



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Grado en Derecho

Trabajo fin de Grado

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

Autor

Marta Embodas Stern

Tutor

Rafael Colina Garea

ÍNDICE

Abreviaturas-----	3
I. Supuesto de hecho y antecedentes-----	4
II. Introducción. delimitación de los temas de estudio-----	6
III. Cuestiones planteadas y propuestas de solución	
1. ¿Debería atribuírsele la custodia exclusiva de los hijos a la madre?---	8
2. ¿Sería preferible la custodia compartida?-----	15
3. ¿Cómo quedaría el régimen de visitas?-----	21
4. ¿Sería posible la emancipación de Ricardo?-----	24
5. Análisis y fijación de la oportuna pensión de alimentos-----	26
6. ¿Cómo se distribuirían los gastos de los hijos?-----	30
7. ¿existe derecho a una pensión compensatoria?-----	34
8. ¿es legal conforme a Derecho, el contrato laboral de Sonia?-----	40
IV. Conclusiones finales-----	43
V. Normativa aplicable-----	44
VI. Jurisprudencia aplicada-----	46
VII. Bibliografía-----	49

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCG	Código Civil de Galicia
CDN	Convención relativa a los Derechos de Niño
CE	Constitución Española
CEDN	Carta Europea de Derechos del Niño
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ET	Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LPJM	Ley de Protección Jurídica del Menor
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 7 de julio de 2015 Dña. Pilar Márquez presentó demanda de divorcio en el juzgado de primera instancia nº10 de Barcelona.

SEGUNDO.- D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez contrajeron matrimonio el 4 de octubre de 1995 en A Coruña sin haber otorgado capítulos ni cualquier tipo de acuerdo prematrimonial. Desde el momento de celebración del matrimonio hasta la presentación de la demanda de divorcio siempre han vivido juntos.

TERCERO.- el matrimonio tiene dos hijos Ricardo nacido el 14 de abril de 1999 y Sonia nacida el 23 de julio de 2005.

CUARTO.- D. Santiago Montaner es juez en los juzgados de lo mercantil. A lo largo de estos años ha sido destinado a diversas ciudades españolas como Valencia durante seis años, luego ha regresado a A Coruña por diez años y el último destino hasta la actualidad ha sido Barcelona llevando cinco años en dicha ciudad. Es precisamente en este destino donde Dña. Pilar Márquez decide solicitar la vecindad civil catalana. El sueldo de D. Santiago Montaner asciende mensualmente a 5.500 euros netos. En cuanto a la vida laboral de Dña. Pilar Márquez cabe decir que trabajó de administrativa hasta contraer matrimonio ya que decidieron que se dedicase a los cuidados de la casa y de la familia.

QUINTO.- El matrimonio posee un piso en la Avenida Diagonal, el cual es el domicilio familiar aunque aún quedan pendientes de pago 75.000 euros de hipoteca. También cuentan con un apartamento en Valencia del que quedan por pagar 200.000 euros. Sin embargo Dña. Pilar Márquez cuenta con la propiedad de un apartamento que ha heredado de sus padres con unos frutos de 500 euros al mes dado que lo tiene alquilado. El matrimonio tiene 2 coches, el de Dña. Pilar Márquez fue un regalo de cumpleaños que le hizo D. Santiago Montaner. También Dña. Pilar Márquez fue agraciada en 2012 con un décimo de lotería de navidad con un valor de 400.000 euros, del cual no han hecho uso del.

SEXTO.- Los hijos estudian por decisión conjunta de los progenitores en el Liceo Francés, ascendiendo a un importe mensual de 915 euros en total incluyendo las actividades extraescolares de ambos hermanos. Por otro lado cada verano tanto Sonia como Ricardo asisten a un curso de inmersión lingüística en Oxford, por un valor de 2.000 euros cada uno.

SÉPTIMO.- Ambos hermanos tienen caracteres muy distintos pero se encuentran muy unidos así como con ambos progenitores. Les gusta estar en familia sobre todo jugar con sus primos. Ricardo el hijo mayor tiene la aspiración de ser médico. Se encuentra muy integrado en el colegio ya que tiene un amplio grupo de amigos. Es un estudiante brillante y a la vez tiene un perfil muy solidario ya que colabora con una ONG de Barcelona dando clases de español a inmigrantes. Sonia por su parte tiene otras tareas a parte del colegio ya que es modelo infantil.

OCTAVO.- En la demanda planteada Dña. Pilar Márquez solicita la custodia exclusiva de los hijos, ya que tiene en mente trasladarse a Estocolmo porque una firma de ropa sueca le ha ofrecido a Sonia un contrato de dos años con la condición de tener que trasladarse allí estos dos años. Por otro lado también solicita una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que supone el divorcio.

NOVENO.- D. Santiago Montaner se opone totalmente al traslado de los menores, considerando que Sonia es demasiado pequeña para trabajar y que le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad. Por otro lado Ricardo de 16 años también se opone a dicho traslado, pues de esta manera perdería de nuevo a sus amigos pero sin duda lo que más le importa sería el hecho de estar separado de su padre ya que están muy apegados. En este sentido Ricardo ya sabe lo que supone trasladarse de ciudad puesto que cuando tenía 10 años ya tuvo que trasladarse de A Coruña a Barcelona debido a un traslado laboral de D. Santiago Montaner, lo cual le había costado un disgusto. De hecho Ricardo le ha comunicado al padre que solicitará la emancipación en caso de no poder quedarse en España con él.

DÉCIMO.- En cuanto a los gastos, después de presentarse la demanda de divorcio. D. Santiago Montaner ha alquilado un piso con una renta mensual de 1.375 euros en una calle cercana a la vivienda familiar, donde permanecen Dña. Pilar Márquez con Sonia y Ricardo. En lo referente a los gastos de Ricardo y Sonia sigue haciéndose cargo D. Santiago Montaner aportando una cantidad mensual de 1.600 euros consensuada por ambos cónyuges, exceptuando la alimentación que esos corren a cargo de Dña. Pilar Márquez.

II. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está enfocado en el derecho de familia, concretamente en la disolución del vínculo matrimonial y sus consecuencias. Se trata de un fenómeno totalmente acoplado a nuestra sociedad que trataremos de analizar de manera detallada, concretamente el régimen de guarda y custodia compartida. Para observar la evolución de esta materia haremos un repaso de las anteriores versiones del Código Civil.

El texto original del Código Civil de 1889, establecía en su artículo 70 que los hijos menores de tres años permanecerían con la madre pero al cumplir los tres años los varones se trasladarían con el padre, mientras que las hijas permanecerían al cuidado de la madre. Este modelo de convivencia no sería posible actualmente, teniendo en cuenta que tampoco sería favorable para los menores, ya que los hijos menores deben criarse con ambos progenitores, no con uno y luego con el otro. Otra desventaja a este sistema sería el cambio de convivencia ya que hasta los tres años permanecen con la madre y al cumplir los tres de manera automática van con el padre, lo cual puede provocar problemas de adaptación o desconfianza. En 1958 llega una ley con la que se modifican artículos del Código Civil, entre ellos el 70 que sube la edad de los menores a siete años para trasladarse con el padre y hasta que no tuviesen dicha edad permanecen con la madre, ya sean niño o niña. Sin duda la ley 7/1981 introduce novedades como la nueva redacción del artículo 92 CC el cual considera oportuno que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos sean adoptadas en beneficio de estos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a mayores de doce años. Esta reforma introdujo por primera vez el factor a tener en cuenta más importante en los procesos de divorcio cuando hay hijos menores, el interés superior del menor. Posteriormente llega la ley 11/1990 con la que se intenta subsanar la clara discriminación que existía hasta el momento entre el padre y la madre por razón de la edad de los hijos. Así el artículo 159 CC estipulaba que “será el Juez quién decidirá siempre en beneficio de los hijos a cuál de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores.”

Posteriormente se instaura de manera definitiva el término guarda y custodia compartida en nuestra legislación con la llegada de la ley 15/2005. En este caso el artículo 92 CC es de gran relevancia ya que por primera vez se introduce el término guarda y custodia compartida en la legislación. Dando la posibilidad de establecer este régimen a pesar del desacuerdo entre los progenitores. El apartado 8º afirma la posibilidad de su concesión por voluntad de una de las partes. Este sistema a pesar de tener quien lo apoya también tiene detractores pero sin duda, es la manera más justa y equilibrada para los menores de estar con sus progenitores, ya que de este modo disfrutan de periodos de idéntica duración de la compañía de estos y viceversa.

En el trabajo se recogen los aspectos positivos y negativos que este tipo de custodia conlleva, así como también los factores que hay que tener en cuenta para estipularla. Para ello recurrimos mayoritariamente a la jurisprudencia y la doctrina ya que no hay unos parámetros establecidos para saber cuándo es beneficiosa o no para el interés del menor. Por otro lado se plantea la posibilidad del traslado de los menores al extranjero, pues bien para tomar una decisión sobre la conveniencia de este asunto, hay que tener en cuenta el interés superior del menor, no vulnerar sus derechos como el de estar con ambos progenitores y hacer una valoración exhaustiva de si compensa dicho traslado.

En último lugar se plantea una cuestión relacionada con derecho laboral, más concretamente con la legalidad de un contrato de trabajo a un menor de edad. Teniendo en cuenta que no abunda la regulación al respecto, la jurisprudencia nos ha dado algunas pautas para fundamentar la respuesta.

III. CUESTIONES PLANTEADAS Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. ¿DEBERIA ATRIBUIRSELE LA CUSTODIA EXCLUSIVA DE LOS HIJOS A LA MADRE?

La custodia exclusiva consiste en la convivencia en solitario con uno de los progenitores, en el domicilio familiar, mientras el otro progenitor tiene derecho a un régimen de visitas. Sin embargo el hecho de no ostentar la custodia no implica que el progenitor no custodio no ostente la patria potestad. En este sentido el artículo 154 CC estipula que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres. Esta se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. La potestad implica una serie de valores: “*Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral por otro lado deben representarlos y administrar sus bienes*” (art.154.1y2CC). En el caso de que los progenitores se divorcien el cónyuge no custodio no pierde la patria potestad, así lo especifica el art.111 CC. En dicho artículo se mencionan los motivos de exclusión de la patria potestad y el divorcio no es uno de ellos. Si no que atiende a factores como que el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal en firme y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

El elemento esencial en los casos de disolución del vínculo matrimonial es sin duda el interés superior del menor, conocido como *favor filii*. Este principio se protege en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 39 CE el cual señala: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.* Por otro lado también recoge que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. El interés superior del menor o *favor filii* se trata del principio esencial que hay que tener en cuenta a la hora de tomar decisiones que afecten a los menores e incluso este principio está por encima del propio interés de los progenitores. Así se recoge en la Convención, de 20 de noviembre de 1989 relativa a los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Destaca el artículo 3.1 que establece “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Por otro lado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 24.2 “*en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.*” En este sentido la SAP de Madrid, 22 de septiembre de 2006¹ sentenció que “el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro perfectamente legítimo que pudiera concurrir.”

¹ SAP Madrid (Sala de lo civil, sección 22ª) 22 de septiembre de 2006. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. Recurso web (Id Cendoj: 28079370222006100538)

La llegada de la ley 15/2005² supuso toda una novedad en cuanto al derecho de familia. Relevante es sin duda la reforma del artículo 92 CC al introducir la posibilidad de atribuir la guardia y custodia compartida a ambos cónyuges, ya que la anterior redacción no lo mencionaba pero tampoco lo prohibía: *“Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”*. La actual redacción considera que se *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*. E artículo 159 CC también se vio afectado con la llegada de la nueva ley, la anterior redacción afirmaba: *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”*. Sin duda se produjo un gran cambio ya que el actual artículo 159 CC considera que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”* Es evidente la evolución que ha experimentado el Código Civil. Pues en ese sentido cabe decir que se ha ido modificando por las necesidades sociales del momento. Antes se adoptaba un modelo familiar donde la madre estaba orientada al cuidado de la casa y de los hijos. Hoy en día y desde hace ya algunas décadas está totalmente normalizada la figura de la mujer trabajadora, es por motivos como este por los que no tiene cabida la antigua redacción del artículo 159 CC así como tampoco hay ninguna garantía de que la mejor opción para los menores de siete años es permanecer con la madre.

Como se menciona con anterioridad el elemento esencial es el interés del menor, de esta manera la Convención relativa a los Derechos del Niño³ recoge en su artículo noveno: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*.

La alusión al artículo 39 CE en lo referente al *favor filii* se consagra con la LO 1/1996⁴ de protección jurídica del menor (en adelante LPJM) que ha sido modificada por la LO 8/2015⁵ y establece en su artículo 2.1: *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y*

² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

⁴ La ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” El artículo 11.2.a refleja el ya mencionado interés superior del menor considerando que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores entre otros la supremacía de su interés superior.

Para saber cuál es el interés del menor y poder valorar qué tipo de custodia se adaptaría mejor a sus necesidades antes de que el juez tome una decisión es posible recabar informe del ministerio fiscal artículo 92.6CC. Se trata de la elaboración de un informe por parte de un psicólogo y un trabajador social. Para elaborarlo los técnicos examinan a los padres y a los hijos. Posteriormente emiten un dictamen en el que recomiendan que la custodia se atribuya a uno u a otro, o por el contrario se establezca un sistema de custodia compartida. En casos de divorcio con hijos menores, cualquiera de los padres o el Juez puede pedir la prueba pericial que en este caso consiste en un informe psicosocial. Es necesario aclarar que el informe será de gran ayuda para el juez ya que basará su decisión en parte a los criterios que se establecen en el informe, sin embargo, no tiene ninguna obligación de tomar la misma decisión que refleje el informe sobre qué es lo más aconsejable. Como estipula el artículo 148 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Sin embargo, profesionales del sector⁶ consideran que “el informe desfavorable del Ministerio Fiscal no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor; porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la concesión decisoria del Juez”.

Es ya reconocido el derecho de los menores a ser oídos en aquellas situaciones que les afecte directamente. Las opiniones de los niños resultan de gran importancia para que el juez tome una decisión. De este modo, el artículo 92.2 CC resulta de gran interés para el caso en cuestión: *“el juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*. El apartado 6 por otro lado estipula que *“en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”*. Por otro lado el artículo 2.2b de la LPJM estipula *“la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.* El artículo noveno por su parte refuerza el derecho de los menores a ser oídos: *“Los hijos tienen derecho a expresar su opinión y a ser oídos a partir de los 12 años”*. Sin embargo, este mismo artículo aclara que no pueden discriminarse a la hora de ser oídos los niños por razón de edad, siempre que el tema en cuestión vaya a

⁶ Conclusiones sobre “Las Reformas del Derecho de Familia” del II encuentro institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Familia. Recurso web disponible <http://www.icava.org/secciones/sdf/dfconclusiones.pdf>

suponer algo importante para su decisión que infiera en su esfera familiar, personal o social. El punto segundo del artículo 9 LPJM establece que “*se garantiza que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.*” Es importante tener en cuenta este punto ya que la hija menor Sonia tiene 10 años pero teniendo en cuenta que es una niña con un desarrollo normal y compagina estudios con su profesión de modelo infantil puede decirse que tiene la madurez suficiente como para poder dar su opinión sobre este tema tan importante.

Resulta evidente que una ruptura matrimonial, implica un cambio de vida para la familia, sobre todo para los hijos menores, es por esto que todos los tipos de custodia tienen ventajas e inconvenientes. Por ejemplo la custodia exclusiva tiene ventajas⁷ como: estabilidad del menor al no tener que cambiar de domicilio cada cierto tiempo, no sufre de problemas de integración o de adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando, no existirían problemas a la hora de unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. Sin duda la custodia compartida también tiene aspectos positivos como: garantizar a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, de este modo la ruptura resultaría menos traumática al hijo. Por otro lado se evitan sentimientos negativos como miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa. Con este tipo de custodia también se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación por parte de los padres frente a los hijos. Otro de los factores positivos es que no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores y por último destacar que con este modelo de custodia los progenitores han de cooperar necesariamente, lo cual resulta muy positivo a la larga para los menores.

A la hora de tomar la decisión sobre si es adecuado la custodia exclusiva para Dña. Pilar Márquez, hay que atender a la doctrina y legislación aquí expuesta. De este modo Ricardo, de dieciséis años tiene pleno derecho a expresar su opinión en cuanto al hecho de quedarse con su madre Dña. Pilar Márquez lo que implica trasladarse a otro país y solo ver a su padre esporádicamente. En cuanto a la hija menor, Sonia, atendiendo al artículo 9.2 LPJM estaría dotada de pleno derecho para expresar su opinión, a pesar de tener diez años, pues como ya se ha mencionado es una niña madura con un desarrollo normal de hecho compagina estudios con trabajo.

Analizando la situación personal de Ricardo que tiene dieciséis años, con un excelente expediente y con el sueño de comenzar la carrera de medicina en dos años, trasladarse a otro país sería perjudicial para su desarrollo. También el hecho de tener que hacer nuevos amigos y aprender un idioma nuevo es algo que le preocupa y no le agrada la idea. Pero sin duda lo más relevante es que Ricardo Montaner manifiesta abiertamente que no quiere trasladarse y que quiere permanecer en Barcelona con su padre, al que se siente muy unido, es más, si esto no sucede, solicitará la emancipación. Por lo tanto considerando que el interés superior del menor es permanecer en Barcelona pudiendo ver y estar con su padre no sería adecuado el traslado así como tampoco la custodia exclusiva.

⁷ PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*. Ed. Bosch. Barcelona 2009, pág. 47.

Teniendo en cuenta que la custodia exclusiva actualmente no se considera por lo general beneficiosa para los niños, pues estos tienen que ver con la misma regularidad a sus progenitores, salvo en casos que estipula el código como posible violencia doméstica. En este tema se manifiesta la Convención sobre los Derechos relativos a los Niños de 1989 en su artículo 9.3. Pues bien se estipula que todo niño tiene derecho a mantener relaciones y contacto con sus progenitores. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. En este sentido la Audiencia provincial de la Comunidad Valenciana⁸ dictó sentencia en la cual afirman una serie de inconvenientes a la hora de atribuir la custodia a uno de los progenitores en exclusiva alegando que de este modo “no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño”. En cuanto al tema de la convivencia el Tribunal apunta que “la convivencia continuada con solo uno de los progenitores provoca que tome a este como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente”; por otro lado el tribunal también encuentra desventajas en la situación del progenitor no custodio ya que expone “con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo con halagos y regalos el cariño del pequeño por otro lado también señala que “la falta de convivencia provoca antes o después el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio para el menor.”

En caso de que se le concediese a Dña. Pilar Márquez la custodia exclusiva de ambos menores, implicaría que los tres se trasladasen a Estocolmo ya que como indica el artículo 92.5 CC “*el juez adoptara las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”. En cuanto al tema de traslado de menores al extranjero parte de la doctrina considera que tal decisión es un derecho que corresponde a quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, independiente del consentimiento del progenitor no custodio y de la autorización judicial. Esta afirmación se fundamenta en el artículo 19 CE que estipula “*Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.*” Sin embargo a pesar de que solo un progenitor ostente la guarda y custodia, ambos ostentan la patria potestad. Lo cual implica siguiendo el artículo 154 CC la responsabilidad parental y el deber de los progenitores de actuar en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Los progenitores al ser titulares de la patria potestad tienen una serie de deberes como velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. El último párrafo del artículo reconoce que “*Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*”. Este artículo legitima al padre no custodio a formar parte de las decisiones que se toman sobre sus hijos independientemente de que solo tenga derecho a un régimen de visitas. En este sentido también hay que mencionar el artículo 156 CC que afirma: “*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran*

⁸ SAP Alicante (Sala de lo Civil, sección 6ª) 29 de diciembre 2004. Ponente Jesús Martínez-Escribano Gómez. Recurso web (Id Cendoj: 03014370062004100577)

reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones.”

Por otro lado se desaconseja que se tome una decisión de tal relevancia unilateralmente ya que puede afectar al régimen de visitas al que tiene derecho el progenitor no custodio pero sobre todo porque está coartando el derecho de sus hijos a estar con su progenitor. Derecho recogido en el artículo 9.3 CDN explicado anteriormente. En verdad, la norma general es que la decisión de traslado de un menor sea adoptada por ambos progenitores de mutuo acuerdo. Como señala PINTO ANDRADE⁹ habitualmente el cambio de domicilio de los menores no sólo afecta a su lugar de residencia sino también a su centro de educación, al entorno de amigos, relaciones sociales, idioma, familia y a sus estancias con el otro padre no custodio, por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad como ya se explicó anteriormente el art. 154 CC se han de adoptar conjuntamente por ambos o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro salvo situaciones de urgente necesidad y en caso de desacuerdo será el Juez que tome la decisión.

En definitiva el hecho de que solo uno de los progenitores tenga la custodia de los hijos no implica que no tenga que consultar con el otro progenitor las cuestiones que van a producir un importante cambio en su vida y que puedan afectar a sus derechos. Esta teoría se respalda con sentencias como STS de 26 de octubre de 2012¹⁰. En esta se plantea el problema de que la madre tiene la guarda y custodia de la hija. Esta tiene la intención de trasladarse a Nueva York ya que su situación laboral en España era inestable, por este motivo el padre de la menor, solicita la custodia exclusiva de la hija para que la hija no se marche y el Tribunal responde ante esta situación alegando: “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.” En lo relativo a lo explicado del artículo 19 CE la AP de Murcia¹¹ dictó sentencia en la cual hacía una gran diferenciación entre el derecho que tiene la madre de trasladarse libremente amparada en el artículo 19 CE y el de los hijos, ya que no son ellos los que deciden y que es posible que por ejercer ese derecho su madre ellos vean sus derechos restringidos a la hora de relacionarse con su progenitor. En este caso se contraponen ambos derechos pero como ya se ha reiterado en este caso y así lo estipuló la Audiencia Provincial “ha de darse preferencia a los derechos de los menores frente a los de los padres”.

En el hipotético caso de que Dña. Pilar Márquez se quedase con los hijos y los trasladase hasta Estocolmo en contra de la voluntad de D. Santiago Montaner, podría

⁹ PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*, cit. pp. 30.

¹⁰ STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) 26 de octubre de 2012. Ponente José Antonio Seijas Quintana. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012012100608)

¹¹ SAP Murcia (Sala de lo Civil, sección 1ª) 15 de noviembre de 2005. Ponente: Francisco José Carrillo Vinader. Recurso web (Id Cendoj: 30030370012005100578)

estar cometiendo un traslado ilícito de menores. MOYA ESCUDERO¹² define el secuestro internacional de menores como el traslado ilícito o la no devolución del hijo menor por uno de sus progenitores del país donde tenía hasta el momento del traslado o el no retorno a su residencia habitual. Afirma también que en muchos casos el sustractor es el principal guardador y no quién teme a perder sus derechos de custodia o no está conforme con el derecho de visita que le ha sido concedido. Es necesario aclarar que el traslado no se encuentra del todo justificado, ya que no es por motivo de un puesto de trabajado para Dña. Pilar Márquez motivo que sí sería una razón de peso, ya que le podría aportar cierta estabilidad económica, si no que se trata de un trabajo para la hija menor, Sonia de modelo infantil durante dos años. Por lo tanto no tendría sentido cambiar totalmente de vida a los menores por un periodo de dos años y sobre todo que el motivo sea un trabajo de un menor de edad

¹² MOYA ESCUDERO, M. “Derecho de custodia y sustracción internacional de menores” en AA.VV *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*. García Garnica, M^aC (dir). Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2008, p. 81

2. ¿SERÍA PREFERIBLE LA CUSTODIA COMPARTIDA?

La custodia compartida ha supuesto todo un proceso de adaptación tanto en el ámbito social como en materia jurídica. No existe una definición en la legislación sin embargo la doctrina la ha definido como “la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos.”¹³

Sin duda el gran avance hacia la custodia compartida llegó de la mano de la Ley 15/2005 introdujo esta nuevo método de estancia de los hijos menores con los progenitores cuando estos rompen el vínculo matrimonial. Pues antes de la reforma el artículo 92 CC no mencionaba en absoluto la guardia y custodia compartida, solamente hablaba de la patria potestad compartida. La guardia y custodia la atribuía a uno de los dos progenitores con el correspondiente derecho de visitas al otro. Se puede decir que existía una conformidad de que la mujer fuera la que se quedase la custodia de los hijos mientras el padre tenía las visitas. Esto se traduce en una forma de ejercicio uniparental, pues aunque la patria potestad corresponda a ambos progenitores el hecho de no tener una convivencia no facilita la situación de igualdad entre los progenitores. Entre 1981 y 2005 hubo cambios en el código que estuvieron producidos entre otras cosas por el avance de la sociedad. Hasta 1990 se establecía en el artículo 156 CC que se debían dar circunstancias especiales para que se tribuyese al padre en exclusiva la patria potestad, ya que la concesión de ésta era automática hasta que el menor tuviese mínimo siete años. Esta situación era totalmente discriminatoria para el padre ya que sin motivo alguno se veía bastante excluido en la vida de su hijo, ya que no se justificaba con motivo alguno la distribución de la guardia y custodia exclusiva a la madre. Por esto el preámbulo de la ley 11/1990¹⁴ afirmaba: “*se pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad*”. Sin embargo esto apenas produjo efectos jurisprudenciales ya que se sigue otorgando la custodia exclusiva a la madre y un régimen de visitas al padre. Sin duda los tribunales son reacios a otorgar la custodia compartida a ambos progenitores, por un lado lo argumentan basándose en que representaría una situación irregular con un difícil encaje legal.

Como ya se menciona en la pregunta anterior, la voluntad de los menores es primordial. Teniendo en cuenta la opinión de Ricardo Montaner se puede decir que su voluntad es la de continuar con su vida en Barcelona, pudiendo disfrutar de tiempo con su madre así como con su padre. Aunque no se sabe la opinión de Sonia, si cabe la posibilidad de que el juez le pueda hacer una audiencia. En cuanto a los hermanos, estos no se separarían ya que en los casos de divorcio esto es muy inusual y como se dice en el caso a pesar de ser muy diferentes tienen una estupenda relación. Por otro lado se evitaría la posible emancipación de Ricardo.

¹³ MARÍN LOPEZ, MJ. “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AA.VV *Manual de derecho civil. Derecho de familia*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir). Ed. Bercal. Madrid 2011, p. 106

¹⁴ 11/1990¹⁴ de 15 de octubre de 1990 sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Tiene que comenzar el nuevo siglo cuando empiece a cambiar verdaderamente el sistema instaurado hasta ese momento. Un ejemplo del avance fue la STC 4/2001¹⁵, teniendo en cuenta que no existía aun la ley 15/2005. En la sentencia el Tribunal Constitucional considera oportuna la custodia compartida por el principio *favor filii*, y para “garantizar un buen desarrollo social y personal al estar con ambos progenitores.” Pero sin duda lo más relevante es la consideración que los jueces hacen para justificar la atribución de la custodia compartida : “*Este régimen que hemos impuesto no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida*”. Esta sentencia abrió un camino nuevo dejando atrás el ejercicio parental unilateral.

En cuanto a los aspectos a tener en cuenta para la adjudicación de la custodia compartida no hay ninguna norma ni ley que establezcan los criterios pero si consta jurisprudencia al respecto como la STS de 8 octubre 2009¹⁶. En esta sentencia se observa como en sentencias anteriores deniegan la custodia compartida solamente por el hecho de desconocer el domicilio de los padres así como también por el desconocimiento del nuevo domicilio tras el divorcio. La sentencia fundamenta sus argumentos basándose en el derecho comparado y “en la conveniencia de los menores, debiendo tenerse en cuenta, además, que estas resoluciones no solo se acuerdan en los casos en que haya voluntad conjunta de los padres, sino en casos contenciosos, para favorecer la necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores y todo ello en interés del menor”. El resultado es un conjunto de aspectos a tener en cuenta para la atribución de la guardia y custodia compartida tales como: la práctica anterior que tenían los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores que estén capacitados para ser escuchados, el número de hijos del matrimonio. También se tiene en cuenta el comportamiento de los progenitores a la hora del cumplimiento de sus deberes en relación con los hijos así como el respeto mutuo en sus relaciones y con otras personas que convivan en el hogar familiar. Sin duda también de gran importancia son los acuerdos que adopten los progenitores, la ubicación de sus respectivos domicilios (este fue el elemento clave de esta sentencia). Los horarios y actividades de los progenitores en cuanto a su compatibilidad son de importancia. También y de gran importancia a la hora de tomar una decisión es el resultado de los informes exigidos legalmente. Pero en definitiva y como reza la sentencia de que se tiene en cuenta “cualquier otro criterio que permita a los menores una vida adecuada”

Esta sentencia sin duda ha sido de gran ayuda para los tribunales puesto que facilita la justificación a los jueces de porqué otorgar o no la custodia compartida. Aunque sí ha sido de las primeras en mencionar los criterios no ha sido la única pues otro ejemplo sería la STS 10 marzo de 2010¹⁷, en esta se mencionan una serie de criterios que hay que tener en cuenta para la concesión de la custodia compartida. El tribunal en este caso toma referencias del derecho comparado y estipula una serie de factores como: la

¹⁵ STC (Sala segunda) 15 de enero de 2001. Presidente: Carles Viver Pi-Sunyer. Recurso web disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2001/02/16/pdfs/T00025-00029.pdf>

¹⁶ STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) 8 de octubre de 2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Resultado web (Id Cendoj: 28079110012009100624)

¹⁷ STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) 10 de marzo de 2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Resultado web (Id Cendoj: 28079110012010100107)

práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, 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, la proximidad de domicilios de los progenitores y el resultado de los informes exigidos legalmente, entre otros. También introduce aspectos favorables de la custodia compartida como por ejemplo: fomentar la integración del menor con ambos progenitores evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, evitar el sentimiento de pérdida, pues para los menores esto es sin duda muy significativo. También la custodia compartida fomenta a los progenitores a mantener una buena relación, cosa que siempre será beneficiario para el menor.

A colación de lo mencionado anteriormente del sentimiento de pérdida de los menores los expertos han analizado a menores que pasan por el divorcio de los padres y han detectado que esto les afecta de diversas maneras, la edad es sin duda un factor muy relevante. Por ello recomiendan una buena relación con ambos progenitores para evitar del sentimiento de pérdida al que aludía la sentencia. Garantizan que “mantener una relación afectuosa, frecuentes y estrecha con el progenitor contribuyen a reducir el sentimiento de culpa y de pérdida¹⁸.

Es evidente que la ruptura matrimonial es un aspecto negativo para los menores y el hecho de pasar de tener un solo hogar familiar donde conviven todos miembros a tener varios donde conviven los progenitores por separado produce efectos en los niños ya sean externos de conducta como por ejemplo la desobediencia o internos de conducta como depresión o ansiedad. Todo el proceso debe ser afrontado de la mejor manera posible así como estudiando detenidamente las ventajas y los inconvenientes de la custodia compartida y aunque la custodia compartida sea un régimen más idóneo para mantener una relación equilibrada con ambos progenitores no deja de tener sus desventajas. La SAP Barcelona 18ª de 20 de febrero de 2007¹⁹ recoge estas ventajas e inconvenientes: “a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se

¹⁸ AGUILAR REDORTA, L. “los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor”, en AA.VV *Separación y divorcio*. Varela Portela, M.ªJ (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2006, p. 125.

¹⁹ SAP Barcelona (Sala de lo Civil, sección 18ª) 20 de febrero de 2007. Ponente: Enric Anaglada Fors. Recurso web (Id Cendoj: 08019370182007100001)

evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”.

Las ventajas e inconvenientes no están recogidos en la legislación por ello suele destacarlo los jueces en las sentencias. El apartado f) de la sentencia menciona que de esta manera no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, pues bien esto resulta importante ya que de esta manera se reduce el riesgo de aparición en el menor del Síndrome de Alienación Parental. Este síndrome consiste en que el progenitor custodio inculca y manipula al menor con ideas negativas del otro progenitor. En este tema ALASCIO CARRASCO²⁰ matiza que el Síndrome de Alienación Parental puede ser utilizado indiscriminadamente para obtener la custodia de los hijos menores. Relacionado con este tema la SAP Barcelona 1 octubre 2007²¹, estimó conveniente que se otorgase la guardia y custodia a ambos progenitores ya que la hija menor estaba la “extremadamente vinculada a la madre, lo que conlleva a determinar que debe incluirse la figura referente paterna de un modo plenamente normalizado y que la relación paterno-filial, no sólo deviene positiva, sino estrictamente necesaria para la niña.²

Con todos estos motivos es importante destacar que también existen inconvenientes como se mencionaron anteriormente, sobre todo cuando los progenitores no tienen buena relación y la custodia compartida acaba siendo un fracaso ya que, puede repercutir de manera negativa en los menores. Por lo tanto sería el segundo fracaso para el menor en un corto periodo de tiempo, ya que en esta situación los menores pueden presenciar discusiones entre los progenitores con los consiguientes problemas de lealtad. Por estos motivos se deduce que la custodia compartida sería idónea en determinados casos que los progenitores sean capaces de dejar a un lado sus problemas y mirar por el beneficio e interés del menor que sin duda es lo más importante.

En cuanto a establecer el calendario de la custodia compartida el juez considerará cuál es la solución idónea de la alternancia de los periodos de convivencia con cada uno de los padres. Sin duda el juez toma la decisión teniendo en cuenta circunstancias como puede ser la edad del menor. Se pueden diferenciar tres tipos de custodia compartida:²²

- Custodia compartida en sentido estricto: este tipo de custodia consiste en intentar seguir la rutina de la familia hasta el momento del divorcio. Los progenitores continúan con la relación que tenían con los hijos pero sin coincidir físicamente. Para el cuidado de los hijos se seguiría la misma línea, pues en este tipo de custodia los tiempos de alternancia son muy breves pudiendo ser horas o días pero no más tiempo. De esta manera se dividirían las tareas como que uno los lleve al colegio, el otro los recoja y los lleve a actividades extraescolares. Los padres no coincidirían mientras el hijo esta con uno de los progenitores,

²⁰ALASCIO CARRASCO, L. “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SPJI nº4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 1, enero 2008. Recurso web disponible <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77879/101734>.

²¹ SAP Barcelona (sala de lo civil, sección 18º) 1 octubre 2007. Ponente: Enric Anglada Fors. Recurso web (Id Cendoj: 08019370182007100521)

²² PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*, cit. pp. 42 a 46.

solamente a la hora de tomar decisiones que confieran a los menores. Este régimen encajaría perfectamente en la actual sociedad ya que en los matrimonios que trabajan ambos cónyuges es muy habitual el reparto de tareas en relación con los hijos.

- Custodia compartida en sentido amplio: este es el modelo más extendido pues a diferencia del anterior donde los periodos de alternancia podían ser de horas o días en esta modalidad es de semanas, quincenas, meses semestres e incluso años. Las tareas en este régimen se realizan por cada cónyuge de manera unilateral y a diferencia del régimen anterior; en el que las decisiones se tomaban de manera conjunta por ambos cónyuges, en este caso al tratarse de periodos más extendidos las decisiones ordinarias también se toman de manera unilateral.
- Custodia compartida en sentido amplísimo: este tipo de custodia lo suele descartar la doctrina puesto que consiste en la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores con un régimen de visitas por periodos amplios. Por lo tanto la doctrina considera que esto no es una custodia compartida, porque no se comparte el cuidado del menor, si no que se reparte.

Teniendo en cuenta todo lo explicado, la custodia compartida sería el régimen idóneo en este caso. Por un lado hay que destacar el deseo del hijo Ricardo Montaner, ya que se siente “muy apegado a su padre” y el hecho de que la madre obtuviese la custodia exclusiva privaría a Ricardo a ejercer su derecho de ver a su progenitor. Otro de los puntos favorables para la concesión de la custodia compartida es el hecho de que el domicilio familiar y el nuevo domicilio del padre se encuentran próximos. Con la custodia compartida se garantizaría el equilibrio temporal que cada progenitor pasa con los hijos. En caso de que se le otorgase la custodia exclusiva a Dña. Pilar Márquez significaría que se trasladasen al extranjero con la madre. El traslado no sería conveniente para Ricardo Montaner pues al estar cursando 1º de Bachiller y querer estudiar medicina requiere de un estudio intensivo, cosa que si se traslada de ciudad se trastocarían sus intenciones puesto que el cambio a un nuevo sistema educativo así como de un idioma le costaría un tiempo de adaptación. Teniendo en cuenta que ya se mudó cuando tenía 10 años lo cual “le supuso un disgusto”. El mudarse de nuevo no entraría dentro de los intereses superiores del menor. Otro de los aspectos favorables es que tanto D. Santiago Montaner como Dña. Pilar Márquez comparten la misma idea en el modelo de educación de sus hijos como se recoge en el escrito que ambos padres tomaron la decisión conjuntamente de matricular a su hijo mayor Ricardo Montaner en el Liceo Francés. Esto sin duda es favorecedor para la guarda y custodia compartida ya que tener la misma visión en cuanto a los aspectos educativos de los hijos es un aspecto que se tiene en cuenta de manera favorable para la imposición de la guarda y custodia compartida. Por otro lado el padre D. Santiago Montaner puede solicitar que se le haga el informe psicosocial. Este informe se trata de una prueba pericial que pueden solicitar los padres para que un psicólogo y trabajador social valoren desde un punto de vista objetivo tanto a los padres como a los hijos para así hacer un informe sobre lo que consideran mejor para el menor en cuanto al tipo de custodia. Entendiendo que el padre es una persona tranquila que tiene una buena relación con los hijos que es

correspondida, el informe es posible que se valorase a su favor para poder conseguir la custodia compartida.

En la jurisprudencia destaca la SAP Madrid de 22 de septiembre de 2006²³. En esta sentencia se estipula la custodia compartida basándose en la existencia de una buena relación entre los progenitores. El juez considera que “de modo significativo el juez pondera las relaciones que entre sí mantengan los progenitores ya que solo en un clima de armonía y de básico entendimiento entre ellos, con criterios y pautas similares en la educación y cuidado de la prole, puede mantenerse un régimen de custodia compartida.”

Por último hacer una reflexión del concepto de concepto de custodia compartida. Este término ha creado muchas controversias puesto que el término compartir indica que ambos progenitores comparten el cuidado y la toma de decisiones del niño, no necesariamente estando juntos físicamente pero sí en equipo con una organización. Sin embargo la custodia por ejemplo semanal no es compartida porque las tareas las realiza unilateralmente uno de los progenitores en ese periodo, por ello la doctrina y algunos jueces son reacios al término custodia compartida sino más bien custodia repartida, porque no deja de ser un reparto entre los progenitores de las tareas y la toma de decisiones.

²³ SAP Madrid (Sala de lo Civil, sección 22ª) 22 de septiembre de 2006. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. Recurso web (Id Cendoj: 28079370222006100538)

3. ¿COMO QUEDARÍA EL RÉGIMEN DE VISITAS?

Al considerar la custodia compartida como el régimen más oportuno, el régimen de visitas a seguir no sería el mismo que en aquellos casos en los casos que solo uno de los progenitores tiene la custodia como expresa el artículo 94 CC en el primer párrafo: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

El régimen de visitas se mantiene a pesar de que el régimen estipulado sea la custodia compartida se ejerce en aquellos casos en que los periodos de alternancia establecidos sean por meses, semestre o años. Por otro lado si los periodos de alternancia son de días o semanas no se estipularía régimen de visitas. Por ejemplo en casos de periodo de alternancia anual, al entenderse que un hijo no puede estar sin ver tanto a su madre como a su padre un año, se suelen fijar las visitas en los fines de semana incluso es posible que se haga entre semana. En estos periodos tan largos se suelen establecer visitas incluso durante las vacaciones del menor. Sin embargo si el periodo de alternancia es por meses, ya no habría visitas durante los periodos de vacaciones.

En este punto existe mucha controversia que muchas veces se equipara la custodia compartida con un régimen de visitas muy amplio. Pues aunque uno de los progenitores no tenga la custodia si no solo el derecho de visitas y estas sean muy amplios puede al final disponer del mismo tiempo con su hijo que el progenitor que si ostenta la custodia. En este aspecto, teniendo en cuenta el tiempo si existiría ese equilibrio del que se hablaba anteriormente. Sin embargo, la custodia compartida supone algo más que una repartición equilibrada del tiempo, cosa que no aporta el derecho de visitas. La custodia compartida implica unas responsabilidades en cuanto al ejercicio de la patria potestad y son unas responsabilidades que pertenecen a ambos progenitores. Mientras que el progenitor que ostenta la custodia es el encargado de forma unilateral de la educación diaria del menor. La jurisprudencia se hace eco de este tema en cuanto lo menciona en sentencias como STS 21, octubre de 2015²⁴ pues en esta se observa cómo en la resolución recurrida se adopta un amplio régimen de visitas para el padre, lo cual el tribunal lo considera similar a la guardia y custodia compartida. En este sentido el TS considera inadecuado que sí se pueda adjudicar un amplio régimen de visitas pero no la custodia compartida. En conclusión el TS ha afirmado que “a las cosas hay que llamarlas por su nombre.”

Existe una amplia variedad de tipos de estancia según las circunstancias de cada caso. Se tienen en cuenta factores como el horario de los menores así como el laboral de los padres, la distancia entre ambos domicilios, el número de hijos. Lo cierto es que este sistema puede ser elástico y cambiarlo en el momento que no sea el más adecuado para el interés del menor. Estos factores los tendrá en cuenta el juez ya que será quién estipule la periodicidad de las visitas. Estas pueden ser de carácter semanal, quincenal, mensual, semestral anual e incluso por curso escolar.

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª) 21 de octubre de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012015100575)

Por lo tanto teniendo en cuenta lo analizado anteriormente podemos establecer un régimen semanal de custodia compartida, permaneciendo en el domicilio familiar los menores en el periodo de tiempo que estén con Dña. Pilar Márquez y trasladándose al nuevo domicilio de D. Santiago Montaner en el tiempo que estén bajo su guarda y custodia. Para el establecimiento de los periodos de alternancia ha sido de gran ayuda el modelo orientador de la institución estadounidense Chindren's Rights Council. Esta institución abala que los menores de 9 años pueden someterse a una alternancia semanal. Por lo tanto esto se ajusta al caso en cuestión ya que Ricardo Montaner y Sonia Montaner tienen dieciséis y diez años respectivamente. La alternancia semanal es idónea para los mayores de 9 años, al menos así consta en el derecho comparado francés. Pues resulta un periodo de tiempo ideal porque da tiempo a adaptarse a la rutina de cada progenitor pero sin pasar demasiado tiempo sin ver al otro. En este caso es acertado también, gracias a la cercanía de los domicilios de ambos progenitores ya que Dña. Pilar Márquez se ha quedado en el piso que constituía el domicilio familiar sito en la Avenida Diagonal y D. Santiago Montaner ha alquilado un piso en una calle cercana, situado en Carrer de Josep Pla. De esta manera los niños no tendrán que coger ningún medio de transporte adicional, con motivo del cambio de turno. Un aspecto negativo que se ha detectado en contra de las estancias más duraderas es que al permanecer más tiempo solo con uno de los progenitores y en una casa distinta afloran preferencias sobre los domicilios y se da mayor resistencia a los cambio.

El intercambio de domicilio de Ricardo y Sonia se llevará a cabo todos los domingos a las 20 horas siendo el progenitor que vaya a tenerlos consigo la próxima semana quien los vaya a recoger.

Tanto D. Santiago Montaner como Dña. Pilar Márquez tienen derecho a establecer comunicaciones telefónicas con Ricardo y Sonia en los periodos temporales que no estén bajo su compañía.

Existen casos en que se hace una distinción de horario de recogida del menor, según sea verano o invierno por ejemplo la SAP Tarragona 11 de diciembre de 2015²⁵ establece que el cambio de guarda se realizará los viernes a las 19:30 horas en los meses de octubre a mayo o a las 20:00 horas los meses de junio a septiembre.

En cuanto a los periodos vacacionales los menores permanecerán la mitad de la duración de las mismas con cada progenitor. Las vacaciones escolares contemplan Navidad, Semana Santa y verano. La distribución de los tiempos la efectuarán de mutuo acuerdo D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez y en caso de discrepancia corresponderá a D. Santiago Montaner la primera mitad en los años impares y a Dña. Pilar Márquez en los años pares y viceversa en cuanto a la segunda mitad. En este sentido la SAP Barcelona 1 de octubre de 2007²⁶ en esta se estipula que los cónyuges lleguen a un acuerdo a la hora de repartir las vacaciones y en defecto de este se establece del siguiente modo, la primera mitad de dichos períodos a la madre en los años pares y al padre en los impares. Cada familia es diferente y por lo tanto sus necesidades no son las mismas es por ello que en la jurisprudencia se encuentran respuestas a estas reparticiones muy variadas. Prueba de ello es la SAP Gerona 28 de

²⁵ SAP Tarragona (Sala de lo Civil, sección 1ª) 11 de diciembre de 2015 Ponente: Antonio Carril Pan. Recurso web (Id Cendoj: 43148370012015100491)

²⁶ SAP Barcelona (Sala de lo Civil, sección 18ª) 1 de octubre de 2007 ponente: Enric Anglada Fors. Recurso web (Id Cendoj: 08019370182007100522)

febrero de 2001²⁷. En esta sentencia el tribunal estipula un régimen de guarda y custodia semanal, sin embargo a la hora de repartir los periodos vacacionales no da la posibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo si no que concreta que los años pares elige la madre el periodo que más le convenga tener a los hijos en su compañía, y los años impares decide el padre. Otras sentencias como la ya mencionada en el párrafo anterior, SAP Tarragona 11 de diciembre de 2015 estipula los días exactos que deben de estar los progenitores con los hijos, de este modo se evitan conflictos. Se establece que desde el 1 de Julio el hijo menor le corresponde estar con un progenitor, hasta el 1 de Agosto que se produciría el intercambio.

Al atribuir una custodia compartida con alternancia semanal no sería necesario estipular un régimen de visitas, ya que se trata de un periodo de tiempo corto. Sin embargo existen casos que a pesar de tener una alternancia semanal se estipula una tarde entresemana de visita con el progenitor que no esté en su compañía esa semana. Por ejemplo la ya mencionada SAP Barcelona 1 de octubre de 2007. En este caso la menor de doce años, permanece cada semana con un progenitor pero se especifica que todos los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas, estará en compañía del progenitor no custodio en ese momento.

En definitiva el régimen de guarda y custodia quedaría como ya se menciona, de manera semanal, efectuándose el intercambio los domingos a las 20 horas. No sería necesario establecer una tarde entresemana de visitas ya que una semana es un periodo de tiempo corto sin necesidad de tener que ver al otro progenitor, partiendo de la base que Ricardo y Sonia no son niños muy pequeños y que entienden que se ha producido una ruptura matrimonial. También es necesario manifestar que si por alguna circunstancia hay un problema ya sea por enfermedad de uno de los progenitores o de los niños y peligra el régimen semanal, los progenitores deben ponerse de acuerdo y resolver la situación. Tienen que hacer el esfuerzo de poder tener una relación como mínimo cordial ya que esto es lo mejor para el interés de los menores, que es lo primordial.

²⁷ SAP Girona (Sala de lo Civil, sección 2ª) 28 de febrero de 2001. Ponente José Isidro Rey Huidobro. Recurso web (Id Cendoj: 17079370022001100359)

4. ¿SERÍA POSIBLE LA EMANCIPACION DE RICARDO?

La emancipación es una de las causas por la que se extingue la patria potestad. Ésta implica una serie de poderes pero también ciertas restricciones a quien ostenta este estado civil. El artículo 323 CC aclara que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero tiene una serie de limitaciones: no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y a falta de ambos del de su curador hasta llegar a la mayoría de edad. Es necesario diferencial entre emancipado y mayor de edad, en este sentido CARRASCOSA, JM²⁸ considera que la emancipación otorga gran parte de los derechos que se adquieren al alcanzar la mayoría de edad, sin embargo, cuenta con ciertas limitaciones, algunas de ellas mencionadas anteriormente y otras como: no poder otorgar testamento ológrafo, no poder aceptar una herencia sin hacer beneficio de inventario, no poder ser tutor o curador, no poder solicitar la partición de una herencia, entre otras. Estas restricciones tienen el objetivo de proteger al menor respecto de aquellos actos que puedan entrañar un daño económico importante.

El artículo 314 CC, establece que la emancipación tiene lugar: por mayoría de edad, por matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por ultimo por concesión judicial. Dado que en el caso en cuestión Ricardo tiene 16, por lo tanto no es mayor de edad y tampoco cabría la posibilidad del matrimonio. Por tanto las opciones se reducirían al punto 3 es decir que le otorguen la emancipación los que ejercen la patria potestad y al punto 4 que se la otorgaría un juez.

Para que pueda ser posible la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, el artículo 317 CC estipula *“se requiere que el menor tenga 16 años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro”*.

Por otro lado el artículo 320 CC estipula que el juez podrá otorgar la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años si estos lo solicitasen previa audiencia de los padres: *“cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del progenitor. En segundo lugar cuando los padres vivieren separados y por ultimo cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”*. Sin embargo el juez para concederle al menor de edad, mayor de dieciséis años la emancipación puede solicitar informe al Ministerio Fiscal y tomar la decisión según el resultado del informe, como así consta en el artículo 321 CC.

RIBELLES DURÁ, S.²⁹ explica que existen dos tipos de emancipación, por un lado la formal, que es aquella que se logra por concesión paterna, por vía judicial o por matrimonio. Este tipo sería la del caso que tenemos aquí presente. Ribelles Durá considera que la legislación española no exige que el emancipado tenga ni aptitud, ni

²⁸ CARRASCOSA, JM^a “¿Qué hacemos si nuestro hijo se quiere emancipar?” *Escritura pública*, nº85, enero/febrero 2014, p 65 y 66. Recurso web disponible http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-117373.pdf

²⁹ RIBELLES DURÁ, S “La emancipación” *Escritura pública* p.71. Recurso web disponible http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10624.pdf

voluntad, ni posibilidad de llevar una vida independiente. Esta es la gran diferencia entre las legislaciones de otros países como la anglosajona, la cual solo admite la emancipación si el menor demuestra administrar su propio patrimonio, tiene una manera legal de ganar dinero y asume el compromiso de vivir de manera independiente. En este caso el emancipado estaría en una situación delicada ya que siendo menor de edad, tiene un poder total de decisión personal cuando aún está formándose y los padres han perdido la capacidad correctora sobre él, al haberse extinguido la patria potestad. Por otro lado se posiciona la llamada emancipación de hecho, esta implica que exista vida independiente y la aptitud para su concesión.

Está claro que Ricardo solicita la emancipación porque no quiere marcharse a Suecia y dejar de ver a su padre. Lo que sucede es que la emancipación implica una independencia que él no tiene, pues aún está estudiando en el colegio y manteniéndole sus padres. Teniendo en cuenta que la emancipación se considera como una vida independiente y según la doctrina vida independiente ha de considerarse “economía doméstica separada”. Hay Ricardo no trabaja, por tanto sería imposible mantener una independencia haciendo frente a sus propios gastos mensuales. La doctrina ofrece un significado en cuanto a lo que se refiere vida independiente “ostentar una profesión, oficio, comercio, o industria que es administrado por sí y para sí”.

Hoy en día que los menores cada vez cuentan con más capacidad a la hora de hacer cosas la operatividad y la necesidad de la emancipación es sin duda claramente marginal y se dará con escasa frecuencia³⁰. En este sentido se manifiestan también CARRASCOSA y RIBELLES DURÁ ya que consideran que la emancipación es cada vez menos frecuente y suele solicitarse en casos muy concretos como para la aceptación de una herencia.

Dicho esto si Ricardo obtuviera la emancipación supondría un cambio de vida para el ya que tendría que dejar de estudiar para trabajar y así poder mantenerse. Por lo tanto y como mencionamos en cuestiones anteriores la emancipación no sería el interés superior de Ricardo. Hay que tener en cuenta que la emancipación la solicitaría para evitar el traslado a Suecia, no por ningún motivo de los mencionados anteriormente como que va a contraer matrimonio, o que alguno de los progenitores va a contraer nuevas nupcias. Teniendo en cuenta el artículo ya mencionado 327 CC que estipula que la atribución de la emancipación puede ser concedida por los que ostentas la patria potestad, lo lógico sería que los progenitores se opusieran ya que consideran que no es lo mejor para Ricardo.

También hay que tener en cuenta que Ricardo no solicita la emancipación porque quiera cambiar su vida y alejarse de sus padres, sino todo lo contrario, pues la quiere para poder quedarse en España con su padre.

³⁰ LASARTE, C. *Derecho civil parte general y derecho de la persona*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 227.

5. ANÁLISIS Y FIJACIÓN DE LA OPORTUNA PENSIÓN DE ALIMENTOS

El Código Civil en el artículo 110 indica la obligación de los progenitores, tanto padre como madre de prestar alimentos a los hijos aunque no tengan la patria potestad. Por otro lado como ya se menciona en una de las cuestiones anteriores el artículo 111 CC estipula que aunque alguno de los progenitores quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentara derechos por ministerio de la ley respecto de los hijos tiene que velar por los hijos y prestarles alimentos. Cuando se disuelve el régimen matrimonial el artículo 93 CC estipula que: *“el juez en todo caso determinara la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptara las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”*

La prestación alimenticia puede consistir en dinero o en especie, es decir, el trabajo personal y la dedicación al cuidado de los hijos³¹ como indica el artículo 103: *“admitida la demanda el juez a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará con audiencia de estos unas cargas como fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio y se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad”*. Y por otro lado el artículo 1.498 CC refuerza este argumento estableciendo que *“los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.*

Es necesario distinguir que incluye el concepto de alimentos ya que no se refiere solamente a la comida. El artículo 142 CC establece que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento. Es decir, habitación, vestido, asistencia médica así como la educación e instrucción del alimentista mientras este sea menor de edad y aun después cuando no haya acabado su formación por causa que no le sea imputable. La cuantía de la pensión la estipula el Juez pero el artículo 146 CC concreta que la cuantía será proporcional al caudal medios de quien los da y la necesidad de quien los recibe. En este caso se aplican por analogía los artículos de los alimentos para parientes a la pensión de alimentos en caso de divorcio. Asimismo el artículo 93 estipula que la prestación alimenticia debe acomodarse a las circunstancias de cada momento y podrá modificarse si se produce un cambio de circunstancias como bien indica el artículo 91 CC.

Los titulares del derecho a la pensión de alimentos son los hijos pero en caso de incumplimiento en el pago al ser menores de edad no podrán reclamar si no que deberá hacerlo el cónyuge guardador con el que conviven como representante. En último caso existe un Fondo de Garantía del Pago de Alimentos regulado por el RD 1618/2007.

La pensión de alimentos varía dependiendo de si los hijos son mayores o menores de edad lo explicado hasta ahora se refieren a los hijos menores de edad. Pero en cuanto a

³¹ MARÍN LOPEZ, MJ. “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio” cit. p. 108.

los mayores el artículo 93 CC recoge que si conviven en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios el Juez en la resolución fijara los alimentos que sean debidos conforme al artículo 142 y siguientes del código.

Todo lo que se ha explicado hasta el momento pertenece a un planteamiento de divorcio en el que uno de los progenitores ostenta la custodia de los hijos y el otro tiene el derecho de visitas. Adoptando un modelo de padre trabajador y la madre dedicada al hogar y a la familia. Sin embargo cada vez son más las mujeres inmersas en el mercado laboral igual que los hombres por tanto los artículos mencionados en los que se podía pagar la pensión en especies con el trabajo desarrollado para el cuidado de los hijos no tendría cabida en el mundo actual. Por otro lado este planteamiento tampoco sería válido para los casos en los que se concede la guarda y custodia compartida.

En los casos en que los progenitores tienen la custodia compartida hay que diferenciar los casos contenciosos de los de mutuo acuerdo. Para el supuesto contencioso que es el que nos presenta este caso, será el Juez quien deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos, como indica el artículo 93 CC. Generalmente la custodia compartida suele acordarse cuando se trata de progenitores con un cierto nivel económico y cultural para que pueda darse cierta proporción y equilibrio entre los ingresos de ambos progenitores y ambos están en condiciones de contribuir al mantenimiento de los hijos. De este modo lo habitual es que cada progenitor se haga cargo de la alimentación de los hijos en el periodo que le corresponde sin imponer pago de alimentos al otro, sin perjuicio de los gastos escolares y extraordinarios. Teniendo en cuenta lo mencionado existen diversas formas de hacerse cargo de los gastos³². Por un lado cada progenitor se hace cargo de los gastos ordinarios o extraordinarios correspondientes cuando le corresponda el periodo de permanencia de los menores. Por otro lado cabe la posibilidad de que el progenitor custodio en cada periodo se hará cargo de los gastos ordinarios mientras que los extraordinarios les hacen frente ambos progenitores en proporción a los ingresos de cada uno o por mitad. En tercer lugar cabe la posibilidad de fijar una cantidad global para atender gastos ordinarios y extraordinarios, siendo los de alimentación afrontados por cada uno de los progenitores en su periodo de custodia correspondiente. PINTO ANDRADE considera que esta última modalidad sería la más acertada ya que de este modo se evitarían discusiones sobre el carácter ordinario o extraordinario de los gastos y sobre todo porque es más respetuosa con el criterio de la proporcionalidad que rige en materia de alimentos y que es exigible con independencia de la naturalidad del gasto. Por otro lado TORRES PEREA³³ considera que lo más lógico sería abrir una cuenta corriente común en la que periódicamente los progenitores realizaran los ingresos correspondientes a la capacidad económica de uno y otro. En este sentido se pronunció la AP de Castellón con la sentencia de 10 de abril 2003³⁴. Esta sentencia fue pionera en reconocer la posibilidad de abrir un fondo común a ambos progenitores en el cual cada progenitor ingresaría la cantidad de dinero correspondiente. En el recurso de apelación constaba la voluntad de la madre de ser ella la única administradora del fondo. Sin embargo el tribunal menciona que dicho fondo tiene que ser “administrado por ambos progenitores

³² PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*, cit. p. 87.

³³ DE TORRES PEREA, JM. “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”. *InDret*, revista para el análisis del derecho nº 4, octubre 2011, p.44. Recurso web disponible http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf

³⁴ SAP Castellón (Sala de lo Civil, sección 3ª) 10 de abril 2003. Ponente: José Manuel Marcos Cos. Recurso web (Id Cendoj: 12040370032003100139)

ya que de no ser así la atribución en exclusiva a uno de ellos solo serviría para nutrir la desconfianza del progenitor marginado de dicho cometido.”

A favor de la sentencia que se acaba de mencionar, se manifiestan distintas personalidades del mundo jurídico³⁵ considerando que lo más oportuno para evitar conflictos entre progenitores es “fijar siempre la pensión de alimentos a abonar por cada uno de los progenitores, con independencia de quien ostente la guardia y custodia en cada momento, de manera global sin imputar cantidades concretas a conceptos determinados.”

Lo cierto es que no siempre se efectúan los pagos de la pensión de alimentos en los tres modos explicados anteriormente o siguiendo el modelo de la sentencia de la SAP Castellón de 10 de abril 2003. Esto se debe a que cada familia es un mundo y no se pueden imponer unas modalidades determinadas ya que lo más probable es que algunas familias no se podrían adaptar. Esto sobre todo afectaría a los casos en que los ingresos de los progenitores fueran muy dispares y solamente uno de ellos pudiese hacer frente al mantenimiento de los hijos. En estos casos lo habitual es que el pago de la pensión de alimentos solamente se hiciese efectivo en el periodo en que los hijos estén con el progenitor necesitado. Eso se ve reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de abril 2009³⁶. En este caso ambos progenitores ostentan la guardia y custodia de la hija. En el momento del divorcio la situación económica de la madre era precaria motivo por el cual se había estipulado al padre el pago de una pensión alimenticia de 300 euros en el periodo que la hija menor permaneciese con la madre. En esta sentencia se refleja como el padre solicita una modificación de medidas ya que la situación económica de la madre ha mejorado sin embargo el tribunal considera que “ponderando el cambio de circunstancias , en particular la mejoría de la situación económica de la madre, quien de otro lado se verá obligada a recabar la ayuda de una tercera persona los meses que conviva con la hija, dada su corta edad y su actividad laboral, así como la diferencia de ingresos de que gozan ambos cónyuges, se considera procedente mantener la obligación del apelante de contribuir a la alimentación de la niña los meses en que esta convive con la madre, si bien se fija esa cantidad en trescientos euros mensuales, con la que se considera cubiertas sus necesidades durante el mes.” Este es uno de los ejemplos en los que habiendo un desequilibrio económico, el progenitor más pudiente debe abonar una cantidad de dinero al progenitor más necesitado en el periodo que le toque la estancia del menor.

Analizando todo lo explicado en cuanto a las diversas modalidades del pago de la pensión de alimentos tanto en custodia exclusiva a un progenitor o custodia compartida para ambos progenitores. En primer lugar aclarar que como ya se menciona anteriormente la guardia y custodia compartida sería el régimen más idóneo para el caso en cuestión. Pues bien partiendo de esta premisa cabe analizar de nuevo la situación económica de D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez para llegar a la conclusión de si sería oportuno establecer una pensión alimenticia o bien que se encargase cada progenitor del gasto durante el periodo que estuviesen los menores a su cargo. Antes de nada hay que recordar que D. Santiago Montaner es juez en los juzgados de lo mercantil y percibe un salario mensual de 5.500 euros. Mientras que por parte de Dña. Pilar

³⁵ Conclusiones sobre “Las Reformas del Derecho de Familia” del II encuentro institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Familia. Recurso web disponible <http://www.icava.org/secciones/sdf/dfconclusiones.pdf>

³⁶ SAP Asturias (Sala de lo Civil, sección 4ª) 17 abril de 2009. Ponente María Nuria Zamora Pérez. Recurso web (Id Cendoj: 33044370042009100117)

Márquez solo tiene unos ingresos de 500 euros mensuales a causa de un apartamento que tiene arrendado. Como se puede comprobar existe un gran desequilibrio entre la situación económica de cada uno de los cónyuges. Consta que desde el momento en que se separan los cónyuges y Dña. Pilar Márquez esta en compañía de los hijos, esta asume los gastos alimenticios de los mismos ya que por su parte D. Santiago Montaner ha estado abonando mensualmente de manera acordada entre ambos cónyuges 1.600 euros en concepto de gastos de la casa. Sin embargo desde que se presenta la demanda de divorcio D. Santiago Montaner ha dejado de realizar este ingreso.

A pesar del notable desequilibrio económico de ambos cónyuges, y al haber considerado oportuna una pensión compensatoria temporal para Dña. Pilar Márquez sería adecuado que no hubiese pensión de alimentos en sentido estricto como se entiende por alimentos en el código civil, ya que estos incluyen: sustento, habitación, alimentación, educación, sanidad, art. 142CC. Sino que sería mucho más adecuado para la economía de Dña. Pilar Márquez el concepto de “alimentos ordinarios” que explica CAMPO IZQUIERDO³⁷. Siguiendo la teoría del Magistrado se puede hacer una división de tipos de gastos. El resultado de esta clasificación sería: por un lado alimentos ordinarios, en este apartado se incluirían los gastos alimenticios, de ocio y vestimenta. En segundo lugar figuran los gastos ordinarios, en esta categoría figuran gastos periódicos que son fácilmente cuantificables y que se abonan en la proporción que fije la Sentencia o el convenio, en los meses que se generan. Por ejemplo, mensualidades de colegios privados o concertados, guarderías, comedor escolar, actividades extraescolares. En último lugar se incluyen los gastos extraordinario, es decir aquellos que no están previstos si no que surgen repentinamente como campamentos de verano. Analizado los tipos de gastos se puede considerar que para Dña. Pilar Márquez lo más adecuado y que menos desequilibrio le generaría sería asumir cada uno de los progenitores cuando tenga a los hijos los alimentos ordinarios. Pues bien, esto podría suponer un mayor es fuerza para Dña. Pilar Márquez pero teniendo en cuenta que se ha quedado en el domicilio familiar, lo cual le beneficia a la hora de no tener que pagar un alquiler como si lo hace D. Santiago Montaner. Por otro lado hay que tener en cuenta que tiene unos ahorros de 200.000 euros adquiridos por el décimo de lotería agraciado, se entiende que podría asumir los gastos alimenticios como consta que ha venido haciendo hasta el momento en que interpone la demanda.

³⁷CAMPO IZQUIERO, AL. “Modo de enfrentarse ante un proceso de familia cuando existen hijos menores de edad a fin de obtener la mejor solución para todos.” www.elderecho.com. Recurso web disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/proceso_de_familia-divorcio-separacion_11_756805002.html.

6. ¿CÓMO SE DISTRIBUIRÍAN LOS GASTOS DE LOS HIJOS?

Es necesario hacer una diferenciación entre los tipos de gastos. La tradición es que se diferencien en dos grupos, por un lado los gastos alimenticios en los que se incluye según el artículo 142 CC lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción, asistencia médica. Por otro lado se sitúan los gastos extraordinarios pues estos son aquellos que tienen carácter repentino ya que surgen de manera inesperada no como los ordinarios que son rutinarios. En este sentido la AP de Barcelona dictó sentencia el 2 de marzo de 2010³⁸ en la cual el tribunal hizo una clara definición de los gastos de carácter extraordinario: “Gastos extraordinarios son aquellos que exceden de la naturaleza de gasto ordinario y sean necesarios, imprescindibles, imprevistos en ese momento, no periódicos y necesarios o conocidos, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada. Estos gastos, cuando concurren, deben ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, mientras que las actividades extraescolares, que no participan de los caracteres de gastos ordinarios deberán ser satisfechos en un cincuenta por ciento por cada uno de los padres, siempre que conste acuerdo sobre su realización.” Sin embargo la doctrina va mas allá aportando nuevas maneras de clasificar los gastos. Como se explicaba en la cuestión anterior SANCHO IZQUIERDO³⁹ distinguía entre alimentos ordinarios, gastos ordinarios y gastos verdaderamente extraordinarios. Por otro lado ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA⁴⁰ considera que existen gastos ordinarios, los cuales se incluyen en la pensión alimenticia periódicamente, en segundo lugar se sitúan los gastos extraordinarios, pues estos estarán contenidos en el deber alimenticio, pero abonables con independencia y al margen de la pensión y en último lugar los gastos voluntarios, estos los abonarán a la mitad los progenitores, siempre que estén de acuerdo.

En este sentido dado que anteriormente ya se consideró que el tipo de custodia más acertada para este caso en cuestión es la custodia compartida, esta suele implicar que los gastos de los hijos los asume cada progenitor cuando está en su compañía. Sin embargo, para este caso no es lo más acertado ya que hay un claro desequilibrio entre los ingresos de D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez. En este sentido será D. Santiago Montaner quien haga frente mayoritariamente a todos los gastos. Los gastos se llevarán a cabo de la siguiente manera.

En concepto de educación. Ricardo y Sonia estudian en el Liceo Francés lo cual supone un gasto de 400 euros mensuales por parte de Ricardo y 275 euros mensuales por parte de Sonia. Lo cual asciende a un total de 675 euros mensuales

En concepto de actividades extraescolares. Tanto Sonia como Ricardo acuden a éstas, lo que supone un gasto de 120 euros mensuales por alumno, es decir 240 euros mensuales en total.

³⁸ Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 12ª) 2 de marzo de 2010. Ponente Agustín Vigo Morancho. Recurso web (Id Cendoj: 08019370122010100159)

³⁹ SANCHO IZQUIERDO, AL. “Los gastos extraordinarios” www.elderecho.com. Recurso web disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/gastos-extraordinarios_11_418180003.html

⁴⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Los gastos extraordinarios en el deber de alimentos de padres a hijos” www.abogacia.es. Recurso web disponible en <http://www.abogacia.es/2013/02/07/los-gastos-extraordinarios-en-el-deber-de-alimentos-de-padres-a-hijos-y-ii/>

En concepto de curso de inmersión lingüística. Ricardo y Sonia realizan un curso de inglés en Oxford, durante tres semanas por un precio de 2.000 euros por persona, es decir 4.000 euros en total.

Para estipular un régimen de gastos, primero hay que analizar los ingresos de cada uno de sus progenitores. Como estipula el artículo 146 CC la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Dña. Pilar Márquez cuenta con unos ingresos mensuales de 500 euros a razón del arrendamiento de un apartamento que posee en propiedad, fruto de una herencia de sus padres. Por otro lado, en la siguiente cuestión se considera oportuno que se le otorgue a Dña. Pilar Márquez una pensión compensatoria de carácter temporal con una cuantía de 600 euros mensuales. Lo que supone que los ingresos de Dña. Pilar Márquez supondrían un total de 1000 euros mensuales y no hay que olvidar que cuenta con 200.000 euros ahorrados.

D. Santiago Montaner percibe un sueldo mensual de 5.500 euros. Hay que tener en consideración que dicho salario se le reduce a causa de que se ha marchado del domicilio familiar y ha alquilado un piso en una calle cercana con una renta de 1.375 euros mensuales. Por otro lado también hay que matizar que D. Santiago Montaner hace frente al pago de las hipotecas de las dos propiedades que pertenecen a ambos cónyuges.

Por lo tanto se podrían dividir los gastos, siguiendo los criterios en los que diferencian los gastos alimenticios y los gastos relativos al colegio y los extraordinarios. Por lo tanto Dña. Pilar Márquez y D. Santiago Montaner asumen los gastos alimenticios y de vestido de Ricardo y Sonia en el tiempo que estén bajo su guarda. Mientras que el gasto del colegio de Ricardo y Sonia es asumido en un 80% por parte de D. Santiago Montaner, lo que ascendería a una cantidad total de 540 euros mensuales y el 20% restante serían asumidos por Dña. Pilar Márquez lo que supondría una suma de 135 euros mensuales. Esta diferenciación de gastos se recoge en la SAP Tenerife 30 de marzo de 2009⁴¹ en la cual el tribunal hace una breve reflexión de por qué se distribuyen los gastos de ese modo y no mediante la tradicional pensión alimenticia: “Se le impone a cada progenitor el abono de aquéllos gastos alimenticios y de vestido que se generen en el tiempo que lo tenga en su guarda, y por mitad los relativos al colegio y demás gastos extraordinarios. Criterio apoyado mayoritariamente por las Audiencias, en el entendido de que con la custodia compartida se produce un reparto más equitativo de las cargas económicas, evitándose por ello los graves problemas que origina el impago de las prestaciones alimenticias.”

En cuanto a las actividades extraescolares la jurisprudencia en algunos casos las considera que deben incluirse en los gastos alimenticios, mientras que existen otras opiniones como que deben considerarse parte de los gastos extraordinarios. En este sentido la SAP Zaragoza de 8 de abril de 2010⁴² considera que las actividades extraescolares “no estén vinculadas a la pensión alimenticia”. En el sentido contrario la SAP Guipúzcoa de 8 de julio de 2009⁴³ estipula que los gastos alimenticios abarcan las

⁴¹ SAP Tenerife (Sala de lo Civil, sección 1ª) 30 de marzo de 2009. Ponente María Elvira Afonso Rodríguez. Recurso web (Id Cendoj: 38038370012009100146)

⁴² SAP Zaragoza (Sala de lo Civil, sección 2ª) 8 de abril de 2010. Ponente Julián Carlos Arqué Bescós. Recurso web (Id Cendoj: 50297370022010100132)

⁴³ SAP Guipúzcoa (Sala de lo Civil, sección 3ª) 8 de julio de 2009. Ponente Luis Blánquez Pérez. Recurso web (Id Cendoj: 20069370032009100232)

actividades extraescolares junto con otros gastos como las matrículas, libros y material escolar, las clases particulares que sean necesarias, los gastos médicos o sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado, campamentos, viajes escolares, estudios universitarios, estancias en el extranjero o semejantes. Teniendo en cuenta ambas posturas, resulta oportuno no incluir las actividades extraescolares de Ricardo y Sonia en los gastos extraordinarios ya que siguiendo la teoría de la ya mencionada SAP Barcelona de 1 de octubre de 2007 la cual considera extraordinario “todos aquellos gastos que salen de lo común o de lo natural y que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad”. En definitiva siguiendo esta definición no se podrían incluir las actividades extraescolares ya que estas son previsibles, son habituales y no se salen de lo común, sino que forman parte de la rutina de Sonia y Ricardo. Finalmente al considerar las actividades extraescolares como un gasto ordinario, este será asumido al igual que los gastos del colegio. Por alumno las actividades extraescolares tienen un coste de 120 euros mensuales, lo que supone un total de 240 euros mensuales. Al considerar este gasto como ordinario se procederá al pago del 80% del coste por D. Santiago Montaner, lo que supone 192 euros mensuales y el restante 20% lo asume Dña. Pilar Márquez es decir 48 euros.

En lo relativo al curso de verano de inmersión lingüística en Oxford, podría decirse que se trata de un gasto voluntario. Este tipo de gastos como ya se menciona anteriormente son aquellos que son cubiertos al 50% por cada progenitor y que deben de estar de acuerdo en ello. Lo que hay que tener en cuenta es el carácter del gasto porque como se menciona anteriormente la SAP Barcelona de 2 de marzo de 2010 los gastos extraordinarios son aquellos que son necesarios e imprescindibles. Por esto cabe decir que el curso de inmersión lingüística es de provecho y no deja de ser una gran oportunidad de aprender un idioma y una cultura, pero no es necesario ni imprescindible. Por este motivo se estima conveniente que en caso de que ambos progenitores estén de acuerdo, satisfagan los costes al 50% cada uno es decir 1000 euros.

Por lo tanto en conclusión D. Santiago Montaner asume unos costes mensuales de 732, resultado de la suma de 540 euros de colegio de Ricardo y Sonia, más 192 euros de actividades extraescolares. Lo que corresponde al 80% de los gastos ordinarios. Por su parte Dña. Pilar Márquez hace frente a un total de 183 euros mensuales, resultado de la suma de 135 euros de colegio de Ricardo y Sonia, más 48 euros correspondientes a las actividades extraescolares.

El resultado de estas cuentas daría un resultado para D. Santiago Montaner de 2.793 euros que le quedan para él. El desglose sería de la siguiente manera, 1.375 euros mensuales en concepto de alquiler del piso del Carrer de Josep Pla, 600 euros mensuales en concepto de pensión compensatoria temporal a Dña. Pilar Márquez y 732 euros en concepto de gastos de colegio y actividades extraescolares de Sonia y Ricardo. En definitiva un 50% de su salario, lo ocupan los gastos y la pensión compensatoria. Bien es cierto que supone un recorte bastante grande aun así 2.793 euros son suficientes para gestionarse, teniendo en cuenta que la pensión compensatoria tiene carácter temporal y que solo tiene que abonarla durante unos años.

En cuanto a Dña. Pilar Márquez le quedarían disponibles 317 euros a los que habría que abonarle la correspondiente pensión compensatoria de 600, es decir 917 euros. El desglose sería del siguiente modo, 183 euros mensuales en concepto de colegio y actividades extraescolares de Ricardo y Sonia. Por lo tanto de los 500 euros mensuales

que percibe a razón del arrendamiento del apartamento hay que restarle los 183 y que da como resultado 317. Y como ya se acaba de mencionar hay que abonarle 600 en concepto de pensión compensatoria. a pesar de tratarse de un régimen de custodia compartida, Dña. Pilar Márquez no posee ingresos suficientes para hacer frente a los gastos al 50% ya que es el régimen mayoritario en este tipo de custodia. Pero que participe del mantenimiento de los hijos es oportuno y dado que su economía es muy diferente a la de D. Santiago Montaner sería adecuado que aporte el 20% de manera que le queden 917 euros para vivir, a lo que hay que añadir que no paga ni hipoteca ni alquiler lo cual supone una gran ventaja. A esto hay que añadir que es posible que se reincorpore al mercado laboral en un margen de tiempo ya que anteriormente a contraer matrimonio tenía un puesto de administrativa.

Las cantidades que deben aportar D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez deben ser abonadas en un fondo común específico para estos gastos.

7. ¿EXISTE DERECHO A UNA PENSIÓN COMPENSATORIA?

Antes de nada hay que aclarar que Santiago Montaner y Doña Pilar Márquez contrajeron matrimonio sin haber hecho ningún tipo de acuerdo matrimonial, por tanto al aplicar la ley civil de Galicia su régimen matrimonial será el de gananciales. Para saber que se aplica la ley civil de Galicia hemos acudido a la vecindad civil. Como consta en el caso, Pilar Márquez solicita la vecindad civil catalana, pues bien el artículo 14 CC estipula que se aplicará derecho civil común o especial o foral según la vecindad civil. Pues resulta importante saber la vecindad civil de los cónyuges para aplicar un derecho u otro. Así pues el artículo 14.5 CC cómo se adquiere la vecindad civil:

“1. ° Por residencia continuada durante dos años siempre que el interesado manifestase ser esa su voluntad.

2. ° por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario durante ese plazo. Ambas declaraciones se harían constar en el Registro Civil sin necesitar ser reiteradas.”

Visto esto, se entiende que Dña. Pilar Márquez tendría la vecindad civil catalana, ya que la ha solicitado y su periodo de estancia en Barcelona es superior a 2 años, ya que se mudaron en 2010 y ella la solicita en 2013, es decir 3 años después. Sin embargo solamente la solicita Pilar Márquez, pues el marido no la solicita y dado que lleva menos de diez años viviendo en Cataluña no la tendría. D. Santiago Montaner tendría la vecindad civil Gallega ya que pese a haber pasado 6 años en Valencia, no solicitó la vecindad civil y dado que estuvo menos de 10 años no se le confiere automáticamente. Es por este motivo por el que se puede decir que ostenta la gallega, ya que nació en A Coruña y como estipula el artículo 14.2 CC tiene 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 este motivo D. Santiago Montaner la obtendría, pero por otro lado también obtuvo un traslado laboral a A Coruña por diez años. El código resuelve las posibles dudas con el art. 14.6 CC ya que, establece que prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento. Esto supone un problema a la hora de disolver el matrimonio ya que hay un conflicto de normas. Lo que aquí sucede es un conflicto de normas ya que a Doña P.M se le aplicaría el Código civil de Cataluña y a Don S.M la ley civil de Galicia. Es por estos casos en los que cada uno de los cónyuges ostenta una vecindad por lo que el Código Civil lo resuelve mediante el artículo 9.2: *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo”*. Esto no se podría aplicar a este caso ya que D. Santiago Montaner es de A Coruña y por tanto tenía la vecindad civil gallega y Dña. Pilar Márquez nació en Madrid con padres madrileños así que tendría la vecindad civil madrileña. El siguiente párrafo dice *“en defecto de la norma anterior, por la ley personal o la de residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento autentico otorgado antes de la celebración del matrimonio.”* Este punto tampoco valdría ya que no firmaron ningún tipo de acuerdo antes de contraer matrimonio. El tercer párrafo estipula que en defecto del precepto anterior los efectos del matrimonio se regirán por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. Teniendo en cuenta este precepto hay que destacar que el lugar de residencia de los cónyuges nada más contraer matrimonio fue Valencia ya que a D. Santiago Montaner tenía concedido un traslado a dicha ciudad por seis años y Doña Pilar Márquez se trasladó con él. Sin embargo el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece en el artículo 3.1° que

“gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. Ahora bien el Estatuto explica en el punto 4º del mismo artículo como se obtiene la vecindad valenciana y dice: “el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes.” Es decir a la hora de otorgar la vecindad civil nos remite al Código Civil exactamente al artículo 14 explicado anteriormente. Por tanto, aunque el matrimonio se trasladó inmediatamente después de contraer nupcias a Valencia, no obtuvieron la nacionalidad siguiendo la línea del artículo 14 CC por no solicitarla en los 6 años que duró la residencia ni se la concedieron automáticamente por tratarse de un periodo inferior a 10 años. Dicho esto el último precepto que menciona el artículo 9 CC en caso de no obtener ningún resultado con los anteriores, señala que los efectos del matrimonio se regirán por la ley del lugar de celebración del matrimonio. En definitiva Don Santiago Montaner y Doña Pilar Márquez quedaron sometidos al Derecho Civil de Galicia ya que contrajeron matrimonio en A Coruña. En cuanto al Derecho Civil de Galicia cabe destacar el artículo 4 del CCG el cual establece que la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común. Por lo tanto el mencionado artículo remite al 14 CC y teniendo en cuenta que ambos cónyuges permanecieron en A Coruña por un periodo de 10 años, se da por hecho que adquirieron la vecindad gallega.

A colación de esto último hay que mencionar el párrafo 3º del artículo 149 CE que dice: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. Señalar esto es importante para saber en qué casos hay que aplicar el derecho autonómico o el estatal, por ejemplo al quedar claro que los cónyuges están sometidos al Derecho Civil de Galicia, este no abarca todos los ámbitos como si lo hace el código Civil, pero en los que tenga competencia va a prevalecer frente al CC. De esta manera el CCG, establece en su artículo 171 que: “el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales.” Teniendo esto en cuenta hay que destacar que D. Santiago Montaner y D^a. Pilar Márquez carecía de cualquier acuerdo prematrimonial, por lo tanto al aplicar el Derecho civil de Galicia su régimen económico sería la sociedad de gananciales. Todo esto resulta muy importante porque por ejemplo si estuviesen sujetos al derecho catalán su situación sería totalmente distinta ya que según el artículo 231-10 del libro segundo del Código de Derecho civil de Cataluña, en el apartado 2º establece que en caso de no existir pacto o en caso de que los capítulos matrimoniales fueran ineficaces, el régimen económico sería el de separación de bienes. En definitiva es de suma importancia resolver el conflicto de leyes en los casos que la ley personal de los cónyuges es distinta, ya que los efectos de estar sometidos a un derecho u otro pueden ser muy diferentes.

Teniendo claro que el régimen económico de D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez es la sociedad de gananciales, es de suma importancia a la hora de establecer pensiones, tanto alimenticia como compensatoria

Para CABEZUELO ARENAS⁴⁴ la pensión compensatoria como indica el artículo 97 CC se trata de un “derecho personal del cónyuge al cual la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico”. Otros autores aportan otra definición como ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA⁴⁵ que considera que un cónyuge debe satisfacer al otro tras la separación o divorcio, para compensar el desequilibrio producido por un cónyuge (el acreedor) en relación con el otro cónyuge (deudor), como consecuencia de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio.” La finalidad de la pensión es la de colocar al cónyuge perjudicado en una situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio⁴⁶. El artículo 97 CC fue modificado por la Ley 15/2005. Asimismo esta reforma introduce el término pensión compensatoria temporal o la posibilidad de aportar la pensión en una única prestación, mientras que en la anterior redacción⁴⁷ solamente se mencionaba que al cónyuge al que el divorcio le produce un desequilibrio económico tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, sin mencionar la duración ni la forma. También la reforma introdujo novedades en el último párrafo del artículo, que establece: “*en la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.*” Mientras que en la redacción anterior solamente se hace alusión a que se fijaran las bases para actualizar la pensión y garantizar su efectividad.

La pensión compensatoria puede pactarse en convenio regulador o bien puede establecerla el juez, eso sí, siempre que sea solicitada por una de las partes. Ya que el derecho a la pensión no tiene cabida si el cónyuge la necesita después de dictarse sentencia por haber empeorado su posición económica, pues el desequilibrio ha de referirse al momento de la ruptura y tener como origen el propio divorcio. Por otro lado se trata de un derecho de crédito personalísimo e intransmisible. Como señala LACRUZ BERDEJO⁴⁸ la pensión compensatoria “no es indemnizatoria por la ruptura ni alimentaria. Pues no supone una indemnización en caso del culpable al inocente por la ruptura matrimonial, ya que el legislador no toma en cuenta en ningún caso quien dio causa para el divorcio y prescinde de la referencia potencial a la culpabilidad. Por otro lado tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad, solamente se trata de compensar un posible desequilibrio económico desfavorable.”. El cónyuge que la solicita tiene que demostrar que efectivamente el divorcio le produce un desequilibrio económico negativo en relación con la situación que tenía cuando estaba casado. El

⁴⁴ CABEZUELO ARENAS, AL. *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el código civil*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor 2002, p.15

⁴⁵ ZARRALUQUI SANCHEZ- EZNARRIAGA, L. “La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalidad y su sustitución”. Recurso web disponible en http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf

⁴⁶ MARÍN LOPEZ, MJ. “Efectos comunes a la nulidad a la separación y al divorcio”, cit. p.113.

⁴⁷ La anterior redacción a la que se hace referencia corresponde a 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.

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, JL. “La pensión compensatoria” en AA.VV *Elementos del derecho civil, familia IV*. Ed. Dynkinson. Madrid 2005

empeoramiento económico solamente puede afectar a uno de los cónyuges porque en el hipotético caso de que afectase a ambos no sería posible establecer una pensión compensatoria.

En lo referente a la cuantía de la pensión esta puede estar acordada por los cónyuges o bien ser establecida por el juez pero el artículo 97 CC recoge una serie de factores a tener en cuenta para determinar la cuantía: los acuerdos a los que hubiesen llegado los cónyuges, la edad y estado de salud, la cualificación profesional junto con las posibilidades de acceder a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos así como las necesidades de uno y otro cónyuge, también se tiene en cuenta cualquier otra circunstancia relevante que no esté recogida en este conjunto. A pesar de las circunstancias que recoge el CC el juez tiene un gran margen de discrecionalidad lo que ha provocado que surjan pronunciamientos muy diferentes dependiendo de la audiencia provincial en la que se tramite la demanda. Esto sucede porque los aspectos a tener en cuenta que se mencionan en el artículo constituyen para el juez criterios orientativos y no determinativos.

A la hora de hacer el pago este puede darse en diferentes modalidades como bien señala el artículo 97 puede tratarse de una pensión temporal: esta implica un desequilibrio producido en el momento en que se rompe el vínculo matrimonial, pero que se espera recuperar en un periodo de tiempo en el que el cónyuge puede formarse o no e introducirse de nuevo en el mercado laboral señala CABEZUELO ARENAS que dependiendo del grado en que se produce la mejora económica adquirida por el cónyuge acreedor de la pensión compensatoria procederá la supresión o la limitación temporal. En este sentido la SAP de Zamora de 14 enero de 2000 la cual se deja sin efecto la pensión compensatoria que el cónyuge venía percibiendo desde el momento del divorcio ya que la situación laboral de este había cambiado encontrándose perfectamente posicionada laboralmente. La audiencia en este sentido entiende que la nueva situación del cónyuge le permitió dejar atrás el desequilibrio inicial del divorcio considerando que “*superado el desequilibrio la pensión debe suprimirse.*”⁴⁹. Por otro lado el artículo señala la posibilidad de una pensión por tiempo indefinido: en esta modalidad no se marca el fin de dicha pensión ya que consta que no hay ninguna posibilidad futura de mejora de las circunstancias económicas del cónyuge. Por último la pensión puede abonarse en una prestación única, que puede consistir en una suma de dinero, en la entrega de determinados bienes como un paquete de acciones de una empresa, o inmuebles como la vivienda que hasta el momento del divorcio era la familiar.

En cuanto a la distinción entre pensión compensatoria y derecho de alimentos SANCHEZ CALERO afirma que son derechos distintos que es posible renunciar a la pensión compensatoria y eso no implicaría la pérdida del derecho de alimentos, ya que la pensión compensatoria es una indemnización para el cónyuge que empeora su situación económica respecto del otro en cuanto a la situación de normalidad matrimonial ya que el derecho de alimentos se extingue con la disolución del matrimonio y esta quedaría sustituida por la pensión compensatoria.⁵⁰

⁴⁹ SAP Zamora (Sala de lo Civil, sección 4ª) 14 de enero de 2000. Ponente: Eduardo Navarro Peña. Recurso web (Id Cendoj: 50297370042000100627)

⁵⁰ SANCHEZ CALERO. *Curso de derecho civil IV derechos de familia y sucesiones*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, p. 141 y 142

El artículo 100 CC establece la posibilidad de modificación de la pensión atendiendo a alteraciones sustanciales en la fortuna de los cónyuges.

En cuanto a la extinción de la pensión compensatoria el artículo 101 CC indica que supone fin cuando: cesa la causa que lo motivo, porque el acreedor contrae de nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra. A diferencia de la pensión de alimentos esta no se extingue por la muerte del deudor.

Teniendo en cuenta estos elementos se consideraría oportuna una pensión compensatoria temporal para Dña. Pilar Márquez. Basándola en que se encuentra en una edad complicada para volver fácilmente al mercado laboral, hay que valorar el hecho de dejó el trabajo al contraer matrimonio para dedicarse al hogar y a la familia, dando como resultado veintiún años de dedicación y que conste que esta decisión la tomaron de mutuo acuerdo ambos cónyuges. Ahora bien, la pensión temporal indefinida carecería de sentido ya que el desequilibrio producido por la disolución del vínculo matrimonial podría cambiar en un periodo de tiempo ya que Dña. Pilar Márquez tiene experiencia laboral ya que trabajó de administrativa antes de contraer matrimonio, lo que implica que tiene formación al menos en un grado medio. Por otro lado hay que tener en cuenta el precepto octavo del artículo 97 que dice “*se fijara la pensión atendiendo el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge*” atendiendo a esto hay que destacar que los cónyuges al estar en régimen de gananciales poseen cada uno la mitad de todo. De esta manera hay que señalar que Dña. Pilar Márquez cuenta con 200.000 euros de un décimo de lotería, ya que el artículo 1.351 CC establece que las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales. Por tanto la otra mitad del premio pertenecería al D. Santiago Montaner. Dña. Pilar Márquez tiene en propiedad un apartamento en Madrid por el que saca un beneficio de 500 euros mensuales. Esta propiedad a diferencia de las otras dos que posee el matrimonio, una en Barcelona que era el domicilio familiar y otra en Valencia, solamente pertenece a ella ya que se trata de una herencia de sus padres y como apunta el artículo 1.346.2 CC son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que adquieran después de comenzar la sociedad de gananciales a título gratuito. Teniendo en cuenta estos elementos, sí se puede observar un desequilibrio ya que en las anteriores circunstancias contaba con el salario de D. Santiago Montaner que ascendía a 5.500 euros. Por otro lado seguirá manteniendo una posición acomodada ya que D. Santiago Montaner se hace cargo de los gastos abonando 1.600 euros mensuales. Dichos gastos comprenden la casa y los hijos salvo la alimentación que corre a cargo de Dña. Pilar Márquez.

Sería oportuna la fijación de una pensión compensatoria temporal a favor de Dña. Pilar Márquez con una cuantía de 600 euros mensuales. Existe motivos para la fijación de un límite temporal de la pensión compensatoria y la SAP de A Coruña de 13 de febrero 2001⁵¹ se ha hecho eco del problema. Existe un riesgo de fijar la pensión de manera indefinida porque aunque sea posible solicitar modificaciones por parte de los cónyuges “supondría dejar en manos de una de las partes que su fortuna cambie a su antojo ya que es sabido que en determinadas ocasiones la persona que se beneficia de la pensión compensatoria no busca trabajo ya que esto implicaría la pérdida de la pensión y considera más cómodo percibir la pensión a desarrollar un trabajo diario. Por último el

⁵¹ SAP A Coruña (Sala de lo Civil, sección 6ª) 13 de febrero de 2001. Ponente Manuel Vicente Garzón Herrero. Recurso web (Id Cendoj: 15030370062001100103)

tribunal señala que “el que una de las partes no acceda o no quiera acceder al mercado laboral no debe ser una carga constante para el otro cónyuge”. Del mismo modo la STS 18 de marzo de 2014⁵² considera que la pensión compensatoria tiene como objetivo subsanar el desequilibrio que provoca el divorcio, no equiparar patrimonios: “por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.”

Teniendo en cuenta lo mencionado y viendo las intenciones de Dña. Pilar Márquez de trasladarse al extranjero durante dos años, se puede intuir que no va a buscar trabajo al menos durante este periodo que permanecerá fuera de España.

⁵² STS (sala de lo Civil, sección 1ª) 18 de marzo de 2014. Ponente Jose Anotnio Seijas Quintana. Recurso de web (Id Cendoj: 28079110012014100142)

8. ¿ES LEGAL CONFORME A DERECHO EL CONTRATO LABORAL DE SONIA?

Para MARTÍN VALVERDE⁵³ la edad de la persona permite identificar varios grupos sociales con relevancia desde el punto de vista laboral, estos serían menores, jóvenes y maduros. Pues bien en el derecho del trabajo se da la calificación de trabajadores menores a los que cuentan con dieciséis años al menos y cumplen la edad mínima de admisión del trabajo. Si bien es importante matizar que según la directiva 94/33/CE se considera niño a todo joven menor de quince años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional (artículo 3.b)

Teniendo en cuenta el Estatuto de los Trabajadores, en lo referente del trabajo de los menores, se manifiesta en su artículo 6 estipulando: *“Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penoso, nocivo o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.”* Por otro lado el artículo sigue con la prohibición de realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. Sin duda de gran importancia es el último párrafo ya que afirma *“la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizara en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.”* Otra de las exigencias que establece el ET en su artículo 34.3 es que *“los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo el tiempo dedicado a la formación.”* También los menores de dieciocho años tienen derecho a un descanso de treinta minutos siempre que la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

En lo referente a la autoridad laboral el RD 1435/1985, de 1 de agosto, el artículo 2, considera que la autorización tendrán que solicitarla los representantes legales del menor, deberá adjuntarse el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Una vez que se ha concedido la autorización, *“corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato.”*

Por otro lado la Carta europea de Derechos del niño de 1992 en su artículo 21.1 considera que todo niño nacional de un Estado miembro tiene derecho a:

⁵³ GARCIA MURCIA, J. “Los trabajadores asalariados”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid 2010, p. 214.

Ser protegido contra toda explotación económica. Ningún niño deberá realizar cualquier trabajo que ponga en peligro su salud, su desarrollo, su psicología o su derecho a la educación básica.

Ningún niño deberá acceder a un empleo permanente antes de los dieciséis años, y en ningún caso antes de haber finalizado su período de escolarización obligatoria.

Se establece en todo caso la prohibición de emplear a los niños en trabajos con sustancias peligrosas, trabajos subterráneos o nocturnos, así como horas extraordinarias.

Todo niño mayor de dieciséis años que realice un trabajo tendrá derecho a un salario digno y suficiente. Cuando ocupe un puesto de trabajo de igual valor y en las mismas condiciones que un adulto, deberá gozar de la igualdad de trato en lo que se refiere a salario, acceso a la formación profesional, seguridad social, condiciones de trabajo y normas de higiene y seguridad.

Sin embargo en la CEDN a parte de recoger una serie de normas también acoge una reflexión en la que consideran que deben aproximarse las legislaciones de los Estados miembros teniendo como ejemplo la legislación nacional más protectora para el niño. Los factores a tener en cuenta serían: la edad mínima de admisión al empleo, la definición y condiciones de todas las excepciones que se puedan constituir a esta regla y, en particular, las excepciones relativas a los trabajos considerados ligeros, los trabajos en el mundo del espectáculo y la cultura, los trabajos en la empresa familiar, y el trabajo temporal en empresas o escuelas de formación profesional contemplado en los programas de educación, así como el trabajo de temporada. También de suma importancia serían las condiciones en que se prohíben los trabajos susceptibles de poner en peligro la salud del menor así como su educación o incluso la posibilidad de provocarle un agotamiento moral o físico.

Continuando en la línea de protección de los menores el artículo 27 de la ley 31/1995⁵⁴, de 8 de noviembre, obliga al empresario a realizar antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo para el menor así como en procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de dichos trabajadores. El párrafo segundo afirma: *“A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.”*

Por otro lado la Directiva 94/33/CE⁵⁵ en su artículo 1º contiene que se velará por que la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo no sea inferior a la edad en la cual cesa la obligación de escolaridad a tiempo completo impuesta por la legislación nacional ni, en todo caso, a quince años. Sin embargo este precepto no es fue una novedad sino que ya había sido aprobado anteriormente en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales

⁵⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

⁵⁵ DIRECTIVA 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo

Fundamentales de los Trabajadores⁵⁶, en particular sus puntos 20 y 22 que decía: *“sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a 15 años.”* Continuando con la directiva en cuestión, en el último párrafo del artículo 1 considera necesario que los *“Estados deberán velar asimismo por la protección de los jóvenes contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación.”*

Por otro lado el artículo 5 refuerza lo establecido en el CLSS ya que considera obligatorio realizar el procedimiento de autorización previa expedida la autoridad competente, en este caso sería la autoridad laboral, en los casos de contratación de niños para que actúen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. La Directiva estipula que deben ser las legislaciones nacionales las que tienen que encargarse de esta materia basándose en las siguientes exigencias. En primer lugar, el trabajo del niño no puede perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo del mismo y en segundo lugar hay que tener en cuenta que pueda afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben.

En la jurisprudencia destaca la STS 5 de febrero de 2013⁵⁷ pues aunque poco tiene que ver con el ámbito de la moda, sino que trata de que un menor de edad quiera ser contratado por un club de fútbol sin la autorización de sus padres, se pueden apreciar ciertas similitudes. El Tribunal refleja en la sentencia una vez más lo que tanto se ha mencionado en el presente trabajo, el interés del menor. Sentencio: *“el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto.”*

En definitiva es evidente que conforme a derecho Sonia Montaner podría compaginar sus estudios con su trabajo de modelo infantil. Sin embargo como se ha mencionado anteriormente los niños según la ley 1/1996 el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Por lo tanto sería de interés saber cuál es la opinión de la niña en cuanto a la realización de dicho trabajo y lo que ello conlleva que sería un traslado de país. Por otro lado D. Santiago Montaner no está de acuerdo en que la niña tenga una profesión a la vez que estudia ya que considera que su hija es demasiado pequeña para trabajar y le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad. Teniendo esto en cuenta es de suponer que no esté a favor de solicitar la autorización de trabajado de la menor a la autoridad laboral, que como ya se ha analizado, sería esta entidad quien considere oportuno o rechace el trabajo de la menor.

⁵⁶ Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989

⁵⁷ STS (Sala de lo civil, sección 1ª) 5 febrero de 2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012013100019)

IV. CONCLUSIONES FINALES

PRIMERO. Se concede la custodia compartida a D. Santiago Montaner y a Dña. Pilar Márquez, dado que de este modo se cumple el principio del interés superior del menor y cumplen con las premisas establecidas para su concesión.

SEGUNDO. Se establece un régimen de custodia compartida semanal. El intercambio se lleva a cabo los domingos a las 20 horas. Los periodos vacacionales se reparten a la mitad, distribuyéndolos como mejor les convenga a los progenitores. En caso de discrepancia corresponderá a D. Santiago Montaner la primera mitad en los años impares y a Dña. Pilar Márquez en los años pares y viceversa en cuanto a la segunda mitad.

TERCERO. Al estipular la guardia y custodia compartida no se estipularían visitas, estas se reservarían para periodos de estancias largas como pueden ser las vacaciones de verano.

CUARTO. Los gastos alimenticios y de vestimenta son sufragados por Dña. Pilar Márquez y D. Santiago Montaner en los periodos que les corresponde su guarda. En cuanto a los gastos escolares los cuales ascienden a 675 euros mensuales, son afrontados al 80% por D. Santiago Montaner y al 20% por Dña. Pilar Márquez ya que la situación económica de ambos es muy dispar. Los gastos extraescolares son afrontados por ambos en los mismos porcentajes. El curso de inmersión lingüística se considera un gasto voluntario y tiene que ser cubierto al 50% por ambos progenitores de mutuo acuerdo.

QUINTO. No sería oportuna una pensión de alimentos en sentido estricto, ya que estamos ante un régimen de guarda y custodia compartida. Los alimentos son asumidos por cada uno de los progenitores en el periodo que están bajo su guarda. En este sentido se entienden por alimentos, la vestimenta y la manutención que conlleva la convivencia. Se excluyen los gastos de educación que como ya mencionamos se sufragan por D. Santiago Montaner y Dña. Pilar Márquez al 80% y 20% respectivamente

SEXTO. Se estipula una pensión compensatoria de carácter temporal a favor de Dña. Pilar Márquez, de 600 euros mensuales. Esto se debe a que, el hecho de disolver el matrimonio le produce un desequilibrio económico. Otro motivo a mayores para la concesión de la pensión compensatoria es la dedicación al cuidado del hogar y de la familia los últimos veinte años.

OCTAVO. El trabajo de Sonia es legal, siempre que se cumpla la normativa en cuanto al trabajo de los menores. Sin embargo a pesar de que sea legal, no sería muy adecuado ya que según su progenitor le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad. Por otro lado el traslado no entraría dentro del interés superior del menor ya que se le privaría el derecho de ver y estar con su padre de manera habitual.

V. **NORMATIVA APLICABLE**

- ❖ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm.206, de 25/07/1889.
- ❖ Ley 24 de abril de 1958 por la que se modifican, determinados artículos del Código Civil. BOE núm.99, de 25 de abril de 1958.
- ❖ Constitución Española, 1978. BOE núm. 311, de 29/12/1978
- ❖ 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. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981
- ❖ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- ❖ Real Decreto Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. BOE núm. 194, de 14/08/1985.
- ❖ Convención, de 20 de noviembre de 1989 relativa a los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990
- ❖ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990.
- ❖ Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992)
- ❖ Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. DOUE núm. 165, de 27 de junio de 2007
- ❖ Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1995
- ❖ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- ❖ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

- ❖ Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
- ❖ 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.
- ❖ Código de Derecho Civil de Galicia, 2006
- ❖ Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos
- ❖ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

VI. JURISPRUDENCIA APLICADA

Tribunal Constitucional

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala segunda) 15 de enero de 2001. Presidente: Carles Viver Pi-Sunyer. Recurso web disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2001/02/16/pdfs/T00025-00029.pdf>

Tribunal Supremo

- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) 8 de octubre de 2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Resultado web (Id Cendoj: 28079110012009100624)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) 10 de marzo de 2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Resultado web (Id Cendoj: 28079110012010100107)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) 26 de octubre de 2012. Ponente José Antonio Seijas Quintana. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012012100608)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) 5 de febrero de 2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012013100019)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) 18 de marzo de 2014. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Recurso web (Cendoj: 28079110012014100141)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª) 18 de marzo de 2014. Ponente José Antonio Seijas Quintana. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012014100142)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª) 22 de octubre de 2014. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012014100512)
- ❖ Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª) 21 de octubre de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Recurso web (Id Cendoj: 28079110012015100575)

Audiencia Provincial

- Sentencia Audiencia Provincial A Coruña (Sala de lo Civil, sección 6ª) 13 de febrero de 2001. Ponente Manuel Vicente Garzón Herrero. Recurso web (Id Cendoj: 15030370062001100103)
- Sentencia Audiencia Provincial Gerona (Sala de lo Civil, sección 2ª) 28 de febrero de 2001. Ponente José Isidro Rey Huidobro. Recurso web (Id Cendoj: 17079370022001100359)
- Sentencia Audiencia Provincial de Castellón (sala de lo civil, sección 3ª) 10 de abril de 2003. Ponente: José Manuel Marcos Cos. Recurso web (Id Cendoj: 12040370032003100139)
- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Sala de lo Civil, sección 6ª) 29 de septiembre de 2004. Ponente Jesús Martínez-Escribano Gómez. Recurso web (Id Cendoj: 03014370062004100577)
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 15 noviembre de 2005. Ponente: Francisco José Carrillo Vinader. Recurso web (Id Cendoj: 30030370012005100578)
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, sección 22ª) 22 de septiembre de 2006. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. Recurso web (Id Cendoj: 28079370222006100538)
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, sección 18ª) 20 de febrero de 2007. Ponente: Enric Anaglada Fors. Recurso web (Id Cendoj: 08019370182007100001)
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sala de lo Civil, sección 18ª) 1 de octubre de 2007. Ponente: Enric Anaglada Fors. Recurso web (Id Cendoj: 08019370182007100521)
- Sentencia Audiencia Provincial Tenerife (Sala de lo Civil, sección 1ª) 30 de marzo de 2009. Ponente María Elvira Afonso Rodríguez. Recurso web (Id Cendoj: 38038370012009100146)
- Sentencia Audiencia Provincial Asturias (Sala de lo Civil, sección 4º) 17 abril de 2009. Ponente María Nuria Zamora Pérez. Recurso web (Id Cendoj: 33044370042009100117)

- Sentencia Audiencia Provincial Guipúzcoa (Sala de lo Civil, sección 3ª) 8 de julio de 2009. Ponente Luis Blánquez Pérez. Recurso web (Id Cendoj: 20069370032009100232)
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 12ª) 2 de marzo de 2010. Ponente Agustín Vigo Morancho. Recurso web (Id Cendoj: 08019370122010100159)
- Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza (Sala de lo Civil, sección 2ª) 8 de abril de 2010. Ponente Julián Carlos Arqué Bescós. Recurso web (Id Cendoj: 50297370022010100132)
- Sentencia Audiencia Provincial Tarragona (Sala de lo civil, sección 1ª) 11 de diciembre de 2015. Ponente: Antonio Carril Pan. Recurso web (Id Cendoj: 43148370012015100491)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR REDORTA, L. “los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor”, en AA.VV *Separación y divorcio*. Varela Portela, M^ªJ (dir). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2006.
- CABEZUELA ARENAS, A.L.: *La limitación temporal de la Pensión compensatoria en el código civil*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor 2002.
- GARCIA MURCIA, J. “Los trabajadores asalariados”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid 2010.
- MARÍN LOPEZ, MJ. “Efectos comunes a la nulidad a la separación y al divorcio” en AA.VV *Manual de derecho civil, derecho de familia*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir). Ed. Bercal. Madrid 2011.
- MOYA ESCUDERO, M. “Derecho de custodia y sustracción internacional de menores” en AA.VV *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*. García Garnica, M^ªC (dir). Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2008.
- LACRUZ BERDEJO, JL.: “La pensión compensatoria” en AA.VV *Elementos del derecho civil, familia IV*. Ed. Dynkinson. Madrid 2005.
- LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2005.
- MARTIN VALVERDE, A.: “Derecho del trabajo” Ed. Tecnos. Madrid 2010.
- MONTON GARCIA, M.: “*la sustracción de menores por sus propios padres*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.
- PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*. Ed. Bosch. Barcelona 2009.
- SANCHEZ CALERO. *Curso de derecho civil IV derechos de familia y sucesiones*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

RECURSOS WEB CONSULTADOS

- www.abogacia.es
- www.Asociaciónneuropeaabogadosdefamilia.com
- www.boe.es

- www.Lexfamili.es
- www.noticiasjuridicas.es
- www.poderjudicial.es
- www.Zarraluqui.net
- www.Indret.com (Revista para el análisis del derecho)
- www.Elderecho.com
- www.Jurisprudenciaenderechodefamilia.com
- www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es