrimonio del presente caso fue contraído en el año 1995, año en el que ya se encontraba en vigor la citada ley de reforma. En cualquier caso, dicha ley contenía una disposición transitoria que permitía *“a la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido”, “recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año”* a partir de su publicación⁹. No obstante, la nueva redacción de este cuarto apartado del artículo 14 C.c. deja abierta la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda optar por la vecindad civil del otro, eventualidad que en el caso presente no ha tenido lugar. Por tanto, la conclusión respecto al caso concreto es que el matrimonio entre la Sra. Pilar y el Sr. Santiago no produce cambio en la vecindad civil de los mismos.

En cuanto a la segunda cuestión, debemos diferenciar entre la situación de Don Santiago y la de Doña Pilar. Por lo que se refiere a Don Santiago, que como se ha expuesto se encuentra sujeto al derecho civil gallego, señalar que los traslados de residencia no modifican su vecindad civil. Ello en atención al apartado 2 del artículo 4 de la Ley

⁹ Ibidem, Pág. 110

2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG)¹⁰ que reconoce el derecho de los gallegos que residan fuera del territorio de la Comunidad Autónoma a mantener la vecindad civil gallega¹¹, de modo que podrán seguir sujetos al derecho civil de Galicia. En cuanto a Doña Pilar, sujeta al derecho civil común, se debe hacer referencia al artículo 14.5 del C.c. que expone que los modos de adquirir la vecindad son:

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.

En el mismo sentido, el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil establece que “*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 declaración en contrario*”.

Pues bien, Doña Pilar reside desde el año 1995 hasta el 2000 en la Comunidad Valenciana, sin manifestación de voluntad para adquirir la vecindad civil valenciana, por lo que mantuvo la madrileña. No obstante, el 5 de febrero del 2000 se traslada a la ciudad de A Coruña, donde reside de manera continua hasta el 10 de febrero del 2010, es decir, durante diez años. Durante este periodo de tiempo, Doña Pilar no se manifiesta en contra de la adquisición de la vecindad gallega, de modo que, en virtud del punto 2º del art. 14.5 del C.c. y del art. 225 del RRC, se puede afirmar que adquirió dicha vecindad. En consecuencia, pasaría a estar sujeta al derecho civil gallego y como se expuso anteriormente, el art. 4.2 de la LDCG reconoce la opción o posibilidad al mantenimiento de la vecindad civil gallega a pesar de eventuales cambios de residencia, vecindad que se presume que opera salvo que se diga lo contrario. Sin embargo, el 13 de marzo del año 2013, tres años después de su último traslado, en este caso a Barcelona, Doña Pilar solicita la vecindad civil catalana. Esta manifestación de voluntad tras la residencia continuada durante más de dos años en Barcelona implica, de acuerdo con el punto 1º del art. 14.5 del C.c., que Doña Pilar adquiera la vecindad civil catalana.

Tras determinar la vecindad civil de los cónyuges se puede analizar cuál es la **ley aplicable al matrimonio** contraído en 1995, en relación con lo dispuesto en el citado artículo 9.2. C.c. Pues bien, los cónyuges, al tiempo de contraer el matrimonio, carecen de ley personal común. A falta de ésta, se prevé la elección por los cónyuges de la ley de aplicación de entre cualquiera de las leyes personales o de residencia de los mismos. Nada se dice en el presente caso sobre la realización de pacto para la elección de dicha ley. Por tanto, en defecto del mismo, el siguiente criterio que establece el art. 9.2 C.c. es el de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. El criterio de residencia habitual se aprecia siempre que ésta sea común a los cónyuges e inmediatamente posterior a dicha celebración¹². En el presente caso se enuncia que tras contraer matrimonio, el Sr. Santiago y la Sra. Pilar se trasladan a Valencia donde residirán durante 4 años. Por tanto, considerando esta residencia como la habitual y común a ambos cónyuges con posterioridad a la celebración del

¹⁰ El artículo 4.2 de La Ley 2/2006 reproduce el 5.2 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, vigente hasta el 19 de julio de 2006, que resulta de aplicación respecto del traslado a la Comunidad Valenciana del Sr. Santiago.

¹¹ Sande García, P. (2009). Título Preliminar En Rebolledo Varela, Á.L. (Coord.) Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia Ley 2/2006, de 14 de junio, Ed. Aranzadi, Pág. 75

¹² Rodríguez Bernot, A. (2010). “El criterio de conexión para determinar la ley personal: Un renovado debate en derecho internacional privado”. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 2(1), Págs. 186-202

matrimonio, resulta de aplicación la legislación civil de aplicación en la Comunidad Valenciana.

La Generalitat Valenciana, tras la reforma Estatut d'Autonomia de la Comunidad Valenciana, a través de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril¹³, aprueba, entre otras, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. No obstante, conviene aclarar que, para la determinación de la ley aplicable al matrimonio hay que atender al tiempo en que se produce el mismo. Esto se debe a que los cuatro puntos de conexión que establece el artículo 9.2 del C.c. están fijados temporalmente en el momento del inicio de la vida marital (con lo que se evitan problemas de “conflicto móvil”), por lo que la ley aplicable no cambia aunque varíe la nacionalidad común o la residencia habitual constante matrimonio¹⁴.

En consecuencia, al tiempo de contraer el matrimonio e inicio de la vida marital, el lugar de residencia habitual común después de la celebración del matrimonio, la Comunidad Valenciana, carecía de derecho civil especial en materia matrimonial¹⁵, eventualidad que determina la aplicación supletoria del Código civil (art. 13.2 C.c.), que sería la ley aplicable a los efectos del matrimonio de los cónyuges.

Pues bien, el artículo 9.2 del C.c. determina la inmutabilidad de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, al establecer su determinación “al tiempo de contraerlo”¹⁶. Cabe preguntarse, no obstante, cuál es el alcance material de la norma, es decir, cuáles son los efectos del matrimonio a que se refiere.

Tras la redacción dada por la Ley 11/1990 al art. 9.2 del C.c., los efectos del matrimonio son tanto personales como patrimoniales, a diferencia de la redacción anterior en la que se hacía distinción entre ambos tipos de efectos. Así lo reconoce la SAP de Málaga de 22 de junio de 2011 (Roj: SAP MA 3706/2011). En efecto, la norma de conflicto consagrada en el artículo 9.2 C.c. establece la unidad de la ley aplicable a todos los efectos del matrimonio, de modo que, no solo se regulan por esta ley los aspectos patrimoniales y personales del matrimonio propiamente dicho, sino incluso los derechos sucesorios del cónyuge viudo, en virtud del último inciso del artículo 9.8 CC (ratificado por la STS de 28 de abril de 2014)¹⁷.

Los aspectos patrimoniales se refieren principalmente al régimen económico matrimonial, el cual, dada la inmutabilidad de la ley aplicable al mismo, también permanecerá inmutable, salvo que se otorguen capitulaciones matrimoniales con posterioridad en virtud de lo dispuesto en el art. 9.3 del Código. En el presente caso se conoce que el régimen económico matrimonial es el de gananciales, bien porque así lo hayan establecido los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (art. 1315 C.c.), bien porque es el que opera en defecto de pacto (art. 1316 C.c.).

¹³ Según el Preámbulo de la Ley 5/2011, de 1 de abril, “en virtud de esta reforma, que comportó un salto cualitativo en materia competencial, se atribuyó competencia exclusiva a la Generalitat, en el artículo 49.1.2ª, para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano”.

¹⁴ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 69

¹⁵ Pues las citadas leyes valencianas entran en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE (art. 2.1. C.c.). Son, en todo caso, posteriores al momento de contraer matrimonio.

¹⁶ Francisco de Borja Iriarte Ángel habla de una congelación o petrificación en el tiempo en su Artículo sobre la “Competencia de los Tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio” de la Revista de Derecho de la UNED, núm. 16, 2015, Pág. 878

¹⁷ *Ibidem*, Pág. 877

De los efectos del matrimonio, por el contrario, quedan excluidos algunos extremos, como el nombre de la mujer casada¹⁸, filiación y relaciones paterno-filiales, donaciones entre cónyuges¹⁹ o las limitaciones a la capacidad de obrar de uno de los cónyuges derivadas del matrimonio²⁰.

Pues bien, para determinar la **ley aplicable a las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales**, la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4, por remisión del art. 16, señala que *“el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la residencia habitual del hijo”*. No debe confundirse esta norma con la contenida en el artículo 9.7 del C.c. referida a la ley que regula la prestación de alimentos entre parientes²¹. El primer criterio que señala el art. 9.4 es la ley personal del hijo que, siendo español, viene determinada por su vecindad civil (art. 16.1.1º C.c.). En el presente caso el matrimonio tiene dos hijos, por lo que, para conocer su ley personal, procede determinar la vecindad civil de ambos.

Respecto del primogénito, Ricardo, nacido en Valencia, es hijo de padre con vecindad civil gallega y madre –a la fecha de su nacimiento- con vecindad civil madrileña. Por tanto, rige la regla del artículo 14.3 del C.c. según el cual *“Si al nacer el hijo (...) los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común”*. En el caso presente se entiende que la filiación de ambos cónyuges se determinó al mismo tiempo, pues se presume de la redacción del artículo 113 C.c., según el cual *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y (...) por la posesión de estado”*. En consecuencia y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.3 C.c., el hijo tiene la vecindad civil valenciana, por ser su lugar de nacimiento la ciudad de Valencia, en la que residían los progenitores en 1999, año que nació. Esta es la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales respecto del menor.

Como se ha señalado, en Valencia se ha promulgado la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Sin embargo, para la determinación de la ley personal se atiende al momento de nacimiento del menor, 1999, año en el que no existía la citada ley. El artículo 2.3 del Código civil establece que *“las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*. Pues bien, las disposiciones transitorias que contempla la Ley 5/2011, que sería la aplicable al caso en materia de relaciones paterno filiales, hacen referencia exclusivamente a la aplicación de la ley a la hora de revisar medidas judiciales adoptadas conforme a la legislación anterior (DT primera); así como, su aplicación a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor (DT segunda). Por tanto, no se determina la aplicación retroactiva de la ley en el caso concreto.

¹⁸ Se rige por la ley designada por el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos.

¹⁹ Se rigen por el art. 10.7 C.c., que prevé la aplicación, en todo caso, de la ley nacional del donante.

²⁰ Se rige por el art. 9.1 C.c., es decir, la ley personal.

²¹ Cuya inaplicación manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de mayo de 2010 (Roj: SAP B 5480/2010).

Cabe precisar que, el hecho de que la ley personal del menor sea la valenciana, no impide que se produzcan cambios en su vecindad civil a lo largo de su vida. En efecto, la familia se traslada en el año 2000, por lo que el menor reside de manera continua durante un periodo de diez años (desde el 5 de febrero del 2000 hasta el 10 de febrero del 2010) en la ciudad de A Coruña. Durante este periodo de tiempo, no se produce manifestación en contra de la adquisición de la vecindad gallega, de modo que, en virtud del punto 2º del art. 14.5 del C.c. y del art. 225 del RRC, se puede afirmar que Ricardo adquirió dicha vecindad.

Por su parte, en aplicación del art. 14.3 del C.c., la hija menor, Sonia ostenta la vecindad civil gallega, por corresponderse el lugar de su nacimiento con la ciudad de A Coruña, en la que residía la familia en la fecha del nacimiento de la menor, el 23 de julio de 2005. En este sentido, la ley personal de la hija menor es la reguladora del Derecho civil de Galicia y, en su defecto, el Código civil.

Pues bien, atendiendo a la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, vigente en el año de nacimiento de la hija -2005- se concluye que carecía de disposiciones que regulasen las relaciones paterno-filiales. Por su parte, la actual Ley 2/2006, de 14 de junio, que deroga la anterior, tampoco introduce disposiciones relativas a esta materia, por lo que, tampoco hay disposición transitoria alguna que determine la retroactividad de las mismas. Las únicas materias que se regulan respecto de los menores son las contenidas en el Título I relativo a la protección de los menores, que recoge todas las cuestiones sobre asistencia social, desamparo, guarda administrativa y acogimiento y; las contenidas en el Título II, relativo a la adopción.

Por lo que se refiere al posterior traslado de los menores el 10 de febrero de 2010 a la ciudad de Barcelona, en la que residen hasta la actualidad (entendida como el año fecha de interposición de la demanda de divorcio, el 2015), se mantiene su vecindad civil gallega, pues la LDCG –en su revisión vigente en la fecha de traslado- reconoce el derecho de los gallegos que residan fuera del territorio de la Comunidad a mantener su la vecindad civil (art. 4), salvo manifestación en contrario para la eventual solicitud de la vecindad civil catalana con base en el art. 14.5.1º C.c.

Por tanto, tanto en lo que se refiere a las relaciones paterno-filiales del menor como a las de la menor, opera supletoriamente el Código civil. Así pues, ha de aplicarse el Título VII del Libro primero del Código Civil, debiendo completarse dicha regulación con las normas establecidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) –que establece los principios básicos en esta materia, así como los derechos y deberes de los menores y sus progenitores-.

Una vez determinada la legislación aplicable, procede la resolución de las cuestiones planteadas.

PRIMERO.- SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA

El 7 de julio de 2015 la Sra. Pilar presenta demanda de divorcio en el Juzgado nº 10 de Barcelona, tribunal competente en procesos matrimoniales y de menores, en virtud de la competencia que el art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce, por tratarse

del Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal –sito en la Avenida Diagonal, 5, de Barcelona-.

Se requiere, en primer lugar, determinar la idoneidad para el presente caso del establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida o exclusiva respecto de los menores. Para ello, en principio, debe atenderse a lo dispuesto en la fuente principal de la regulación jurídica en materia de nulidad, separación y divorcio, el convenio regulador, pues las disposiciones legales y judiciales se consideran, en términos generales, como supletorias de lo acordado por los cónyuges²². El contenido mínimo del convenio regulador viene determinado en el artículo 90 C.c., sin embargo, en el presente caso no existe acuerdo entre los cónyuges, de modo que correspondería al juez determinar las medidas definitivas a adoptar “*en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas*” (art. 91 C.c.).

El **beneficio del hijo** –*favor filii*- y la **no exención a los padres de las obligaciones paternofiliales** constituyen los principios reguladores en sede de patria potestad, guarda y custodia²³.

El interés del menor se consagra constitucionalmente en el artículo 39 C.E., que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial la protección integral de los menores de edad (art. 39.2 C.E.), de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Recogido ampliamente por la jurisprudencia, el *favor filii* constituye el límite y punto de referencia a la hora de determinar las medidas que deben tomarse respecto de los hijos. Y por tanto, dicho interés ha de presidir el modelo de custodia a imponer²⁴. Tal y como sentencia la Audiencia Provincial de A Coruña en su resolución 451/2015²⁵: “el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5 ; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia”.

Pues bien, pasando a examinar las medidas adoptables en este caso, señalar que, como se ha expuesto, la regla general respecto de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura del vínculo matrimonial es la instaurada en el artículo 92.2 del C.c., que establece que “*la separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones con los hijos*”. Las crisis matrimoniales, por tanto, no alteran el contenido de los derechos de la patria potestad. No obstante, el art. 94 C.c. prevé la posibilidad de establecer el ejercicio compartido o exclusivo de la patria potestad, al señalar que “... *el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o*

²² De Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de Derecho civil (IV) - Derecho de familia (3ª ed.)*. Madrid - Madrid: Colex, Pág. 170

²³ *Ibidem*, Pág. 176

²⁴ Zurilla Cariñana, Mª Ángeles (2010). *Las disputas judiciales en torno a los hijos: Una constante en las crisis matrimoniales* (1ª ed.) Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones, Pág. 11

²⁵ Roj: SAP C 3472/2015

parcialmente por unos de los cónyuges". En el presente caso no hay motivos para encomendar el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los cónyuges, ni para privar a ninguno de los progenitores de la misma.

Respecto a la guarda de los menores, tras la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se da una nueva redacción al art. 92 del Código civil, recogiendo la posibilidad de su ejercicio compartido. No obstante, se establecen ciertos requisitos para que sea acordado. En primer lugar, el artículo 92.5 C.c. señala que debe ser solicitado o acordado por ambos cónyuges. En tal caso, *"el juez (...) adoptará las medidas procedentes (...) procurando no separar a los hermanos"*. Pero además, el apartado 6 de este precepto establece como medida previa al acuerdo del régimen, la obtención de informe del Ministerio Fiscal, así como la audiencia a los menores que tengan suficiente juicio, valorándose además *"la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"*.

Cabe, según el art. 92.8 C.c., de manera excepcional establecer la guarda y custodia compartida a instancia de una sola de las partes, *"con informe favorable del Ministerio Fiscal, (...) fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor"*.

Por tanto, se establece la guarda compartida como una modalidad que debe de proceder del común acuerdo entre los cónyuges o de manera excepcional de la decisión judicial, siempre con intervención del Ministerio Fiscal.

En la práctica jurisprudencial, la reforma que lleva a cabo la Ley 15/2005, de 8 de julio, inicialmente, apenas supuso variación en las pautas de atribución de la guarda y custodia, caracterizadas hasta entonces por el establecimiento de una custodia individual que, en más del 85% de los casos era materna. Sin embargo, a partir de 2009 cabe identificar un aumento significativo de las resoluciones judiciales que acuden al sistema de guarda compartida²⁶.

Se evidencia un cambio de tendencia justificado en la evolución de la sociedad. En efecto, si se realiza una comparación de la redacción de ciertas regulaciones autonómicas frente a la común, se refleja una gran diferencia. Ciertos legisladores autonómicos siguen la línea de adoptar como criterio general el de la custodia compartida frente a la individual de uno de los progenitores. En este sentido, la Ley de Cortes de Aragón de 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; la Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven o; la Ley del Parlamento Catalán nº 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2^a del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (arts. 233.8 y 233.10).

Tomando como ejemplo la justificación que el legislador catalán ofrece para declarar la preferencia por la guarda y custodia compartida, señalar que, se hace referencia al cambio de tendencia en la atribución de las responsabilidades parentales, en virtud del cual *"se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro"*. Concretamente, hace hincapié en que han

²⁶ De Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de Derecho civil (IV) - Derecho de familia (3^a ed.)*. Madrid: Colex, Pág. 177

desaparecido “*las dinámicas de ganadores y perdedores*” y que “*las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor*” deben ejercerse atendiendo al carácter conjunto de dichas responsabilidades. De hecho, el legislador catalán entiende que el interés del menor se traduce en continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores, y ello no deriva sino de “*la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas*”.

La jurisprudencia también indica la preferencia por el régimen de guarda compartida, concibiéndolo como “el sistema normal y preferido por la ley al hacer a ambos progenitores igualmente responsables en educación, crianza y llevanza de las menores y ello partiendo de que es lo más beneficioso para las mismas” (SAP Barcelona 659/2015).

En definitiva, mientras que los legisladores autonómicos prevén el régimen de guarda compartida como el de aplicación preferente, el Código civil, en su redacción actual, lo mantiene como algo excepcional, que solo se acuerda de común acuerdo por los cónyuges o, cuando lo solicite una parte y exista informe favorable del Ministerio Fiscal que se fundamente en que únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.5 ° y 8° C.c.).

Pues bien, pese a la literalidad del Código civil, por una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el art. 92.8 Código civil. Por otra parte, desde hace unos años se ha venido sentando la doctrina jurisprudencial que considera que tal precepto no debe ser la excepción, sino la regla. Así, establece el Tribunal Supremo como doctrina a 29 de abril de 2013 (N° rec.: 2525/2013²⁷) lo siguiente: “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”. Pues bien, continúa el Tribunal señalando que, el artículo 92 no está pensado “como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”, sino como una “forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven”. Por tanto, es en este interés en el que hay que pensar a la hora de acordar la guarda.

Esta doctrina tiene su base en textos como la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, en la que ya se proclamaba el principio de igualdad entre los progenitores y el derecho de cada menor a convivir con ambos, lo que debe ser compatible con el interés superior del menor. En ella se apunta que, para el pleno desarrollo de la personalidad del menor debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Por tanto, la guarda y custodia compartida constituye una de las modalidades admitidas en la Ley española, “*al mismo nivel que la exclusiva a favor de la madre o del padre, y cabe aunque haya discrepancias entre los cónyuges u oposición del Ministerio Fiscal*” (SAP de A Coruña n° 451/2015²⁸). De hecho, en términos del Tribunal Supremo es el régimen deseable.

²⁷ Roj: STS 2246/2013

²⁸ Roj: SAP C 3472/2015

Ahora bien, a pesar de que la jurisprudencia establece la guarda compartida como modalidad deseable, se ha señalado y cabe volver a reiterar ahora la importancia del interés del menor que, como se ha expuesto se consagra en los tratados internacionales, en nuestra Constitución y también en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, se desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés sea prioritario.

Así, se modifica el artículo 2 de la LOPJM, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño. Se destaca la importancia del interés del menor al dotarlo de un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento²⁹. De este manera, se reconoce que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 2 LOPJM). Así ya lo reconocía la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1987, señalando que el interés del menor debe ser el principio rector en esta clase de procesos, debiéndose examinar las circunstancias de cada caso concreto para llegar a una solución estable que prime este interés frente a cualquier otro en juego, incluido el mantenimiento de la unidad familiar³⁰ y el principio de igualdad de los cónyuges, que ceden ante este interés³¹.

Por tanto, el interés del menor es el criterio determinante a la hora de adoptar las medidas que les afecten (art. 2 LOPJM), lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tal y como reconoce este Tribunal en su sentencia nº 585/2015 (Roj: STS 4442/2015), se trata de un interés que, ni el artículo 92 C.c. ni el artículo 9 de la LOPJM, define ni determina, por lo que su fijación en cada caso concreto deviene compleja. Continúa señalando que, se pretende la máxima proximidad al modelo de convivencia anterior “existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la (...) responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo (...) de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (STS 2 julio 2014³²)”.

Para su determinación hay que atender o ponderar las circunstancias del caso concreto. El problema que surge es que, a diferencia de legislaciones autonómicas, como la valenciana o la catalana, y de la de otros Estados, como el francés (art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o el inglés (en la Children Act 1989), el Código civil español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores.

²⁹ Redacción de la revista La Ley. Derecho de Familia. “Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Proyecto de Ley y Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOCG de 27 de febrero de 2015)”. Wolters Kluwer. Disponible en: <http://pdfs.wke.es/2/9/1/4/pd0000102914.pdf>, Fecha de consulta: 08/02/2016

³⁰ Castillejo Manzanares, R. (2007) *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho* (1ª ed.) Ed. Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, Págs. 393-394

³¹ García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y práctica*. Ed. Juruá, Pág. 22

³² Roj: STS 2650/2014

Sentencias como la de la Audiencia Provincial de A Coruña 219/2012³³, basándose en el derecho comparado, ponían de manifiesto la necesidad de atender a ciertos criterios para determinar el interés del menor en el caso concreto.

De acuerdo con lo anterior, finalmente el Tribunal Supremo en la ante citada sentencia de 29 de abril de 2013³⁴ y posteriores (SSTS 25 de abril de 2014 y 21 de octubre de 2015³⁵), se pronuncia al respecto y ofrece una serie de criterios a los que atender para establecer el régimen de guarda más conveniente en función del interés concreto del menor. Así, señala 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 ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*.

Asimismo, dada la indeterminación del concepto jurídico del interés del menor, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, también propone, con base en la jurisprudencia, una serie de criterios a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés del menor. Entre ellos se encuentran la consideración de los deseos del menor, su desarrollo en un entorno familiar adecuado, la preservación de sus relaciones familiares, así como la preservación de su identidad, cultura o idioma.

A la luz de lo anterior, se debe examinar, por tanto, la bondad o no de la guarda o custodia compartida, que en principio es la modalidad deseable, en función de las circunstancias concurrentes en el caso.

Pasando a valorar dichas circunstancias se pueden realizar las siguientes consideraciones:

A. SOBRE LOS HIJOS MENORES:

El matrimonio cuya disolución se pretende en el presente caso cuenta con dos hijos menores, Ricardo (nacido el 14 de abril de 1999) y Sonia (nacida el 23 de julio de 2005). A pesar de la diferencia de edades, ambos se encuentran muy unidos entre ellos, por lo que no se observa razón alguna por la que deban ser separados. Como se ha señalado, el art. 92.5 del C.c. establece que se debe procurar no separar a los hermanos y es que, toda medida que se adopte en relación a los hijos, como es la decisión de separarlos, debe fundarse en el interés superior del menor. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha señalado que *“Tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y, si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más*

³³ Roj: SAP C 1340/2012

³⁴ Roj: STS 2246/2013

³⁵ Roj: STS 4442/2015

beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos” (Sentencia del Tribunal Supremo 530/2015)³⁶.

Por tanto, puede concluirse que la diferencia de edad que existe entre Ricardo, de dieciséis años, y Sonia, de diez, no es motivo para adoptar una medida tal como la separación de los menores. En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 219/2012³⁷.

Por otra parte, como se ha expuesto, la tendencia hasta hace poco en España consistía en atribuir la guarda individual a uno de los progenitores, concretamente la madre, estableciéndose un régimen de visitas respecto del otro. Este régimen se asienta sobre la idea, tradicionalmente asumida, de que es la madre la que debe ocuparse preferentemente de la familia y del cuidado de los hijos³⁸. Desde un punto de vista sociológico, se suele presumir una mayor capacidad en la mujer para cuidar de los hijos. No obstante, esta presunción, tal y como afirma la sentencia 732/2014³⁹, de 27 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, únicamente encuentra su base en el primer periodo de vida de los menores, en el que precisan de lactancia materna o necesidades especiales del periodo neonatal. Dadas las edades de los menores en el presente caso, no se entiende que se encuentren en un periodo en el que requieran tales especiales atenciones biológicas por parte de la madre. De hecho, a Ricardo le faltan dos años para alcanzar la mayoría de edad.

En cuanto a la opinión de los hijos, en el caso concreto, se desconoce la opinión de la hija más pequeña, Sonia. De Ricardo se dice que ya sufrió las consecuencias de la separación de sus amigos y abuelos cuando la familia se trasladó de A Coruña a Barcelona. Ante la situación actual ha manifestado que se opone a mudarse a Suecia, ya que “se encuentra especialmente apegado a su padre y no quiere separarse de su familia y amigos, así como cambiar de sistema educativo y aprender un nuevo idioma. De hecho, le ha comunicado a su padre que, en caso de no poder quedarse con él en España, presentará una solicitud de emancipación”. Tales declaraciones por parte del menor reflejan claramente su oposición ante un traslado al extranjero y una separación de su entorno. Sin embargo, no se puede deducir de las mismas la preferencia del menor respecto a un régimen de guarda y custodia exclusiva o compartida en favor de ninguno de los dos progenitores. El hecho de que exista predisposición del menor a vivir con el padre y, en caso contrario, a emanciparse, no evidencia sino el temor del menor respecto a que la madre lleve a cabo su pretensión de trasladarse con los menores a Suecia. En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 219/2012⁴⁰.

³⁶ Roj: STS 3890/2015

³⁷ Roj: SAP C 1340/2012

³⁸ Zurilla Cariñana, María de los Ángeles (2010). *Las disputas judiciales en torno a los hijos: Una constante en las crisis matrimoniales* (1ª ed.) Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones, Págs. 13-14

³⁹ Roj: SAP B 12267/2014

⁴⁰ Roj: SAP C 1340/2012

B. SOBRE LA SITUACIÓN DE LAS VIVIENDAS

Si se analiza la jurisprudencia y regulaciones autonómicas como la catalana (art. 233-11 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia) constituye una circunstancia relevante para establecer un régimen de guarda y custodia compartida la proximidad entre las viviendas de ambos progenitores.

Así, la jurisprudencia estima inviable la guarda y custodia compartida si existe lejanía entre las poblaciones de los padres (STS 512/2009, de 30 de junio). Por lo que, es fundamental que los progenitores vivan en la misma población o bien que haya proximidad geográfica entre los lugares de residencia de ambos⁴¹.

En el caso concreto se informa que, desde que se interpuso la demanda de divorcio el padre alquila un piso en una calle cercana a la vivienda familiar, en la que residen desde entonces la mujer con los hijos. Concretamente en Carrer Josep Pla, que se encuentra a poco más de 200 metros del nº 5 de la Avda. Diagonal. Esta proximidad facilita en gran medida un régimen de custodia compartida, pues los menores no se trasladarían ni de barrio, y evidencia por parte del padre la intención de estar próximo a sus hijos.

C. SOBRE LA RELACIÓN Y APTITUD DE LOS PROGENITORES

Según la jurisprudencia también resulta determinante para acordar un régimen de guarda u otro la relación que exista entre los progenitores. Debe valorarse la aptitud y la disponibilidad de cada uno de los ellos para asumir sus deberes y cooperar con el otro, en aras de garantizar la máxima estabilidad a los hijos.

En efecto, la SAP Barcelona 743/2015⁴², de 22 de octubre, pone de relieve que, la existencia de un reparto compartido de las funciones parentales no viene determinada por un reparto igualitario del tiempo del menor, sino que dependerá del “grado de corresponsabilidad, de comunicación entre los progenitores y de intercambio de información”.

La jurisprudencia considera que no procede la guarda y custodia compartida cuando la relación entre los progenitores es nula y no se comunican ni para resolver temas relevantes de la vida de los hijos (SAP Barcelona 743/2015). En este caso, no parece que se pueda decir que la relación entre los cónyuges sea nula, sino que se puede pensar, según la descripción de la madre, que ésta toma las decisiones de manera impulsiva y, por tanto, no las comparte con su marido y no haya aptitud de colaboración o cooperación por su parte.

El Tribunal Supremo, por su parte, habla de la exigencia de “una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo” entre los progenitores para acordar el régimen de guarda compartida. Asimismo, señala que, “La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción

⁴¹ García Presas, I. (2015). *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 57

⁴² Roj: SAP B 10051/2015

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” (SSTS 619/2014⁴³ y 585/2015⁴⁴).

Será inviable acordar el régimen de guarda compartida cuando haya continuos enfrentamientos entre los progenitores derivados de diversos estilos educativos⁴⁵.

En el presente caso, como se ha señalado, ciertas actitudes de la madre pueden suscitar dudas acerca de la “actitud razonable” y “habilidades de diálogo” a las que se refiere el TS. Concretamente, la impulsiva decisión de la madre de trasladarse a Suecia tomando la decisión unilateral de impulsar la carrera profesional de su hija sin aprobación del padre, puede oponerse a lo que se entiende por “diálogo”, “actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor”, o “respeto” entre los progenitores que permite adoptar conductas que beneficien al mismo.

Puede entenderse que hay conflicto entre los criterios que el padre y la madre manejan respecto a la correcta educación y beneficio del menor. Ello se refleja sobre todo en las actitudes que cada uno toma respecto al desarrollo de la hija, Sonia. Así, independientemente de la valoración que deba recibir la decisión de traslado de la menor para trabajar durante dos años en Suecia como protagonista de una campaña publicitaria con una agencia de modelos infantil, mientras que para la madre la decisión es beneficiosa, el padre considera que su hija es demasiado pequeña para trabajar y que le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad.

Este punto puede resultar un impedimento para establecer una guarda y custodia compartida, ya que si a las dificultades propias de un proceso de divorcio se le añade la falta de comunicación y aptitud colaboradora de uno de los progenitores, así como la conflictividad respecto a las decisiones de la vida del menor, difícilmente se podrá hablar de una corresponsabilidad parental. A pesar de ello, existe jurisprudencia que considera que únicamente en casos de grave conflictividad es desaconsejado el sistema de guarda compartida (SSTSJC nº 29/2008, 24/2009 y 27/2011). Sin embargo, de acuerdo con los criterios que maneja el Tribunal Supremo, las actitudes de los progenitores en el presente caso -o al menos de uno de ellos- no son las necesarias para el establecimiento del régimen de guarda compartida.

D. SOBRE LA DEDICACIÓN A LA FAMILIA Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL

Cabe valorar a continuación la dedicación pasada a la familia y el tiempo dedicado a la educación y crianza de los menores, así como la capacidad o aptitud de cada progenitor para ello.

En principio, ambos progenitores parecen aptos para garantizar el bienestar de los menores, pues no hay motivo para pensar que alguno de ellos carezca de aptitudes

⁴³ Roj: STS 4342/2014

⁴⁴ Roj: STS 4442/2015

⁴⁵ García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 56

para el ejercicio de la responsabilidad parental, ni para procurar un buen entorno a los menores.

No obstante, la dedicación a la familia difiere bastante respecto de un progenitor a otro. En el presente caso se señala que, desde que el Sr. Santiago y la Sra. Pilar contraen matrimonio, ambos deciden que lo mejor es que la mujer deje su trabajo para dedicarse al cuidado de la vivienda familiar y de los hijos. El horario laboral del padre es extenso, de 9 h de la mañana a 19h de la tarde, lo que complica su disponibilidad para el cuidado personal de los menores. Así, durante la convivencia marital ha sido la madre la que ha realizado las tareas del hogar y la que, principalmente, se ha ocupado del cuidado de los hijos, lo que continuó haciendo tras el cese de la convivencia conyugal y la interposición de la demanda de divorcio. En efecto, desde este momento el padre se traslada a una vivienda cercana a la familiar, quedando la madre con los hijos en aquella.

Para el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, por semanas alternas, por ejemplo, sería preciso que la semana que corresponda a cada progenitor la guarda de los menores esté disponible para atender a las necesidades diarias de los mismos. Si bien es cierto que estas necesidades diarias pueden ser mucho menores respecto al hijo de dieciséis años, no es así respecto de la hermana menor de diez y es que, como señala García Presas⁴⁶, resulta complicado estipular un régimen de guarda compartida cuando la situación profesional de uno de los progenitores exige desplazamientos en el tiempo prolongados o situaciones irregulares de permanencia del progenitor en el domicilio.

En cualquier caso, el ejercicio de la guarda no se puede traducir en la presencia personalísima del padre o de la madre en todo momento junto a los hijos. Tal y como sentencia la Audiencia Provincial de Barcelona en su resolución nº 732/2014⁴⁷, “en un entendimiento normal y racional de lo que significa cuidar de los hijos, incluso en las familias que mantienen la convivencia familiar estable, es lógico servirse de familiares y otras personas del entorno para poder compatibilizar el trabajo con la dedicación a la familia”.

Cabe resaltar que, este factor señalado por la Audiencia puede suponer un inconveniente en el presente caso para establecer una guarda y custodia compartida, pues en el caso concreto se evidencia una falta de familiares o personas del entorno a los que dejar a cargo a los menores durante el tiempo en el que el padre no se encuentre disponible que, se debe recordar, abarca 10 horas al día.

Por tanto, el padre se encuentra atado a un amplio horario laboral, que le impide hacerse cargo de las necesidades de sus hijos, horario que no puede ser modificado y adaptado al de los menores, cuyo interés debe de primar. Ante tal circunstancia, resulta razonable otorgarle la guarda y custodia al progenitor que sí goza de esta disponibilidad, que en este caso coincide con la madre. En este sentido se pronuncia de nuevo la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 731/2015⁴⁸ de 20 de octubre (sección 18ª), respecto de un padre que por su profesión de bombero no puede hacerse cargo de las necesidades de su hijo.

⁴⁶ García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 58

⁴⁷ Roj: SAP B 12267/2014

⁴⁸ Roj: SAP B 10106/2015

Cabe precisar que, en su caso, el hecho de atribuir la guarda y custodia a la madre no se haría en absoluto siguiendo la práctica tradicional de otorgar el cuidado de los menores a la madre y el sustento económico al padre, con base en la forma tradicional de organización familiar; sino que, el criterio de atribución es, en todo caso, el horario laboral. Se trata de realizar una comparación de las posibilidades de conciliación de la vida laboral con la familiar que se le presentan a cada progenitor y, en igualdad de condiciones, decidir. Se trata en definitiva de un criterio de decisión que permite valorar las circunstancias en igualdad de condiciones para los progenitores⁴⁹.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, señala en su Exposición de Motivos que, se pretende eliminar el “antiguo modelo de la separación-sanción”, en el que uno de los progenitores, generalmente el padre, se quedaba “alejado de la prole”. Señala el legislador que, esta práctica ha provocado que en muchos casos los menores hayan sufrido los innecesarios perjuicios derivados de la imposibilidad de mantener una fluida relación con el progenitor alejado.

Pues bien, continua el legislador imponiendo que toda medida que se tome en relación a los hijos “que suponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”.

Es por este motivo, por el que en el presente caso se considera que resulta conveniente apartarse de la modalidad preferida con carácter general, la guarda compartida, pues la mejor realización del beneficio e interés del menor pasa en este caso por mantener su estabilidad.

De ahí que García Presas⁵⁰ considere que, para que se desarrolle adecuadamente una guarda y custodia es preciso que antes de la ruptura matrimonial ambos progenitores asuman las tareas de cuidado de los hijos de manera más o menos igualitaria ya que, si la situación previa e inmediata no ha sido así, este régimen de convivencia supondrá una novedad para el cónyuge que no se ocupó de forma directa de la crianza de sus hijos siendo, por lo tanto, muy desaconsejable estipular en estos casos una guarda y custodia compartida.

En efecto, en el caso concreto, en atención a la indisponibilidad horaria del padre para realizar estos cuidados, ha sido la madre durante toda la vida de los menores la que ha asumido estas funciones. Tal y como reconoce la SAP B 718/2015⁵¹, ello no supone un desmerecimiento de la función paterna, pero sí ha condicionado la organización cotidiana de los menores, por lo que en atención a su interés, que se traduce en este caso en la estabilidad de los menores, debe primar la continuidad de esta organización.

En el mismo sentido, en su sentencia 750/2015, la Audiencia Provincial de Barcelona señala que la tranquilidad y equilibrio de los menores “debe imperar sobre cualquier otro interés en juego, lo que pasa en este caso, por no introducir cambios en su vida, cambios que no se consideran en estos momentos

⁴⁹ García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 43

⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 57

⁵¹ Roj: SAP B 10130/2015

imprescindibles”. Al igual que en este caso, en el que juzgaba la Audiencia en la citada sentencia, la guarda de los hijos había sido atribuida a la madre -con quien vivían-, mientras que para el padre se había fijado un régimen de visitas amplio, lo que, según la AP “les proporciona un entorno estable que no debe ser alterado so pena de introducir elementos desestabilizadores que en nada beneficiarían a los menores”.

Por último, cabe resaltar también el hecho de que el padre no solicita expresamente el régimen de custodia compartida, sino que se opone a la custodia completa por parte de la madre, en gran medida, por la pretensión de ésta de trasladar a los menores al extranjero.

Son muchos los factores a tener en cuenta, unos que propician la guarda compartida y otros que la desaconsejan. No obstante, cabe puntualizar que la guarda compartida se contempla como preferida, pero no como preferente y, en cualquier caso, sometida al interés del menor que siempre debe primar (SAP B 742/2015)⁵².

Tras ponderar las circunstancias del caso que justifican este interés se puede concluir que, la práctica anterior de los progenitores, que pasa por los cuidados prácticamente en exclusiva de la madre durante toda la vida de los menores bajo el mutuo acuerdo de los progenitores; las dificultades de conciliación de la vida laboral con la familiar que se le presentan al padre; unido a la falta de diálogo entre los progenitores y actitud colaboradora en aras al desarrollo y beneficio de los menores determina en el presente caso que, en interés del menor, se aconseje un ejercicio conjunto de la patria potestad, con atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre, sin perjuicio de la fijación de un amplio régimen de comunicación y estancia para el padre.

SEGUNDO.- SOBRE LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO

A la hora de determinar la fijación del domicilio de los menores tras la ruptura matrimonial, se debe tratar la cuestión implícita en el presente caso respecto a la pretensión de la Sra. Pilar de trasladarse junto a sus hijos de manera permanente al extranjero, con el fin de concluir un contrato laboral para su hija menor. Concretamente, se presenta la duda de si tal traslado sería posible.

Para resolver esta cuestión cabe determinar la naturaleza de la decisión de la fijación del domicilio del menor. Pues bien, de acuerdo con lo estipulado en la STS de 26 de octubre de 2012⁵³, "La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código civil, respecto de la obligación de vivir juntos”.

Por tanto, por una parte, la patria potestad es la causa de la guarda y custodia del menor y de las decisiones que se tomen respecto a él y, por otra parte, es la consecuencia legal

⁵² Roj: SAP B 10046/2015

⁵³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº642/2012. Ponente José Antonio Seijas Quintana.

inherente a la determinación de la filiación. Tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia 583/1995 de 17 de junio⁵⁴, la patria potestad es un efecto legal propio de la relación paterno o materno filial, de modo que una vez que queda determinada la filiación, la patria potestad corresponde automáticamente al progenitor⁵⁵.

El artículo 156 C.c. establece que *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”*. Solo serán válidos los actos realizados por un progenitor unilateralmente conforme al uso social o en situaciones de urgente necesidad. Continúa el precepto previendo 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”*.

A la luz de este artículo se reitera que, en sede de nulidad, separación y divorcio rige el principio de la no exención de las obligaciones paterno-filiales (art. 92.2 C.c.), por lo que, las crisis matrimoniales no alteran el contenido de la patria potestad. En consecuencia, las decisiones que deriven de la misma seguirán correspondiendo a los progenitores.

Sin embargo, tal y como señala el Tribunal Supremo en la ante citada sentencia *“La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia”*.

En efecto, ante la disolución del vínculo matrimonial y cese de la convivencia, los cónyuges se ven abocados a distribuir ciertas funciones respecto de los menores, como puede ser satisfacer las necesidades alimenticias de manera directa, que se realizará por el progenitor custodio, mientras que el otro contribuye a las mismas con una cantidad dineraria. No obstante, responsabilidades como la de velar por el menor o la toma de ciertas decisiones importantes para su vida, así como su representación y administración de sus bienes, serán ejercitadas por ambos progenitores conjuntamente⁵⁶.

La decisión de la fijación del domicilio del menor, cuyo interés es objeto de la máxima protección, constituye una de estas decisiones relevantes para la vida del menor y, en términos del Tribunal Supremo, es una decisión que deriva de la patria potestad. Lo pone así de relieve el Tribunal señalando que, *“Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa y tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda (...)”*.

En efecto, la decisión de la fijación del domicilio del menor corresponde a ambos progenitores titulares de la patria potestad. Señalar que, legisladores como el de Cataluña han querido manifestar expresamente esta cuestión, estableciendo que la

⁵⁴ RJ 1995\5304

⁵⁵ Asociación Española de Abogados de Familia (2010). *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, Pág. 159

⁵⁶ Asociación Española de Abogados de Familia (2010). *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, Págs. 161-162

determinación del domicilio de los hijos corresponde a los progenitores y forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17.2 CC Cat).

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia 404/2015, en la que califica a la decisión sobre la residencia de un menor de edad como “uno de los contenidos propios de la patria potestad y debe respetar en todo caso el interés superior del niño o, dicho al revés, no puede hacerse por uno solo de los titulares de la patria potestad sin consentimiento del otro”. Se trata de la línea jurisprudencial más destacada, que avala el Tribunal Supremo de nuevo en su sentencia de 17 de diciembre de 2013⁵⁷, en la que va más allá y ofrece una lista de decisiones que se incluyen en el ámbito de la patria potestad, que son las relativas a:

- “a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.
- b) Elección inicial o cambio de centro escolar.
- c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
- d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).
- e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos. Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de los menores y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de sus hijos.”

Todas estas decisiones, como contenido esencial de la patria potestad, se deben ejercer de modo conjunto por los progenitores de mutuo acuerdo y, en caso de discrepancia, resolverá lo que proceda el juzgado conforme a lo previsto en el artículo 156 del Código civil.

Por su parte, en el III Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008, se concluye que el término “custodia” hace referencia a la convivencia y no implica en ningún caso que el cónyuge que la ostente tenga más derechos y un status privilegiado frente al otro. Asimismo, se concluye que ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto al hijo tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor, las que afecten al cambio escolar, al sanitario o a celebraciones religiosas⁵⁸.

En este punto se puede diferenciar entre las decisiones tomadas en el ejercicio de la guarda y custodia de las decisiones que se toman en virtud y en ejercicio de la patria potestad. Mientras que las primeras son decisiones ordinarias o del día a día, las segundas son decisiones extraordinarias o trascendentales, que se entienden como las más relevantes en la vida del menor y, por ello, deben ser tomadas de común acuerdo por ambos progenitores titulares de la patria potestad (salvo en situaciones de urgente necesidad), pues de la misma se deriva la facultad de la toma de estas decisiones.

⁵⁷ ROJ: STS 5966/2013. Sala de lo Civil Municipio: Madrid-Sección: 1, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. N° Recurso 2645/2012, en su antecedente de hecho Primero, final, Pág.7

⁵⁸ Asociación Española de Abogados de Familia (2010). *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, Pág. 163

Por tanto, se concluye que, aun en el caso de atribución de la guarda y custodia exclusiva a favor de un progenitor, como es el caso, nada afecta a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de cada progenitor, entre los que se encuentra la toma de decisiones tan relevantes para la vida del menor como es la del cambio del domicilio. En este sentido la sentencia 73/2015 de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana⁵⁹. En definitiva, la situación fáctica de la guarda y custodia es irrelevante a la hora de determinar la idoneidad de actuaciones en términos de patria potestad (SAP A Coruña 404/2015⁶⁰).

No obstante lo anterior, debe puntualizarse que, existe parte de la doctrina que considera no es preciso el consentimiento de ambos progenitores cuando el cambio de domicilio del menor se produzca dentro de la misma población y barrio, manteniéndose el colegio, y que no afecte a las relaciones sociales y familiares del menor. Esta línea es la seguida en la redacción del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que establece en su artículo 236-11.6 que, para el caso de vida separada de los progenitores, el progenitor custodio “necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos” o “para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual”. No obstante, en el caso presente el cambio de residencia planteado por la madre supone, en todo caso, apartar a los menores de su entorno habitual. Con lo que, según esta doctrina sería igualmente preciso el consentimiento del otro progenitor.

Como se ha señalado, en caso de desacuerdo entre los progenitores se requiere la intervención del juez, eventualidad que tiene lugar en el caso que nos concierne, pues el Sr. Santiago ha manifestado su oposición total al cambio de residencia que su mujer unilateralmente pretende.

Llegado el caso, el juez debería entrar a valorar si tal pretensión de la madre resultaría aconsejable o no. Según la sentencia ante citada (STS de 26 de octubre de 2012, Sala de lo Civil, nº642/2012) el juez debe resolver lo que proceda calibrando “de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

En este punto cabe señalar que, no existe unanimidad en la doctrina jurisprudencial para determinar si procede o no conceder el traslado de domicilio sin consentimiento del progenitor no custodio⁶¹.

Los argumentos que se ofrecen a favor de dicho traslado se basan principalmente en el derecho consagrado en el artículo 19 de la Constitución de todo español a elegir libremente su residencia y a salir de España en los términos que establezca la ley. Se argumenta así, que el progenitor custodio tiene pleno derecho a cambiar libremente su residencia y fijarla allí donde desee, de modo que el derecho de custodia de un hijo menor de edad no debe ser causa impositiva del ejercicio de ese derecho. Por otra parte, se valora para la concesión del traslado que el cambio venga motivado por deseos de reagrupación de la familia, el retorno a la ciudad de origen del progenitor custodio o el hecho de que el progenitor custodio haya recibido una oferta de trabajo. En este sentido, SAP Vizcaya, (Secc. 4ª), de 16 de mayo de 2006; SAP León, (Secc. 3ª), de 12 de enero de 2007 y; SAP Murcia, (Secc. 1ª) de 28 de noviembre de 2006.

⁵⁹ Roj: SAP CS 649/2015

⁶⁰ SAP C 3074/2015

⁶¹ Asociación Española de Abogados de Familia (2010). *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, Pág. 168

Pues bien, en contra de lo anterior cabe señalar que, si bien el progenitor custodio tiene derecho a establecer libremente su residencia, cuando el ejercicio de este derecho se opone al interés superior del menor, protegido también a nivel constitucional en el artículo 39 CE, debe primar dicho interés, por ser el más necesitado de protección.

En efecto, el principio del interés superior del menor implica que, ante un conflicto, el interés de los hijos es preponderante sobre el interés de los padres⁶². Tal y como afirma la SAP CS 73/2015 ante citada, el derecho que reconoce el artículo 19 CE “debe conjugarse con los intereses del menor, ya que su vida puede verse drásticamente cambiada” ante un cambio de domicilio. Y es que el traslado de residencia del menor puede comportar un cambio radical, tanto de su entorno social como parental y puede provocar problemas de adaptación en el menor a su nuevo entorno. De hecho, según la Audiencia Provincial de A Coruña “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” (SAP C 50/2013⁶³). Ejemplo de ello son las siguientes sentencias: SAP de Málaga (Sección 6ª) de 22 de mayo de 2008 y SAP Barcelona (Sección 12ª) de 7 de abril de 2003.

Pero es que además, en el presente caso, el cambio de domicilio de los menores conllevaría el traslado al extranjero, lo que supone la interrupción de manera súbita de todas las relaciones parentales, familiares, sociales y vecinales del menor, lo que, según la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 404/2015⁶⁴, constituye per se un daño al menor. En efecto, es contrario al superior interés del menor el traslado del domicilio que suponga un cambio radical, tanto de su entorno social como familiar (Sentencia del TSJ de Aragón nº 17/2015, de 28 de mayo), cosa que sucedería en el presente caso de llevarse a cabo el traslado de residencia de Barcelona a Estocolmo. Este cambio radical que pasa no sólo por el cambio de domicilio, sino por el cambio de colegio, entorno de amigos, vecinos, idioma, cultura y costumbres, conllevaría tales problemas de adaptación para el menor que solamente podría justificarse mediante la existencia de un motivo o una necesidad para el traslado, del mismo o mayor calibre.

En el presente caso, la necesidad de traslado a valorar es la voluntad de la madre de concluir un contrato laboral para el impulso de la carrera profesional de la hija menor en Suecia, que resulta calificable de innecesario a efectos de su educación y desarrollo y de su máspreciado interés. Sin ninguna duda, no resulta proporcional la medida con la necesidad. El agravio que deberían soportar los menores a cambio de que la hermana menor de diez años pueda concluir un contrato de dos años con una compañía publicitaria de ropa infantil en Suecia resulta desmesurado. Esta desproporcionalidad se pone de manifiesto en la intención por parte del hijo de 16 años de emanciparse para el caso de que se le otorgue la custodia exclusiva a su madre y ésta decida trasladarse a Suecia. En efecto, Ricardo ha manifestado su oposición al traslado a Estocolmo, ya que “se encuentra especialmente apegado a su padre y no quiere separarse de su familia y amigos, así como cambiar de sistema educativo y aprender un nuevo idioma”.

Y es que además, no cabe olvidar que tal traslado frustraría el derecho del niño a relacionarse tanto con el otro progenitor, como con los abuelos y otros familiares, lo que vulnera el interés del menor, objeto de especial protección. Por tanto, y siguiendo la

⁶² García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 21

⁶³ Roj: SAP C 222/2013

⁶⁴ Roj: SAP C 3074/2015

línea marcada por los Autos del Tribunal Constitucional 127/1986, de 12 de febrero y 116/1984 de 22 de febrero, no se está vulnerando el derecho del progenitor custodio a decidir libremente su residencia, en el sentido de que no se prohíbe ni se impone el cambio de residencia, sino que la carga o gravamen de no cambiar de residencia que indirectamente pueda sufrir, en este caso la Sra. Pilar, se produce cuando tal cambio dificulte el régimen de visitas acordado. En definitiva, cuando surja la necesidad de amparar un interés tan privilegiadamente protegido por el ordenamiento jurídico como es el del menor.

Es decir, en este caso, no solo no existen circunstancias que la jurisprudencia avale para conceder el cambio: no se realiza con motivo de unirse a parte de la familia, ni con motivo de retorno a la ciudad natal del progenitor en cuestión, ni si quiera con motivo de una oferta de trabajo al progenitor; sino que, las circunstancias son totalmente contrarias ante tal cambio de residencia por producir un daño al menor y a sus intereses.

Determinada la improcedencia de concesión del cambio de domicilio al extranjero de los menores, cabe preguntarse qué ocurriría si una vez que recayera sentencia firme, la madre decidiese unilateralmente llevarse a los hijos a Estocolmo.

Ante todo, si hubiese riesgo de traslado al extranjero, los artículos 103 y 158 del Código civil⁶⁵, para evitar el riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas, permiten la adopción por parte del Juez de las medidas cautelares necesarias y, en particular la prohibición de salida del territorio nacional (salvo autorización judicial previa); la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido y; el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

La realización del riesgo puede suponer el cambio de guarda y custodia. Se pone de ejemplo la SAP Barcelona, Secc. 12ª, de 19 de septiembre de 2008, que atribuye la custodia a la madre con la prevención de que si decide trasladarse a Hong Kong, su ciudad natal, la custodia pasará al padre⁶⁶.

Mencionar que, si en este caso la Sra. Pilar lleva a cabo el traslado o retención ilícita de los menores desde su Estado de residencia habitual –España, que es Estado Miembro de la UE- a otro Estado Miembro –Suecia-, vulnerándose de esta manera la resolución por la que se establece el régimen de visitas a favor del padre, resultaría de aplicación los artículos 40 a 45 del Reglamento (CE) nº 2201/2003. En virtud del mismo, en caso de que el padre, como titular del “derecho de custodia”⁶⁷ solicitase a la autoridad judicial la restitución del menor, la resolución que dicha autoridad dictase en España en orden a dicha restitución, se beneficiaría en el resto de Estados miembros del principio de reconocimiento mutuo. Esto es, tendría automáticamente fuerza ejecutiva en Suecia, sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen (art. 42.1 del Reglamento).

⁶⁵ Tras la reforma de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

⁶⁶ Martín Najera, M.T. (2013) “Problemática en torno a la pensión alimenticia”. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 54

⁶⁷ El apartado 9 del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 define los derechos de custodia como “entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”.

Tras aclarar la cuestión del traslado al extranjero, procede considerar la fijación del domicilio de los menores y la atribución de la vivienda familiar.

Pues bien, la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, otorga protagonismo al principio de autonomía de la voluntad. De manera que serán los cónyuges los que decidan sobre el uso de la vivienda familiar (art. 90 C.c.)⁶⁸. A falta de acuerdo de los cónyuges, como es el caso, será el juez quien decida conforme a los criterios contenidos en el art. 96 C.c.

Señala este artículo que “(...) *el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. En atención a este precepto, se puede concluir que, debe fijarse como residencia de los hijos la vivienda familiar sita en Avenida Diagonal 5, en la que han venido residiendo desde el año 2010 y; de acuerdo con el artículo 96 C.c., la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre determina que corresponda a ésta, junto a los hijos, el uso de dicha vivienda.

Como señala el Tribunal Supremo⁶⁹, este precepto es una manifestación del principio del *favor filii*, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en la ley. En efecto, a través de esta norma se trata de favorecer la protección del interés de los hijos en el círculo social y económico donde han vivido⁷⁰. Se trata de una atribución primaria a los hijos y, en consecuencia, a la madre por ser el progenitor custodio y en tanto en cuanto los tenga en su compañía. Además, esta atribución es independiente de la titularidad de la vivienda⁷¹, que en el presente caso es conjunta. Se trata pues, de la atribución del derecho de uso y disfrute, que es definido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7919), no como un derecho real propio, sino como un “ius ad rem”, con accesibilidad al Registro de la Propiedad⁷².

Cabe señalar que, la atribución de la vivienda a los hijos menores se realiza sin limitación temporal, pues bien el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja⁷³. En este sentido, limitar la atribución implicaría siempre una vulneración de los derechos de los hijos menores (STS 14 abril 2011)⁷⁴. Además, esta atribución se mantendría tras la

⁶⁸ Domínguez Martínez, P. (2008). *Definición y atribución del Domicilio familiar*. Documento de trabajo 2008/5. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Pág. 12, Disponible en: https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf , Fecha de consulta: 09/02/2016

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 (Roj: STS 2672/2011)

⁷⁰ Domínguez Martínez, P. (2008). *Definición y atribución del Domicilio familiar*. Documento de trabajo 2008/5. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Pág. 16, Disponible en: https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf, Fecha de consulta: 09/02/2016

⁷¹ De Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de Derecho civil (IV) - Derecho de familia (3ª ed.)*. Madrid: Colex, Pág. 183

⁷² Domínguez Martínez, P. (2008). *Definición y atribución del Domicilio familiar*. Documento de trabajo 2008/5. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Pág. 13, Disponible en: https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf, Fecha de consulta: 09/02/2016

⁷³ De Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de Derecho civil (IV) - Derecho de familia (3ª ed.)*. Madrid: Colex, Pág. 183

⁷⁴ Roj: STS 2672/2011

adquisición de la mayoría de edad por los hijos si siguen viviendo en el domicilio familiar por carecer de ingresos o por no haber finalizado su formación⁷⁵.

En cuanto a la atribución del derecho de uso a la madre, se hace en virtud de su condición de guardadora de los hijos. Se trata, de una medida condicionada por una decisión tomada en la adopción de otra medida, el ejercicio de la guarda y custodia⁷⁶. Por tanto, en tanto se produzca el cese del ejercicio de la guarda y custodia, se extinguiría el derecho de uso de la vivienda. No obstante, eventualidades como la falta de ocupación de la casa por el cónyuge beneficiario e hijos, el abuso o falta de cuidado en el uso de la vivienda, podrían determinar también la modificación de las medidas y atribución de la vivienda al otro cónyuge⁷⁷.

TERCERO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITAS

El Código civil reconoce el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, aún cuando éstos no ejerzan la patria potestad (art. 160), así como el derecho de éstos a relacionarse con su hijo. Además, el contenido del mismo se presenta como derecho-deber personalísimo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible que está subordinado al interés del hijo⁷⁸.

En el marco de una ruptura matrimonial, se reconoce en el artículo 94 C.c. el “derecho de visita” al progenitor no custodio, derecho que deriva de la relación paterno-filial⁷⁹ y que tiene la finalidad, de favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre el progenitor y el menor⁸⁰. A la vista del art. 39.3 CE y 160 C.c., este derecho-deber se integra en el ámbito del deber asistencial, de contenido afectivo y extrapatrimonial⁸¹.

De nuevo, el beneficio del hijo juega un papel fundamental en la institución del derecho de visita, pues en última instancia la comunicación y la visita del progenitor a los hijos menores se establece fundamentalmente en beneficio de éstos⁸², de manera que se trata que el hijo mantenga las relaciones paterno-filiales y afectivas con el progenitor no custodio. No obstante, el principio del beneficio del menor supone también una limitación en determinados casos a la hora de ejercer el derecho de visita, hasta el punto de que puede llegar a limitarlo o suspenderlo (art. 94 C.c.), pero no suprimirlo⁸³. Se

⁷⁵ Domínguez Martínez, P. (2008). *Definición y atribución del Domicilio familiar*. Documento de trabajo 2008/5. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Págs. 17-18, Disponible en: https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf, Fecha de consulta: 09/02/2016

⁷⁶ Ibidem, Pág. 17

⁷⁷ Ibidem, Pág. 15

⁷⁸ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 294

⁷⁹ Casado Casado, B. (2014). El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal. *Revista de Derecho de familia* (62). Ed. Lex Nova, Pág. 71

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem, Pág. 72

⁸² *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 217

⁸³ Casado Casado, B. (2014). El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal. *Revista de Derecho de familia* (62). Ed. Lex Nova, Pág. 91

puede hacer referencia a STS de 26 noviembre 2015⁸⁴, que establece como doctrina que el juez podrá suspender el régimen de visitas del progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato al menor.

El artículo 94 del C.c. establece que el progenitor no custodio, que en este caso es el padre, “gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”. El régimen de vistas deberá ser facilitado por la madre, pues en caso de impedirlo dicho comportamiento podría ser encuadrado en el artículo 556 del Código penal como delito de desobediencia grave a la autoridad⁸⁵.

El régimen de estancia y visitas podrá ser el pactado por los progenitores. En su defecto, es el juez el que determina el tiempo, modo y lugar de ejercer el derecho de visita (art. 94 C.c.), en atención al caso concreto.

Atendiendo a las circunstancias del presente caso, se propone, como mínimo, el siguiente régimen:

A) DE ESTANCIA:

El padre tendrá a los hijos bajo su guarda en fines de semana alternos desde el viernes a las 20h –hora fijada en atención a las posibilidades de conciliación del padre con el horario laboral- hasta las 8h del lunes. En caso de que los viernes anteriores o lunes siguientes al fin de semana sean días festivos, se prolongarán las estancias de fines de semana a esos días, así como en los llamados “puentes”.

También sería posible establecer algún día intersemanal en el cual los niños pudieran pernoctar en casa del padre, ya que se recuerda, la proximidad de las viviendas hace que el traslado suponga un menor perjuicio para los menores. Así, por ejemplo, se propondría que el miércoles el padre tuviese la guarda de los menores desde las 20h con pernocta en la vivienda del padre, el cual los acompañaría los jueves al colegio. Dicha pernocta permitiría que los menores mantuviesen un mayor contacto con el padre que el que supone la estancia por dos fines de semana al mes⁸⁶.

En cuanto a la determinación de **quién es el obligado a trasladar y retornar** al menor del domicilio de cada uno de los progenitores la sentencia del TS (Sala primera) de 26 de mayo de 2014⁸⁷, fija como doctrina jurisprudencial que se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y, en su defecto, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Es decir, en este caso, el padre recogería a Ricardo y Sonia en el domicilio familiar los viernes, y la madre los recogería los domingos en el domicilio del padre.

En cuanto a los periodos vacacionales, la práctica jurisprudencial es dividirlos por mitad, determinándose las fechas de comienzo y fin de las mismas por el calendario oficial escolar⁸⁸. Así, las vacaciones de Navidad se dividirán en un primer periodo, que

⁸⁴ RJ 2015\5624

⁸⁵ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 294

⁸⁶ Ejemplo de aplicación de este régimen es el que se acuerda en la sentencia de 17 de mayo de 2011 por el JPI nº 9 de Valencia, a que hace referencia el Tribunal Supremo en su sentencia 72/2014 (Roj: STS 494/2014)

⁸⁷ RJ 2014\3172

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015; Roj: STS 4442/2015

comenzará el último día de colegio de los hijos y finalizará el día 30 de diciembre a las 20h y, un segundo periodo, que comenzará ese día y finalizará el día de reincorporación al colegio. Las vacaciones de Semana Santa también se dividirán en dos periodos, con intercambio de los hijos el Miércoles Santo a las 20h. En ambos periodos vacacionales corresponderá al padre el primer periodo en los años pares y a la madre en los impares.

En cuanto a las vacaciones de verano, también se suelen dividir en dos periodos; un primer periodo, que se corresponde con el mes de julio y los días no escolares de junio y; un segundo periodo, que se corresponde con el mes de agosto y los días no escolares de septiembre, alternándose respecto de los progenitores en función de si el año es par o impar, correspondiendo el primer periodo los años pares a uno y los impares al otro. No obstante, en el caso concreto, dado que el padre dispone del mes de agosto completo de vacaciones lo ideal es que los hijos pasen ese mes con él. De modo que, los días de junio no escolares y el mes de julio estarían con la madre y, el mes de agosto y los días no escolares de septiembre con el padre.

Durante las vacaciones de verano, se debe contemplar el periodo de tiempo en que los menores asisten al curso de inmersión lingüística en Oxford, que tiene una duración de tres semanas. Si se entiende que la asistencia al mismo fue consensuada por ambos progenitores, siguiendo la línea del Tribunal Supremo (STS 585/2015⁸⁹), el periodo de estancia correspondiente se restará del cómputo global de las vacaciones, al efecto del reparto por mitad del tiempo restante. Lo mismo puede resultar de aplicación a efectos de asistencia a campamentos u otros cursos de verano.

Por último, tras un período vacacional lo habitual es que corresponda iniciar las alternancias de fines de semana a aquel progenitor que no hubiese pasado junto a los hijos la última parte del período vacacional, salvo pacto en contrario.

B) DE VISITA:

Asimismo, se podrían establecer dos días a la semana en los que el padre pudiese visitar a los hijos desde las 19 h hasta las 21 h, siempre y cuando fuese posible la conciliación con las actividades extraescolares de los menores (cuyo horario se desconoce).

C) DE COMUNICACIÓN:

De acuerdo con lo establecido en la recién citada sentencia 585/2015 del Tribunal Supremo y, sin perjuicio de lo anterior, cada progenitor tendrá en todo momento derecho a la comunicación telefónica con sus hijos cuando estos se encuentren en compañía del otro progenitor. Por su parte, el progenitor no custodio debería poderse comunicar con los menores por teléfono, mensajería electrónica o vídeo conferencia, una vez al día, en un horario y con una duración que no perturbe las rutinas cotidianas del menor.

En cualquier caso, se debe apelar a la flexibilidad y cooperación de los progenitores. Por un lado, el progenitor que tenga los hijos bajo su guarda puede reclamar una serie de atenciones de su ex cónyuge en circunstancias concretas, como puede ser en casos de enfermedad, un accidente o cualquier otro problema que afecte al menor en un momento determinado, precisándose en estos casos una posición activa del otro progenitor⁹⁰. Por

⁸⁹ Roj: STS 4442/2015

⁹⁰ García Presas, I. (2015). *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y Práctica*. Ed. Juruá, Pág. 49

otro lado, el progenitor custodio debe propiciar y favorecer las comunicaciones y visitas entre los hijos y el progenitor no custodio (aun cuando los menores sean hostiles ante esa comunicación)⁹¹.

El interés del menor aconseja también especificar una serie de mínimos respecto a acontecimientos extraordinarios, en defecto de lo pacten los progenitores.

Así, es práctica habitual especificar las posibles estancias y visitas de los menores para el caso de que se produzca alguna celebración o acontecimiento familiar importante, como bodas, bautizos o comuniones. En tal caso, se suele establecer que los progenitores se deben obligar a dar prioridad a la asistencia de los hijos a tales acontecimientos, con el fin de fomentar las relaciones con sus familiares, modificándose y compensándose en su caso, los días de permanencia con uno u otro progenitor⁹². Así mismo, por lo que se refiere a los cumpleaños de los progenitores, se prevé la posibilidad de que el progenitor visite y esté con los menores en ese día. En cuanto al cumpleaños de los menores, se puede establecer su celebración un año con la madre y otro con el padre y sus familiares, correspondiendo el primer año de celebración al progenitor custodio⁹³, o bien; establecer la mañana de ese día con el padre y la tarde con la madre, alternándose en años sucesivos. En todo caso si el menor celebra el festejo con amigos podrán asistir ambos progenitores⁹⁴. Lo anterior siempre y cuando no perjudique las obligaciones escolares o extraescolares de los menores⁹⁵.

Por último, también debe ser tenido en cuenta el derecho de visita que pueden tener otros familiares como los **abuelos**, dado el derecho a relacionarse que tienen con sus nietos y éstos con ellos (art. 160 CC).

Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, el ámbito familiar no solo se circunscribe a las relaciones paterno filiales, sino que se debe velar por el mantenimiento de otras relaciones familiares como las de los abuelos. En el texto se describe a los abuelos como figuras que desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que además, en las situaciones de crisis matrimonial, se muestran ajenos a la ruptura, por lo que pueden desempeñar también un papel crucial para aportar la estabilidad que necesita el menor.

Los familiares de que se habla en el presente caso son los abuelos y los primos de los menores que residen en la ciudad de A Coruña, la familia paterna. Nada se dice sobre otros familiares, más que el fallecimiento de los abuelos maternos, por lo que solo se hará referencia a los primeros.

Como es natural, estos familiares podrán relacionarse con los menores cuando éstos estén en compañía del padre. Por lo que respecta al periodo en que no se encuentren en

⁹¹ Sánchez López, A.D. (2010) “Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución”. *Revista de Derecho de Familia*, Ed. Lex Nova, Pág. 51

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015; Roj: STS 4442/2015

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 571/2015; Roj: STS 4165/2015

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015; Roj: STS 4442/2015

compañía del padre, se debe hacer referencia a la modificación que introdujo la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que extendió el derecho de visita a los abuelos. Así, se introduce un segundo párrafo en el artículo 94, que prevé que el juez pueda también determinar el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, previa audiencia de los padres y los abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés del menor.

En interés del menor también, la jurisprudencia ha extendido el derecho de visita a otros familiares distintos de los abuelos, como los tíos y primos de los menores. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002⁹⁶.

Ahora bien, en el caso concreto se pone de relieve el apego que los menores tienen respecto de sus abuelos y primos de Galicia. Siempre que pueden les gusta pasar tiempo con ellos. De modo que, se entiende que el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con los abuelos satisface, en este caso, el interés del menor. Para ello, y en aras de favorecer estas relaciones familiares tan esenciales en el menor, se puede seguir de nuevo la línea de la ante citada sentencia 585/2015 del Tribunal Supremo, que establece que cuando “las obligaciones laborales del progenitor al que corresponda tener a sus hijos durante un período vacacional determinado le impidieran disfrutar de dicho período con sus hijos, los menores podrán quedar con la familia del progenitor al que corresponda el período de que se trate, fomentándose de esta manera las relaciones del pequeño con sus abuelos y familiares”, “sin perjuicio de cualquier otro acuerdo al que puedan llegar los padres”.

En el presente caso, durante las vacaciones de verano, se establece la estancia de los menores con el padre durante el mes de agosto y los días no escolares de septiembre. Se produce la circunstancia de que el padre tiene vacaciones durante todo el mes de agosto, pero en septiembre reanuda su horario habitual desde las 9 h de la mañana hasta las 19 h de la tarde. De modo que, durante los días no escolares del mes de septiembre que le correspondan, de acuerdo con la ante citada sentencia, los menores podrían quedar con la familia del padre residente en A Coruña. Lo mismo podría aplicarse durante las vacaciones de navidad o de semana santa si se diesen las circunstancias. Sin perjuicio de lo que pudiesen acordar los progenitores y los abuelos.

CUARTO.- SOBRE LA EMANCIPACIÓN

En el caso se plantea la cuestión de si el menor de edad, Ricardo, llegado el caso, podría emanciparse.

Para resolver esta cuestión hay que atender a lo dispuesto en los artículos 314 a 324 del C.c.

Pues bien, establece el art. 314 C.c. que la emancipación puede tener lugar por tres circunstancias: por la mayoría de edad, por concesión de los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial. Mencionar que hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, también se reconocía el matrimonio como una de las formas de emancipación. Sin embargo, la Disposición Final Primera modifica el art. 314 del Código civil quedando suprimido el punto que reconocía el matrimonio como forma de emancipación del menor.

⁹⁶ Roj: STS 6004/2002

Pasando a un análisis de las formas de emancipación, señalar que, toda persona adquiere la mayoría de edad al cumplir los dieciocho años (art. 315 C.c.), motivo por el que en el presente caso la emancipación no podría tener lugar por esta circunstancia.

En el presente caso, se podría hablar, por tanto, de emancipación del menor por consentimiento de sus progenitores o por resolución judicial.

La primera de las formas de emancipación requiere que el menor tenga al menos dieciséis años y que tanto él como sus progenitores, que ostentan la patria potestad, la consientan. En principio, Ricardo, nacido el 14 de abril de 1999, reúne el requisito de edad señalado, puesto que en el momento de interposición de la demanda de divorcio (7 de julio de 2015), ha cumplido ya los dieciséis años de edad. Sin embargo, necesitaría el consentimiento de ambos progenitores, que en el presente caso se desconoce si concurre.

Cabe precisar que, en la medida en que la emancipación extingue la patria potestad (art. 169.2º C.c.), es necesario el consentimiento de ambos progenitores, en tanto en cuanto ambos la ejerzan (art. 156 C.c.). Se admite la intervención de uno con el consentimiento expreso del otro, pero no la intervención de uno solo alegando que se trata de un acto conforme al uso social o de urgente necesidad⁹⁷.

Si existe desacuerdo entre los padres, el Juez resolverá lo que proceda después de oír a ambos y al hijo que se pretende emancipar.

En caso de que tanto el menor como los progenitores consientan la emancipación, su validez dependerá además de un requisito de forma “*ad solemnitatem*”, y es que deberá otorgarse mediante escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (art. 317 C.c.), en el que se encuentre inscrito el nacimiento del hijo⁹⁸. No obstante, para que la emancipación produzca efectos, debe hacerse constar en el Registro Civil. En todo caso, una vez decretada será irrevocable (art. 318 C.c.).

Para el caso de que la madre o el padre no prestasen el consentimiento, cabe también la posibilidad de que el menor solicite su emancipación a la autoridad judicial (art. 320 C.c.), la cual podrá conceder dicho estado, previa audiencia de los progenitores, y siempre y cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

“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 el caso concreto, se entiende que de solicitarse la emancipación se haría en virtud de la segunda circunstancia: en el supuesto de vida separada de los padres. Tras la interposición de la demanda de divorcio, se produce un cese de la convivencia marital,

⁹⁷ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 466

⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 467

pasando los progenitores a vivir separados. En efecto, el Sr. Santiago ha alquilado un inmueble donde vive actualmente, mientras que la Sra. Pilar sigue residiendo en el domicilio familiar. Según la interpretación que hace Bercovitz de este precepto, se pueden incluir en esta segunda circunstancia del art. 320 C.c., los supuestos de vida separada porque los padres no están casados o, estándolo, exista una separación de hecho, judicial o divorcio⁹⁹. De modo que, puede entenderse que desde la interposición de la demanda de divorcio y cesación de la convivencia de los cónyuges podría solicitar el menor su emancipación.

QUINTO.- SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GASTOS DE LOS HIJOS

La obligación de prestar alimentos entre parientes se recoge en el artículo 143 C.c. No obstante, cuando los hijos son menores, esta obligación alcanza el rango constitucional, de acuerdo con lo establecido en el art. 39 de la Constitución, pues los alimentos constituyen uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad (154.1º C.c.).

En efecto, el deber de alimentar a los hijos corresponde en exclusiva a los progenitores durante la minoría de edad de los mismos, pues deriva de la patria potestad, a diferencia de la obligación del artículo 143 C.c.¹⁰⁰. Por este motivo, el hecho de que la guarda y custodia haya sido atribuida a la madre no implica la exención de la obligación de prestar alimentos respecto del padre pues, en coherencia con el art. 92 del Código civil, la ruptura matrimonial, con la consiguiente forma de ejercer la guarda, no altera el contenido de las obligaciones paterno-filiales.

En este sentido, el artículo 93 C.c. impone al juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos, de acuerdo con las circunstancias económicas y necesidades de aquellos en cada momento. Por su parte, el art. 103 C.c. incluye dentro del concepto de cargas del matrimonio los alimentos de los hijos.

Así, el progenitor no conviviente ha de pagar una pensión de alimentos a los hijos, concepto que debe entenderse en sentido amplio, pues la obligación alimenticia de los padres para con los hijos es de diferente naturaleza y más amplia que el derecho de alimentos entre parientes¹⁰¹. Según el Código civil, la obligación de alimentos comprende “*el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Mientras que los hijos sean menores de edad, los alimentos también comprenden la educación e instrucción de los mismos (art. 142 C.c.), en coherencia con lo dispuesto en el artículo 27 CE, pues la falta de escolarización del menor dará lugar a intervención de la autoridad judicial¹⁰².

Profundizando en el **concepto de alimentos**, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial coinciden en que comprende no sólo los recursos indispensables para

⁹⁹Ibidem, Pág. 469

¹⁰⁰ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 288

¹⁰¹ Martín Najera, M.T. (2013) Problemática en torno a la pensión alimenticia. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 28

¹⁰² *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 288

satisfacer las necesidades básicas de todo ser humano, sino también “los medios tendentes a permitirle al alimentista un íntegro desarrollo que le posibilite el día de mañana un desenvolvimiento acorde con el tiempo que le ha tocado vivir”. Esto se traduce en todos los gastos necesarios para su correcto desarrollo tanto físico como intelectual (Sentencia 518/2012 del JPI de Mataró, Secc. 4ª).

Pues bien, la práctica habitual consiste en determinar una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio que cubra los gastos ordinarios de los menores. Por tanto, para la determinación de la misma deben especificarse previamente dichos gastos.

A.- GASTOS DE LOS HIJOS

Para determinar los gastos en el caso presente, cabe realizar la distinción entre los gastos ordinarios y los gastos extraordinarios de los menores.

Para ello, se puede hacer referencia al apartado cinco del artículo primero de modificación del Código civil del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar en casos de nulidad, separación o divorcio, que modifica la redacción del artículo 93 del C.c..

Pese a que todavía no se encuentra en vigor y dado que el Código civil no recoge una definición, puede resultar orientativa la distinción que el Anteproyecto realiza, según la cual “deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible y, cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”. La SAP Barcelona nº 285/2014 (Secc. 18ª)¹⁰³, coincide en que los gastos ordinarios son aquellos de índole periódica y, son todos aquellos que aseguran la atención y formación continua, estable e integral del menor¹⁰⁴.

En el presente caso se conocen los gastos del colegio, al que acuden por mutuo acuerdo de los progenitores, que ascienden a 400€/mes por el hijo y 275€/mes por la hija. Se trata de gastos que se corresponden con la educación de los menores en un colegio privado, el Liceo francés.

La jurisprudencia de las audiencias viene considerando todos los gastos relativos a la educación y formación como ordinarios¹⁰⁵. Ejemplo de ello es la SAP Barcelona nº 285/2014 (Secc. 18ª)¹⁰⁶, que señala de manera detallada que dentro de los gastos ordinarios se encuentran la “todos los gastos ordinarios relativos a la educación: matrículas, libros, material escolar, AMPA, seguro y transporte escolar, comedor escolar, excursiones, y cualquier gasto ordinario que a lo largo del curso vayan solicitando los tutores o profesores por motivo de las festividades de Navidad, carnaval, etc.” No obstante, en el presente caso se trata de gastos de educación y formativos necesarios no cubiertos por el sistema educativo, por lo que cabe la duda de si deben de ser satisfechos en su integridad por el padre.

¹⁰³ Roj: SAP B 5246/2014

¹⁰⁴ Muñoz García, C. (2015). “Alimentos necesarios y otros gastos “ordinarios” del menor” del Blog ¿Hay derecho? Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/02/19/alimentos-necesarios-y-otros-gastos-ordinarios-del-menor/> Fecha de consulta: 05/02/2016

¹⁰⁵ Martín Najera, M.T. (2013) Problemática en torno a la pensión alimenticia. Revista de Derecho de Familia, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 47

¹⁰⁶ Roj: SAP B 5246/2014

La decisión de procurar la formación de los menores en un colegio privado fue tomada por ambos progenitores, de modo que los gastos deberían ser asumidos por ambos¹⁰⁷. Pese a que el citado Anteproyecto de Ley no se refiere concretamente a los gastos de educación no cubiertos por el sistema educativo, sí se refiere a los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, para los que prevé la contribución conjunta de ambos cónyuges, si la decisión de acudir al sistema privado fue con la conformidad de los mismos. Por tanto, se puede entender que, dada la conformidad de ambos progenitores para soportar un gasto extra en la educación de los menores, ambos están obligados al pago del mismo.

Esta idea se refuerza a través de la comparación con otras regulaciones, como la de la Comunidad valenciana, que han seguido esta línea. Así, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, señala en su artículo 7.3 que, “En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo (...) tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial”.

No se debe olvidar que, además del colegio, dentro de los gastos ordinarios, se incluyen también todos los relativos al alimento en sentido estricto, calzado, etc.

En cuanto a los **gastos extraordinarios**, según el ya citado Anteproyecto de Ley, que modificaría la redacción del artículo 93 C.c., son gastos extraordinarios “aquellos que se produzcan por circunstancias imprevisibles o no periódicas e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas”.

En el mismo sentido y, en contraposición con la definición de los gastos ordinarios, la AP de Barcelona¹⁰⁸ define los gastos extraordinarios como aquellos realizados en beneficio de los hijos, de carácter excepcional no cubiertos por la pensión alimenticia, no previsibles, pero necesarios o convenientes para los intereses del menor, que no obedezcan a caprichos y arbitrariedades de quien los intente imponer.

La práctica jurisprudencial impone a cada progenitor satisfacer el 50% de los gastos extraordinarios¹⁰⁹. Por ello, se exige que sean previamente consensuados entre ambos progenitores para su realización y se aporte acreditación documental, excepto respecto a los gastos urgentes, que pueden ser realizados sin tal consentimiento previo. No obstante, también puede acordarse de que los gastos extraordinarios sean sufragados por uno solo de los cónyuges, si sus ingresos son notoriamente superiores¹¹⁰.

Atendiendo al caso concreto, dentro de los gastos extraordinarios de Ricardo y Sonia, como se ha señalado, se incluyen los gastos de **actividades extraescolares** por ser “los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas”.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Roj: STS 3121/2013)

¹⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 285/2014 (Secc. 18ª)

¹⁰⁹ STS 206/2013 (Roj: STS 3121/2013); STS 678/2015 (Roj: STS 5216/2015) y; STS 9/2016 (Roj: STS 149/2016)

¹¹⁰ Martín Najera, M.T. (2013) “Problemática en torno a la pensión alimenticia”. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 37

Siguiendo lo dispuesto por la SAP de Barcelona nº 285/2014 (Secc. 18ª), estas actividades comprenden todas las complementarias a la formación de los menores, sean deportivas o culturales. Así, por ejemplo, se incluyen dentro de estos gastos el coste del bono mensual de la actividad de equitación de una menor (STS nº 465/2015)¹¹¹ que, como gasto extraordinario que es, deberá ser satisfecho a partes iguales entre ambos progenitores, siempre que medie acuerdo. Asimismo, señala la Audiencia de Barcelona que entre estas actividades se incluyen los campamentos de verano, viajes de fin de curso y cursos en el extranjero.

En el presente caso, los gastos extraordinarios de los menores que se contemplan son los correspondientes a actividades extraescolares que se devengan mensualmente, así como a los correspondientes a un curso de inmersión lingüística que realizan durante tres semanas en el mes de julio.

Ahora bien, a la hora de determinar el alcance de la obligación de alimentos habrá que estar al binomio necesidad-posibilidad del alimentista y alimentante respectivamente, pues, tal y como establece el artículo 146 C.c., la cuantía debe ser proporcional “*al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”.

En esta línea establece la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, el interés del menor exige que la ruptura de la relación matrimonial de sus progenitores no repercuta en una minoración del nivel de vida de los menores. Los gastos de los menores deben ser satisfechos de manera proporcional a la capacidad económica de cada uno de los progenitores (Sentencia nº 741/2013)¹¹².

Pues bien, para determinar la cuantía que éstos deben satisfacer en concepto de gastos se pasa a analizar los **medios económicos y posibilidades** de cada uno de ellos.

En cuanto a la capacidad económica del padre, éste cuenta con unos ingresos procedentes del trabajo que ascienden a 5.500 euros mensuales. La madre se encuentra en situación de desempleo, pero obtiene ingresos de 500 euros mensuales procedentes del arrendamiento de un piso en Madrid, además del respaldo económico que le reporta un premio de lotería de 400.000 euros del que no ha dispuesto.

En cuanto a los gastos, en primer lugar, cabe determinar a quién corresponde tras la crisis matrimonial sufragar determinados los gastos derivados de bienes comunes.

En cuanto a las viviendas, la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre – valorada en 900.000 euros- se ha hecho en virtud del artículo 96 C.c. No obstante, el matrimonio dispone de un segundo apartamento sito en Valencia –valorado en 300.000 euros-, igualmente de carácter ganancial. Dada la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre, no se advierte inconveniente para atribuir al padre dicho apartamento, de manera provisional y hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales o hasta la división o enajenación de la cosa común. En este sentido la SAP Madrid de 7 de octubre de 2014¹¹³.

¹¹¹ Roj: STS 3707/2015

¹¹² Roj: 5721/2013

¹¹³ Roj: SAP M 13342/2014

En el caso se conoce que los dos inmuebles tienen cuotas pendientes por pagar en concepto de hipoteca -75.000 euros correspondientes a la vivienda familiar y 200.000 a la secundaria-. Pues bien, según el Tribunal Supremo, el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales incluida en el art. 1362.2º del C.c. En este sentido las SSTs 28 marzo 2011¹¹⁴ y 5 noviembre 2008¹¹⁵. No obstante, y en consideración a la literalidad del citado precepto, se entiende que las cuotas correspondientes a la hipoteca de la segunda vivienda, independientemente de su carácter de familiar, constituyen gastos comunes, por derivarse de la adquisición del inmueble. Por tanto, ambos cónyuges deberán hacer frente a la mitad de los pagos.

Por otra parte, debido al carácter ganancial de los inmuebles (art. 1.347.3º C.c.), adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, generan una serie de gastos -como los de suministros, la tasa de recogida de basuras, la comunidad de propietarios, etc.- que deberán de ser sufragados por ambos cónyuges (en virtud del art. 1362.2º C.c.). En este sentido, podrían determinarse los gastos derivados del uso del inmueble familiar a cargo de la Sra. Pilar y los gastos derivados del uso del inmueble de Valencia a cargo del Sr. Santiago, a excepción de gastos como las derramas y otros inherentes a la propiedad del inmueble, que serían a cargo de ambos en un 50%, al ser cotitulares. En este sentido, de nuevo, la SAP Madrid de 7 de octubre de 2014¹¹⁶.

Por otra parte, cabe considerar los gastos que generen los dos vehículos de que son propietarios, como el correspondiente al seguro y al impuesto de circulación, ITV, reparaciones, etc¹¹⁷, a los cuales deberán hacer frente también ambos cónyuges hasta que se produzca la adjudicación de los vehículos tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

La práctica habitual consiste en que, tras la crisis matrimonial, los vehículos adquiridos durante el matrimonio sigan utilizándose por aquél cónyuge que normalmente hacía uso de él. En este caso se presume que la madre hacía uso del que le había donado el padre y éste del otro. Pues bien, pese a que existen discrepancias en la jurisprudencia, que se debate respecto a si el gasto debe ser asumido por la sociedad de gananciales¹¹⁸ o si se trata de un gasto vinculado al uso y, por tanto, a cargo del cónyuge que lo utilice con carácter exclusivo¹¹⁹, el criterio mayoritario consiste en la asunción de los gastos por el cónyuge usuario, sin dar derecho a reintegro en el momento de liquidación de la sociedad. Cabe citar al respecto la SAP Asturias (Secc. 6ª) de 21 de diciembre de 2007, que considera que el uso en exclusiva del vehículo determina la obligación de satisfacer los gastos ordinarios que genere. Esta audiencia considera que se puede realizar una aplicación analógica del art. 500 del C.c, que ordena al usufructuario hacer las reparaciones ordinarias que precisen las cosas dadas en usufructo, por los deterioros que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación.

¹¹⁴ Roj: STS 1659/2011

¹¹⁵ Roj: STS 5805/2008

¹¹⁶ Roj: SAP M 13342/2014

¹¹⁷ Pérez Martín, A.J. (2014) *Revista de derecho de familia* (64) Ed. Lex Nova, Págs. 295-297

¹¹⁸ En este sentido, la SAP Valladolid de 18 de enero de 2008 o la SAP Cádiz (Secc. 5ª) de 24 de septiembre de 2007.

¹¹⁹ En este sentido, audiencias como la de Valencia (en sus sentencias de 16 de diciembre de 2009, 21 de septiembre de 2006, 10 de febrero y 7 de marzo de 2005) o la de Pontevedra (sección 2ª, de 30 de mayo de 2012, recurso 152/2012).

Determinados los gastos comunes, hay que tener en cuenta además que el padre debe afrontar un nuevo gasto, correspondiente al alquiler del apartamento al que se traslada tras la ruptura, que asciende a 1.375 euros.

Por último, se deben considerar dos hechos: en primer lugar, que tras la ruptura matrimonial se produciría la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre, que deberá atender las necesidades diarias de los menores y; en segundo lugar, al hecho de que, con anterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, el padre ingresaba a la madre de mutuo acuerdo 1.600 euros en cuenta para hacer frente a los gastos mensuales de la casa y ha dejado de hacerlo.

Tras analizar los gastos de los menores y la capacidad económica de los progenitores se concluye, en primer lugar, respecto de los **gastos ordinarios**:

- Los gastos del colegio: ambos progenitores deben satisfacerlos, entendiéndose que el padre debe realizar una aportación mensual superior a la de la madre por disponer de mayores medios económicos. Podría determinarse una aportación por parte del padre del 80%, que se correspondería con 540 euros al mes, y; una aportación de la madre del 20%, que se correspondería con los restantes 135 euros al mes.
- Restantes gastos ordinarios: a cargo del padre, debido a la práctica anterior de los progenitores y al disponer el padre de mayores medios económicos.

Respecto de los **gastos extraordinarios**, entendiendo que existe consentimiento de ambos progenitores para la asistencia a las actividades extraescolares y al curso de inmersión lingüística que han venido realizando los menores, se atribuye una participación del 50% a cada progenitor en los mismos, que se correspondería con:

- Gastos de actividades extraescolares: ascienden a 240 euros al mes (por los dos hijos), de modo que, cada progenitor correría con un gasto de 120 euros al mes por este concepto.
- Coste del curso de inmersión lingüística: asciende a 4.000€ por los dos hijos. De modo que, en el mes de Julio, corresponde pagar a cada progenitor 2.000€ por este concepto.

B.- PENSIÓN DE ALIMENTOS

Una vez especificados los gastos de los menores y la forma de contribuir a los mismos por cada progenitor, se puede determinar la **pensión de alimentos** a cargo del padre que cubrirá los gastos ordinarios de los menores que se le hayan atribuido.

Los gastos ordinarios, tal y como se ha especificado, comprenden los gastos del colegio, en la parte que deba satisfacer el padre, más todos los gastos periódicos y necesarios para la alimentación y vestido de los menores.

Para la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos, como se ha señalado, debe tener en cuenta el caudal y medios económicos del obligado al pago, para lo que se remite al apartado anterior en el que ya se ha determinado el caudal y medios de los progenitores, a la hora de determinar la contribución que cada uno debe de hacer a los gastos de los hijos. Cabe recordar que, la obligación de alimentos impone a los padres

no solo cubrir las necesidades básicas de los hijos, sino que deben hacerlos partícipes del nivel de vida que su situación económica permita a la unidad familiar¹²⁰. Es decir, los alimentos comprenden todo lo indispensable para satisfacer las necesidades de los hijos de acuerdo con la posición social de la familia¹²¹.

Pues bien, la aportación que se ha establecido para el padre respecto de los gastos del colegio asciende a 540 euros al mes. No obstante, la determinación de la cuantía que precisarán los hijos para satisfacer sus necesidades diarias de acuerdo con su nivel de vida deviene más compleja. Para suplir esta incertidumbre, resulta aconsejable adoptar como criterio orientativo la cuantía calculada a través de la aplicación que proporciona la página web del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Se trata de una aplicación basada en unas tablas elaboradas por el CGPJ¹²², que contienen baremos orientadores para determinar la pensión de alimentos de los hijos en los procesos de familia. No obstante, hay que reiterar que, la cuantía calculada con esta aplicación debe ser orientativa, pues no tiene en cuenta los gastos de vivienda (hipoteca, alquiler, IBI) y educación de los hijos, por lo que la cantidad resultante deberá incrementarse con tales conceptos.

Pues bien, de la aplicación se desprende una cuantía de la pensión de alimentos de 1.075 euros mensuales a cargo del padre. Dado que esta cuantía no incluye los gastos del colegio de los menores ni los gastos de hipoteca y de alquiler a que debe hacer frente el padre, cabe realizar un análisis propio respecto a la adecuación de esa cifra en el caso concreto.

Por un lado, debe adicionarse a dicha cantidad la correspondiente a los gastos del colegio que debe hacer frente el padre -540 euros/mes-. Por otro lado, se debe de tener en cuenta que la capacidad económica del padre se ha visto minorada con motivo del nuevo gasto de alquiler -1.375 euros/mes-. En cuanto al pago de la hipoteca, se desconoce si las cuotas mensuales eran satisfechas exclusivamente por el padre o por ambos cónyuges. En caso de que solo el padre corriese con el gasto, tras la disolución del vínculo matrimonial pasarían ambos cónyuges a sufragarlo conjuntamente¹²³, hecho que incrementaría la capacidad económica del padre respecto de la situación anterior. En caso de que el pago de las cuotas ya fuese un gasto compartido antes de la disolución del vínculo, el modo de contribución tras la disolución no alteraría la capacidad económica del padre. Así pues, en el peor de los casos, el pago de la hipoteca le supondría un mantenimiento de la capacidad económica anterior del Sr. Santiago.

Manejando las cifras anteriores, teniendo en cuenta que la pensión de 1.075 euros fue calculada partiendo de los ingresos del padre, previos al pago de cuotas y alquiler, se

¹²⁰ Martín Najera, M.T. (2013) “Problemática en torno a la pensión alimenticia”. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 37

¹²¹ Encuentro sobre Violencia Doméstica: Madrid, 24 al 26 de septiembre de 2003 (CGPJ) Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/I-Encuentro-sobre-Violencia-Domestica--Madrid--24-al-26-de-septiembre-de-2003->

¹²² El Pleno del Consejo General del Poder Judicial fue informado, en su sesión del 11 de julio, de la Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en procesos de familia, elaborada por el grupo de trabajo de jueces de familia en base a datos aportados por el INE. La aplicación tiene en cuenta la modalidad del régimen de guarda, el número de hijos, la Comunidad Autónoma, provincia y población de residencia de los menores, así como los ingresos de cada progenitor. Disponible en: <http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/>

¹²³ De acuerdo con las ante citadas sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 y de 5 noviembre de 2008.

entiende que la cifra debería reducirse en 400 euros. Adicionándole a la cantidad resultante - el importe de gastos correspondientes al colegio -540 euros-, se entiende que el padre debería satisfacer una pensión de alimentos de 1.215 euros, de la cual se pueden entender 750 a favor del hijo y 465 a favor de la hija. El padre abonaría dicha cantidad en la cuenta corriente que designase la madre a tal efecto los cinco primeros días de cada mes, cantidad que se debe incrementar o reducir anualmente en la misma proporción que varíe el Índice General de Precios al Consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya¹²⁴.

En todo caso, el art. 147 C.c. apela a la adecuación de los alimentos, de manera que la cantidad fijada para la pensión será objeto de modificación “*según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos*”.

Por último, precisar que la obligación de prestar alimentos no cesa cuando los menores alcanzan la mayoría de edad, sino que ésta se mantiene mientras los hijos hayan finalizado su formación¹²⁵. La jurisprudencia es unánime en este sentido¹²⁶, pues la base de esta afirmación se encuentra en los artículos 142 y 93 del C.c., que expresamente prevén que la pensión de alimentos respecto de los hijos mayores de edad se mantendrá si no hubiesen terminado su formación por causa que no les sea imputable o si el hijo todavía no hubiese logrado su independencia económica, mientras estén activamente buscando empleo y no lo consiguen¹²⁷. En el caso concreto, se señala que Ricardo, el hijo de dieciséis años, pretende estudiar la carrera de medicina, de modo que, durante el periodo de duración de los estudios y mientras no obtenga ingresos, el padre deberá seguir abonando la pensión.

SEXTO.- SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Se trata de determinar, a continuación, si en el presente caso existe derecho o no a la percepción de una pensión compensatoria, que consiste en una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro, tras la separación o divorcio del matrimonio. Para su reconocimiento se exige la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex-cónyuges (STS 19 de enero de 2010).

En efecto, el artículo 97 C.c. establece como presupuesto para el reconocimiento de este derecho que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Este desequilibrio ha de referirse al momento en que se produce la ruptura de la convivencia y ha de tener su causa precisamente en la

¹²⁴ En virtud de lo dispuesto en el art. 103.3º C.c. respecto a las bases de actualización de las cargas familiares.

¹²⁵ Consulta 1/1992 de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado.

¹²⁶ Martín Najera, M.T. (2013) “Problemática en torno a la pensión alimenticia”. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova, Pág. 49

¹²⁷ García Presas, I. (2015). *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y práctica*. Ed. Juruá, Pág. 50

separación o divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o alteraciones posteriores den derecho a pensión si no lo hubo en aquel momento¹²⁸.

Según el Tribunal Supremo, por desequilibrio ha de entenderse el empeoramiento económico producido en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación de las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura (STS 4 diciembre 2012)¹²⁹. Por tanto, procede a continuación analizar y comparar la capacidad y medios económicos de cada uno de los cónyuges con anterioridad y posterioridad a la crisis matrimonial, para determinar la existencia o no del desequilibrio.

A.- CAUDAL Y MEDIOS ECONÓMICOS

INGRESOS

Se sabe que el Sr. Santiago ha sido durante toda la vida matrimonial el sustento económico de la familia, contando con unos ingresos mensuales de 5.500 euros. Desde que él y la Sra. Pilar contrajeron matrimonio ambos tomaron la decisión de que la mujer dejase su trabajo de secretaria para dedicarse al cuidado del hogar de modo que, desde 1995, la Sra. Pilar carece de un sueldo o renta en concepto de trabajo.

Sin embargo, no se puede decir que la Sra. Pilar sea totalmente dependiente en términos económicos pues, como ya se ha expuesto, percibe 500 euros al mes en concepto de alquiler del piso que recibió en herencia de sus padres, que constituye un bien privativo por haber sido adquirido después de comenzar la sociedad de gananciales a título gratuito (1346.2º C.c.), concretamente, por sucesión *mortis causa*. En consecuencia, los frutos, rentas o intereses que produce este inmueble (1347.2º C.c.) son también privativos. Además, la Sra. Pilar cuenta con el respaldo económico de un premio de lotería que asciende a 400.000 euros, del que todavía no ha dispuesto. Se trata de una ganancia adquirida a título gratuito por la Sra. Pilar, de modo que también es privativa (1346.2º). Mencionar que, el carácter privativo del premio de lotería puede ponerse en duda debido a que en el caso se desconoce si el décimo fue adquirido con dinero ganancial. De su redacción parece desprenderse que fue adquirido por la Sra. Pilar en exclusiva. No obstante, precisar que, en caso de que tuviese carácter ganancial, los 400.000 euros corresponderían a ambos cónyuges. Así, en la STS, Sala 1ª, de 20 de noviembre de 2007 se determina el carácter común de un décimo cuya compra había encargado una pareja de hecho a un primo, al cual le abonaron el importe del décimo con dinero procedente de los fondos comunes que la pareja compartía¹³⁰.

GASTOS

Haciendo remisión a los gastos comunes determinados en el apartado relativo a los gastos de los menores y pensión alimenticia, en cuanto a la situación individual de la Sra. Pilar, hay que tener en cuenta que se le ha atribuido la guarda y custodia de los menores, de manera que se vería obligada a satisfacer sus necesidades diarias, más

¹²⁸ *Comentarios al Código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 223

¹²⁹ Roj: STS 8531/2012

¹³⁰ Pérez Martín, A.J. (2008) *Revista de derecho de familia* (40) Ed. Lex Nova, Pág. 179

directas e imprevistas. No obstante, la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre. También se debe tener en cuenta que, la Sra. Pilar ha dejado de recibir los 1.600 euros que su marido ingresaba durante el matrimonio.

Realizando una comparación entre la capacidad económica de la Sra. Pilar antes y después de la ruptura, se obtiene que, con anterioridad a la ruptura ingresaba los citados 1.600 euros más los 500 de alquiler, que ascienden a 1.900 euros. Tras la ruptura, ingresa exclusivamente los 500 del alquiler y debe hacer frente a un 20% de los gastos del colegio, al 50% de los gastos extraordinarios de los menores, al 50% de las cuotas hipotecarias, así como a los gastos ordinarios que generen los bienes respecto de los que le corresponde su uso y disfrute.

Esta comparación refleja la primera evidencia de que la ruptura ha provocado una disminución en la capacidad económica de la Sra. Pilar.

En cuanto a la situación individual del Sr. Santiago, la aportación de 1.600 que deja de realizar tras la crisis matrimonial a su mujer determina un menor gasto. Por otra parte, el cese de la convivencia obliga al Sr. Santiago a alquilar un apartamento, por el que debe de pagar una renta mensual de 1.375 euros, gasto que no soportaba con anterioridad. Además, de fijarse la cuantía propuesta en concepto de alimentos, al gasto del alquiler se le añadiría otro gasto de 1.215 euros mensuales.

Realizando un balance entre la situación del Sr. Santiago anterior y la posterior a la ruptura y, teniendo en cuenta que la mujer pasará a contribuir a determinados gastos, se concluye que la disminución de su capacidad económica no será tan acusada.

B.- PERJUICIO ECONÓMICO

Según Bercovitz, para que exista derecho a compensación, el perjuicio económico o empeoramiento de la situación solo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio y, por tanto, tampoco pensión¹³¹.

Pues bien, en el presente caso no puede entenderse que el perjuicio sea idéntico en ambos cónyuges, no solo porque la disminución de la capacidad económica tras la ruptura matrimonial sea mayor respecto de la Sra. Pilar que del Sr. Santiago, sino porque además, las posibilidades de aumentar dicha capacidad económica en la Sra. Pilar son también mucho inferiores. Esto se debe a que, la Sra. Pilar dejó su trabajo para dedicarse al cuidado del hogar con motivo del matrimonio. Es el matrimonio entre los cónyuges la causa de que la Sra. Pilar se encuentre en situación de desempleo desde hace 20 años, de que haya perdido la experiencia y práctica necesaria para desempeñar el puesto de trabajo para el cual está formada y, de que no alcance el periodo mínimo necesario de cotización para causar derecho a percibir una pensión de jubilación –que es de quince años, mientras que la Sra. Pilar solamente acumula siete-. Esta pérdida de derechos económicos u oportunidades laborales es la que determina que la Sra. Pilar haya sufrido un empeoramiento mayor que el Sr. Santiago tras la ruptura matrimonial.

¹³¹ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi, Pág. 223

En efecto, el Tribunal Supremo¹³² considera que la desigualdad de ingresos entre los cónyuges no determina el derecho a una compensación, sino cuando esta desigualdad es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de ellos¹³³. La reducción de las posibilidades de desenvolvimiento que el matrimonio ha originado en la Sra. Pilar, así como la posible pérdida del derecho a percibir una pensión de jubilación son, por tanto, los que determinan el derecho a la prestación compensatoria y no la desigualdad de ingresos entre los cónyuges.

C.- DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN

Existen tres modalidades de compensación. Según el art. 97 C.c, ésta podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Señalar que, la pensión por tiempo indefinido no equivale a una pensión vitalicia, pues se extinguirá en los supuestos previstos en los artículos 99 -sustitución de la pensión por constitución de una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes- y 101 -extinción de la pensión por el cese de la causa que la motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona-¹³⁴.

Ahora bien, para la determinación de la cuantía que deberá satisfacer en concepto de compensación económica el Sr. Santiago, así como el tiempo por el que la deberá satisfacer, hay que atender a una serie de circunstancias enumeradas en el artículo 97 C.c. que se pasan a valorar a continuación.

En primer lugar, se debe atender a la **edad y el estado de salud** de los cónyuges, pues son indicativos de las posibilidades que una persona posee de incorporarse al mercado de trabajo o de que aquello ha dejado de ser una realidad por hallarse ya en una etapa cercana a la jubilación¹³⁵. No obstante, se trata de circunstancias que, en el presente caso se desconocen. Se podría suponer que, dado que en la fecha en la que contrajeron matrimonio, 1995, la madre acumulaba siete años cotizados y, suponiendo que comenzase a trabajar a partir de los veinte años –en 1988-, la fecha de nacimiento de la madre se encontraría entre 1965 y 1968. De modo que, actualmente tendría una edad de entre 47 y 50 años. Igualmente se sabe que en 1994 al Sr. Santiago le fue otorgado su primer destino como juez y, suponiendo que previamente habría realizado unos estudios de unos 10 años, la fecha de nacimiento del padre se encontraría igualmente entre 1965 y 1968. Es decir, ambos se encontrarían a medio camino entre la edad de jubilación -que está fijada entre los 65 y 67 años dependiendo de la situación¹³⁶- y la edad en que comenzaron a trabajar. No obstante, existe mayor proximidad a la edad de jubilación.

Pues bien, en el caso del Sr. Santiago esta mayor cercanía a la edad de jubilación no supone ningún impedimento para él en lo que se refiere a sus posibilidades en el mundo

¹³² Sentencia de 17 de mayo de 2013; Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

¹³³ Pérez Martín, A.J. (Direc.) (2014) “Jurisprudencia - Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho de Familia* (62), Pág. 114

¹³⁴ *Comentarios al código civil* (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi., Pág. 223

¹³⁵ Cabezuela Arenas, A.L. (2002). *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Ed. Aranzadi. Navarra

¹³⁶ La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, prevé el incremento progresivo de la edad de jubilación hasta los 67 años en un periodo transitorio de 15 años, que comienza en 2013 y culmina en 2027. No obstante, se mantiene la posibilidad de acceso voluntario a la jubilación a los 65 años para acrediten un periodo de cotización que en 2027 ascenderá a los 38 años y seis meses.

laboral. Desde hace veintidós años ostenta un cargo de funcionario público, de modo que dispone de ingresos mensuales constantes, sin riesgo de pérdida de empleo o pensión de jubilación. Sin embargo, en el caso de la Sra. Pilar la **calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo** son un criterio determinante para establecer la pensión. La Sra. Pilar tiene cualificación profesional como secretaria, pero, como se ha expuesto, se encuentra en situación de desempleo desde hace veinte años. El matrimonio para la Sra. Pilar ha supuesto una reducción en gran medida de las probabilidades de conseguir un empleo, pues el hecho de tener un título o cualificación profesional no es, ni mucho menos, sinónimo de una reinserción en la vida laboral. En este sentido, la sentencia del TS, Sala 1ª, de 12 de julio de 2014.¹³⁷ En efecto, el artículo 97 C.c. se refiere no sólo a la cualificación, sino también a “las probabilidades de acceso a un empleo”, que varían de manera inversamente proporcional a la edad. Además, debido al paso de los años, la mujer habría perdido cualidades y la práctica necesaria para desempeñar el empleo correspondiente. En este sentido, la carrera profesional de la Sra. Pilar puede verse dañada de tal manera que sería necesario un proceso de reciclaje que, al tiempo de solicitar la pensión, dada su edad, sería muy difícil, sino imposible, de acometer¹³⁸.

Se debe tener en cuenta además que, esa merma de posibilidades en el mundo laboral que ha sufrido la Sra. Pilar se ha hecho en beneficio de la familia. Como se ha señalado, la dedicación de la Sra. Pilar desde que contrajo matrimonio a la familia ha sido absoluta y en exclusiva, y lo ha venido haciendo tanto antes como después de la interposición de la demanda de divorcio. Es decir, se ha producido un sacrificio por parte de la Sra. Pilar, que se traduce en el estancamiento de su desarrollo profesional pese a su formación y posibilidades, favoreciendo la posición del marido quien pudo continuar y hacer realidad sus ambiciones profesionales. Es más, la Sra. Pilar le ha seguido a todo lugar al que sucesivamente era trasladado, primero Valencia, luego A Coruña y, a continuación, Barcelona. Además, de fijarse el régimen de guarda y custodia propuesto -atribuida a la madre-, se continuaría con la organización familiar anterior y la misma dedicación a la familia, que, por lo que se refiere a la Sra. Pilar ha sido en exclusiva. El hecho de tener que continuar con la dedicación a las labores domésticas y atenciones de los hijos, al menos hasta que éstos se independicen, complica mucho más el proceso de reciclaje al que anteriormente se hacía referencia.

En este sentido, **la dedicación pasada y futura a la familia** es criterio determinante para establecer la temporalidad de la pensión. Así, señala la SAP Las Palmas de 14 de marzo de 2001¹³⁹ que, tal dedicación proyectada a lo largo de los años en demérito de su formación y empleo y a favor de la formación y empleo de su ex cónyuge, debe resultar compensada indefinidamente. También la SAP de Madrid de 6 de julio de 1999 (AC 1999\8902) reconoce el derecho a una pensión indefinida a una mujer de 41 años que durante once años de matrimonio y se dedicó a la familia, abandonando su empleo para favorecer el desarrollo profesional de su marido, trasladándose sucesivamente de domicilio. En el presente caso, el matrimonio tuvo una **duración** de veinte años, periodo calificable como largo. No obstante, la duración no es siempre determinante del derecho a compensación. Ejemplo de ello lo constituye la STS, Sala 1ª, de 16 de julio de

¹³⁷ Pérez Martín, A.J. (2015) *Revista de derecho de familia* (66) Ed. Lex Nova, Pág. 143

¹³⁸ Cabezuela Arenas, A.L. (2002). *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Ed. Aranzadi. Navarra, Págs. 70-71

¹³⁹ Roj: SAP GC 785/2001

2013, en la que se establecía que, aunque el matrimonio duro poco más de cuatro años y la esposa tenía ingresos, se debía fijar una pensión en base a su dedicación al cuidado del hijo menor que, condicionaría su vida personal y profesional durante un tiempo¹⁴⁰.

Según la SAP Barcelona 867/2013¹⁴¹, el criterio jurisprudencial consolidado es que la pensión compensatoria no ha de tener una duración superior a la mitad de los años que perduró el matrimonio. Por lo que en este caso, se fijaría una duración máxima de diez años. No obstante, la sentencia recalca que en casos extraordinarios de personas mayores o personas que han renunciado a sus oportunidades laborales por causa del matrimonio, como sucede en el caso concreto, no rige este criterio.

Tal y como se señaló cuando se estimó la edad de los cónyuges, si se mantiene la suposición de que rondasen los 50 años de edad, ambos se encontrarían a unos 15 y 17 años del periodo de jubilación. Hay que tener en cuenta en el presente caso que, el hecho de haberse dedicado durante los últimos veinte años en exclusiva al cuidado de la familia, puede determinar la eventual **pérdida de la pensión de jubilación**, por la imposibilidad de alcanzar el periodo mínimo de cotización para causar derecho a percibirla. Esto se debe a que el periodo mínimo necesario es de quince años cotizados, mientras que la Sra. Pilar solamente acumula siete, por lo que debería encontrar un trabajo que le permitiera cotizar seis años más. En otro caso, habría perdido el derecho a percepción de la eventual pensión de jubilación.

Lo anterior, unido a las escasas probabilidades de la Sra. Pilar de acceder al mercado laboral debido a su inactividad durante veinte años y a su dedicación pasada y futura la familia, determina sin lugar a dudas la existencia de un perjuicio económico derivado de la ruptura matrimonial difícil de superar. En efecto, según la doctrina del Tribunal Supremo -sentencias de 22 junio 2011¹⁴² y 23 enero 2012¹⁴³-, el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de uno de los cónyuges a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, lo que se ve reflejado en este caso en la situación de la Sra. Pilar.

Sin embargo, se suscita todavía la duda acerca de la idoneidad del carácter temporal o indefinido de la pensión a favor de la Sra. Pilar.

TEMPORALIDAD

Ante todo cabe hacer hincapié en que, el carácter indefinido de la pensión no es sinónimo de vitalicio, pues la jurisprudencia reitera la necesidad de que la pensión no sea vitalicia (STS 741/2013)¹⁴⁴, dado que este carácter no coincide con la finalidad de la misma. Así, la SAP A Coruña 175/2015 (Roj: SAP C 1335/2015), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, pone de manifiesto que, por su configuración legal y jurisprudencial, la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de

¹⁴⁰ Casado Casado, B. (2014). “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal.” *Revista de Derecho de familia* (62). Ed. Lex Nova, Pág. 123

¹⁴¹ Roj: SAP B 14653/2013

¹⁴² Roj: STS 5570/2011

¹⁴³ Roj: STS 234/2012

¹⁴⁴ Roj: STS 5721/2013

uno de los cónyuges, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, pues no se trata de un mecanismo indemnizatorio. Por el contrario, su finalidad es lograr reequilibrar la situación dispar resultante del divorcio al tiempo de producirse, esto es, colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial¹⁴⁵.

Las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales, según la SAP Palma de Mallorca de 7 de enero de 2015¹⁴⁶, consideran que el reequilibrio significa hallarse cada uno de los cónyuges de forma autónoma en la posición económica que le corresponde, según sus propias actitudes y capacidades para generar sus propios recursos económicos¹⁴⁷, o, como dice la STS de 10 de febrero de 2005, nº 43/2005¹⁴⁸, se trata de apreciar la posibilidad de los ex cónyuges de “desenvolverse autónomamente”. Se alcanza la autonomía económica y, por tanto, se supera el equilibrio, cuando se consolida la situación laboral. En este sentido, para el Tribunal Supremo¹⁴⁹, la pensión debe extinguirse una vez que la esposa ha consolidado dicha situación y mantiene un nivel de vida adecuado a sus propias aptitudes, aunque no sea igual al de su ex esposo. Se apela al principio de dignidad del art. 10 C.E, que constituye argumento suficiente de la independencia de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio¹⁵⁰.

A la luz de lo anterior, para determinar la temporalidad o no de la pensión en el caso concreto, hay que valorar en qué momento la Sra. Pilar podría pasar a desenvolverse autónomamente, es decir, en qué momento pasaría a encontrarse en igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no contraer matrimonio, si es que puede llegar a suceder.

Pues bien, de un lado, es un hecho que la Sra. Pilar difícilmente pueda situarse en el mismo nivel de oportunidades laborales del que tenía hace veinte años, cuando tenía un largo futuro como secretaria. La inactividad de la Sra. Pilar durante todo ese periodo de tiempo determina, sin lugar a dudas, una merma de sus posibilidades en el mercado de trabajo y, en consecuencia, de la probabilidad de percepción de la pensión de jubilación. Según lo dispuesto en la SAP de Vizcaya de 27 de mayo de 1998¹⁵¹, la existencia de esperanza de superación del desequilibrio determina la temporalidad de la pensión, mientras que, si el desequilibrio no tiene posibilidades reales de ser corregido nunca, resulta adecuada la fijación de una pensión indefinida. En el presente caso hay que reconocer que la Sra. Pilar no se encuentra en situación de total imposibilidad de desenvolvimiento autónomo hasta el punto de tener que recurrir a la caridad (SAP Guipúzcoa de 18 de febrero 1997¹⁵², sino que dispone de ciertos recursos. Sin embargo, los mismos no pueden suplir el perjuicio económico derivado de su inactividad laboral.

¹⁴⁵ En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011 (Roj: STS 5570/2011), de 23 de enero de 2012 (Roj: STS 234/2012) y de 4 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8531/2012).

¹⁴⁶ ROJ: SAP IB 51/2015

¹⁴⁷ AP Madrid, secc. 22ª, sentencia de 15 de julio de 2008, nº 512/2008, rec. 367/2007.

¹⁴⁸ Rec. 1876/2002

¹⁴⁹ Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2013

¹⁵⁰ Casado Casado, B. (2014). “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal.” *Revista de Derecho de familia* (62). Ed. Lex Nova, Pág. 122-123

¹⁵¹ AC 1998\5347

¹⁵² AC 1997/283

En efecto, existen situaciones en las que, tras un largo periodo de tiempo dedicado a la familia sin desarrollar actividad laboral alguna, las posibilidades de lograr un desenvolvimiento autónomo son prácticamente nulas. Así, por ejemplo, se reconoce el derecho a una compensación indefinida a un ama de casa de 47 años que carece de experiencia laboral reciente por haberse dedicado al hogar y a los hijos (SAP Álava de 6 de septiembre de 2000)¹⁵³

Además, si bien es cierto que la pensión no tiene un carácter vitalicio, ni es un derecho absoluto, la jurisprudencia reivindica que para establecer la temporalidad de la pensión se han de dar unos presupuestos conocidos que acrediten la no necesidad de la prestación en un plazo razonable¹⁵⁴. Esto es, se debe acreditar la necesidad de introducir una limitación “ex ante”, con base en circunstancias que con alta probabilidad determinarán que, llegado el momento, la percepción no sea necesaria.

Valorando las circunstancias del caso, se entiende que no existen presupuestos que motiven la limitación de la compensación, con base en una posible superación del perjuicio. Esto es, existen altas probabilidades de que la pensión siga siendo necesaria, por el mantenimiento de las circunstancias que producen el desequilibrio económico. Esto se debe a que, constituye una verdad rotunda el hecho de que la Sra. Pilar nunca tendría la posibilidad de reparar el agravio que produce la pérdida de veinte años no cotizados, que ya nunca podrán ser recuperados, por lo que nunca tendrá derecho a la pensión máxima de jubilación que le hubiera correspondido. Es decir, no hay posibilidades reales de corregir el perjuicio económico que para la Sra. Pilar ha supuesto renunciar a la vida laboral a favor de la familiar, por lo que debe reconocerse la necesidad del establecimiento de una pensión de carácter indefinido en su favor.

CUANTÍA

Para la Sra. Pilar, que es en este caso el cónyuge perjudicado, el matrimonio supuso la renuncia a su puesto de trabajo, por el que percibía unos ingresos de 1.200 euros mensuales. Además, tras la separación deja de percibir los 1.600 euros que su marido le ingresaba. Teniendo en cuenta estos datos, la capacidad económica de los cónyuges, así como la naturaleza de la compensación que, como se ha señalado tiene por finalidad recolocar al cónyuge desfavorecido en la posición que hubiera tenido de no haber contraído el matrimonio, se entiende que resulta adecuada la cantidad de 700 euros mensuales.

Se trata de 700 euros que deben suplir mensualmente la imposibilidad de obtener recursos económicos por parte de la Sra. Pilar. Por un lado, es una cifra que no excede del nivel de vida que disfrutaba la mujer, en comparación con los 1.900 euros que percibía al mes. Por otro lado, tampoco excede del nivel de gastos que pueda soportar el ex marido, pues a pesar del nuevo e importante gasto de alquiler, la mujer pasará a soportar gastos que -se entiende- antes venía sufragando él en exclusiva¹⁵⁵.

¹⁵³ AC 2000\4627

¹⁵⁴ SAP Ávila de 25 de marzo de 1999 (AC 1999\4708)

¹⁵⁵ Los gastos señalados en el apartado de caudal y medios económicos: 20% de los gastos correspondientes al colegio de los menores, el 50% de los gastos extraordinarios, los gastos ordinarios

En definitiva, se trata de una compensación que permitirá a la mujer llevar el nivel de vida que le hubiese correspondido según sus aptitudes, pues junto con los 500 euros que recibe del piso de Madrid, obtendría unos ingresos mensuales de 1.200 euros.

El Sr. Santiago deberá, por tanto, abonar a la Sra. Pilar 700 euros en la cuenta que al efecto ella designe, cantidad que se actualizará anualmente de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística

Lo anterior sin perjuicio de que, en cualquier momento, pueda modificarse la pensión en caso de que se alterase la fortuna de cualquiera de los cónyuges (artículo 100 C.c.), que en lo que se refiere a la Sra. Pilar podría traducirse en el acceso a un empleo que le permitiese cotizar seis años más para tener derecho a la pensión de jubilación. En tal caso no solo podría modificarse la pensión, limitándola –temporalmente- o reduciéndola, sino también incluso extinguiéndola. Así, por ejemplo, en la SAP Zamora de 20 de enero de 2000¹⁵⁶, el tribunal modifica la pensión, limitándola por alteración sustancial de las circunstancias, al apreciar una verdadera evolución en la beneficiaria, la cual se había visto liberada con el paso del tiempo del cuidado de los hijos, había obtenido el graduado escolar e, incluso, parecía desempeñar actividades retribuidas.

No obstante, cabe mencionar que esto puede suponer dejar en manos de una de las partes que su fortuna cambie o no, en la medida en que puede resultar más cómoda la postura de recibir la pensión que de acceder al mercado laboral¹⁵⁷.

SÉPTIMO.- SOBRE EL CONTRATO LABORAL DE LA HIJA MENOR

Por lo que se refiere a la situación laboral de la hija menor del matrimonio se debe atender al 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**.

El apartado 1 del artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe “*la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*”, en consonancia con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 138 ratificado por España en 1977 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los menores. No obstante, el apartado 4 de este artículo establece como excepción la intervención de los menores de 16 años en espectáculos públicos, que se autoriza de manera excepcional por la autoridad laboral, “*siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados*”.

En el caso concreto, la hija menor del matrimonio, que tiene diez años en la actualidad, compagina sus estudios con la profesión de modelo infantil, actividad que puede englobarse dentro de los espectáculos públicos de los que habla el artículo 6.4 del ET.

derivados del uso del vehículo y de la vivienda, así como la mitad de las cuotas correspondientes a la hipoteca.

¹⁵⁶ AC 2000/334

¹⁵⁷ Cabezuela Arenas, A.L. (2002). *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Ed. Aranzadi. Navarra

Según la Sentencia 471/2002 de 13 de septiembre del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), la exigencia de que la intervención en espectáculos no suponga un peligro para el menor se traduce en que debe de tratarse de una actividad compatible con su edad, con su escolarización obligatoria y con la propia vida familiar. Según esta sentencia el verdadero fundamento de la prohibición del art. 6.1 del ET no radica en una supuesta incapacidad natural o insuficiencia de juicio, sino más bien en un principio protector relacionado con los años de escolaridad convenientes o necesarios.

Por tanto, se entiende que debe de atenderse de nuevo al interés del menor, que en relación con el artículo 6 del ET, se traduce en la prohibición de toda actividad laboral que resulte incompatible con la formación y vida de la menor.

Además, debe tenerse también en cuenta que la tutela del interés superior del menor se encuentra íntimamente ligada al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS del 19 de abril de 1991, de 31 de julio de 2009 y 13 de junio de 2011). En este sentido, se considera nulo el contrato de trabajo de un menor de dieciséis años que tiene como finalidad obtener una vinculación en exclusiva del menor a una futura contratación laboral (SAP Albacete 65/2015).

Por último, se debe tener en cuenta que la decisión de la realización de actividades extraescolares o complementarias por los hijos es una decisión que corresponde a los progenitores en virtud de la patria potestad. Se trata de una de las decisiones que el Tribunal Supremo considera más relevantes en la vida del menor y que debe ser tomada con el consentimiento de ambos progenitores¹⁵⁸. Por tanto, para poder tomar la decisión de concluir un contrato de ese tipo, sería necesario el consentimiento de ambos progenitores que, según el enunciado del caso, en este caso no existe, dada la oposición del Sr. Santiago.

Cabe, por tanto, concluir que, para que el contrato de la menor Sonia sea conforme a Derecho debería mediar autorización de la Autoridad laboral; consentimiento de ambos progenitores; debería tratarse de un contrato para actos determinados; que no suponga la vinculación exclusiva de la menor a una futura contratación laboral y; debe permitir que la formación académica y humana de la hija menor pueda desarrollarse correctamente y compaginarse con la actividad que realice.

¹⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013. ROJ: STS 5966/2013. Municipio: Madrid-Sección: 1, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Nº Recurso 2645/2012, Antecedente de hecho Primero, página 7.

III. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Española de Abogados de Familia (2010). *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid

Cabezuela Arenas, A.L. (2002). *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Ed. Aranzadi. Navarra

Casado Casado, B. (2014). “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal”. *Revista de Derecho de familia* (62). Ed. Lex Nova

Castillejo Manzanares, R. (2007) *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho* (1ª ed.) Ed. Wolters Kluwer España, S.A. Madrid

Comentarios al código civil (2009). (3ª ed.) Editorial Aranzadi.

De Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de Derecho civil (IV) - Derecho de familia* (3ª ed.). Ed. Colex, Madrid

Domínguez Martínez, P. (2008). *Definición y atribución del Domicilio familiar*. Documento de trabajo 2008/5. Seminario permanente de Ciencias Sociales, Pág. 12, Disponible en: https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf

CGPJ. “Encuentro sobre Violencia Doméstica: Madrid, 24 al 26 de septiembre de 2003” Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/I-Encuentro-sobre-Violencia-Domestica--Madrid--24-al-26-de-septiembre-de-2003->

García Presas, I. (2015) *Guarda y custodia de los hijos. Colección de Derecho civil. Teoría y práctica*. Ed. Juruá

Iriarte Angel, J. L. (2009). “Conflictos de leyes internos. notas fundamentales de la situación actual” *Jado: Boletín De La Academia Vasca De Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, 7(18)

Iriarte Ángel, F.B. (2015) “Competencia de los Tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio” *Revista de Derecho de la UNED* (16)

Martín Najera, M.T. (2013) “Problemática en torno a la pensión alimenticia”. *Revista de Derecho de Familia*, (61), Ed. Lex Nova

Muñoz García, C. (2015). “Alimentos necesarios y otros gastos “ordinarios” del menor” del Blog ¿Hay derecho? Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/02/19/alimentos-necesarios-y-otros-gastos-ordinarios-del-menor/>

PENCO, Á. A. (2010). "Derecho civil autonómico versus Derecho civil estatal: Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio". *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXVIII, Págs. 245-259

Pérez Martín, A.J. (2008) *Revista de derecho de familia* (40) Ed. Lex Nova

Pérez Martín, A.J. (2014) *Revista de Derecho de Familia* (62) Ed. Lex Nova

Pérez Martín, A.J. (2014) *Revista de derecho de familia* (64) Ed. Lex Nova

Pérez Martín, A.J. (2015) *Revista de derecho de familia* (66) Ed. Lex Nova

Redacción de la revista La Ley. Derecho de Familia. “Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Proyecto de Ley y Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOCG de 27 de febrero de 2015)”. Wolters Kluwer. Disponible en: <http://pdfs.wke.es/2/9/1/4/pd0000102914.pdf>

Rodríguez Bernot, A. (2010). “El criterio de conexión para determinar la ley personal: Un renovado debate en derecho internacional privado”. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 2(1)

Sánchez López, A.D. (2010) “Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución”. *Revista de Derecho de Familia*, Ed. Lex Nova

Sande García, P. (2009). Título Preliminar En Rebolledo Varela, Á.L. (Coord.) Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia Ley 2/2006, de 14 de junio, Ed. Aranzadi

Zurilla Cariñana, M^a Ángeles (2010). *Las disputas judiciales en torno a los hijos: Una constante en las crisis matrimoniales* (1^a ed.) Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones

IV. FUENTES NORMATIVAS

Constitución Española, 1978.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.

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.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Ley de Cortes de Aragón de 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) de la Organización Internacional del Trabajo.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1989.