



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Traballo de
fin de grao

**Divorcio, custodia
compartida y traslado
de menores al
extranjero**

AUTORA: UXIA IRIARTE SUÁREZ

TUTOR: JUAN FERREIRO GALGUERA

**Grao en Dereito e Grao en Administración e Dirección de
empresas**

Ano 2015/2016

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 4 |
| 2. Legislación aplicable y aspectos a considerar de forma previa | 5 |
| 3. Análisis sobre el establecimiento del régimen de guarda y custodia respecto de la prole..... | 6 |
| 3.1. Estudio acerca del término objeto de deliberación. Modalidades posibles en atención al caso..... | 6 |
| 3.1.1. Régimen de guarda y custodia exclusiva..... | 9 |
| 3.1.2. Régimen de guarda y custodia compartida..... | 12 |
| 3.2. Conclusión en atención al presente caso..... | 13 |
| 4. Conveniencia de la implantación de un régimen de visitas..... | 17 |
| 4.1. Régimen de visitas respecto de los progenitores..... | 17 |
| 4.2. Establecimiento de un régimen de visitas para los familiares..... | 22 |
| 4.3. Régimen de visitas en el caso de que la madre consiga su pretensión de mudarse junto a Sonia al extranjero..... | 24 |
| 5. Posibilidad de emancipación del hijo primogénito..... | 25 |
| 6. Distribución de los gastos entre cónyuges..... | 28 |
| 6.1. Obligación legal de prestar alimentos..... | 28 |
| 6.2. Pensión de alimentos..... | 31 |
| 6.3. Pensión alimenticia y guarda y custodia compartida..... | 33 |
| 6.4. Establecimiento y contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios..... | 34 |
| 7. Derecho al establecimiento de la pensión compensatoria..... | 37 |
| 7.1. Fijación de la compensación..... | 39 |
| 7.2. Actualización de la cuantía fijada..... | 39 |
| 7.3. Sustitución de la pensión compensatoria..... | 39 |
| 7.4. Modificación de la pensión..... | 40 |
| 7.5. Extinción..... | 40 |
| 7.6. Conclusión en atención al caso..... | 40 |

| | |
|--|----|
| 8. Validez del contrato laboral propuesto a Sonia (menor de edad) en Estocolmo (Suecia)..... | 41 |
| 8.1. Legislación laboral española..... | 41 |
| 8.2. Normas de Derecho Internacional Privado..... | 43 |
| 9. Conclusiones..... | 45 |
| 10. Legislación consultada..... | 47 |
| 11. Repertorio de jurisprudencia mencionada..... | 48 |
| 12. Bibliografía..... | 49 |

SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS

RJA: Repertorio Jurídico Aranzadi
SJPI: Sentencia Juzgado Primera Instancia
STS: Sentencia Tribunal Supremo
CC: Código Civil
Art.: Artículo
L.O.: Ley Orgánica
SAP: Sentencia Audiencia Provincial
CE: Constitución Española
D.T.: Disposición Transitoria
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
Ss.: siguientes
E.D.: Editorial
AA.VV.: Autores Varios
FD: Fundamento de Derecho
D.A.: Disposición Adicional
T.C: Tribunal Constitucional
BOE: Boletín Oficial del Estado
IPC: Índice anual de Precios al Consumo
RDL: Real Decreto Legislativo
RD: Real Decreto
CJI: Competencia Jurídica Internacional
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

Comenzaré haciendo una aproximación del caso, que servirá de guía para el estudio de los aspectos en los que se va a incidir a continuación.

Don Santiago Montaner y Doña Pilar Márquez, contraen matrimonio el 4 de Octubre de 1995. Fruto de esa relación nacen Ricardo Montaner y su hermana Sonia Montaner, ambos menores de edad.

Tras varios años de matrimonio, Doña Pilar decide interponer el 7 de julio de 2015 demanda de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia nº10 de Barcelona, ciudad en la que residen desde 2010. En dicha demanda, Doña Pilar solicita una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le supone la ruptura matrimonial, así como la custodia de ambos hijos con la finalidad de poder trasladarse con ellos a Estocolmo de forma permanente. La finalidad de dicha mudanza radica en la oferta de trabajo recibida por su hija Sonia por parte de una conocida marca de moda infantil sueca, durante los dos próximos años.

Respecto al desempeño de dicho trabajo, Don Santiago ha manifestado su total desacuerdo tanto respecto del traslado a un país extranjero como al hecho de que su hija trabaje siendo tan pequeña, alegando que ello afectaría al desarrollo normal de una niña de su edad. En este sentido, considera que Doña Pilar no debe ostentar la custodia completa de los hijos.

Por su parte, Ricardo, hijo primogénito, también ha manifestado su oposición a una posible mudanza ya que se encuentra especialmente apegado a su padre, y no quiere separarse de su familia y amigos, ni tampoco cambiar de sistema educativo y aprender un nuevo idioma. Derivado de esto, le ha comunicado a su padre que en caso de no poder quedarse con él en España, presentará la correspondiente solicitud de emancipación.

Destacar en atención al caso, el hecho de que no existe Convenio Regulador, y todas las decisiones que se adopten con respecto a este supuesto corresponderá al Juez competente.

Finalmente, he de incidir en una cuestión. Respecto a la legislación aplicable cuyo punto de conexión es la vecindad civil de los implicados, en lo referente a Ricardo he planteado dos posibilidades con la finalidad de dar un mayor contenido al caso: por un lado, si atendemos al artículo 14¹ del Código Civil, una de las primeras opciones es considerar que tal y como establece dicho artículo, a pesar de haber nacido en Valencia, por el hecho de que viviese en A Coruña más de diez años, ello le otorgaría vecindad

¹“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

5. La vecindad civil se adquiere:

1º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas”.

civil gallega ("El cambio de vecindad civil se produce 'ipso iure' por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario"), que por no tener derecho foral propio en materia de custodia o régimen de visitas supondría la sujeción de Ricardo al Derecho Común. En contraposición, he considerado la posibilidad de que sí haya manifestado su voluntad en contra de la adquisición de la vecindad civil gallega, lo que justificará la comparativa hecha a lo largo del trabajo en las materias que así proceda, entre la normativa valenciana (Comunidad Autónoma que sí ostenta derecho foral propio en dichas materias), y el Régimen Común. No obstante, quiero destacar que si atendemos a la literatura del caso, y pesar de que Ricardo ha nacido en Valencia, como ya he mencionada anteriormente, ha vivido en A Coruña más de diez años, lo que tal y como establece el Código Civil, a priori, le otorgaría la vecindad civil gallega (salvo que durante el transcurso de dicho período manifieste su voluntad contrario, como ha sido el supuesto que he planteado). A pesar de ello, y teniendo en cuenta la doctrina establecida por el TS², en el caso de que finalmente a Ricardo no se le conceda la emancipación solicitada y al ser menor de edad, *"la doctrina jurisprudencial es concorde, como no podía ser menos, con la expuesta hasta ahora, en el sentido de que en el cómputo para la adquisición de la vecindad civil, no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación"*, (en el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona").

2. LEGISLACIÓN APLICABLE Y ASPECTOS A CONSIDERAR DE FORMA PREVIA.

Es importante ante todo, conocer la legislación aplicable en el presente caso, para ello estableceremos como punto de conexión para conocer la normativa reguladora, la vecindad civil de los menores implicados (además de tener en cuenta la premisa establecida en el apartado previo). Tras la lectura del supuesto, se ha observado que de forma inusual, los hermanos poseen vecindad civil distinta³, pues en el caso de Ricardo, su vecindad civil es valenciana (al entender que ha manifestado su voluntad de mantenerla), en contraposición a Sonia, que ostenta la vecindad civil gallega. Pese a la búsqueda reiterada de jurisprudencia para conocer la línea de actuación en estos casos, aunque sin éxito al tratarse de un caso inusitado, se puede deducir que resultará de aplicación, el Código Civil⁴ para el caso de Sonia, por no poseer Galicia una normativa foral que trate este tipo de situaciones, mientras que a Ricardo, le será de aplicación la Ley 5/2011 de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Comunidad Valenciana, dado que la Comunidad Valenciana cuenta con una normativa foral propia, encargada de la regulación de estas materias.

² STS núm. 668/2007 de 7 de junio.

³ Como he indicado previamente en la introducción, se ha supuesto la posibilidad de que Ricardo haya manifestado su voluntad de no adquirir la vecindad civil gallega (art. 14 CC).

⁴ Art.13.2 CC: "En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales". La interpretación de dicho artículo deberá llevarse a cabo conforme a los límites establecidos por el artículo 149 de la CE en lo referente a las materias competencia exclusiva del Estado.

No obstante, la mencionada Ley valenciana, ha sido objeto de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad⁵, por parte del Presidente del Gobierno, haciéndose constar en el mismo, su amparo en el art. 161.2 de la CE, lo que produjo en un primer momento la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso.

Inicialmente, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 19 de julio de 2011 ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859/2011 contra la Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (tal y como publica el BOE de 26 de julio), lo que supuso en un momento la suspensión de los preceptos objeto de impugnación.

En un momento posterior el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto 161/2011 de 22 de Noviembre de 2011, acuerda el levantamiento de la suspensión, tal y como aparece reflejado en el BOE de 3 de diciembre. Dicha decisión supone la permisión de su aplicación en tanto no se resuelve mediante sentencia firme, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Por ello, La ley valenciana se encuentra pendiente del Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3859/2011, interpuesto ante el Tribunal Constitucional, fundamentado no sólo en razones de competencia legislativa sobre la materia, es decir, no sólo si es conforme al art. 149 de la Constitución el que las Cortes Valencianas regulen en materia de derecho civil, sino también en razones de fondo, esto es, por las dudas que suscitan sus arts. 5 y 6 de la citada Ley, en orden a la prevalencia del interés del menor.

3. ANÁLISIS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA RESPECTO DE LA PROLE.

3.1. Estudio acerca del término objeto de deliberación. Modalidades posibles en atención al caso.

A continuación procederé a abordar cada una de las cuestiones planteadas en el presente caso.

En lo referente a la primera y segunda pregunta, considero apropiado responderlas de forma conjunta debido a la interrelación existente entre las mismas, por ello considero más apropiada esta opción.

Es necesario tener en cuenta en primer lugar, el hecho de que el término guarda y custodia es un concepto en evolución, es decir, todavía no existe una definición expresa por parte del legislador, a diferencia del caso del Tribunal Supremo el cual sí ha promulgado una definición del mismo en sus diversas sentencias, es por ello, que para considerar una referencia a este respecto, es preciso acudir igualmente a las diversas definiciones que los autores han expresado sobre la misma⁶. Algunos ejemplos de

⁵ Recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Publicado en el BOE de 26 de julio.

⁶ Autores como PINTO ANDRADE, C., en su obra “*La Custodia Compartida*” Primera Edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág38, alude a la falta de una definición legal de guarda y custodia,

definición los encontramos en autores como ANGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO, el cual define la guarda y custodia como “*un derecho y deber integrante en la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuida y toma las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad*”⁷; o PÉREZ SALAZAR-RESANO, MARGARITA la cual define esta figura como “*el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad*”⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia española, como ya he mencionado anteriormente, se ha pronunciado considerando la guarda y custodia como “*la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía*”⁹.

Es necesario considerar que todas estas definiciones de guarda y custodia, deben entenderse en un sentido amplio, es decir, no se deben limitar a lo tendente al cuidado o protección física del menor, sino que debe extenderse a aspectos relacionados con la educación y formación integral del hijo. Por ello, si atendemos a lo establecido en el artículo 103.1º del Código Civil, expresa que *excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*, no tratándose evidentemente de una guarda y custodia derivada de la patria potestad sino que se trataría de una guarda con carácter propio, que atendiendo a las circunstancias del caso evidentemente no procedería.

Según lo establecido en el Código, a la hora de establecer a quien correspondería ostentar la guarda y custodia, es necesario en todo momento tener en cuenta el interés de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos padres, y llevar a cabo las disposiciones adecuadas para el caso de que algunos de los padres no ejerzan la guarda y custodia de los hijos, puedan cumplir con el deber de velar por ellos, en el tiempo, modo y lugar acordado. Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio se ha procedido a regular esta cuestión de forma más minuciosa, lo que ha permitido el retoque del artículo 103 del Código Civil, con lo que se pretende resaltar que los deberes de los padres respecto de los hijos no se extingue o desaparece con la crisis conyugal, como así se establece de manera paladina en el artículo 92.1 de la mencionada ley.

Debe quedar constancia en todo momento, tal y como sostienen autores como PÉREZ VALLEJO, ANA MARÍA¹⁰, que patria potestad y guarda y custodia no son términos idénticos, en el sentido de que los hijos pueden quedar bajo el cuidado y guarda y de uno de los padres, sin que ello suponga que el padre no guardador pierda tanto la patria potestad como la posibilidad de ejercitarla, de hecho la eventualidad de

considerando que el legislador debió de integrarla en la Ley 15/2005 de 8 de julio lo que hubiese permitido una uniformización del término.

⁷ Incluido en su libro, “*Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?*” Ed. La Ley, pág. 1.

⁸ “*Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y Procesales*” Ed. Jurídica Sepin, Madrid, 2005 pág. 180

⁹ STS de 19 de octubre de 1983.

¹⁰ Manual en el cual se encuentra incluido: “*El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Ed. Comares, Granada, 2001 pág. 72

establecer un régimen de estancia y comunicación entre progenitor e hijo confirma este hecho.

Para proceder a deliberar sobre qué progenitor debe ostentar este derecho, la decisión deberá de estar regida en todo momento según el principio de beneficio del menor. De encontrarnos ante una situación en la cual no existe acuerdo entre los padres, en caso de que se considere conveniente, deberá procederse a escuchar al menor, así como valorar y ponderar las aptitudes mostradas por los padres, la relación existente entre éstos y los hijos, condiciones y entorno en el que cada uno se encuentra, así como todas aquellas circunstancias que influyan en la estabilidad y equilibrio en lo referente al desarrollo del menor. En caso de considerarse necesario, podrá el Juez competente para el caso, acordar de oficio que se practiquen las pruebas que resulten precisas para lograr constatar la idoneidad de cada uno de los progenitores para ostentar este derecho, lo que permitirá garantizar en gran medida el acierto en la resolución judicial.

Antes de proceder por tanto a determinar el régimen de guarda y custodia, será imprescindible en la medida de lo posible y cuando resulte imprescindible, recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

De esta forma, y atendiendo a todo lo anterior, antes de tomar ninguna decisión respecto al régimen de guarda y custodia, deberán de valorarse cuestiones tales como la dedicación hacia los hijos, quien de los progenitores pueda disponer de más tiempo en un futuro para su atención, tener en cuenta la opinión de los hijos siempre que ostenten la edad y juicios suficientes, y considerar todas aquellas posibles situaciones de riesgo para los menores por cuestiones de enfermedad, toxicomanía o alcoholismo del progenitor, entre otros aspectos.

Por otro lado, igualmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de modificación del régimen de custodia que se hubiese otorgado, cuando concurren determinadas circunstancias que así lo posibiliten, ello procede, entre otras situaciones, ante un cambio de domicilio del progenitor que ostente la guarda y custodia cuando ello conlleve el traslado del hijo fuera de su entorno habitual, por voluntad del hijo, o por enfermedad sobrevenida que imposibilite el ejercicio de la custodia.

En el supuesto, de que finalmente la guarda y custodia se le adjudique a uno de los progenitores, tal y como establece el Código Civil en su artículo 94, el progenitor que no la ostente, gozará igualmente del derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Deberá ser el Juez el que determine el tiempo, modo y lugar en el que este derecho se pueda ejercitar, pudiendo limitarlo o incluso suspenderlo, en caso de que concurren circunstancias graves que imposibiliten que se pueda llevar a cabo.

La finalidad que con ello se persigue, es la de proteger los intereses de los hijos, permitiendo que puedan tener el suficiente contacto con el progenitor con el cual no conviven, de tal forma que se favorezca en la medida de lo posible, su desarrollo emocional.

Es evidente la trascendencia que esta situación supone, derivada de la no convivencia de los progenitores procedente de la crisis conyugal¹¹. Cuando se genera

¹¹ Destacar como ejemplo la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 13 de Diciembre de 1999 (Número de Recurso 586/1998) en cuyo Fundamento Jurídico 3º se declaró: “De

esta rotura matrimonial entre los progenitores, surge la necesidad de determinar quién ejercerá la guarda y custodia, pudiendo establecerse la conocida como guarda y custodia exclusiva o unilateral¹² o la guarda y custodia compartida. Considero importante matizar, que independientemente del régimen que se implante, atendiendo en todo momento al interés y beneficio del menor, es deber velar por los hijos, incluso por parte del progenitor con el cual no conviven, debiendo de procurar en todo momento por el bienestar de la prole, controlando el ejercicio responsable de la guarda y custodia que en caso de acontecer, ostente el otro progenitor¹³.

También es importante considerar un elemento que ante su no cumplimiento, puede generar sanciones previstas en el Código Penal¹⁴, y es la necesidad de que el progenitor custodio tenga a los hijos en su compañía, lo que supone que se establezca un modelo de vida en común, que permita al progenitor proporcionar la atención diaria que sus hijos precisen, entendidos como obligaciones inherentes a la patria potestad.

3.1.1 **Régimen de guarda y custodia exclusiva.**

Con respecto a la primera pregunta planteada, relativa a quien debería ostentar la custodia de los hijos, vamos a partir inicialmente de la premisa de que con la misma se alude al hecho de que deba ser ostentada por uno de los progenitores, abordando la opción de la custodia compartida en el apartado siguiente.

En este caso, acontece que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en “tener a los hijos en su compañía”¹⁵, genera una modificación de su contenido, de modo que, salvo la concurrencia de circunstancias catalogadas como graves lo aconsejen, ambos cónyuges mantendrían la patria potestad conjunta, pero en este caso, la guarda y cuidado de los hijos menores de edad correspondería a sólo uno de los progenitores¹⁶. Se cataloga por tanto como un sistema de guarda y custodia exclusiva o unilateral, en virtud de la cual se atribuye la guarda a

todas las medidas adoptadas es evidente que la de mayor calado es aquella que se refiere a la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad”.

¹² Se caracteriza porque la guarda y custodia es atribuida a uno de los progenitores, sin que ello suponga que el otro progenitor no pueda ostentar su derecho a la comunicación y estancias, salvo que por concurrir alguna causa considerada como grave, sea privado de la misma. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, FUENSANTA:” *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*”. Ed. Aranzadi, Primera Edición, Navarra, 2011, pág. 65.

¹³ Dicha argumentación puede encontrar su sustento en el artículo 39.3 de la Constitución Española, el en que se impone la obligación por parte de los padres de, y cito textualmente, “*prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

¹⁴ La consecuencia sancionatoria se encuentra prevista en los Artículos 226,228, 229, 230 y231del Código Penal, donde se precede a tipificar el delito de abandono de familia. Igualmente se prevé una protección a este deber en el Artículo 170 del Código Civil, el cual establece: “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”. Del mismo se desprende el hecho de que la privación de la patria potestad con respecto a alguno de los padres, supone la privación de la posibilidad de gozar de la compañía de sus hijos, lo que se podrá lograr mediante sentencia firme de Juez competente para el caso.

¹⁵ Art. 154.II.1º CC

¹⁶ Art. 159 CC

uno de los cónyuges, quedándose en cónyuge no guardador con el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía¹⁷.

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para la decisión de a qué progenitor se le otorgaría este derecho, habrá de estarse especialmente a la relación que los padres mantengan entre sí y con su hijos, al beneficio de los hijos, y también al criterio particular de procurar no separar a los hermanos¹⁸.

Por lo tanto, el juez deberá otorgar la guarda y custodia a aquél que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales.

En nuestro país, la tradición precedente, pero que actualmente en base a la doctrina jurisprudencial vigente esta situación ha evolucionado, el modelo de régimen de guarda y custodia de los hijos era el consistente en su atribución a la madre, concediéndole al padre un derecho de visita. A pesar de que cada vez son más los casos de atribución de la guarda y custodia al padre, en este tipo de casos, la regla general sigue siendo la contraria.

Puede ocurrir que ante circunstancias excepcionales, la guarda pueda atribuírsele, no a uno de los progenitores sino a un tercero (no sería el caso que ahora nos atañe)¹⁹.

A este respecto es importante tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dada la atribución competencial que en los artículos 33.1 y 37.2 del vigente Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana se prevé de forma expresa, de la Sala respecto del conocimiento de los recursos de casación en materia de Derecho civil foral valenciano.

La doctrina legal anteriormente definida,²⁰ establece con respecto al artículo 5 de la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2011 que: *"el establecimiento o, en su caso, el mantenimiento del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto". En los apartados 2 y 4 que se citan como infringidos se establece lo siguiente: "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los*

¹⁷ Art. 94 y 160 CC

¹⁸ Art. 92 CC

¹⁹ Aunque la regla general es que los hijos queden con alguno de los progenitores, pueden ser también encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que lo consientan, o a una institución de guarda, confiriéndoles entonces funciones tutelares, que serán ejercidas bajo la autoridad del Juez, como así establece el artículo 103.1º.II del CC, procedente de la reforma introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.

²⁰ STS 9/2013, de 6 de septiembre (RJ 2013/6600), siendo de aplicación a uno de los hijos conforme al hecho de que posee vecindad civil valenciana, a diferencia de su hermana, la cual posee vecindad civil gallega (esta cuestión será abordada de forma más extensa en el apartado titulado "Conclusión en atención al presente caso")

progenitores o las malas relaciones entre ellos" y "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que proceda".

En esta corriente jurisprudencial precedente se incide en la necesidad de basar la decisión en la existencia de informes médicos, psicológicos, así como todos las demás pruebas periciales que procedan conforme al caso, por lo que su solicitud conformaba un requisito ineludible.

A partir de posteriores sentencias promulgadas por el Tribunal Supremo²¹, se hace visible la prioridad que se establece del concepto "interés del menor", interpretándolo en un sentido amplio, y relegando a un segundo lugar ese requisito que anteriormente se consideraba imprescindible a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia, como era la solicitud de los pertinentes informes.

Es por ello que la interpretación llevada a cabo del artículo 92 en sus apartados 5, 6 y 7 del CC, debe en todo momento encontrarse fundado en el interés del menor, y exigiendo la concurrencia de los criterios que se han venido estableciendo a este respecto en diversas sentencias²², entendiendo que la decisión de establecer un régimen de custodia exclusiva debe estar fundamentada en el interés de los menores que quedarán afectados por la medida, valorando la relación de los progenitores con los mismo, así como sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores a este respecto, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales. También valorar evidentemente el resultado proporcionado por los informes exigidos legalmente, y en definitiva, valorar cualquier elemento que permita a los menores poseer una vida adecuada. Por tanto, la jurisprudencia ha configurado el principio del "superior interés del menor" como norma de "ius cogens" y directamente aplicable por el tribunal, aún incluso no habiendo solicitado al tribunal competente los informes por el gabinete psicosocial conforme previene el artículo 770.4 LEC, pues su omisión no puede producir un efecto directo, sino que debe acordarse siempre que beneficie el interés del menor, como así se desprende al interpretar conjuntamente los artículos 5.4 y 5.3 y 5.2 de la Ley 5/2011²³.

Por lo tanto, es necesaria la concurrencia de cuestiones que deben de ser valoradas como muy relevantes para establecer como decisión la imposición del régimen de guarda y custodia exclusiva, que se establecería por tanto en contra de la regla general, y que se fundamentaría en aplicación del interés del menor. Entre estos supuestos que resultarían ejemplarizantes para entender a que nos estaríamos refiriendo,

²¹ STS núm. 257/2013 de 29 de abril, (RJ 2013/3269), STS núm. 1699/2014 de 25 de abril y STS núm. 52/2015 de 16 de febrero (RJ 2015/553)

²² STS núm. 257/2013 de 29 abril de 2013 (RJ 2013/3269).

²³ De dicha Ley se deduce que no solo la existencia de informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan constituyen los únicos medios de prueba en que debe fundarse una decisión de custodia monoparental sino también los factores descritos en el apartado 3 entre los que se encuentra la opinión de los hijos e hijas menores cuando tuvieren madurez suficiente y , en todo caso, cuando hayan cumplidos los doce años, y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos, por lo que la decisión del tribunal para establecer un régimen de custodia monoparental debe estar fundada en un conjunto de factores de los que se desprenda la conveniencia de ese régimen de custodia en beneficio del superior interés del menor.

se puede encontrar el incumplimiento de la obligación de pago de la pensión de alimentos que se hubiese acordado y aprobado, o la existencia de una firme voluntad por parte de los menores de no querer la convivencia con el progenitor en su caso no custodia, manifestando por tanto un claro rechazo.

Por ello, si bien es cierto que de la doctrina emanada se estableció la necesidad de concurrencia de informes para adoptar el régimen de custodia monoparental, no obstante, se expone que "el interés superior del menor" se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado.

Finalmente, si atendemos al presente caso, considero que dicho régimen se podría producir en el supuesto de que el Juez competente autorice el traslado a Estocolmo (Suecia), suponiendo que el contrato laboral que se le ofrece a Sonia sea conforme a derecho. Ante esta situación, y bajo mi opinión fundada, lo más conveniente sería otorgar la guarda y custodia a favor de la madre, por ser ella la que, tal y como se deduce del presente caso, ha sido la que ha impulsado y manejado la carrera artística de su hija. También se comenta su total dedicación a sus hijos, especialmente a la más pequeña.

3.1.2. Régimen de guarda y custodia compartida.

A pesar de que el artículo 92 no proporciona la definición acerca de qué se debe entender por custodia compartida, al no proceder a establecer de forma expresa su significado, entendemos que dicho régimen consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia de los hijos. Lo habitual y fundamento de la custodia compartida, radica en el acuerdo existente entre los cónyuges, bien plasmado en el convenio regulador o alcanzado en el transcurso del proceso judicial, como así se expresa en el apartado quinto del mencionado artículo.

Puede ocurrir igualmente que ante la falta de dicho acuerdo, el juez, excepcionalmente, podrá decretar la custodia compartida, siempre que concurren previamente tres presupuestos: que sea solicitada por uno de los cónyuges, que el Ministerio Fiscal emita informe favorable (el cual será considerado como vinculante), y que sólo de ese modo se proteja el interés del menor²⁴.

Procede que ante determinadas circunstancias, la guarda y custodia compartida pueda instaurarse con carácter provisional, siendo el juez el que decida si bien mantiene dicho régimen, o se establece el sistema de guarda y custodia exclusiva. Quedará por tanto al arbitrio del juez competente, decidir la periodicidad de la alternancia, así como el establecimiento de los términos necesarios para facilitar y promover el derecho del cónyuge que no convive con los hijos a comunicarse y relacionarse con ellos.

Debemos destacar que antes de procederse a la reforma del Código Civil, no se conocía otra forma de custodia que la concesión de la exclusiva a uno de los progenitores, otorgándosele con carácter general y de forma obligatoria a la madre, cuando se trataba de hijos menores de siete años. Dicha preferencia materna fue suprimida tras la promulgación de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, con la que se reformó el Código Civil, y mediante el que se procedió a la aplicación del principio de

²⁴ Como así emana del artículo 92 en su apartado 8 del CC.

no discriminación por razón de sexo. Actualmente, la Ley presume que ambos padres se encuentran con igual capacidad para la crianza de los hijos, erigiéndose como principal línea y criterio legal de atribución, en base al interés superior del menor, tratándose del principio primordial que debe guiar toda actuación de los Tribunales.

3.2. Conclusión en atención al presente caso.

Previamente a concluir mi opinión fundamentada en derecho, en lo referente a las dos primeras cuestiones que se plantean en el caso, y respecto de la cual siempre cabría el oportuno rebate, es preciso considerar determinadas cuestiones que cimentarían la referencia hecha a la Ley 5/2011 de 1 de abril de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana²⁵, aspecto que ya ha sido tratado previamente en un apartado precedente.

Conforme a lo establecido en la anteriormente mencionada Ley 5/2011 de 1 de abril, observamos cómo la misma le resultaría de aplicación a Ricardo Montaner, el primogénito, nado el 14 de abril de 1999, durante la estancia del matrimonio en Valencia, lo que supone que ostente vecindad civil valenciana, por haber manifestado su intención de mantenerla (o tal y como establece el TS no se comenzará a computar el plazo en la adquisición de la vecindad civil en caso de los menores no emancipados). Por el contrario, la hija Sonia Montaner, nació el 23 de julio de 2005, momento en el cual el matrimonio residía en la ciudad de A Coruña, lo que le otorga vecindad civil gallega. La consideración de este aspecto, genera la necesidad de concurrencia de dos normativas para regular todo lo relacionado con el régimen de guarda y custodia, al poseer ambos hermanos vecindad civil distinta. Nos encontramos por tanto ante una situación atípica, pues tras una reiterada búsqueda de jurisprudencia que permita establecer las líneas de actuación ante un caso de estas características, donde se produce una circunstancia en la que resulta de aplicación dos regímenes normativos diferentes a causa de la vecindad civil divergente de los hijos, pero el resultado no ha sido satisfactorio.

Por ello, es preciso establecer unas pautas que permitan salvar esta situación, y de esta forma se puede considerar que:

- Llevando a cabo una comparativa entre la normativa a aplicar²⁶, se observa que el contenido de ambas leyes es idéntico. Ello se vislumbra

²⁵ El 15 de octubre de 2010, el Gobierno valenciano aprobó el proyecto de *Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, que da prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar. Si no se llega a un acuerdo, el principio general será el de custodia compartida, aunque el juez también podrá decidir la custodia individual de uno de los progenitores, atendiendo a las circunstancias, si considera que ése es el interés del menor (arts. 4 y 5 son los encargados de la regulación de esta cuestión).

A falta de pacto entre los progenitores y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el art. 5, dice que *el juez, con carácter general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos menores, sin que sea obstáculo la oposición de uno o las malas relaciones entre los progenitores.*

²⁶ Ley 5/2011 de 1 de abril para el caso de Ricardo, al contar la Comunidad Valenciana con un régimen foral propio. En caso de Sonia, resulta de aplicación el régimen común establecido en el Código Civil.

tras la lectura, de los artículos encargados de la regulación de dicha materia en las respectivas normativas legales²⁷.

- Tener presente el artículo 2 de la L.O.²⁸ que regula la protección jurídica del menor, donde se prima el interés del mismo ante determinados procesos y circunstancias, lo que supone ponderar aquellos aspectos, apostando por los que resulten más beneficiosos para los niños. En este caso, resulta mucho más favorable para los dos hermanos, teniendo en cuenta y reiterando la concurrencia en el contenido de las leyes objeto de aplicación, el ser sometidos ambos al mismo régimen normativo. En esta línea también nos encontramos con el hecho de que ambos hermanos, tal y como se deduce del caso, se encuentran muy unidos, por lo que no debe adoptarse ninguna medida, ni debe ser consecuencia de una causa legal, que se produzca la separación de dos hermanos, tal y como sostiene reiterada jurisprudencia.

De todo ello se deduce la necesidad de proceder a la aplicación de una única normativa, con la finalidad de salvaguardar la unidad familiar y principalmente, favorecer la protección de los menores implicados en la situación.

Ya centrándonos en lo establecido en primer lugar en el Código Civil, observamos que en el ya citado artículo 92, se procede a regular los diversos modelos de guarda y custodia. Según lo establecido en su apartado cinco, se exige que ambos padres estén de acuerdo para obtener la custodia compartida, dado que ante la existencia del mismo, se resolverá conforme a lo acordado, mientras que en el caso contrario, como así regula el apartado ocho, considera que será el juez competente el que la conceda de forma “excepcional” a petición de uno de los cónyuges, siempre que entienda que con la adopción de esa medida, se actúa protegiendo adecuadamente el interés del menor.

Anteriormente, hasta que ya se procedió a declarar la inconstitucionalidad por parte del Pleno del Tribunal Constitucional²⁹, se hacía exigible para acordar el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal³⁰.

Igualmente, debemos tener en cuenta lo establecido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia³¹ donde se establece lo siguiente: *“la interpretación del artículo 92, es sus apartados 5,6 y 7 del CC , nos sirve de criterio orientador en cuanto a los elementos que deben integrar ese concepto, aunque presenta sensibles diferencias en su redacción respecto al artículo 5 de la Ley autonómica, pues en el primero, en relación a la adopción del régimen de custodia compartida, exige, apartado 6, “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*

²⁷ Artículo 5 en el caso de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y artículo 92 en el caso del CC.

²⁸ L.O. 1/1996 de 15 de enero, que ha sido modificada por la L.O. 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁹ STC núm. 185/2012 de 17 de octubre

³⁰ *Ibidem*, se declaró inconstitucional y por lo tanto nulo, el término “favorable”, expresado en el artículo 92.8 del Código Civil.

³¹ Sentencia del TSJ de Valencia núm. 18/2015

régimen de guarda." Y en el apartado 9 dispone: "El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de partes, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores". Mientras que el artículo 5.4 de la ley autonómica dispone: "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan".

Pero a pesar de todo lo anteriormente comentado, es necesario acudir a la jurisprudencia más reciente promulgada por el Tribunal Supremo³² a este respecto, para observar cómo se ha logrado consolidar actualmente la asignación del régimen de custodia compartida frente a la exclusiva, convirtiéndose en la línea general de actuación a seguir por los diversos Tribunales competentes en la materia, salvo que se evidencien circunstancias que lo desaconsejen.

En este sentido, estaría de acuerdo con la actual línea del Tribunal Supremo, y considero que debería, atendiéndose a las circunstancias particulares del caso, otorgar a ambos padres la guarda y custodia compartida de ambos hijos. Ello lo fundamentaré a través de las siguientes líneas de fundamentación.

En primer lugar, conviene mencionar sentencias promulgadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³, pues en las mismas se recuerda que *"para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegidos por el artículo 8 del Convenio.*

Por otro lado, la corriente doctrinal marcada en este sentido, incide en la necesidad de priorizar este tipo de regímenes, frente a los de guarda y custodia exclusiva. Ello se hace patente en diversas sentencias emanadas del Tribunal Supremo, el cual consolida esta corriente de pensamiento. Su justificación radica, como así se consagra en las diversas sentencias, en la consideración prioritaria del principio de interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor. Dicha corriente jurisprudencial en materia del concepto jurídico de interés superior del menor, es considerar este concepto como piedra angular en la construcción del derecho de familia.

Para ello podemos acudir a normativa importante en este aspecto, como es la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (modificada por la L.O. 8/2015 de 22 de julio), así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en las que se consagra el principio de interés del menor como

³² STS núm. 823/2012 de 31 de enero, STS núm. 671/2012 de 5 de noviembre, STS núm. 536/2014 de 20 octubre, STS núm. 619/2014 de 30 de octubre, STS núm. 704/2014 de 27 de noviembre, STS núm.748/2014 de 11 de diciembre, STS núm. 52/2015 de 16 de febrero, STS núm. 136/2015 de 14 de abril, STS núm. 571/2015 de 14 de octubre, STS núm. 585/2015 de 21 de octubre, STS núm. 616/2015 de 3 de noviembre.

³³ Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996 (TEDH 1996, 31), y Bronda contra Italia de 9 junio 1998 (TEDH 1998, 27), STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000 (TEDH 2000, 150). En esta última, alude a la necesidad de que tanto la función materna como paterna se encuentren garantizadas, pues considera que de ambas funciones precisa el niño para su correcto desarrollo emocional.

principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor.

De igual manera, la interpretación del artículo 92 en sus apartados 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, *“que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma”*: *"debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"*.

Se observa por tanto como prima el interés del menor, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al mismo tiempo a sus padres, la posibilidad de seguir ejerciendo los 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Pero dicho sistema no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia en los periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

De igual modo, ninguno de los progenitores presentan problemas que les incapacite para ostentar la custodia, ni se aprecia rechazo de los menores hacia alguno de ellos ni tampoco concurren circunstancias personales y sociales graves que impidan el ejercicio de la misma.

Los objetivos que se pretenden con el establecimiento de guarda y custodia compartida son *“que el contacto de los menores con sus padres sea diario, que éstos*

pasen el mismo tiempo con un padre y con otro (de tal forma que los días lectivos, fines de semana y vacaciones se distribuyen de forma equitativa), que puedan compartir con ambos padres cualquier tipo de actividad o rutina propia de sus vidas y garantizar la estabilidad física, psíquica y emocional de los menores en todo momento. De esta forma se pretende fomentar la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, evitar del mismo modo el sentimiento de pérdida, no cuestionar la idoneidad de los progenitores y estimular la cooperación de los padres en beneficio del menor.

Finalmente, y basándome en jurisprudencia³⁴ que así lo ampara, el régimen de guarda y custodia compartida, no debe ser entendida como una medida excepcional, sino que la corriente jurisprudencial actual, cada vez aboga más por la implantación de este tipo de sistemas, en la medida que sean más favorables para los menores, permitiendo el mismo grado de contacto con ambos progenitores.

Todo lo anterior, a modo de conclusión, deberá ser concedido en el caso de que ambos progenitores residan finalmente en Barcelona, dado que ello permitiría compaginar, siempre en beneficio de los hijos, el régimen de custodia compartida entre ambos cónyuges. Si como ya he comentado en el apartado de guarda y custodia exclusiva, finalmente el juez autoriza el traslado a Estocolmo, una tipología de régimen de guarda y custodia de estas características sería difícil de compaginar, por lo que habrá de atenerse a lo establecido por el juez competente a este respecto, debiendo valorar aquellos aspectos que resulten más favorables para ambos menores.

4. CONVENIENCIA DE LA IMPLANTACIÓN DE UN RÉGIMEN DE VISITAS

4.1. Régimen de visitas respecto de los progenitores.

Tras la crisis matrimonial, la existencia de hijos, genera la necesidad de que los progenitores o en su caso el juez competente, regule la forma en que los padres puedan relacionarse con ellos. Debemos entender por tanto, el régimen de visitas como el *“conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con lo que no puede convivir”*³⁵.

El derecho de visita, encuentra su regulación en el artículo 94 del Código Civil³⁶, entendiéndose que será concedido al progenitor que no ostente la guarda y cuidado de los hijos menores. Por ello, conforme al artículo anteriormente citado, en su apartado primero, se entiende como titulares de este derecho y, al mismo tiempo deber, el cónyuge no guardador y los hijos menores. El régimen del derecho de visitas se determinará por los cónyuges en el convenio regulador (destacar el hecho de que en el presente caso todavía no existe convenio regulador establecido entre los progenitores), y en su defecto, por el juez competente. De esta forma, se fijará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, valorando siempre las circunstancias del caso.

Lo hasta ahora habitual es que el padre no guardador pueda tener a sus hijos en su compañía, los fines de semana alternos, y durante las vacaciones escolares, que se

³⁴ STS núm. 368/2014 de 2 de julio.

³⁵ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, FUENSANTA: “Ejercicio de la Patria Potestad...” *Op Cit.* Pág. 151.

³⁶ En coordinación con los arts. 160 y 161 del CC.

dividirá en períodos consistentes en mitades alternas, de forma equitativa entre ambos cónyuges, incluyéndose las vacaciones de navidad, Semana Santa y las vacaciones estivales.

Debemos de tener siempre presente, que el derecho de visitas puede limitarse o suspenderse temporalmente, si concurren circunstancias graves que así lo aconsejen, siempre en interés de los hijos. También puede adoptarse esta decisión, cuando el visitador incumpla el régimen de visitas³⁷ que se haya impuesto por resolución judicial, o bien cuando ejerza dicho derecho en contra de la buena fe, manteniendo conductas en las que se constate una influencia negativa en los hijos con la finalidad enfrentarlos con el progenitor guardador. A pesar de que a este respecto existe un silencio en el artículo 94 del CC, podrá privarse del derecho de visitas al progenitor guardador. En todo caso, esta medida tiene carácter excepcional, y sólo procederá en caso de que, a juicio del juez, y en base al interés del menor, así se requiera.

Por otro lado, en el artículo 103.1 del CC, se procede a regular las medidas provisionales que deberán adoptarse con respecto de los hijos durante el período en el que transcurre el proceso de divorcio: *Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

En el presente caso, como ya he mencionado anteriormente, no existe Convenio Regulador debido a la oposición de uno de los cónyuges, que en este momento es Don Santiago Montaner, por lo que las decisiones relativas al presente proceso, competarán al juez que corresponda³⁸.

³⁷ Tal y como establece el art. 776.3 de la LEC “*el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas*”.

Es por ello necesario distinguir algunos conceptos:

- 1) Denegación del derecho de visitas, que se produce cuando ya desde el primer momento concurren circunstancias que aconsejan no conceder ese derecho al progenitor que lo solicita.
- 2) Modificación del régimen ya existente, que puede consistir bien en una ampliación o en una limitación, de carácter cuantitativo o cualitativo.
- 3) Suspensión del derecho, que hará alusión a la cesación temporal o definitiva del ejercicio del derecho.
- 4) Finalmente, se encuentra la supresión del derecho, que supondrá la desaparición definitiva por decisión judicial. En este sentido, existe un cierto debate doctrinal, pues se considera que a la vista de lo establecido en los arts. 90 y 91 del CC, cualquier medida relacionada con los hijos no puede ser modificada ulteriormente, si su interés lo aconseja, y hay suficientes para hacerlo. Entienden por tanto que es más razonable no admitir la supresión definitiva de este derecho, aunque sí pueda ser denegado inicialmente, suspendido indefinidamente más tarde, o incluso suprimido sobrevenidamente, pero no de forma definitiva, sino temporal.

³⁸ En lo que respecta al contenido, son diversos los elementos que se deben tener en cuenta por parte del Juzgador a la hora de establecer el régimen de visitas. Se considerarán aspectos tales como la edad de los hijos, las relaciones afectivas entre éstos y el padre que ostenta el derecho, la vivienda que ocupe el titular del derecho y que permita o no que el hijo pueda pernoctar con él, el régimen escolar del

La naturaleza de este régimen, pretende que el progenitor no guardador pueda velar por sus hijos, poder disfrutar de su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, fomentando entre padre o madre e hijo una relación afectiva. De esta forma, podrá seguir beneficiándose de la presencia de ambos progenitores y evitar que la no convivencia con alguno de ellos, sea motivo de separación³⁹.

En este sentido, es conveniente aludir a la Convención sobre los Derechos del Niño, dado que en su preámbulo reconoce lo siguiente: *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. De forma más concreta, en su artículo 9.3 dispone que: *“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”*.

Esto nos lleva a valorar el derecho de visitas desde dos perspectivas, por un lado, es entendido como un derecho y deber del progenitor no custodio, concediéndose de esta forma la posibilidad de relacionarse con sus hijos, de forma que le permita cumplir con aquellos deberes que son inherentes a la patria potestad. Por otro lado, debe ser entendido como un derecho del hijo, evitando que se produzca una separación o falta de relación con el padre o madre no guardador, permitiendo fomentar su desarrollo integral y disfrutar en la medida de lo posible, de ambos progenitores. Por ello, no debe ser articulado únicamente como un medio para proteger la titularidad de la patria potestad del progenitor no custodio, sino que también será articulado como un sistema que permita a los hijos mantener un contacto asiduo con el progenitor con el que no conviven.

Finalmente, comentar que el régimen de vistas, comunicación y estancia es una facultad adherida al régimen de guarda y custodia, encontrándose igualmente comprendida en el sistema de custodia compartida, de tal manera que se establecerá dicho régimen para el progenitor que durante ese período no ostente la guarda sobre su hijo o hijos.

Ya centrándonos en el presente caso, y atendiendo a las respuestas que se han procedido a plasmar en las cuestiones precedentes, debemos de partir de la base de que ambos cónyuges, atendiendo a las particularidades del caso, considero deben compartir la guarda y custodia de los hijos que tienen en común, Ricardo y Sonia. De esta forma, el régimen de visitas se formulará con la premisa de que ambos cónyuges comparten la guarda y custodia de sus hijos.

En este caso, no se establecerá un régimen de visitas propiamente dicho, tal y en la forma y términos que anteriormente he descrito, pues se trataría de un régimen más propio del caso de la guarda y custodia exclusiva. No obstante, ello no impide que en una situación de guarda y custodia compartida, pueda ser la sentencia promulgada la que fije el régimen de comunicación de cada progenitor con su hijo o hijos, durante el período de tiempo que no conviven con ellos. De este modo, se permite al cónyuge cumplir con su deber de velar por sus hijos (arts.110 y 111.IV CC) y relacionarse con

hijo y el régimen laboral del progenitor, la residencia en la misma o en distinta población y la distancia entre ellas. De todo ello, va a depender el régimen que se establezca, debiendo también ser tenido en cuenta lo manifestado por los hijos cuando tengan edad para ser oídos.

³⁹ Ídem, pág. 162

ellos (art.161 CC). Por otra parte, es conveniente advertir que el cónyuge custodio no puede condicionar el ejercicio del derecho de visita al cumplimiento de la obligación de satisfacer los alimentos de los hijos, pues ambas obligaciones no son compensables ni pueden tratarse como contraprestaciones recíprocas. Considero que debe seguirse esta línea de actuación, establecida jurisprudencialmente, dado que no se puede supeditar el desarrollo integral de menor, así como su relación con el otro progenitor al cumplimiento de determinadas obligaciones, pues se entendería que dicha actuación podría ir en contra del interés superior del hijo. Ello, encontraría su fundamento, en el hecho de que tal y como se percibe del caso, los hijos se encuentran muy unidos con sus progenitores, por lo que impedir la comunicación con alguno de ellos, generaría un gran perjuicio para los menores.

Si acudimos al CC, observamos que no se establecen los parámetros necesarios para la fijación del régimen de visitas, comunicación y estancia en los casos de guarda y custodia compartida. A pesar de ello, y reiterándome en lo anterior, tanto doctrina como jurisprudencia establecen que aun cuando se haya establecido dicho régimen, se deberá fijar igualmente un régimen de comunicación para los progenitores en aquellos períodos en los que no gocen de la compañías de sus hijos.

Autores como GUILARTE MÁRTIN-CALERO, CRITINA sostiene que *“el régimen de visitas, comunicación y estancias no se limita a los supuestos de guarda y custodia exclusiva, pues, aunque se acuerde el sistema de guarda y custodia compartida, en cada período el padre o madre es guardador en exclusiva, lo que supone que será necesario fijar, también, en aquel sistema este régimen, a no ser que los períodos de alternancia sean muy reducidos, en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos, pues ya lo hace el propio funcionamiento de la modalidad de ejercicio de guarda elegido. Con excepción de estos supuestos, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial”⁴⁰.*

Jurisprudencialmente, cabe mencionar una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia⁴¹, en la cual se ha fijado una guarda compartida por meses alternos, y en la misma se dispuso lo siguiente: *“el progenitor que en el correspondiente mes no tenga encomendada la guarda y custodia podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos [...], estableciéndolo en su Fundamento de Derecho 8º.*

Mencionar también la existencia de casos en los cuales el Juez acuerda la fijación del régimen de guarda y custodia compartida por períodos temporales inferiores al mes, generalmente por semanas o quincenas. Es en estos caso, donde por la escasa duración del período de estancia con el progenitor custodio, se podría permitir la exclusión de las visitas por parte del progenitor no custodio.

Se hace evidente por tanto, como la modalidad elegida, es decir, como la estipulación del tiempo de duración de la estancia va a condicionar el establecimiento o

⁴⁰ GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del CC en Guilarte Gutiérrez, Vicente y otros Comentarios a la reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005 de 8 de julio. ED. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España 2005.

De la misma autora nos encontramos con *“La Custodia Compartida Alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”*, Revista para el Análisis del Derecho, Número 2, Abril 2008, Barcelona.

⁴¹ SAP núm. 379/1999 de 22 de abril de 1999 (Sección 6ª).

no de un régimen de visitas, y de forma esencial, valorar si la opción planteada es aquella que permite favorecer el interés de los hijos.

Finalmente, y en consonancia con esta línea de pensamiento, el régimen de visitas, comunicación y estancia, puede ser fijado por el Juez dando una mayor libertad y flexibilidad a los progenitores para que logren llegar a un acuerdo, en su defecto, también podrá el Juez fijarlo de una forma explícita y detallada (de forma preventiva), ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ambos cónyuges. Por otro lado, también será conveniente fijar a quien corresponde o en qué medida se harán cargo cada uno de los cónyuges, de los gastos de traslado y retorno de los menores⁴².

Como forma ejemplarizante de esta actuación, en la cual el Juez impone y fija de forma detallada los días y horas en los que se permitirá la visita con respecto al progenitor no custodio, nos encontramos diversas sentencias, como es el caso de una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, número 7, donde en su Fundamento de Derecho 5º, el Juez estableció lo siguiente: *“El progenitor que en cada período no asuma la guarda de los hijos, tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicarse y permanecer con ellos, en la forma que convenga procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y materno-filial. Subsidiariamente, con carácter mínimo, los hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerá en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en los que lo reintegrará a la entrada de la clase. En cuanto a los períodos de vacaciones de los niños, los pasarán con uno y otro progenitor por mitades íntegras en consideración a los respectivos calendarios escolares. En caso de discrepancia en los años pares, el primer período le corresponderá a la madre, y el segundo período en los años impares y a la inversa en lo que respecta al padre.*

Esta sentencia, permite ejemplarizar un caso en el que es el Juez, el que de forma subsidiaria establece, de forma clara y precisa, los períodos de visita, comunicación y estancia, con una finalidad preventiva, ante un caso en el que exista falta de acuerdo entre ambos cónyuges, no debiendo ser esta cuestión base principal para impedir la relación de los hijos con cualquiera de los padres inmersos en el proceso de divorcio.

⁴² STS de 26 mayo 2014, núm. recurso 2710/2012, fija como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.

Este último inciso es importante tenerlo en cuenta, debido a que existe la posibilidad de traslado de la hija al extranjero, que en caso de que finalmente se lleve a cabo el mismo, supondría una notable modificación en lo que a cargas económicas se refiere, así como al tiempo y forma de comunicación con el padre.

4.2. Establecimiento de un régimen de visitas para los familiares.

Otro aspecto que resulta vital para los niños, es la posibilidad de comunicación y vista con el resto de familiares. Tal y lo que se percibe del presente caso, ambos hijos, Ricardo y Sonia, no únicamente se encuentran muy unidos a sus padres, sino que también mantiene una estrecha relación con el resto de familiares, a lo que se encuentran muy unidos, tal y como se expresa en el caso “les encanta pasar tiempo en casa de sus abuelos, y jugar con sus primos cuando tiene ocasión”.

En atención a esta premisa, es conveniente por tanto, establecer un régimen que permite en la medida de lo posible, que tanto Ricardo⁴³ como Sonia puedan seguir manteniendo este contacto, debido al lazo de unión que existe entre ellos y sus abuelos⁴⁴. Por ello, procedería en este caso, implantar el correspondiente régimen de visitas y comunicación, principalmente con los abuelos, pero también con el resto de familiares. Este aspecto es algo que ya venían siendo recogido jurisprudencialmente, pero tuvo su reflejo legislativo con la aprobación de la Ley 42/2003 de 21 de Noviembre, de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los abuelos con sus nietos. En la exposición de motivos de la citada Ley se establece lo siguiente: *"pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor",* pues *"disponen de una autoridad moral"* que les *"permitirá contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de los referentes necesarios y seguros en su entorno, neutralizando así los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis familiar."* También añade que *"los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia"*.

Esta posibilidad es incluida en el propio artículo 94 del CC, en su párrafo segundo en el cual se estipula que el Juez, previa audiencia de los padres y los abuelos, puede fijar un derecho de visita y comunicación de los nietos y los abuelos, siempre que éstos consientan y esta medida satisfaga el interés del menor. Este aspecto también se encuentra tratado en el artículo 90 CC en el cual se procede a la regulación del

⁴³ Es preciso tener en cuenta la cuestión de la divergencia de las vecindades civiles poseídas por los hermanos, a pesar de ello, y en beneficio de la unidad familiar e intereses de los menores (como ya ha quedado acreditado en apartados anteriores), es necesaria la aplicación de una única norma, amparándome en la concurrencia de contenido entre las normativas aplicables al caso. No obstante considero de interés mencionar, principalmente para el caso de Ricardo, la Ley 12/2008 de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, dado que en su art. 22, se afianza todo lo hasta ahora defendido por mi parte: *"Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados"*.

⁴⁴ Esta previsión ha sido introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. La misma ley añadió en el párrafo II del art. 90.1, un inciso conforme el cual: *"si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento"*. De esta forma, se entiende que la inclusión de un régimen de visitas a favor de los abuelos, es potestativa, tanto para los cónyuges, que puede o no incluirlo en el Convenio Regulador, como para el Juez, que puede o no aprobar el régimen propuesto. En todo caso, la aprobación exige que previamente los abuelos hayan consentido en el régimen de visitas propuestos por los padres. Es importante destacar que la existencia de un régimen de visitas a favor de los abuelos, no depende de que los cónyuges lo incluyan en el correspondiente convenio regulador, sino que podrá ser adoptado por el Juez al amparo de lo establecido en el art. 94.II del CC.

contenido del Convenio Regulador, en el que se establece el contenido mínimo del mismo.

Por otra parte, tampoco nada impide la pernocta de los menores con los abuelos, siempre que se lleve a cabo en períodos convenientemente ponderados, sin que ello deba ser entendido como una cuestión generalizada, pues habrá de estarse a las circunstancias del caso⁴⁵.

Evidentemente, en el caso que así proceda, este derecho de visita y comunicación puede igualmente predicarse de otros parientes distintos de los abuelos⁴⁶.

Como se establece en el artículo 160 del CC, en sus párrafos 2º y 3º, *"no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores"*. Es importante en este caso la ponderación que el juez haga del término "allegados", que será el que justifique el establecimiento de un régimen de visitas con respecto al menor, a su favor.

Cuando concurra justa causa que así lo haga necesario, al amparo del artículo 160.2 del CC, se permite denegar este tipo de relaciones, tanto con abuelos como con familiares o personas allegadas, pero será necesaria la valoración de la concurrencia de esos aspectos, en atención al caso que se deba enjuiciar. No obstante, en el presente caso, no se dilucidan cuestiones que a priori generen la imposibilidad del establecimiento de este tipo de régimen de visitas, pues tal y como en el mismo se expone, la relación de los menores con abuelos y primos es muy buena.

Finalmente, mencionar la regulación establecida por la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, dado que en su artículo 22 también aboga por favorecer esta relación de los hijos con sus familiares en situaciones de crisis familiar: *"Los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos.*

Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular.

⁴⁵ STS núm. 723/2013 de 14 de Noviembre.

⁴⁶ STS de 20 de septiembre de 2002, RJA 8462. En la mencionada sentencia se reconoce en la misma medida este derecho a tíos y primos.

Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.

En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

4.3. Régimen de visitas en el caso de que la madre consiga su pretensión de mudarse junto a Sonia al extranjero.

Para el tratamiento de este apartado, vamos a partir de dos supuestos en los cuales Doña Pilar obtendría la guarda y custodia exclusiva de los hijos, de tal forma, que trataría de intentar abarcar los casos en los cuales se establecería un régimen de visitas para Don Santiago, así como las posibilidades que él podría plantear para lograr sus pretensiones.

CASO 1. Partimos del hecho de que en España se dicta una sentencia, lo que pondría fin al procedimiento que inició Doña Pilar con la demanda de divorcio interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia nº10 de Barcelona. En dicha sentencia se otorga la guarda y custodia de los hijos a favor de Pilar. En un primer momento todos residen en Barcelona, tanto los dos progenitores como los hijos.

En un periodo posterior, Doña Pilar decide mudarse con sus hijos a Estocolmo, partiendo de la base de que Don Santiago finalmente acepte dicha pretensión. Ello va a suponer la necesaria remodelación del régimen de visitas, dado que la distancia entre hijos y padre existente es notablemente superior. Si Don Santiago inicia un procedimiento con la finalidad de modificar estas medidas, la normativa a aplicar será la establecida conforme a la existencia de una relación privada internacional, motivada por ese traslado a Estocolmo, de tal forma que según el Reglamento (ce) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (ce) nº 1347/2000, en atención a su artículo 8, se establece lo siguiente: *“Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”*. De dicho precepto se deduce la no competencia de los Tribunales españoles para la resolución de dicha disputa, sino que serán los Tribunales suecos los encargados de dicho procedimiento.

A pesar de ello, se debe de tener en cuenta el privilegio que le concede la norma a Don Santiago, dado que en el artículo 9 del citado Reglamento permite que: *“Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.*

El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado

miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia". Dicho precepto permitiría acudir a Don Ricardo a los Tribunales españoles al permitir la prórroga de la competencia de los mismos en esta materia.

CASO 2. Partimos de que el Juez español otorga la custodia exclusiva a Pilar, además de permitirle el traslado a Estocolmo, pero Santiago, como establece en el presente caso, se opone. Existe una vía a la cual Don Santiago todavía puede acudir, iniciando el correspondiente procedimiento judicial.

Si acudimos al Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre, nos encontramos en su artículo 1.1.b) que: *"El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental"*. Del mismo se concluye que la sentencia promulgada acerca de la responsabilidad parental no tiene efecto de cosa juzgada material, sino que tiene efecto de cosa juzgada formal, lo que quiere decir que, ante la concurrencia de nuevas circunstancias, como es el cambio de residencia, lo que supone una modificación de los horarios, costumbres o idioma, permite instar un nuevo procedimiento.

Si atendemos a la Ley aplicable para este tipo de situaciones, es necesario acudir al Convenio de la Haya de 1996⁴⁷, del que tanto España como Suecia son parte.

Es preciso acudir en primer lugar al artículo 1.c), en el cual se establece que *"el presente Convenio tiene por objeto determinar la ley aplicable de responsabilidad parental"*, aplicándose a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen los 18 años (art.2).

Conforme el artículo 3.a)⁴⁸, permite que Don Santiago pueda cuestionar las medidas de atribución, así como el ejercicio de responsabilidad parental, dado que ha mostrado su total desacuerdo tanto en lo que respecta al desempeño del trabajo de modelo por parte de su hija menor Sonia, así como por el traslado a consecuencia del mismo a Suecia.

Finalmente, en lo referente a la Ley aplicable, la regla que aquí rige es la "lex fori", como así establece el artículo 15 del Convenio según el cual: *"En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación"*. Por lo tanto, de este precepto se puede concluir que será la vigente Ley sueca la que corresponde aplicar, pues con ello se permite potenciar los principios que rigen en este tipo de casos, el principio de proximidad y de interés superior del menor

⁴⁷ Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ratificación en el BOE núm.29, 2 de diciembre de 2010). Entró en vigor el 1 de enero de 2011.

⁴⁸ *"Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a: la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación"*.

5. POSIBILIDAD DE EMANCIÓN DEL HIJO PRIMOGÉNITO

Otro de los aspectos que afianzan la idea de la necesaria existencia de la custodia compartida, es la remisión que se hace acerca de la intención de Ricardo de solicitar la emancipación en caso de verse obligado a mudarse, debido al gran apego que tiene a su padre, manifestando su desacuerdo ante una posible separación de su familia y amigos.

A continuación, será objeto de análisis la posibilidad de que la solicitud de emancipación por parte de Ricardo sea o no viable.

En primer lugar, observamos que Ricardo nació el 14 de abril de 1999, por lo que tiene 16 años, a punto de cumplir los 17. Este es un dato relevante para valorar la viabilidad de su solicitud. Con su pretensión, tal y como se establece en el artículo 276 del CC, se produce una de las causas de extinción de la tutela (“por concesión al menor del beneficio de la mayor edad”).

Todo lo que respecta a la emancipación, se encuentra regulado en el CC en los artículos 314 a 324. En primer lugar, tal y como se establece en el primero de los preceptos, observamos que la emancipación tendrán lugar, teniendo en cuenta la edad de Ricardo, por dos vías: bien por concesión de los que ejercen la patria potestad, bien por concesión judicial.

En el primero de los casos, tal y como establece el artículo 317 del CC, para que la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad tenga lugar, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos (en este caso Ricardo cumpliría con este primer requisito exigido), y que la consientan. Es igualmente preciso, que se otorgue por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro⁴⁹, dado que habrá de inscribirse marginalmente en el Registro civil, no produciendo entre tanto efectos contra tercero.

En el segundo de los supuestos, basados en la concesión de la emancipación por parte del Juez competente, éste último la podrá otorgar a los hijos mayores de dieciséis años, siempre y cuando éstos lo soliciten y previa audiencia de los padres, estableciendo el artículo 320 los supuestos en lo que procede: *“Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor, cuando los padres vivieren separados y cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”*. También se prevé en el precepto siguiente, la posibilidad de que el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, pueda conceder el beneficio de la mayoría de edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años, que así lo solicite.

A continuación es necesario valorar los pronunciamientos judiciales promulgados en relación con esta temática. En primero lugar, establece la AP de Barcelona⁵⁰ en lo que respecta a los preceptos anteriormente citados, lo siguiente: *“El artículo 320 del Código Civil, dispone que “el Juez podrá conceder la emancipación de*

⁴⁹Con la entrada en vigor de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, se estableció, conforme a su art. 70, que en el registro individual de cada persona se inscriben la emancipación y el beneficio de la mayor edad.

⁵⁰ Audiencia Provincial de Barcelona, auto de 25 de mayo de 2007, rec. 177/2007. Razonamiento jurídico tercero.

los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres [...], entendiendo esta Sala que la referida audiencia precisa únicamente del referido trámite tendente a que los padres hagan sus manifestaciones, sin efecto vinculante alguno, ni en el orden material ni en el formal, manifestaciones que serán valoradas por el Juzgador a quo, junto con el resto del material probatorio, para adoptar la resolución adecuada en derecho”⁵¹.

El fundamento de su concesión lo podemos encontrar en lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en las Constitución Española, pues como así menciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de octubre de 2006 núm. 2326/2006, en la cual se reitera en su Fundamento de Derecho Primero la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo: *“La jurisprudencia del TS, en reiterada doctrina, establece que la patria potestad se concibe como una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden a que se refiere el artículo 39.3 de la Constitución Español , por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el interés superior del hijo (artículos 3.1 9, 13.1), en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución. Por consiguiente, cualquier decisión que pueda adoptarse al respecto, deberá estar presidida por la primacía del interés del menor en atención a las circunstancias concurrentes”.*

En cuanto al trámite procesal, hemos de tener en cuenta en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil⁵², regula en su Libro IV, los Procesos especiales, y dentro del Título I, los procesos sobre capacidad.

Dichos procesos, se tramitarán en principio por el Juicio Verbal, como así se establece en el art. 753 de la LEC al declarar de forma explícita que *"salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal [...]"*.

Con arreglo a estas disposiciones legales y según lo establecido en la D.T. Décima de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, así como en el art. 748 y siguientes de la LEC, el procedimiento de emancipación judicial se podrá tramitar por dos vías: por un lado, a través de la Jurisdicción voluntaria, y por otro, a través del Juicio Verbal, a que se refiere el art. 753 de la LEC.

A pesar de ello, y aun cuando el cauce usual para la tramitación de los procesos de emancipación judicial sea la vía de la jurisdicción voluntaria, es perfectamente válido el trámite del Juicio Verbal para estos procedimientos, pues así lo permite la D.T. Décima referida en su último párrafo, en el cual expresa que *"quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria"*.

Por tanto, no existe obstáculo legal para que se pueda acudir de manera directa, si así se interesa por la parte, a la vía del Juicio Verbal.

⁵¹ En este mismo sentido se ha pronunciado tanto la Audiencia Provincial de Burgos, en el auto de 11 de abril de 2003, al igual que la Audiencia Provincial de Gerona, en el auto de 14 de diciembre de 2005.

⁵² Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Una vez obtenida la emancipación, esto va a permitir al menor regir tanto su persona como sus bienes, como si ya hubiese obtenido la mayoría de edad. A pesar de ello, necesita para la realización de determinados actos, la asistencia bien de sus padres o bien de un tutor, conforme lo establecido en el CC. El tipo de actuaciones a las que se alude, y que precisan de consentimiento por su trascendencia jurídica y económica, son las siguientes, pedir préstamos, gravar o vender bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales; disponer de bienes de extraordinario; aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario. Pedir la partición de una herencia, ni repartir con los demás coherederos, y finalmente, no podrá ser tutor o curador, ya que su capacidad de obrar no es completa.

También se prevé en el CC, la posibilidad de emancipación por matrimonio, pero en el caso que nos ocupa, no es una posibilidad que se dilucide como posible.

6. DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS ENTRE LOS CÓNYUGES

6.1. Obligación legal de prestar alimentos

Antes de exponer de forma concreta todo lo referido a la pensión de alimentos, es necesario mencionar brevemente qué es lo que se entiende por alimentos. Para ello es preciso acudir a los preceptos del CC encargados de la regulación de esta materia (arts. 142 a 153).

Acudimos en primer lugar, al artículo 142 del CC, el cual define de forma expresa que “*se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Dentro del término alimentos, deberá englobarse en idéntica situación, todo lo relativo a la educación e instrucción del alimentista en tanto sea menor de edad, e incluso aún después cuando su formación todavía no hubiese finalizado por causas que no le sean imputables⁵³.

Observamos por tanto, que la prestación de alimentos se constituye como una obligación de carácter legal, que se caracteriza por su reciprocidad, por ser personalísima, por ser imperativa, por su variabilidad, así como por todas las peculiaridades patrimoniales que derivan de su función o naturaleza.

La primera de las características, la **reciprocidad**, supone la posibilidad de convertir en deudor o en acreedor a cualquiera de los sujetos intervinientes en este tipo de relaciones a las que se aplique. Por ello, podrá ser exigido por cualquiera de los cónyuges frente al otro cuando así proceda, o los hijos frente a los padres o viceversa, así como un hermano frente al otro (me ciño a estos posibles casos que son los que se adecúan más a las circunstancias del caso).

Otro de los rasgos característicos, es su naturaleza **personalísima**, en el sentido de que su extinción se produce con el fallecimiento del alimentista respecto del cual

⁵³ Cabe mencionar en este sentido el hecho de que dentro de la prestación de alimentos se encuentre incluido todo lo relativo a educación e instrucción del alimentistas aun cuando sea mayor de edad, y su formación todavía no hubiese finalizado, pues que hay que considerar que la mayoría de edad se obtiene a partir de los dieciocho años, conforme lo establece el art. 315 del CC, y por otra parte, hay que considerar los años necesarios para obtener formación sólida hasta llegar al nivel universitario, lo que supone un alargamiento del tiempo de dependencia de los jóvenes.

existe la obligación, al igual que con el fallecimiento del alimentante u obligado (art.150 y 152 CC), dado que no será exigible a sus herederos. Esta característica permite al alimentante satisfacer su obligación cumplimentando la prestación correspondiente en su propia casa (art. 149.I)⁵⁴.

Nos encontramos también con su carácter **indisponible**, lo que impide su posible transacción o renuncia. Del mismo modo, tampoco será transmisible, ni podrá compensarse con lo que el alimentista debe a quien ha de prestar alimentos. Es importante mencionar el hecho de que estas limitaciones operan respecto de un derecho actual, es decir, no existirán respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, a las que el alimentista pero no el alimentante, pueden renunciar, cabiendo igualmente operaciones de transacción, y cuyo derecho a la interposición de una demanda para reclamarlas judicialmente puede ser transmitido.

Finalmente, nos encontramos con un derecho **imprescriptible**, en el sentido de que no se extingue ante su no ejercicio cuando concurren los presupuestos de exigibilidad⁵⁵.

Dado el carácter imperativo de las normas encargadas de la regulación de este tipo de obligaciones, genera la imposibilidad de renuncia, transmisión o transacción respecto a los alimentos futuros. Impediría de igual forma la posibilidad de compensación (arts. 151, 1200.II y 1814 del CC).

Es importante matizar que la regulación que se encuentra contenida en los arts. 142 y ss., del CC se refiere a los hijos mayores de edad y a cónyuges separados, por lo que a matrimonio y relaciones paterno- filial se refiere⁵⁶. Aquellas relaciones de carácter más fuerte, fundamentadas en deberes más intensos encuentran su regulación en otros preceptos, dado que derivan del matrimonio y de la relación paterno-filial, mientras que dicha relación no entre en crisis, como así sucede en el presente caso lo que motivaría su no aplicación.

La obligación que ahora nos ocupa se produce en virtud de una obligación legal de alimentos, en la cual una persona carente de suficientes recursos, tiene derecho a reclamar de otra, lo necesario para su subsistencia. Es necesaria en este caso, la existencia de vínculos familiares, bien sea a través del matrimonio⁵⁷ o por parentesco.

A continuación será ineludible establecer los sujetos obligados a prestar alimentos. Para ello, es necesario acudir al art. 143 del CC, en el que se establece que

⁵⁴ Debemos de tener en cuenta que estas obligaciones no afectan a las prestaciones ya vencidas, que son transmisibles y renunciables como cualquier obligación ordinaria.

⁵⁵ Ello no quiere decir que no existan límites temporales al derecho, dado que sí prescribe por el transcurso de cinco años, la acción para reclamar las pensiones alimenticias vencidas y no pagadas.

⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO en AA.VV: *"Manual de Derecho Civil"*. Ed. Bercal, Madrid, 2007. Pág. 30.

⁵⁷ En lo que corresponde al presente caso, podríamos considerar en lo tendente al matrimonio, los alimentos a favor de los cónyuges y los hijos en la liquidación del régimen de gananciales (artículo 1408 CC).

esta obligación de prestarse alimentos recae sobre los cónyuges, ascendientes y descendientes y los hermanos⁵⁸.

También me parece conveniente, en relación con la posible concesión de la emancipación de Ricardo, comentar la posibilidad de establecer un régimen de prestación de alimentos para este tipo de casos. Para ello, es preciso acudir al artículo 93. II del Código Civil, en el cual se establece un régimen específico para los alimentos de los hijos mayores de edad o que haya obtenido la emancipación, cuando careciesen de ingresos propios en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, como es el caso que ahora nos compete. Se presume en esta situación, que los mismos pueden tener dicho derecho frente a sus progenitores y, sobre todo, que existe la posibilidad de que se produzca un reconocimiento de dicha obligación en la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio, así como la cuantificación de la misma.

Por lo que se refiere a los cónyuges, ya se ha visto el caso contemplado en el Título VI del Libro I, que alude a los cónyuges separados. Es preciso matizar en este sentido, que en caso que así lo estime conveniente el Juez, la obligación de alimentos, se hace compatible con la existencia de una pensión compensatoria a favor del cónyuge que lo necesite y al que le sea reconocida, como así se deduce de los artículo 90.1 en sus apartados d) y f), así como en el artículo 93 del Código Civil.

Importante en atención a lo anteriormente comentado, que en los supuestos plasmados en los artículos 143.1⁵⁹ y 144.1⁶⁰ no se encuentran incluidos los casos en que los cónyuges se hayan divorciado, ni cuando el matrimonio haya sido declarado nulo, puesto que tanto en uno como en otro caso, los cónyuges o bien no han sido, o bien han dejado de serlo, por lo tanto, en estos casos, no cabe hablar de principio de solidaridad familiar, principio que rige este tipo de obligaciones.

En lo referente al contenido de la obligación de alimentos, ésta vendrá determinada por la necesidad económica del alimentista y por la posibilidad del alimentante de atender dicha necesidad. Como ya se estableció inicialmente, se entenderá por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenderán también todo lo referente a la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, e incluso cuando haya cumplido la mayoría de edad si todavía no ha finalizado su formación⁶¹. Se incluirá por tanto, todo aquello necesario para su subsistencia, como establece el artículo 148.I, “*lo indispensable para cubrir todas las necesidades perentorias*” del alimentista.

⁵⁸ Tener en cuenta que en la práctica, la mayor parte de los litigios en materia de alimentos, se produce en el marco de los procesos matrimoniales de separación, nulidad o divorcio, y normalmente, en relación con los hijos menores de edad.

⁵⁹ “*Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: Los cónyuges*”.

⁶⁰ “*La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: Al cónyuge*”.

⁶¹ Se entiende pues, que aquel que tenga capacidad y ponga todo su esfuerzo para seguir estudiando y formándose, podrá exigirle al alimentante en la medida que mantenga una razonable regularidad en los resultados, no siéndole reprochable una actitud de abandono o vagancia.

En lo tendente a su cuantificación⁶², es preciso acudir al artículo 146 del CC, el cual establece que *“la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da⁶³ y a las necesidades de quien los recibe”*. Con ello, lo que se pretende es que a la hora de cuantificar la cantidad debida en concepto de alimentos, se tengan en cuenta dos aspectos, por un lado, las necesidades del propio alimentista, y por otro, los medios de los que dispone el alimentante.

Dispone en este sentido el artículo 147 del CC, que los alimentos *“se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos”*. Este aspecto lo que va a suponer es lo siguiente, sin perjuicio de que se pueda prever la actualización de las cantidades en base al IPC, no se podrá aplicar la excepción de cosa juzgada en los supuestos de revisión derivada de determinadas alteraciones generadas.

En este caso, y atendiendo a las características del mismo, la pertinente obligación de alimentos con respecto a los hijos se llevará a través de la fijación de la correspondiente pensión, durante los períodos de estancia con el otro progenitor, favoreciendo así una convivencia pacífica.

Ya para finalizar, estudiaremos los casos en los que se produce la extinción de la obligación de suministrar alimentos, conforme lo recogido en los artículos 150 y 152 del Código Civil:

- Por muerte del obligado o quien tenía derecho a su percepción (arts. 150 y 152.1º CC).
- Por faltarle los medios necesario al obligado a su prestación, o por cesar la necesidad del alimentista (art. 152.2º y 152.3º).
- Por la comisión de alguna falta que dé lugar a la desheredación (art. 152.4º).
- Cuando el alimentista pueda obtener por sí mismo los recursos para su subsistencia.

6.2. Pensión de alimentos.

Es necesario en primer lugar mencionar lo establecido a este respecto en la Constitución Española, dado que en su artículo 39.3, se establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*. Como ya se ha adelantado anteriormente, esta obligación de dar alimentos se caracteriza, como así reitera determinada jurisprudencia⁶⁴ por ser personalísima, lo que afianza su naturaleza irrenunciable, intransmisible e inembargable.

Si atendemos a lo establecido a través de la reiterada jurisprudencia, entiende que las deudas alimenticias tienen carácter de deudas de valor, lo que implica garantizar

⁶² La determinación de la cuantía de los alimentos es una cuestión de hecho, reservada a los Tribunales de Instancia, lo que supone que no van a ser susceptibles del pertinente recurso de casación.

⁶³ Es preciso tener en cuenta que un elevado nivel económico del alimentante determina que la prestación de alimentos también lo sea. No obstante, no existe un derecho del alimentista a participar de forma plena en el nivel de vida del alimentante. A pesar de ello, se entiende conforme lo establecido por un sector de la doctrina, que en caso de aumento o disminución del alimentista, como en caso de aumento o disminución de los medios del alimentante, aumentará o disminuirá correlativamente la cuantía que se deba proporcionar.

⁶⁴ Como es el caso de la STS núm. 151/2000 de 23 de febrero en su FD 1º.

que *“el alimentista acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha que fue establecida”*⁶⁵.

Precisamos ahora valorar en qué medida contribuirán cada uno de los progenitores a la satisfacción de la pensión de alimentos. Se entiende que esta obligación se va a distribuir de forma proporcional entre los dos progenitores, y siempre de forma mancomunada. Para ello, es importante mencionar alguna sentencia que ampare dicha premisa, y tal y como establece la SAP de Barcelona, núm. 304/2009 de 12 de mayo, *“los progenitores, en un mismo grado, están llamados a soportar esta obligación natural, de carácter primario y especial protección, tanto durante la minoría como tras la mayoría de edad de los hijos, en tanto no alcancen la suficiencia económica y continúen viviendo en el núcleo familiar”*.

Para el establecimiento de dicha pensión, existen dos vías de formulación, bien a través del acuerdo entre los progenitores estipulado en el correspondiente convenio regulador (en este caso no se ha establecido ninguno), o en su defecto, podrá ser el juez encargado del caso, el que ante esa falta de acuerdo establezca la correspondiente pensión de alimento, basada dicha decisión en el principio de proporcionalidad.

Si acudimos al Código Civil, observamos que en su artículo 146, se regula que para fijar la pensión alimenticia será preciso valorar el caudal de bienes de los que dispone el obligado, las necesidades que manifiesta el alimentista y la situación del progenitor bajo cuyo cuidado hayan quedado los hijos en común.

Es en este punto donde entra en juego el principio de proporcionalidad que debe de regir en todo momento la decisión adoptada, pues es necesario tener en cuenta la situación en la cual se encuentra cada uno de los progenitores. De esta forma, la contribución de cada uno de los obligados, se valorará conforme a su situación concreta, de forma que la aportación permita cubrir las necesidades vitales mínimas de los hijos, en la medida que les permita mantener una situación similar a la que mantenían antes de producirse la crisis familiar.

Como ya he comentado en el apartado anterior, el artículo 149 de CC prevé la posibilidad de satisfacer los alimentos, manteniendo al alimentista en la casa del alimentante, pero debemos considerar en este caso, que al existir la posibilidad de que se adopte por parte del juez el régimen de custodia compartida, este precepto no sirve como base o criterio en el momento de fijar las pensiones de alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida entre progenitores. Debe tomarse igualmente en cuenta, conforme lo plasmado en el artículo 103.3º del CC, el trabajo desempeñado por los cónyuges en lo relativo al cuidado y atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

Por ello, conforme lo dictaminado en la SAP de Madrid, núm. 800/2005 de 12 de diciembre en cuyo Fundamento de Derecho 2º indicó que *“la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos, ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia y los recursos disponibles del guardador [...]”*.

⁶⁵ STS núm.356/1981 de 9 de octubre

Finalmente, si consideramos lo establecido en el artículo 93⁶⁶ del Código Civil, el mismo establece que: “*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.*”

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”⁶⁷.

Considero preciso en este momento, hacer una diferenciación entre el tipo de prestación de alimentos, nos encontramos por un lado la que corresponde a los hijos menores de edad, y por otro lado, la que correspondería a los hijos mayores de edad.

- **Prestación de alimentos para los hijos menores de edad.** Será la sentencia establecida por el juez la que determine la contribución que corresponde a cada progenitor, en defecto de acuerdo entre los cónyuges. Su satisfacción puede consistir en dinero o en especie (como sería el caso, por ejemplo, de dedicación al cuidado de los hijos). Debemos aquí distinguirlo de lo que serían los alimentos legales, regulados por los arts. 142 y ss. (como se explicó en el apartado de obligación legal de alimentos).

La prestación alimenticia se acomodará a las circunstancias de cada momento, pudiendo aumentar siempre que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 CC); en caso de incumplimiento, al tratarse de menores de edad, no podrán reclamar el cumplimiento de la obligación por sí mismos, sino que corresponderá hacerlo al otro cónyuge que actuará como representante.

- **Prestación de alimentos a los hijos mayores de edad.** Para su establecimiento se remite a las normas establecidas por los arts. 142 y ss., del CC anteriormente comentadas.

Para su fijación, el art. 93.II del CC, exige la concurrencia de determinados requisitos, concretamente tres:

- ✓ Que haya hijos mayores de edad o emancipados.
- ✓ Que convivan en el domicilio familiar en el momento en que se produce la reclamación.
- ✓ Que carezcan de ingresos propios.

En este caso, el hijo no estaría privado de acción para exigir su cumplimiento, pues como bien establece el art. 250.1.8º de la LEC, podría ejercitarlo a través del procedimiento verbal correspondiente.

⁶⁶ Cuando hay disolución o separación del matrimonio ha de especificarse en qué cuantía ha de contribuir cada progenitor en los alimentos que precisan los hijos.

⁶⁷ El mayor conflicto que se genera en este sentido, se produce ante el incumplimiento de la obligación por parte del progenitor que no convive con sus hijos. Para ello, el art. 776 de la LEC, intenta paliar esta problemática, y prevé para ello determinadas medidas coercitivas. Con la misma finalidad, en la D.A. única de la Ley 15/2005 de 8 de julio, se ha previsto la creación de un “Fondo de Garantía de Pensiones”, a través del cual el Estado tratará de garantizar el pago de alimentos reconocidos e impagado a favor de los hijos, menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial.

6.3. Pensión alimenticia y guarda y custodia compartida

Considero importante incluir este apartado por considerar, bajo mi opinión fundada, la necesaria existencia de la custodia compartida en caso de que finalmente el Juez no decida autorizar el pretendido traslado a Suecia, en cuyo caso, considero más complicada la posibilidad de que se acepte esta opción, pues ello generaría un gran trastorno para los menores, lo que supondría plantearse la custodia exclusiva a favor de la madre, en caso de que finalmente, se permite dicha mudanza y el desempeño del trabajo por parte de Sonia (cuestión que habría que valorar conforme a la Ley sueca y que será objeto de análisis en apartados posteriores).

Hay que tener presente que la existencia de custodia compartida no significa que se exonere de las cargas alimenticias ni de la aplicación del criterio de proporcionalidad promulgado por el art.146 del CC, ya que la finalidad de su fijación radica en la satisfacción de las necesidades de los menores, y la contribución a la misma se hará de forma proporcional a la capacidad económica de los progenitores. Ello supone que se deba de concretar el modo en que ambos progenitores vayan a sufragar dichas necesidades.

En atención al presente caso, observamos que conforme a los ingresos percibidos por uno y otro progenitor, corresponderá hacer frente en una mayor proporción a Don Santiago Montaner (percibe como salario mensual 5500 euros netos), y en menor proporción a Doña Pilar Márquez, quien únicamente percibe 500 euros al mes derivados de una renta de alquiler de un apartamento ubicado en Madrid, recibido a causa de una herencia.

6.4. Establecimiento y contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios⁶⁸

A mayores del establecimiento de la correspondiente pensión de alimentos, pueden surgir a mayores gastos ordinarios y extraordinario con respecto a los hijos que deben ser sufragados por los dos progenitores en proporción a sus ingresos y posibilidades. La cuantía dependerá del sistema de guarda y custodia de los hijos, pues no es indiferente el hecho de que los menores vivan siempre con el cónyuge guardador o alternativamente con los dos cónyuges.

⁶⁸ Importante mencionar la regulación que a este respecto lleva a cabo la Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dado que su artículo 7 encargado de la regulación de los gastos relativos a hijos e hijas, establece lo siguiente: *“En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores.*

Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores.

Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial.

En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores”.

Ello nos lleva a la necesaria clasificación⁶⁹ de los gastos que se pueden generar:

- **Gastos ordinarios.** Engloban aquellos gastos periódicos que son fácilmente cuantificables, (como es el caso de las actividades extraescolares o el curso de inmersión lingüística en Oxford en el que cada verano participan Ricardo y Sonia) y que se deberán abonar en la proporción que bien fije el convenio regulador en su caso existente, y en ausencia del mismo, según lo establecido en la Sentencia.

Son por tanto gastos previsible y su satisfacción se producirá con la propia pensión de alimentos estipulada, que abarca todos los conceptos recogidos en el art. 142 del CC.

Podemos englobar como ejemplo de gastos ordinarios, los gastos derivados de la enseñanza primaria y secundaria, material escolar, gastos de guardería, cuotas por la participación en Asociación de Padres, uniformes, indumentaria deportiva (dentro de la enseñanza reglada), la formación profesional del hijo, así como cursos de idiomas o clases particulares con carácter periódico o las actividades extraescolares, entre otros.

- **Gastos extraordinarios⁷⁰.** Se caracterizan por poseer una naturaleza puramente eventual, no tratándose de un gasto que se prolongue en el tiempo. Es por ello que se desaconseja su consideración dentro de la propia pensión de alimentos.

La obligación de su satisfacción radica en su carácter de necesarios, pero tanto su reconocimiento como su cuantificación, así como su distribución, en caso de falta de acuerdo entre los progenitores, deberán ser determinados por el Juez, siguiendo el procedimiento previo a su ejecución.

Para ser catalogado como gasto extraordinario, es preciso que cumpla una serie de **requisitos⁷¹**, entre los que se encuentra: ser un **gasto necesario** (de tal forma que haya de ser cubierto de forma ineludible), **no tener una periodicidad prefijada**, ser **imprevisibles** (de modo que deriven de sucesos de difícil previsión), ser acordes y **asumibles** por el caudal del alimentante, **no encontrarse cubiertos** por la pensión de alimentos o gastos ordinarios.

Podemos considerar como gastos extraordinario, entre otros, los siguientes, actividades extraescolares que devenguen como necesarias para el desarrollo integral del menor, los tratamientos terapéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos de obtención del carnet de conducir o los producidos por el cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia.

⁶⁹ Clasificación reiterada en numerosa jurisprudencia, como es el caso de la STS núm. 52/2015 de 16 de febrero.

⁷⁰ Conforme la SAP de Barcelona, núm. 304/2009 de 12 de mayo, se entiende por gastos extraordinarios *“aquellos que resultan imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su ulterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia, ante la autoridad judicial”*. Como así establece en su F.D. 3º. Se reitera en esta corriente jurisprudencial la SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2011

⁷¹ Dichas características han sido mencionadas en reiterada jurisprudencia, como es el caso de: STS núm.94/2010 de 11 de marzo, y en lo referente a las AP, nos encontramos entre otras la SAP de Valencia núm.173/2011 de 13 de abril o la SAP de Madrid núm. 256/2010 de 28 de abril.

Mención singular merecen aquellos gastos que se hayan ocasionado a consecuencia del uso y disfrute de la vivienda habitual, puesto que la regla general es que ya se encuentren incluidos dichos gastos, dentro del derecho de alimentos.

Respecto de aquellos gastos que no se encuentren mencionados de forma expresa ni en el Convenio Regulador, ni en la pertinente resolución judicial, la doctrina ha venido discrepando en cuanto a los requisitos precisos para su exigibilidad, estableciéndose la necesidad de acuerdo entre los padres o bien, considerando únicamente necesaria la simple notificación y detalles del gasto. Finalmente también se ha planteado la inexigibilidad de acto alguno que sea anterior. Han existido igualmente numerosos pronunciamientos⁷² judiciales a este respecto.

En el supuesto de no concurrir circunstancias urgentes y necesarias, se vuelve a plantear un debate acerca de la necesidad de un consentimiento expreso de ambos, o si se considera válido el consentimiento tácito del progenitor, al no haberse opuesto de forma expresa y contundente (como así prevé el art. 156.1º del CC). En este sentido, la doctrina respecto de los gastos extraordinarios no urgentes, se inclina por exigir que se comunique de forma fehaciente debiendo quedar acreditada la recepción de dicha comunicación, principalmente, cuando se trate de gastos que exijan un desembolso económico considerado como desproporcionado, aún en los casos que se consideren como gasto de imprescindible realización.

Evidentemente, todos estos aspectos deberán de ser valorados por el Juez competente del caso, en atención a las circunstancias en las que se produzcan los hechos.

Finalmente en lo referente a la contribución de cada uno de los progenitores a dichos gastos, existen distintas posturas jurisprudenciales, corrientes que apuestan por el principio de proporcionalidad⁷³ (estableciendo porcentajes en base al poder adquisitivo de cada uno de los progenitores), frente a aquellas que establecen necesariamente una

⁷² La SAP de Barcelona de 26 enero 2012 señala que *“La Sala introduce de oficio el pronunciamiento sobre los gastos extraordinarios y declara que para su abono no se requiere el acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor, lo que no es óbice para que quien los paga o pretenda pagar pueda recabar esa conformidad a priori, para evitar discusiones judiciales. Y que pueda resolverse en contra de la condición de necesarios y por ende extraordinarios. Sólo los gastos no necesarios, como los escolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por la decisión judicial”*. En esta misma sentencia se ha pronunciado estableciendo lo siguiente: *“no se requiere el acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor [...] Sólo los gastos no necesarios, como los escolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por la decisión judicial”*.

Por su parte, la SAP de Guipúzcoa de 27 mayo 2011 coincide con esta aseveración al decir que *“No constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores”*.

En esta línea, SAP de Barcelona de 29 septiembre 2011 pone de relieve que *“No poner en conocimiento del padre la existencia de un gasto extraordinario no le libera de la obligación de su participación en el pago, pues tras la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al presentarse la prescripción médica y facturación de tales dispendios. El ejecutado puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, pues pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos pudo también mostrar su conformidad con ellos, solicitando la no imposición de costas en la ejecución”*.

⁷³ Caso de la STS núm.94/2010 de 11 de marzo

participación del 50%⁷⁴ de cada uno de los padres. En mi opinión, considero que en base a los ingresos y caudal patrimonial de cada uno de los progenitores, deberán participar ambos, de forma proporcional al poder adquisitivo que ostentan, en la contribución de aquellos gastos catalogados como ordinarios. En contraposición considero que, dado que Doña Pilar Márquez carece prácticamente de ingreso, en lo relativo a la posible concurrencia de gastos extraordinario, estos deberán ser sufragados en su totalidad por Don Santiago Montaner.

Por otro lado, considero preciso hacer una mención al posible caso de traslado al extranjero por parte de Doña Pilar, junto con su hija menor, Sonia, pues si bien es cierto que por numerosa jurisprudencia se ha entendido como gastos ordinarios, aquellos tendentes a satisfacer los desplazamientos del menor o el progenitor para de esta forma dar cumplimiento al régimen de relación paterno-filial, es una cuestión a considerar que, cuando estos desplazamientos sean especialmente largos y costosos, como sería en este supuesto, con frecuencia deben ser objeto de tratamiento especial tanto en los Convenios establecidos, como en las correspondientes resoluciones judiciales, expresando quién, y en qué proporción, han de satisfacerse.

7. DERECHO AL ESTABLECIMIENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La compensación que se encuentra recogida en el artículo 97 del Código Civil alude a los casos únicamente de separación o divorcio. En los supuestos de nulidad matrimonial no cabe pensión o compensación, sino que se habla de “indemnización”, tal y como establece el artículo 98 del CC.

Tras la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, se ha producido una modificación con respecto a la regulación anterior, al sustituir el derecho a la pensión por “el derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”. La aceptación del posible carácter temporal de la pensión por parte de la citada Ley, responde a una línea jurisprudencial insistente por parte de las Audiencias Provinciales, y que ha sido asumida por el Tribunal Supremo en la STS núm. 307/2005 de 28 de abril⁷⁵.

El art. 97 encargado de la regulación de esta materia se compone de tres partes:

- Primera. Regla inicial que genera el derecho a la percepción de una pensión compensatoria: desequilibrio económico⁷⁶ que, en relación con la

⁷⁴ Cao de la SAP de Valencia, núm. 102/2011 de 7 de febrero.

⁷⁵ LASARTE, C.: “*Derecho de Familia*”. *Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons, 11ª Edición, Madrid, 2012 Pág.122.

⁷⁶ En la STS núm. 704/2014 de 27 de noviembre, se establece a este respecto que: *La STS de 22 junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año, y la más reciente de 18 de marzo de 2014, resume la doctrina de esta Sala relativa la naturaleza de la pensión compensatoria. El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "(...) tal desequilibrio implica 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, por lo que se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge". Se añade que "En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que*

posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. Se produce un desequilibrio económico negativo en relación al modo de vida que disfrutaba ese cónyuge durante el matrimonio, siempre y cuando el otro cónyuge mantenga el nivel de vida anterior⁷⁷. Dicho desequilibrio debe afectar únicamente a uno de los cónyuges, y tener su origen precisamente en la separación o divorcio.

- Segunda. Enunciación de los criterios que han de ser tenidos en cuenta por parte del Juez, para la determinación de la compensación debida a consecuencia de la crisis matrimonial, debiendo estar sometido a control del Juez, en caso de no haber llegado a ningún acuerdo establecido en el convenio regulador. Para ello el art. 97.I CC establece que: a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, 1ª, los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, 2ª, la edad y el estado de salud, 3ª, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, 4ª, la dedicación pasada y futura a la familia, 5ª, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, 6ª, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, 7ª, la pérdida eventual de un derecho de pensión, 8ª, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y 9ª, cualquier otra circunstancia relevante.
- Tercera. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. Se persigue por tanto garantizar en el futuro el cumplimiento de la pensión.

Es importante también mencionar que para su establecimiento es necesario que sea solicitada por el cónyuge dado su carácter dispositivo. Se trata de un derecho de crédito personalísimo e intransmisible, lo que implica que no pueda cederse a un tercero el derecho a cobrar pensiones futuras, y que no pueda reclamarse por los acreedores del cónyuge acreedor por medio de la acción subrogatoria⁷⁸.

Por otro lado, ha sido considerado por parte del TS⁷⁹, fijándose como doctrina jurisprudencial de esta sala, “*que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado,*

destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia”.

⁷⁷ STS 704/2014 de 27 de Noviembre establece, sentando como base jurisprudencial que: “*El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial”.* A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseable”.

⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R, AA.VV.: “*Manual de derecho civil*”. Ed. Barcala, 2007, Madrid. Pág. 112

⁷⁹ STS 616/2015 de 3 de Noviembre y STS 585/2015 de 21 de Octubre.

sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”. Por otro lado, “la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”. Ello permite concluir que no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares.

7.1. Fijación de la compensación

A la hora de proceder a la fijación de la oportuna pensión compensatoria, el art. 97 del CC impone de forma tajante la necesidad de que sea el Juez el encargado del establecimiento de su importe en la correspondiente resolución judicial, lugar en el que se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

A partir de la aprobación de la Ley 15/2005, no cabe duda de que los cónyuges, o en defecto de acuerdo, podrá el Juez, atendiendo a las circunstancias de cada caso, determinar la duración de la pensión, que podrá bien ser indefinida, o por el contrario, quedar circunscrita a un determinado espacio o plazo temporal.

Existe como puede observarse en esta cuestión, un amplio margen de discrecionalidad, lo que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos, pero constituye un fundamento fáctico del precepto el hecho de que “habrá de atenerse a los medios económicos y las necesidades de los dos cónyuges”.

Para efectuar el correspondiente pago, en caso de tratarse de una prestación única, ésta se abonará al cónyuge en los términos que se hayan establecido. Si por el contrario, consisten en una pensión temporal o indefinida, nos atenderemos igualmente a lo establecido en el convenio, o ante su inexistencia o desacuerdo, a lo que disponga la sentencia, a pesar de que lo habitual es que consista en la entrega periódica de dinero, generalmente con frecuencia mensual.

7.2. Actualización de la cuantía fijada

Será el Juez el que en la sentencia fije los criterios conforme a los cuales se procederá a la actualización de la pensión, lo que supone que esta actuación se lleve a cabo únicamente cuando nos encontremos ante una pensión de carácter temporal, indefinida o periódica. Entendiendo la pensión compensatoria como una deuda de valor, con la que se pretende garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo, normalmente es que se acuerde que ésta se actualice conforme al IPC. También podrá, a solicitud de parte, fijarse las garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación.

7.3. Sustitución de la pensión compensatoria

Será el art.99 del CC el encargado de establecer los mecanismos sustitutivos de la pensión que se haya considerado, permitiendo que un acuerdo convencional de los

cónyuges objective el cumplimiento del deber legal impuesto al cónyuge económicamente favorecido por la crisis matrimonial y que dicha sustitución pueda ser realizada en cualquier momento.

Dispone dicho artículo que: *“En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”*. Estas tres posibles prestaciones sustitutorias deben ser consideradas como una simple enumeración, y no un “*numerus clausus*”, ya que nada impide acordar a los cónyuges la realización de otra prestación distinta.

7.4. Modificación de la pensión

Es preciso acudir al art. 100 del CC, el cual prescribe de forma imperativa que “la pensión sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”

7.5. Extinción

Conforme lo estipulado en el art. 101 del CC, las causas que motivan la extinción de la pensión compensatoria serán las siguientes: *“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”*. Pero existen otras causas no enumeradas en dicho artículo y que también se consideran causa de extinción, como son el fallecimiento del acreedor, la renuncia del derecho a la pensión, el acuerdo entre los cónyuges en el que declara extinguida la pensión o la sustituyen, y la prescripción de la acción para reclamar las pensiones devengadas⁸⁰.

Además este artículo añade que la pensión no se extingue con el fallecimiento del cónyuge deudor⁸¹, dado que la deuda se trasmite a sus herederos, quienes deberán seguir satisfaciéndola en los términos que se hubiese establecido. Se permite a los herederos solicitar la reducción o supresión de la pensión cuando se produzcan dos circunstancias, por un lado, cuando los bienes que forman parte del caudal hereditario sean insuficientes para hacer frente al pago de la pensión, y por otro, cuando el pago de la pensión suponga una afectación a las legítimas de los herederos.

7.6. Conclusión en atención al caso

En atención al presente caso, y tras todo lo estudiado anteriormente, observamos como claramente corresponde a Doña Pilar la fijación de la correspondiente pensión compensatoria a su favor. Del caso ya se deduce el desequilibrio económico existente en entre ambos cónyuges motivado por diversos aspectos:

- Doña Pilar renuncia a su trabajo con la finalidad de invertir su tiempo en el cuidado de la casa y de los hijos.
- Los ingresos percibidos por uno y otro cónyuge hace patente el empeoramiento de la situación económica de Doña Pilar, en relación con el nivel de vida que podía mantener antes de producirse la crisis conyugal.

⁸⁰ *“Manual de Derecho Civil”*. Op cit. Pág. 114

⁸¹ A diferencia de lo que ocurría con la prestación por alimentos (art.150)

Por todo ello, y con la finalidad de mantener el “status” poseído antes de la crisis matrimonial, corresponde a Doña Pilar el establecimiento de una pensión que le permita mantener el nivel de vida del que se vio desposeída tras el divorcio.

8. VALIDEZ DEL CONTRATO LABORAL PROPUESTO A SONIA (MENOR DE EDAD) EN ESTOCOLMO (SUECIA)

8.1. Legislación laboral española.

Tener en cuenta en primer lugar y ante todo, que en el caso español, todo lo relacionado con materia de derecho laboral, será competencia exclusiva del Estado, tal y como se deduce del artículo 149.1.7^a⁸² de la CE.

En este supuesto nos encontramos con una menor, Sonia, que compagina sus estudios con la profesión de modelo infantil. Recibe una oferta para protagonizar campañas publicitarias de una conocida marca de ropa infantil sueca durante los próximos dos años, con la condición de que la menor resida en Suecia, ya que deberá firmar con una empresa de representación de modelos del citado país. Su padre, Don Santiago Montaner, se opone⁸³ tanto al traslado como a la realización del trabajo.

En este sentido, si bien es cierto que la CE, en su art. 19 determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la Ley establezca, el problema que aquí se suscita sobre la procedencia o no de pasar la menor a residir en otro lugar, reside en el radical cambio que puede comportar dicho traslado, dentro de su entorno tanto social como parental, pudiéndose producir problemas de adaptación. Se busca por tanto evitar que dicho traslado pueda afectar al interés de los menores, que deben ser preferentemente tutelados.

Para ello y en base a la doctrina jurisprudencial sentada por el TS⁸⁴, se deduce la necesidad de establecer un sistema prioritario y otro subsidiario dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación.

En base a ello el TS declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su

⁸² “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

⁸³ STS 748/2014 de 11 de diciembre, establece en este sentido que: “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 custodia”. En la misma línea se pronunció la STS núm. 536/2014 de 20 de octubre al considerar que “el cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodia para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado”.

⁸⁴ STS núm. 289/2014 de 26 de mayo.

defecto, cada padre o madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, y debiendo motivarse en la resolución judicial.

A pesar de todos estos aspectos, en este apartado procederé a analizar la validez del contrato conforme a la legislación laboral vigente en España, en el supuesto de que la oferta se hubiese realizado en dicho territorio.

Acudimos en primer lugar al Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015 de 23 de Octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Acudiríamos al artículo 9, encargado de la regulación de la validez del contrato, en el cual se considera que *“si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1. Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones. 2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”*.

Posteriormente, en su artículo 6 encargado de la regulación del trabajo de los menores, concretamente en el apartado 4, establece que *“la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”*.

En relación con esta regulación nos encontramos el artículo 2 de la mencionada Ley, donde se procede a regular las relaciones laborales con carácter especial, incluyendo en su apartado 1, letra e), la de los artistas en espectáculos públicos.

Teniendo en consideración este último artículo, es preciso acudir al RD 1435/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Para ello, tomamos como referencia su artículo 2.1, que regula con respecto a esta materia lo siguiente: *“La autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio;*

asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”.

A pesar de que sería el supuesto que más encajaría en atención al caso, sería muy difícil su aplicación, pues quedaría al arbitrio de Juez, fundamentar si realmente un trabajo de modelo infantil para una marca de ropa, podría englobarse dentro de lo que se consideraría espectáculo público. Bajo mi criterio considero que en principio no se aplicaría, no teniendo cabida en el supuesto de hecho estipulado por los preceptos mencionados.

Ello quedaría fundamentado si acudimos al artículo 1 del RD 1435/1985 de 1 de agosto, en el cual se establece el ámbito de aplicación, estableciendo que se entiende por relación especial del trabajo de los artistas en espectáculos públicos, *la establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución.*

Quedarían incluidas dentro de este tipo de actividades las establecidas en el apartado dos, del mencionado artículo: *todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas, en los términos descritos en el apartado anterior, desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición.*

Considero que sería muy complicado poder ajustar el caso de Sonia, como modelo infantil para una marca de ropa infantil con alguno de los supuestos planteados en este artículo.

8.2. Normas de Derecho Internacional Privado

En primer lugar es preciso tratar la cuestión relativa a la oposición del Don Santiago al pretendido traslado. Si acudimos a la legislación internacional, nos encontramos con el Reglamento (Ce) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (Ce) N° 1347/2000. Este Reglamento, parte del interés superior del menor y del principio de proximidad como criterios inspiradores de sus reglas de competencia internacional. En su art.8 se establece la regla general a favor de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que resida el menor en el momento de presentarse la demanda. Esa competencia es modulada en los arts. 9, 10 y 12 a través de una serie de excepciones para casos singulares⁸⁵. Ello permite abrir una vía de actuación

⁸⁵ El TJUE ha interpretado el concepto de “residencia habitual” utilizada en el mencionada art. 8. Por su parte, deja claro que *la presencia física no basta para considerar que existe residencia habitual del menor, que deberá determinarse sobre la base de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso: es preciso conjugar diversos factores para concluir si la presencia física es meramente temporal u ocasional o refleja, al contrario, la integración del menor en un entorno social y familiar, valorar la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho estado. Es preciso considerar también el lugar y condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones sociales y familiares del menor en dicho estado [...].*

para el padre, ya que como se defiende en determinadas líneas jurisprudenciales, el cambio de domicilio del menor al extranjero, deriva del ejercicio de la patria potestad y no debe fijarse unilateralmente por quien ejerza la guarda y custodia del menor. Al entender que afecta al interés superior del mismo, se precisa o el acuerdo de los progenitores, o la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y en defecto de este acuerdo, corresponderá al Juez. En caso de afectar el cambio de residencia a los intereses del menor, que deben de ser preferentemente tutelados, tal situación podría conllevar un cambio de la guarda y custodia.

Ahora bien, centrándome ya en lo relativo al contrato laboral, es preciso considerar el hecho de que el trabajo se va a desempeñar en Suecia, dato importante a la hora de determinar la legislación aplicable para considerar la conformidad a derecho o no del contrato laboral de Sonia.

Acudimos por tanto en primer lugar al Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que nos va a permitir determinar la CJI.

Partimos de la base de la existencia de un traslado a Estocolmo, y teniendo en cuenta que tanto Suecia como España son parte y por tanto resulta de aplicación el mencionado Reglamento, debemos acudir para determinar a qué órganos jurisdiccionales se le otorga la competencia para el conocimiento del caso (relativo a la validez o no conforme a derecho del contrato) al art. 4 el cual establece que: *“Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.*

A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro”. De dicho precepto, se nos permite concluir que en principio, y en base al hecho de que Sonia reside en Estocolmo (Suecia), los tribunales competentes para el conocimiento de la problemática que se plantea, tal y como se deduce del artículo reproducido, correspondería a los tribunales suecos.

Para afianzar dicha argumentación, es precisa la consulta al Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Nos encontramos con que en su artículo 3, se promulga la libertad de elección, del tal forma que en principio establecido es que el contrato se regirá por la ley que las partes hayan escogido. Se hace necesario el hecho de que la elección se manifieste expresamente en el contrato, o que dicha elección se establezca de tal forma que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. De esta forma, las partes podrán libremente designar la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato.

De igual forma, las partes pondrán determinar que el contrato se rija por una ley distinta de que se regía con anterioridad. A pesar de ello, toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, que se realiza en un período posterior al de la

celebración del contrato, no debe incidir en la validez formal del contrato, ni afectar a los derechos adquiridos con terceros.

Para observar la existencia y validez del consentimiento prestado por las partes contratantes, deberemos acudir a las disposiciones establecidas en los arts. 10, 11 y 13 del mencionado Reglamento.

Con respecto a este artículo conviene mencionar que no resultaría aplicable por existir una desigualdad entre las partes contratantes, en el sentido de que se entiende al trabajador cómo parte débil en el contrato, de tal forma que para que se produzca su aplicación es preciso que las partes se encuentren en una situación de igualdad.

Por su parte, el artículo 8 encargado de la regulación de los contratos individuales de trabajo, establece de forma textual lo siguiente: *“1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambie el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”*.

De todo lo anterior por lo tanto, concluiría que la legislación aplicable para conocer si finalmente el contrato es o no conforme a derecho, es la legislación sueca. Ello nos llevaría necesariamente a la búsqueda de la normativa sueca encargada de la regulación de esta materia y que por cuestiones lingüísticas me ha sido imposible, tras reiteradas búsquedas, tener acceso a la misma.

9. CONCLUSIONES

Una vez analizados todos los aspectos objeto de estudio en el presente caso, estoy en posición de concluir bajo mi opinión fundada, los siguientes puntos:

- En lo referente al establecimiento de la guarda y custodia de los hijos menores, considero que el régimen más beneficioso para los mismos sería el de guarda y custodia compartida, pues ello les permitiría disfrutar en la misma medida de ambos progenitores, lo que supondría un menor trastorno al desarrollo integral de los niños. Destacar, tal y como se deduce del caso el gran apego que tienen a sus padres.
Por otro lado, mencionar que en el caso de que finalmente el Juez autorice el traslado a Estocolmo, esto podría imposibilitar el desarrollo habitual del régimen de custodia compartida, dado la distancia existente,

lo que supondría que ante este caso existirá más probabilidad del otorgamiento de la custodia exclusiva en favor de la madre.

- Respecto al régimen de vistas, entendemos que este carecería de sentido en caso de que finalmente se opte por la custodia compartida, sin que ello excluya la posibilidad de establecer medios de comunicación con los menores por parte del progenitor no custodio en ese período de tiempo en el que se encuentran bajo la custodia del otro progenitor.

Evidentemente, sí resultaría imprescindible la imposición de este tipo de régimen si el proceso concluye en el otorgamiento de la custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores.

En esta línea, considero también de vital importancia el establecimiento de un régimen que permita el contacto de los menores con el resto de familiares, principalmente abuelos y primos, con los que tienen una gran relación y apego, por lo que privarles de tal derecho, sería ir en contra del principio rector manifestado por toda la jurisprudencia analizada: el interés superior del menor.

- Si atendemos a los supuestos establecidos por el Código Civil para otorgar la emancipación, considero que existiría la posibilidad de que Ricardo lograra su pretendida emancipación, sino por autorización de los progenitores, sí con motivo de una autorización por parte del Juez competente.

- En lo relativo a la imposición de la oportuna pensión de alimentos, así como la contribución de cada uno de los progenitores a los gastos generados por los hijos, se concluye que efectivamente ambos deberán proporcionar la oportuna pensión de alimentos a los hijos, pero siguiendo el principio impuesto por una gran parte del sector jurisprudencial y doctrinal: principio de proporcionalidad, en la medida que cada uno de los progenitores participará en función de su poder adquisitivo, de tal forma que permitan a los hijos mantener un nivel de vida semejante al existente de forma previa a la crisis conyugal.

En atención a los gastos, es necesario deferencia los gastos ordinarios, a los cuales contribuirán cada uno de los progenitores, como en el caso anterior, de forma proporcional, y los gastos extraordinarios, que debido a la notable diferencia en la posición económica de cada uno de los progenitores, supondrá que de forma íntegra se haga cargo de los mismo, Don Santiago.

- Por otro, en lo que alude al establecimiento de una pensión compensatoria, considero que ha quedado suficientemente demostrado el desequilibrio económico sufrido por Doña Pilar tras la ruptura matrimonial, agravado por el hecho de haber decidido entre ambos cónyuges prescindir de su sueldo, con la finalidad de que su tiempo y dedicación se invirtiese en el cuidado de la casa familiar y de los hijos.
- Finalmente, en lo tendente al análisis del contrato laboral propuesto a Sonia, para valorar su conformidad o no a Derecho, tras el estudio de la normativa Europea reguladora de este tipo de situaciones, así como de las normas de CJI aplicables al caso, se puede concluir que corresponde acudir a la legislación de Suecia aplicable en este tipo de materias, para estudiar la legalidad del pretendido contrato.

10. LEGISLACIÓN CONSULTADA

- ✚ L.O. 1/1996 de 15 de enero, modificada por la L.O. 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- ✚ Ley 42/2003 de 21 de Noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- ✚ Convención sobre los Derechos del Niño.
- ✚ Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- ✚ Ley 12/2008 de 3 de julio de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.
- ✚ 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 Civil Español.
- ✚ Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- ✚ RDL 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- ✚ RD 1435/1985 de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.
- ✚ Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil.
- ✚ Convenio de la Haya de 1996.
- ✚ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.
- ✚ Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- ✚ Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

11. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA MENCIONADA

Sentencias TS:

- STS núm. 668/2007 de 7 de Junio.
- STS núm. 9/2013 de 6 de Septiembre (RJ 2013/6600)
- STS núm. 257/2013 de 29 de Abril
- STS núm. 1699/2014 de 25 de Abril
- STS núm. 723/2013 de 14 de Noviembre
- STS núm. 671/2012 de 5 de Noviembre
- STS núm. 52/2015 de 16 de Febrero
- STS núm. 185/2012 de 17 de Octubre
- STS núm. 784/2014 de 11 de Diciembre
- STS núm. 289/2014 de 26 de Mayo
- STS núm. 368/2014 de 2 de Julio
- STS núm., recurso 2710/2012 de 26 de Mayo de 2014
- STS núm. 94/2010 de 11 de Marzo
- STS núm. 356/1981 de 9 de Octubre
- STS núm. 642/2012 de 26 de Octubre
- STS núm. 823/2012 de 31 de Enero
- STS núm. 671/2012 de 5 de Noviembre
- STS núm. 536/2014 de 20 de Octubre
- STS núm. 619/2014 de 30 de Octubre
- STS núm. 704/2014 de 27 de Noviembre
- STS núm. 151/2000 de 23 de Febrero
- STS núm. 748/2014 de 11 de Diciembre
- STS núm. 136/2015 de 14 de Abril
- STS núm. 571/2015 de 14 de Octubre
- STS núm. 585/2015 de 21 de Octubre
- STS núm. 616/2015 de 3 de Noviembre
- STS núm. 307/2005 de 28 de Abril

Sentencias AP:

- SAP Barcelona núm., recurso 586/1998 de 13 de Diciembre
- Auto AP Barcelona de 25 de Mayo de 2007 (Rec. 177/2007)
- SAP Barcelona núm. 304/2009 de 12 de Mayo
- SAP Madrid núm. 800/2005 de 12 de Diciembre
- SAP Valencia núm. 173/2011 de 13 de Abril
- SAP Valencia núm. 102/2011 de 7 de Febrero
- SAP Guipúzcoa núm. 2326/2006 de 26 de Octubre

Sentencias TEDH:

- Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996 (TEDH 1996, 31)
- Sentencia Bronda contra Italia de 9 junio 1998 (TEDH 1998, 27),
- STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000 (TEDH 2000, 150)

TC:

- Recurso de inconstitucionalidad nº3859/2011 contra la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Comunitat Valenciana de relaciones de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- STC núm. 185/2012 de 17 de Octubre

12. BIBLIOGRAFÍA

- ✚ PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*. Ed. Bosch, Primera Edición, Barcelona, 2009.
- ✚ PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Jurídica Sepín, Madrid, 2005.
- ✚ PÉREZ VALLEJO, Ana M.: *El Convenio Regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, Granada, 2001.
- ✚ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*. Ed. Aranzadi, Primera Edición, Navarra, 2011.
- ✚ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. y otros: *Comentarios a la reforma de la separación y el Divorcio: Ley 15/2005 de 8 de julio*. Ed. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, 2005.
- ✚ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (AA.VV): *Manual de Derecho Civil*. Ed. Bercal, Madrid, 2007.
- ✚ LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons, 11ª Edición, Madrid, 2012.
- ✚ ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil IV*. Ed. Edisofer, 12ª Edición, Madrid, 2013.
- ✚ MARTÍNEZ DE AGURRE ALDAZ, C. (AA.VV): *Curso de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Ed. Colex, 3ª Edición, Madrid, 2011.
- ✚ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE C.: *Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas, 8ª Edición, 2015.
- ✚ SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ✚ LACRUZ BERDEJO, JOSE L.: *Derecho de familia. El matrimonio su economía*. Ed. Civitas, Navarra, 2011.
- ✚ ROMERO COLOMA, AURELIA M.: “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”. Ed. Aranzadi, 2015. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2015.
- ✚ PÉREZ CONESA, C.: “Doctrina formulada por el Tribunal Supremo entorno al sistema de custodia de los menores: primacía dl que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida”. Ed. Aranzadi, 2013. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm.7/2013.

