



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

# Divorcio, custodia compartida y traslado de menores al extranjero.

---

Trabajo de fin de grado

Natalia Pena Eugenio

**Grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección de Empresas**

Año 2016

Tutor: Ricardo Pedro Ron Latas

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección de Empresas

## ÍNDICE

---

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b> .....	Pág. 3
<b>I. SUPUESTO DE HECHO</b> .....	Pág. 4
<b>II. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PRETENSIONES</b> .....	Pág. 4
<b>III. ANÁLISIS JURÍDICO</b> .....	Pág. 4
<b>1. ASPECTOS PREVIOS A LA RESOLUCION DEL CASO</b> .....	Pág. 5
1.1. Competencia y procedimiento.	
1.2. Efectos tras la presentación de demanda de divorcio.	
<b>2. ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA</b> .....	Pág. 8
2.1. Derecho aplicable.	
2.1.1. Ley aplicable y vecindad civil.	
2.1.2. Derecho Civil Foral Valenciano y ámbito de aplicación.	
2.2. Custodia.	
2.2.1. Aspectos clave para determinar el tipo de custodia.	
2.2.1.1. Cuestiones básicas de la normativa.	
2.2.1.2. Derecho del menor a ser escuchado y el interés superior del menor	
2.2.1.3. Cambio de residencia: Confluencia del interés superior del menor y el derecho a determinar libremente la residencia del art. 19 CE.	
2.2.2. Custodia Exclusiva.	
2.2.3. Custodia Compartida.	
<b>3. RÉGIMEN DE VISITAS</b> .....	Pág. 20
3.1. Posibilidad de residencia de Pilar en Barcelona.	
3.2. Posibilidad de residencia de Pilar en Estocolmo.	
3.3. Régimen de visitas de abuelos y otros familiares.	
<b>4. PENSIONES Y GASTOS</b> .....	Pág. 28
4.1. Derecho aplicable.	
4.2. Pensión de alimentos.	

4.2.1. Delimitación conceptual.	
4.2.2. Análisis y fijación de la pensión de alimentos.	
4.3. Distribución de los gastos de los hijos.	
4.4. Pensión compensatoria.	
<b>5. EMANCIPACIÓN</b> .....	<b>Pág. 39</b>
5.1. Derecho aplicable y competencia.	
5.2. Posibilidades de emancipación.	
<b>6. CONTRATO LABORAL DE UNA MENOR</b> .....	<b>Pág. 41</b>
6.1. Legislación española.	
6.2. Derecho internacional privado.	
<b>IV. CONCLUSIONES</b> .....	<b>Pág. 45</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>Pág. 46</b>
<b>VI. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES</b> .....	<b>Pág. 47</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág. / P.	Página
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

## **I. SUPUESTO DE HECHO**

La cuestión que se suscita y que es objeto de este informe es el divorcio, solicitado por uno de los cónyuges en el seno de un matrimonio con dos hijos menores de edad que residen en Barcelona.

Se plantea la atribución de la custodia de los hijos, de forma exclusiva o compartida entre sus progenitores, así como el régimen de visitas y la distribución de los gastos y de las posibles pensiones de alimentos y pensión compensatoria. Todo ello teniendo en cuenta su posible traslado de residencia al extranjero. Asimismo, se contemplará la posibilidad de emancipación del mayor de los hijos, y por otra parte, la validez del contrato de trabajo que ha sido ofrecido a la hija más pequeña en Estocolmo.

## **II. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PRETENSIONES**

La controversia surge en el seno de una familia, formada por dos cónyuges que residen actualmente en la ciudad de Barcelona. Santiago Montaner y Pilar Márquez, que tienen a su cargo a dos hijos menores de edad, Ricardo con dieciséis años y Sonia con diez años de edad. El problema parte de la voluntad de terminar dicho matrimonio por parte de Pilar, lo cual se materializa en la presentación de una demanda de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia nº10 de Barcelona.

Tras la presentación de la citada demanda, Santiago ha pasado a residir fuera de la vivienda familiar, alquilando una vivienda cercana a aquélla. Sin embargo ha estado satisfaciendo los gastos de sus hijos, pero no de la vivienda familiar.

Ante esta situación, las partes tienen las siguientes pretensiones:

- Por una parte, Pilar reclama una pensión compensatoria por desequilibrio económico, en base a que ella se dedica en exclusiva al cuidado de sus hijos y para lo cual dejó de trabajar como secretaria hace unos años. También pide la custodia exclusiva de los dos hijos para cambiar su residencia a Estocolmo, Suecia, de forma permanente, lo cual supone un cambio radical que afectaría en gran medida al día a día tanto de los menores como del resto de la familia. La razón de esta mudanza radica en que es en dicha ciudad donde a la hija más pequeña, Sonia, se le ha ofrecido un contrato de trabajo de publicidad.
- Santiago, se opone a todo lo solicitado por Pilar. Santiago tiene la pretensión de que sus hijos permanezcan en Barcelona y está en contra de los cambios propuestos por Pilar.
- Ricardo, el mayor de los hijos, al igual que su padre ha mostrado la voluntad de permanecer en Barcelona. También ha señalado que en caso de que el juez opte por aceptar las pretensiones de su madre Pilar, solicitará la emancipación.

## **III. ANÁLISIS JURÍDICO**

Es objeto del presente informe analizar una serie de cuestiones que se han planteado para resolver el caso.

## 1.- ASPECTOS PREVIOS A LA RESOLUCION DEL CASO

### 1.1. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

El divorcio efectivamente se decreta judicialmente a petición de uno de los cónyuges (art. 86 CC) si se cumplen los requisitos reglados por la ley, independientemente de la forma en la que el matrimonio se haya celebrado. Además, el tipo de divorcio que acontece en el presente caso, es de carácter contencioso, puesto que solo lo ha solicitado un cónyuge, Pilar.

En primer lugar se ha procedido a comprobar que la demanda de divorcio presentada con la cónyuge Pilar Márquez como demandante y Santiago Montaner como demandado, en el Juzgado de Primera Instancia nº10 de Barcelona se haya hecho adecuadamente y la competencia corresponda efectivamente a este juzgado.

El art. 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), expone que salvo disposición expresa en contrario, es competente para conocer de los procesos matrimoniales y de menores el Juzgado de Primera Instancia del lugar de domicilio conyugal<sup>1</sup>. En este caso como sabemos ambos residen actualmente en Barcelona, desde el año 2010 con lo cual efectivamente dicho juzgado es perfectamente competente para conocer del presente caso de divorcio.

Asimismo, teniendo en cuenta el art. 770 de la LEC<sup>2</sup>, el procedimiento que se va a aplicar es el del juicio verbal<sup>3</sup>. También deben ir cada uno de los cónyuges respectivamente asistido por abogado y representado por procurador puesto que al no tratarse de un procedimiento de divorcio solicitado de común acuerdo, no pueden valerse de una sola defensa y representación (art. 750 LEC).

Rige el principio de la libre voluntad y siempre prima en estos casos el acuerdo entre las partes. Como tal, pueden someter los cónyuges al tribunal los acuerdos a los que hubieran llegado para regular estas cuestiones (art. 774 LEC). No obstante, en este caso no sucede con lo que el tribunal resolverá de acuerdo con las pruebas practicadas y los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas que se vayan a adoptar. Las medidas que contiene la sentencia de divorcio son: las relativas a los hijos, a la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan.

Estas medidas pueden ser objeto de modificación y para ello deberán solicitarlo de nuevo al tribunal, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias respecto de aquellas que se tuvieron en cuenta en el momento en el que fueron aprobadas (art. 775 LEC).

---

<sup>1</sup> Cuando los cónyuges residen en el mismo partido judicial. Por domicilio conyugal se entiende aquel en el que conviven ambos cónyuges y sirven de residencia habitual (ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil: (la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Reglamento Bruselas 2201/2003/CE, ...)* 4ª ed Aranzadi-Thomson [Cizur Menor, 2006] p.101).

<sup>2</sup> Si hubiésemos estado ante un divorcio de mutuo acuerdo, solicitado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, iríamos por el procedimiento del art. 770 LEC.

<sup>3</sup> La LEC hace predominar la oralidad en la práctica de la prueba, que debe ser en unidad de acto y en el juicio verbal es la vista, por el art. 443.4 LEC. (ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J., MASCARELL NAVARRO, M.J, *Introducción al derecho procesal*, 5ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters [Cizur Menor, 2015] p. 366).

## 1.2. EFECTOS TRAS LA PRESENTACIÓN DE DEMANDA DE DIVORCIO

Tras ser admitida la demanda de divorcio, el Código Civil contiene una serie de efectos que se producen automáticamente<sup>4</sup>. Por un lado, cesa la presunción de convivencia conyugal y pueden vivir separados, y por otro, quedan revocados los consentimientos y poderes que entre sí se hubiesen otorgado, así como cesa la posibilidad de que un cónyuge vincule los bienes privativos del otro dentro de la potestad doméstica (art. 102 CC).

Entre las medidas que puede adoptar el juez cuando no hay acuerdo entre los cónyuges (art. 103 CC), se encuentran la guardia y custodia y el derecho de visita, la posibilidad de adoptar medidas para evitar la sustracción de menor por uno de ellos, determinar la atribución a un cónyuge de la vivienda familiar, o fijar la contribución de las cargas familiares.

Los efectos de estas medidas podía haberlos solicitado Pilar Márquez incluso antes de presentar la demanda de divorcio (art. 771 LEC y 104 CC).

También es necesario comentar que estas medidas y sus efectos terminan cuando se termine el procedimiento, ya sea con la sentencia o de otro modo, excepto la revocación de poderes que es en todo caso definitiva (art. 106 CC).

Por supuesto un efecto intrínseco a la disolución del matrimonio y que entra en juego no en este momento, sino cuando el juez dicte sentencia que declare el divorcio, es la disolución del régimen económico matrimonial para el caso de no haberse producido anteriormente, siguiendo el procedimiento de los artículos 806 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Al margen de dichos efectos, se produce otro cambio en lo tocante a la patria potestad, no por presentar la demanda de divorcio sino por haber cesado la convivencia, ya que actualmente los dos hijos conviven con Pilar en el domicilio familiar, mientras que Santiago reside en otro piso. A esta situación responde el art. 156 CC cuando dispone, al regular la patria potestad<sup>5</sup>, que, “*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva*”.

---

<sup>4</sup> Precisamente, la finalidad de estas medidas y sus efectos, “es garantizar los intereses personales y patrimoniales más elementales de los cónyuges durante el período en que se tramite el procedimiento” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, 3ª ed. Bercal, [Madrid, 2013], p.98). También queda patente que el divorcio, al extinguir el vínculo matrimonial, los “*antiguos cónyuges quedan liberados para contraer nuevo matrimonio*” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, 3ª ed. Bercal, [Madrid, 2013], p.91).

<sup>5</sup> “El Código Civil sienta el principio de que la patria potestad será llevada a cabo conjuntamente por ambos progenitores, sin embargo, señala supuestos en los que cabe un ejercicio unipersonal” como es el presente caso, resultando la regla de que la patria potestad se ejercerá por parte del padre en cuya compañía esté el hijo (SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de derecho civil. I "Bis", Derecho de familia*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, [Valencia, 2013], p. 94).

Es importante precisar que las medidas que serán objeto de determinación en el presente caso se rigen en su mayoría por el principio de la libre voluntad. Sin embargo, en este caso **destaca la ausencia de convenio o acuerdo entre los cónyuges Pilar y Santiago acerca de ninguno de los conceptos analizados y será el juez el encargado de su determinación.**

Así, en la sentencia el juez se pronunciará sobre una serie de medidas necesarias<sup>6</sup>, como las que afectan a los hijos menores de edad, sobre la guarda y custodia, alimentos, régimen de visitas y sobre el uso de la vivienda y ajuar familiares.

---

<sup>6</sup> “Las medidas del art. 447.4 LEC son necesarias y el juez tiene que pronunciarse sobre ellas aunque no exista petición de parte (...) en la sentencia.” (MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, 1ª ed. Tirant lo Blanch [Valencia, 2003], p. 3549)



## 2.- ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

### 2.1. DERECHO APLICABLE

#### 2.1.1. Ley aplicable y vecindad civil

Tanto el artículo 107 del Código Civil como el artículo 9 del mismo, interpretados conjuntamente nos dejan claro que, según la materia que en este caso es la de divorcio, rigen las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado<sup>7</sup>. Lo cual nos lleva inexorablemente a las normas españolas. Así, de forma previa a entrar al fondo del asunto es preciso observar los datos relevantes del caso que nos llevan a determinar cuál es el derecho aplicable, puesto que en España existe un desarrollo del Derecho Civil Foral propio en ciertas Comunidades Autónomas y así poder ver si procede aplicar éste en perjuicio del Código Civil.

En base al art. 16.1 CC, ante un posible conflicto de leyes que pueda surgir por la coexistencia de distinta legislaciones civiles, en territorio nacional será aplicable la ley personal determinada por la vecindad civil. Sabemos también por el apartado primero del art. 14 CC que debemos, en primer lugar, dejar clara **la vecindad civil** para poder determinar la sujeción al derecho civil común o al especial. Así, siguiendo el apartado cuarto del citado precepto, comprobamos que en este caso:

**Pilar** tenía vecindad civil madrileña, en virtud del apartado segundo del art. 14 CC, ya que sus padres tenían tal vecindad. Esto fue así hasta que en 2013 solicitó la vecindad civil catalana por residencia continuada durante dos años (art. 14.5 CC). Por tanto, actualmente tiene **vecindad civil catalana**.

Por su parte, **Santiago tiene vecindad civil gallega** en virtud del art. 14.2, ya que sus padres tenían tal vecindad. La vecindad de Santiago no se ha visto modificada por ninguna circunstancia. Primero, porque el matrimonio no altera la vecindad civil, ni manifestó éste optar por la de su cónyuge. Santiago no mostró tampoco la voluntad de adquirir la vecindad civil valenciana por vivir más de dos años en Valencia ni la catalana por residir en Barcelona desde el año 2010, como sí lo hizo Pilar, y tampoco ha sobrepasado el límite de 10 años según el cual ya no se necesitaría manifestar expresamente su voluntad de cambio de vecindad, con lo cual sigue teniendo vecindad civil gallega.

Por tanto, habrá que tener en cuenta esta diferencia de vecindad civil entre cónyuges, a la hora de determinar la ley aplicable.

Atendiendo a lo contenido en el apartado segundo del artículo 9 del Código Civil, relativo a la ley personal aplicable, se deduce que en este caso es la ley correspondiente al lugar de la **primera residencia habitual común** del matrimonio, tras la celebración

---

<sup>7</sup> En este caso Pilar ha expresado su voluntad de trasladar su residencia con los hijos a Estocolmo pero si esto ya hubiese sucedido sin haber esperado a la decisión judicial y sin el consentimiento de Santiago, habría que tener en cuenta las disposiciones del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y Reglamento europeo 2001/2003 de 27 de noviembre relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental.

del mismo. Esto es así ya que los cónyuges tienen ley personal diferente y también por la inexistencia de pacto acerca de esta circunstancia.

Santiago y Pilar contrajeron matrimonio en la ciudad de A Coruña en el año 1995, sin embargo, se encontraban residiendo en Valencia desde principios del año 1994 y así continuaron hasta el año 2000. Por tanto la primera residencia habitual común tras haber contraído matrimonio Pilar y Santiago fue en Valencia y podemos concluir que la ley aplicable será la correspondiente a la existente en la **Comunidad Valenciana**.

### **2.1.2. Derecho Civil Foral Valenciano y ámbito de aplicación**

Tras lo argumentado podemos afirmar que resulta aplicable no el Código Civil sino el Derecho Civil Foral Valenciano. La Comunidad Autónoma de Valencia tiene transferidas las competencias de forma exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral, como se recoge en el art. 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana<sup>8</sup>, en base al art 149.1.8ª de la Constitución Española que habilita a las CCAA a desarrollar los derechos civiles forales<sup>9</sup>.

El artículo 13 CC<sup>10</sup> establece como norma general la aplicación de las disposiciones del Código Civil sin embargo, **rige como derecho supletorio** en caso de que resulten de aplicación normas de derecho foral y no existan normas en éste último que resuelvan la controversia.

Pues bien, en ejercicio de esta competencia se ha elaborado la **Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven**.

Esta norma es aplicable tal y como se explica en su artículo 1, **en materia de custodia dentro del Derecho de Familia, que regula las relaciones entre padres e hijos ante una crisis familiar, como lo es el divorcio**, cuando los padres no conviven con los hijos. Asimismo recogiendo de forma similar lo dictado por el artículo 13 del Código Civil, la disposición final segunda de la ley 5/2011 deja clara la aplicación supletoria del Código Civil en la materia que abarca dicha ley, en todo aquello en lo que ésta carezca de regulación.

Sin embargo ante esta ley, en julio del año 2011, se ha interpuesto el **recurso de inconstitucionalidad** nº 3859/2011. Esto, siguiendo el art. 161.2 CE, conlleva la

---

<sup>8</sup> Así lo recoge la Disposición final primera de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven: “*La presente ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva que el artículo 49.1.2.ª del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana otorga a la Generalitat*”.

<sup>9</sup> El art. 149.1.8ª CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en la legislación civil, sin perjuicio del desarrollo de los derechos civiles forales o especiales por parte de las Comunidades Autónomas.

<sup>10</sup> La salvedad realizada por el art. 13.1 CC, cuando expone que “las disposiciones (...) del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España”, entendemos que ha siempre de respetar los Derechos Civiles forales ya que quien establece el régimen de competencias es siempre la Carta Magna y no el Código Civil. Con lo cual no va a impedir que se apliquen los derechos forales en esta materia en caso de existir ya que la Constitución en su art. 149.1.8ª habilita a las Comunidades Autónomas a regular o desarrollar estos aspectos mediante legislación civil propia.

suspensión automática de la vigencia y aplicación del contenido que haya sido impugnado, desde el día 4 de julio del año 2011, fecha de interposición del recurso.

No obstante, el Tribunal Constitucional tras admitirlo a trámite mediante providencia oportuna a tal afecto, con posterioridad, emitió un auto<sup>11</sup> acordando levantar la suspensión de dicha ley. Los efectos de este auto suponen que los preceptos de esta ley están vigentes y son aplicables. Sin embargo hay que tener en cuenta que dicho recurso aún no ha sido resuelto con lo cual en el futuro habrá que estar al tanto del posible pronunciamiento de dicha ley para futuras aplicaciones de la misma.

En el artículo 2 de la ley, se precisa que, de conformidad con el art. 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y el título preliminar del Código Civil, el ámbito de aplicación de esta ley viene determinado por la **vecindad civil valenciana de los hijos**.

El artículo 14.3 del Código Civil dispone una serie de reglas para determinar la vecindad civil de los hijos. Se parte del momento del nacimiento y se determina en función de los padres.

Cuando Ricardo y Sonia nacieron, los padres tenían diferente vecindad civil: Santiago la vecindad civil gallega y Pilar aún tenía la vecindad civil madrileña<sup>12</sup>. Ante la diferencia de vecindades civiles de los padres, la regla a seguir es que el hijo tendrá la vecindad civil del lugar de nacimiento.

Según dicho precepto, la vecindad civil de Ricardo sería entonces valenciana, puesto que en el año 1999 que es cuando nació, se encontraban residiendo en Valencia<sup>13</sup>. A Coruña<sup>14</sup>, en el caso de Sonia, con lo que ésta tiene vecindad civil gallega.

Es decir, **los hijos tienen diferente vecindad civil: solamente Ricardo tiene la vecindad civil valenciana**. Ante esta situación, cabría la aplicación para Sonia el Código Civil<sup>15</sup> y para Ricardo la ley valenciana que hemos comentado.

Dada la complejidad del caso y la ausencia de jurisprudencia en la que acontezcan hechos similares es necesario acudir a un criterio para determinar qué legislación aplicar. El juez trataría de evitar situaciones impracticables en las que se aplique un régimen de tutela diferente a cada hijo, que a través de diferentes requisitos diesen lugar a soluciones

---

<sup>11</sup> Auto de 22 de noviembre de 2011, publicado en el BOE el 3 de diciembre de 2011.

<sup>12</sup> Puesto que Sonia nació en 2005 y no fue hasta 2013 cuando Pilar adquirió la vecindad civil catalana. Véase el apartado 2.1.1 del presente informe donde se explica la vecindad civil de los progenitores.

<sup>13</sup> Entendemos que aunque hubiera residido durante diez años en A Coruña - entre el 05 de febrero del año 2000 y el 10 de febrero de 2010 - no se produce ipso iure la adquisición de la vecindad civil gallega ya que se trata de un menor de edad y no produce efecto el art. 14.5.2º CC, y tal y como lo determina la doctrina jurisprudencial en la STS 668/2007, de 7 de junio, **el cómputo del plazo para determinar la vecindad civil no se tiene en cuenta, sino después de que sea mayor de edad o de la emancipación** – y Ricardo en este plazo tenía entre 1 y 11 años –. Además consideramos probable que se hubiera producido una manifestación en contra de adquirir la vecindad civil gallega durante dicho plazo ya que la familia no iba a residir más en esta localidad. Por todo ello, **Ricardo detenta la vecindad civil valenciana, lo que a su vez otorga mayor complejidad al caso**.

<sup>14</sup> Desde el año 2000 hasta el año 2010 la familia residió en A Coruña, teniendo en cuenta Sonia nació en 2005 deducimos que nació en A Coruña, aspecto que precisamente determina su vecindad civil.

<sup>15</sup> Ya que el Derecho Civil Foral de Galicia no se ocupa de cuestiones de crisis matrimonial y tutela de los hijos.

contradictorias. Se plantea entonces la decisión de optar por aplicar la regulación pertinente a cada uno de ellos o aplicar la misma ley a ambos hijos.

En el presente caso optamos por la **aplicación de una sola normativa a ambos hijos aunque difieran en vecindad civil, para dar un mismo tratamiento** centrándonos en la unidad familiar para favorecer la uniformidad, seguridad jurídica, para dar coherencia y **proteger los intereses conjuntos de ambos hermanos menores de edad**.

Así, centrando nuestra atención en la unidad familiar, procedemos a aplicar la normativa de la Comunidad Autónoma valenciana ya que como hemos explicado, la vecindad civil que rige el matrimonio es la valenciana y uno de los hijos, Ricardo, tiene también la vecindad civil valenciana.

**Por tanto, serán de aplicación las disposiciones de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y en lo que ésta no contemple, el Código Civil como ordenamiento supletorio.**

Dicha norma consta de siete artículos, todos ellos con contenido muy similar al tratamiento otorgado por el régimen general del Código Civil con lo cual, en definitiva, resulta la misma solución aplicando uno u otro.

En caso de que el juez<sup>16</sup> decidiese aplicar dos legislaciones diferentes, el Código Civil para el caso de Sonia y la ley foral valenciana para Ricardo, **la regulación material de ambas normas es prácticamente idéntica** por lo que no causará diferencia alguna.

## **2.2. CUSTODIA**

### **2.2.1. Aspectos clave para determinar el tipo de custodia**

#### **2.2.1.1. Cuestiones básicas de la normativa**

En primer lugar veremos que se entiende por custodia compartida y por custodia exclusiva, los criterios que tiene en cuenta el juez para optar por una u otra y el criterio fundamental del interés superior del menor y a continuación analizaremos las diferentes posibilidades del presente caso.

Siguiendo las definiciones marcadas por el artículo 3 de la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven:

Custodia compartida: es el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.

Custodia exclusiva: es una modalidad **excepcional** de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de

---

<sup>16</sup> En la aplicación de las normas que afecten a los menores, los tribunales han de primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.

El artículo 5 de la Ley 5/2011, establece que el juez fijará, previa audiencia del Ministerio Fiscal, los siguientes extremos (art 4.2 de la misma ley):

- a) *El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.*
- b) *El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.*
- c) *El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.*
- d) *La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.*

Establece en el apartado segundo del artículo 5 como regla general la **custodia compartida**. De todas formas teniendo en cuenta las peculiaridades del presente caso es objeto de análisis la atribución de la custodia de los dos hijos menores de edad.

Para dirimir si optará por una custodia compartida o exclusiva, fijando el régimen de convivencia pertinente de los padres respecto de los hijos, el juez ha de tener en cuenta los siguientes **factores clave para tomar esta decisión** (art. 5.3 de la ley).

- a) *La edad de los hijos e hijas*

Ricardo tiene 16 años y como tal tiene un mayor grado de madurez y de independencia. Sonia por su parte, es más pequeña, tiene 10 años.

- b) *La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.*

En el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor *se dispone que “la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*.

En definitiva, el juez tendrá en cuenta la opinión de Ricardo ya que éste ha cumplido ya 16 años. Ricardo manifiesta que prefiere quedarse a vivir en España, no mudarse a la ciudad de Estocolmo, pues quiere permanecer con su padre y el resto de su familia y amigos, así como rechaza cambiar de sistema educativo y tener que aprender un nuevo idioma. Así mismo ha manifestado que, en caso de atribuirse la custodia exclusiva a Pilar pudiendo mudar su residencia a Estocolmo, el intentaría emanciparse y así continuar en Barcelona cerca de su padre.

Sin embargo, en cuanto a Sonia, no está claro que el juez pudiera tener en cuenta su opinión ya que tiene 10 años. Debería este valorar si tuviera la madurez suficiente, lo cual es muy posible ya que se trata de una menor de edad responsable que a la par que lleva a cabo sus estudios primarios, en parte trabaja como modelo y está cercana a la edad a partir de la cual se tiene en cuenta su opinión ineludiblemente. La voluntad que

manifestaría Sonia sería favorable a trasladar su residencia a Estocolmo, en Suecia, para poder continuar con su carrera como modelo y continuar junto a su madre. Quizás para valorar si tiene madurez suficiente como para poder tener en cuenta su opinión sea pertinente que el juez considere solicitar uno de los informes sociales o psicológicos que se contienen en el apartado d.

*c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.*

Santiago aunque pasa gran parte del tiempo trabajando, valora poder dedicarles tiempo a sus hijos. Sin embargo, al ser juez, tiene ocupados todos los días laborables desde las nueve de la mañana hasta las siete de la tarde, sin poder cambiar su residencia a otra ciudad que no sea Barcelona ya que ahí es donde tiene su plaza. El tiempo que puede dedicar plenamente a sus hijos es fundamentalmente las fechas en las que hay vacaciones como el mes de agosto. Esto ha sido así hasta ahora y continuará de esta forma su disponibilidad. Tras la demanda de divorcio, él se ha trasladado a vivir sólo en un piso cercano al domicilio conyugal en régimen de alquiler.

Por su parte, Pilar, ha invertido su tiempo en el pasado a cuidar y criar a sus hijos, puesto que incluso dejó su trabajo como secretaria para estar disponible en mayor medida a estos efectos. Por ello, siempre ha dedicado tiempo a sus hijos, especialmente a Sonia la más pequeña que, como se ha comentado, ha iniciado una carrera como modelo y quien la impulsó fue su madre Pilar. Tras la demanda de divorcio ella ha continuado viviendo con los dos hijos en el domicilio conyugal, cuidando de ellos.

*d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.*

En su caso, de ser necesarios, el juez solicitaría los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

*e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.*

Ricardo se encuentra estudiando el primer curso del Bachillerato y Sonia estudia quinto de Educación Primaria aunque a la vez compagina sus estudios con trabajo de modelo de ropa infantil. Ambos cursan sus estudios en el Liceo Francés de la ciudad de Barcelona. También hay que tener en cuenta que Ricardo además, participa como voluntario en una ONG como profesor de español para inmigrantes en esta misma ciudad.

Los padres de Santiago y el resto de sus familiares, residen en A Coruña, y los de Pilar, residen en Madrid con lo cual no los ven a menudo puesto que la familia reside en Barcelona de manera permanente. Por lo tanto en cuanto al arraigo familiar solamente tienen especial consideración los padres. A sus abuelos y primos los ven siempre que tienen ocasión de viajar tanto unos como otros.

El más importante es el arraigo social en este caso por las circunstancias comentadas. Ricardo con 16 años ha hecho amigos en Barcelona y es un buen estudiante y está contento en el Liceo Francés. Sin embargo Sonia se adapta más a las circunstancias tanto dado por su edad como por sus pequeños trabajos como modelo.

*f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.*

Como ya se ha comentado, resulta más difícil para Santiago puesto que como juez, trabaja desde las nueve de la mañana hasta las siete de la tarde, con restricciones a la hora

de residir en otras ciudades y solamente teniendo libre en vacaciones (el mes entero de agosto). Para Pilar es en mayor medida más fácil puesto que actualmente no trabaja y dedica su tiempo a sus hijos, sin embargo se muestra favorable a buscar un empleo, retomar su profesión de secretaria, aunque fuese a tiempo parcial para poder conciliar una vida laboral con la vida familiar.

*g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.*

Por todo lo comentado, ambos tienen un buen trato y muy directo con sus hijos puesto que hasta ahora han convivido siempre con ellos en armonía. La única salvedad es que Pilar les ha dedicado mucho más tiempo que Santiago por motivos laborales evidentes y por ello tiene ésta un trato más directo que Santiago.

*h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.*

Deja al arbitrio del juez una posibilidad más abierta para poder contemplar circunstancias que no se hayan citado en los apartados anteriores y que por la gran casuística y particularidades propias de cada caso puedan darse y tenerse en cuenta en caso de que sean relevantes para tomar la decisión.

#### **2.2.1.2. Derecho del menor a ser escuchado y el interés superior del menor:**

Otro de los criterios clave que procede de la doctrina del Tribunal Supremo y que tiene muy presente el juez a la hora de dirimir la controversia y que resulta fundamental es velar por el interés superior del menor así como oír al menor<sup>17</sup> afectado en procesos de divorcio. Se pretende dar una protección al menor que ya vino propiciada por la ONU en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Concretamente aplicable a esta circunstancia es su artículo tercero, el cual indica que las medidas que tomen los tribunales y que afecten a los niños atenderán siempre al **interés superior del niño**. En el artículo 12 se dispone que se garantiza el **derecho del niño a expresar su opinión** en todos los asuntos que le afecten, teniéndose ésta en cuenta en función de su edad y madurez y que, para materializar este derecho se le tiene que dar la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos judiciales que le afecten.

En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se recoge el derecho a ser oído y escuchado del menor en los procedimientos judiciales cuando le afecten y ello conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social por lo que deben tenerse en cuenta sus opiniones, siempre en función de su edad y madurez (art. 9). En este sentido, la ley 12/2008, de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana<sup>18</sup> recoge en el artículo 20 el derecho a ser oído e informado de sus intereses en línea con la ley orgánica. También se materializa en el artículo 770.1.4ª LEC. Así este derecho se convierte en una garantía del

---

<sup>17</sup> La **sentencia del Tribunal Supremo 413/2014, de 20 de octubre**, deja claro que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 153/2005 de 6 de junio. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

<sup>18</sup> Estas dos leyes son compatibles puesto que la ley valenciana 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia dispone en el artículo 7.4 que en todo momento en su regulación se atenderá a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor como norma que rige la materia.

proceso, pudiendo retrotraer todas las actuaciones en caso de que no se haya realizado debidamente (art. 238 LOPJ, STS 413/2014, de 20 de octubre).

En el artículo 2 de la Ley de protección jurídica del menor, se enuncia el **interés superior del menor**<sup>19</sup> como aspecto primordial que ha de primar en los Tribunales a la hora de ponderar intereses cuando se vaya a tomar una decisión acerca de éstos. A la hora de ser interpretado este concepto se tienen en cuenta entre otros el desarrollo del menor en un entorno adecuado, sus necesidades, sus opiniones, convivencia y relaciones familiares, identidad, cultura, etc.

Igualmente, el artículo 3 de la ley 12/2008, de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana enuncia el interés superior del menor como uno de los principios rectores a la hora de proteger al menor: éste prima sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. A la hora de concretar este interés hay que considerar, dice dicho precepto, la edad de los menores, grado de madurez, capacidad de discernimiento y otras condiciones personales y socioeconómicas.

La jurisprudencia se muestra de forma idéntica en este sentido, pues entre otras, la **sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana nº 18/2015, de 23 de julio**, recoge la doctrina sobre el interés superior del menor: “El principio de primacía del interés del menor preside toda la legislación estatal y autonómica en materia de infancia y adolescencia, y, también, a nivel supranacional a través de la Convención de los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas en fecha 20 de noviembre de 1989 ratificado por España por Instrumento publicado en BOE de 31 de diciembre de 1990. (...) La jurisprudencia ha configurado el principio del superior interés del menor como norma de *ius cogens* y directamente aplicable por el tribunal en toda medida que afecte a un menor”.

### **2.2.1.3. Cambio de residencia: Confluencia del interés superior del menor y el derecho a determinar libremente la residencia del art. 19 CE:**

No debemos ignorar el hecho de que Pilar pretende trasladar su residencia habitual a Estocolmo junto con Sonia y Ricardo, con la finalidad de potenciar la carrera de modelo de Sonia allí, pues afecta considerablemente a las relaciones con su padre Santiago y al contenido de la patria potestad como ahora analizaremos. **El juez deberá valorar las circunstancias y pronunciarse acerca de este posible traslado.**

Uno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución y que goza de tal suma protección es el derecho de todo español a elegir libremente su residencia (art. 19 CE). Se reconoce la libertad tanto para circular libremente como para fijar el lugar de residencia, lo cual abarca tanto entre comunidades autónomas de todo el territorio nacional, como en toda la Unión Europea, puesto que también se encuentra influenciada por la normativa europea<sup>20</sup> (art. 20 TFUE).

---

<sup>19</sup> “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*” Art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

<sup>20</sup> “Esta libertad se extiende a todos los ciudadanos comunitarios y a sus familias, de conformidad con las Directivas de desarrollo, sin que los Estados puedan restringir el derecho más que por causa de orden o seguridad públicos o de salud pública, cuya apreciación correspondiente a Estado receptor pero siempre con el control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien ha propiciado una interpretación restringida” (GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución*)



Así pues, Pilar goza del derecho a fijar libremente su residencia independientemente de su origen, sin ningún tipo de trabas. Lo cual nos lleva al artículo 139.2 CE por el cual, las autoridades se encuentran impedidas a adoptar medidas que obstaculicen el establecimiento de las personas en territorio español, pero como tal, esta libertad alcanza todo el territorio nacional y en este caso estamos hablando de un traslado a Estocolmo.

Confluyen por tanto, por un lado el derecho fundamental a la libre elección del domicilio que tiene Pilar, y por otro lado el principio de protección al menor en base a su interés superior. El juez ponderará los motivos que llevan al progenitor a trasladar su residencia valorando si éstos son favorables para los hijos menores. El derecho de Pilar se vería restringido en caso de que estos motivos perjudiquen o dañen a los hijos. La jurisprudencia insiste en que hay que atender a aspectos razonables, sensatos y que atiendan al interés de los menores, descartando la arbitrariedad o capricho. Es decir, dicho cambio de residencia ha de estar justificado en una causa de suficiente entidad pero a la vez siendo flexible para garantizar la libertad de las personas. En este caso una de las principales causas o motivos del traslado a Estocolmo es una oferta de trabajo.

En sentencias como en la nº 31/2012, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de A Coruña, ante un cambio de residencia, se explica que lo que se procura es satisfacer el verdadero interés de los hijos contando con la opinión de los padres para tomar decisiones sensatas<sup>21</sup>.

En este tipo de casos en los que pueden verse contrapuestos el derecho de la madre a elegir libremente su residencia del artículo 19 de la Constitución y el interés de los hijos recogido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor hay que contemplar también que “la propia Constitución establece el principio de protección de la familia y la infancia (art. 39) y que ha de darse preferencia a los derechos de los menores frente a los de los padres, atendiendo siempre a lo que en cada caso resulte más conveniente para su formación y desarrollo integral” (SAP Murcia de 15 de noviembre de 2005 y SAP Murcia de 6 de marzo de 2007). No se cuestiona la libertad de Pilar de mudar su residencia sino el cambio de residencia que conllevaría de los hijos.

Para que el juez autorice el traslado de residencia de Pilar y los hijos menores de edad debe tenerse en cuenta fundamentalmente el interés del menor. La responsabilidad que deriva de la patria potestad corresponde a Santiago y a Pilar como padres y a ellos concierne precisamente tomar la decisión de fijar la residencia habitual del menor y ha de ser de común acuerdo. El art. 156 CC dispone que la patria potestad la ejercen de forma conjunta los progenitores, o uno solo de ellos con el consentimiento del otro.

El problema radica en el desacuerdo que se produce aquí entre éstos, caso en el que deben acudir al juez. Es de especial relevancia cuando **supone un cambio tan radical, cuando los menores son apartados de su entorno social** e impide en gran medida a éstos relacionarse con la mayor parte de sus familiares.

---

*española*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, [Valencia, 2007]; GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, 1ª ed. Civitas [Madrid, 1991])

<sup>21</sup> “El cambio en cuestión es una decisión de la madre y del padre que afecta a hijos, sin que pueda uno imponerla unilateralmente al otro. No se trata de prohibir un eventual cambio de residencia, sino de contar con la opinión de ambos, tomando decisiones sensatas procurando el verdadero interés de los niños” SAP 31/2012, de 9 de marzo, de A Coruña.

Otro aspecto que entraría en la valoración del juez sobre la decisión que pretende tomar Pilar teniendo en cuenta su carácter, en el sentido en el que se comenta en el enunciado del supuesto, donde se explica que Pilar es algo impulsiva y toma sus decisiones pensando a corto plazo, no medítandolas de forma reflexiva a diferencia de Santiago. En cambio, a favor del traslado debería sopesar el hecho de que en una edad tan temprana, resulta beneficioso y más sencillo adaptarse y aprender nuevos idiomas. Por otra parte, también habrá de sopesar el tiempo que ha invertido en impulsar la carrera de su hija y las consecuencias del posible caso en el que, de rechazar el posible contrato en Estocolmo, ésta se estanque.

En definitiva, a causa del desacuerdo entre los padres sobre el lugar de residencia de los hijos Ricardo y Sonia, el juez habrá de dirimir la controversia en base a los principios expuestos<sup>22</sup>.

### 2.2.2. Custodia exclusiva

El artículo 5 de la ley valenciana 5/2011 como ya se ha explicado, establece como regla general la atribución de la custodia compartida mientras que la exclusiva la determina por su **carácter extraordinario o excepcional**. El art. 5.4 dispone que la autoridad judicial puede otorgar la custodia exclusiva a un progenitor solamente cuando lo considere necesario en base al interés superior del menor pero, es más, tienen que concurrir los informes que procedan (sociales, médicos, psicológicos...) y en todo caso establecer un régimen de relaciones adaptado a las circunstancias del caso que permita el contacto con ambos progenitores.

En el apartado cuarto del citado precepto, se dispone que la custodia exclusiva se otorgará a uno de los progenitores siempre que el juez lo considere necesario para mantener y garantizar el interés superior de los hijos, a la vista de, en caso de que procedan, los informes sociales, médicos y psicológicos pertinentes. En todo caso habrá que establecer un régimen adaptado a las circunstancias del caso particular, garantizando siempre el contacto entre los hijos y los padres.

En la sentencia 9/2013, de 6 de septiembre del TSJ de Valencia se realiza un pronunciamiento sobre el artículo 5 de la ley valenciana donde el tribunal reitera que para tener lugar el régimen de custodia individual, se requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales vinculadas al superior interés del menor y **la concurrencia de informes periciales en base a un incumplimiento grave de las obligaciones inherentes al progenitor**.

Sin embargo, debemos precisar lo siguiente, acerca de la necesidad de informes periciales para que el juez establezca la custodia monoparental del art. 5.3 de la ley valenciana puesto que ha habido un pronunciamiento reciente del TSJ de Valencia a este respecto.

---

<sup>22</sup> Véase la STS 536/2014, de 20 de octubre: “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 custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos”.

El TSJ de la Comunidad Valenciana en la sentencia 18/2015 de 23 julio, se ocupa de casar una serie de sentencias contradictorias sobre esta cuestión interpretando dicho precepto: “La jurisprudencia ha configurado el principio del superior interés del menor como norma de *ius cogens* y directamente aplicable por el tribunal en toda medida que afecte a un menor, y aunque en el presente caso las partes no solicitaron que se emitieran los informes por el gabinete psicosocial conforme previene el artículo, su omisión no produce el efecto directo que pretende el recurrente pues **la medida de custodia debe acordarse siempre que beneficie el interés del menor**, y así se desprende al interpretar conjuntamente los artículos 5.4 y 5.2 y 3 de la Ley 5/2011 de los que 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”.

A través de esta sentencia el TSJ de Valencia declaró como doctrina que en aras de preservar la primacía del principio de supremacía del interés del menor, un tribunal podrá fundar una decisión de constitución de régimen de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, y deberá estar fundada en los factores descritos en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011 de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor.

Así, un argumento a favor de la custodia exclusiva o monoparental lo supondría el hecho de que Pilar se ha dedicado en mayor medida a la familia, el tiempo invertido en la educación de sus hijos, aspecto a considerar por el juez para tomar esta decisión por el art. 5.3 de la ley, como ya hemos citado. Lo mismo sucede con las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, aspecto que a Santiago le resulta más complicado y que ya hemos visto. Igualmente, la disponibilidad para mantener un trato directo con cada hijo es más reducida en el caso de Santiago debido a su trabajo y más amplia en el de Pilar. Además Pilar ha seguido residiendo con Ricardo y Sonia encargándose de su educación tras la crisis matrimonial mientras que Santiago se ha ido a vivir solo.

Podría presentarse un informe de la autoridad laboral o un informe social acerca de los beneficios que le proporciona a Sonia compaginar sus estudios de primaria con la profesión de modelo, como por ejemplo madurez y disciplina así como realización personal y la oportunidad de crear nuevas amistades y disfrutar. Serían informes que el juez habría de tener en cuenta por el art. 5.3.d) a la hora de determinar el tipo de custodia.

El juez se encargaría de ponderar todos los aspectos comentados para tomar la decisión. Sin embargo **consideramos poco probable la fijación de una custodia exclusiva** que para ello requiere el incumplimiento grave de las obligaciones inherentes al progenitor, circunstancia que no creemos que se de en este caso.

**No obstante, si el juez concede el cambio de residencia de Pilar junto con los menores a Estocolmo, en el seno de la responsabilidad paternal, entendemos que es lo más conveniente.** Resultaría difícilmente compatible una custodia compartida en la

que los dos progenitores residen en dos países tan lejanos sobre todo en cuanto a la escolarización de los menores.

No hemos planteado el caso de que se conceda la custodia exclusiva para Santiago, en primer lugar porque éste no la ha solicitado y en segundo lugar, en base a su compromiso laboral como juez, su escaso horario con respecto a Pilar y menor disponibilidad para dedicar el tiempo necesario a la educación y cuidado de los hijos en régimen de custodia exclusiva.

### **2.2.3. Custodia compartida**

**La ley valenciana 5/2011 establece la custodia compartida como regla general, independientemente de que haya malas relaciones entre los padres de los menores o uno de ellos se oponga**, como sería en el caso de Pilar. Así lo dispone claramente el art. 5.2 cuando establece que no será un obstáculo la oposición de uno de los progenitores, con lo cual vemos perfectamente aplicable al caso este precepto.

Ya ha sido objeto de exposición previamente que el juez tendría en cuenta diversos factores recogidos en la norma para tomar esta decisión, entre los cuales se encuentra la opinión de los hijos e hijas menores cuando tuvieren la madurez suficiente, en todo caso si tienen al menos 12 años. Es el caso de Ricardo, que precisamente se muestra contrario al traslado a Estocolmo y a separarse de su padre, considera mucho más beneficioso para su interés continuar viendo a ambos padres con regularidad y en definitiva, prefiere un régimen de custodia compartida. Esto por supuesto el juez lo tendría que considerar (art. 5.3 de la ley).

En esta línea se argumentaría que es contrario al superior interés del menor, - interpretado como ya hemos precisado anteriormente por parte del juez, teniendo en cuenta el desarrollo del menor en un entorno adecuado y sus relaciones familiares - un traslado de residencia al extranjero que conlleva un cambio radical en su entorno, tanto social como familiar. Para argüir que se vulnera el interés del menor habría que destacar que si se permitiese el traslado no sólo se restringiría la relación de Ricardo y Sonia con su padre sino con toda la familia ya que ésta se encuentra en España y que además se produce una modificación total en el día a día de aquéllos, en cuanto a las costumbres, amigos, idioma, sistema escolar, etc.

Asimismo, siguiendo este régimen de custodia como solución a la crisis matrimonial se conseguiría satisfacer el derecho de Ricardo y de Sonia de ser educados por sus dos padres, como el de ambos padres de tener relación con sus hijos. Sería más beneficioso para los hijos que los padres cooperasen a la hora de gestionar este conflicto.

**En conclusión, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en base a la legislación vigente y a la jurisprudencia, en mi opinión resulta más probable una custodia compartida dadas las circunstancias del caso**, encontrándose los dos padres residiendo en Barcelona tal y como se encuentran en la actualidad.

### 3.- RÉGIMEN DE VISITAS

Como se ha indicado previamente, la determinación del régimen de comunicación y estancia de los hijos con los progenitores y el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos es uno de los efectos del divorcio (art. 90 CC).

El art. 3 de la Ley 5/2011<sup>23</sup> define el régimen de relaciones como aquel sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia. Será una vez más la autoridad judicial la que determina este régimen de visitas, ante la falta de pacto de convivencia familiar (arts. 4 y 5 de la Ley 5/2011). Por tanto **consideraremos en la resolución de esta cuestión, la posibilidad de que el juez otorgue la custodia exclusiva a Pilar de los dos hijos.**

Continúa siendo el interés superior del menor el aspecto que ha de fundar la decisión, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo, para determinar el régimen de visitas. Esto es, el derecho de los progenitores de ver a sus hijos y pasar tiempo con ellos tras el divorcio para que el desarrollo del menor se produzca de forma adecuada y con la presencia de ambos padres.

El artículo 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, que resulta de aplicación al caso, recoge el derecho de los menores a crecer y vivir con sus padres procurando en casos de separación una convivencia igualitaria con ambos.

También en el citado precepto, se recoge el derecho de los menores a mantener relación con sus padres, sobre todo de aquellos separados de ambos o uno de los padres y se procurará que este pueda mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular.

Basándonos en los antecedentes fácticos y las pretensiones de Pilar, debemos considerar en este apartado, **dos posibilidades diferenciadas, aun teniendo en cuenta que se hubiese otorgado la custodia exclusiva a Pilar. Por un lado, que Santiago y Pilar continuasen como en la actualidad, residiendo ambos en diferentes viviendas pero en la misma ciudad, Barcelona, y por otro lado, que Pilar decidiese trasladar su residencia a Estocolmo.**

Dentro del vínculo matrimonial, los cónyuges fijan de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 70 CC) pero tras la crisis y con ello el divorcio, ya no tienen los cónyuges que ponerse de acuerdo para establecer el domicilio de residencia, decisión que va a afectar a los hijos en común que estos tengan<sup>24</sup>.

Entonces, en lo que concierne a los hijos, los padres tienen que ponerse de acuerdo para ejercer las facultades que surgen de la patria potestad<sup>25</sup> como lo es la fijación del domicilio. La regla general al cambiar la residencia uno de los padres, consiste en contar con el consentimiento, ya sea expreso o tácito, del otro progenitor **tomándose la decisión**

---

<sup>23</sup> La regulación por el régimen general del Código Civil vendría por el art. 94, que contiene la misma regulación material que el derecho foral valenciano en este sentido.

<sup>24</sup> Véase la STS 642/2012, de 26 de octubre.

<sup>25</sup> Ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

**de mutuo acuerdo**, por el art. 156 CC, y que en caso de desacuerdo, tendría que decidirlo el juez valorando si resulta conveniente para el interés de los hijos menores de edad el cambio de residencia en cuestión. El cambio de residencia de un progenitor no puede perjudicar al otro, sobre todo en lo concerniente a las relaciones del menor con éste.

Teniendo en cuenta que Santiago no ha prestado su consentimiento, sino que se muestra en contra de que Pilar cambie su residencia a Estocolmo con intención de vivir con los dos hijos, será el juez el que tenga que resolver esta cuestión y determinar si hay o no cambio de residencia. Ya hemos comentado el derecho a determinar libremente la residencia del art. 19 CE pero una vez más, no es este el problema sino en lo que concierne a la residencia de los hijos menores que ello conlleva, junto con el cambio en el entorno social.

### **3.1. POSIBILIDAD DE RESIDENCIA DE PILAR EN BARCELONA**

En el caso de que continúen Pilar y Santiago, tal y como están ahora, viviendo ambos en la misma ciudad, Barcelona y en viviendas cercanas, **teniendo en cuenta sus horarios de trabajo y disponibilidad habría que establecer un horario adaptado a estas circunstancias** y que además fuese beneficioso para los menores en el sentido de **dar continuidad** a su educación y relaciones con ambos padres.

Así, podría resultar un régimen de visitas en el que los hijos residan con Pilar de forma habitual y pasen los fines de semana con el progenitor no custodio, Santiago, la cual es una solución muy habitual en la jurisprudencia. Podría incluso dedicarse una pernocta por semana con el progenitor no custodio, dada la cercanía y proximidad de las viviendas de los progenitores, a convenir entre éstos en función de sus horarios y disponibilidad. Los períodos vacacionales y puentes serían distribuidos por mitad, como puede ser el caso de Navidad o Semana Santa. Todo ello habría de valorarlo propiamente el juez, pues se trata de una solución que varía en gran medida al consultar la jurisprudencia. No existe una única solución correcta.

Una opción diferente que gozaría de la ventaja de la continuidad de relaciones con ambos padres sería la fijación del régimen de visitas estableciendo un horario personalizado que pudieran pactar Pilar y Santiago en el que cada día vieran ciertas horas a cada progenitor distribuyendo comidas, tardes o pernoctas. Todo ello lo habría de fijar el juez en base a los criterios del art. 5.3 de la ley valenciana.

#### **3.1.1. Qué acontecería si Pilar cambia su residencia a Estocolmo con los hijos, después de haberse fijado el régimen de visitas en el que ambos progenitores residían en Barcelona.**

Dejando a un lado esta posibilidad, podemos considerar otro **escenario hipotético**: Habría un problema en caso de que, si después de que el juez en España, en el seno del presente procedimiento iniciado por la demanda de divorcio de Pilar comentado en la descripción del supuesto, dicte su sentencia, y Pilar, cuya residencia había fijado en Barcelona al igual que Santiago, cambie su residencia a Estocolmo junto con sus hijos. El régimen de visitas establecido debería revisarse.

Estamos ante el caso de que el juez haya determinado la custodia exclusiva junto con un régimen de visitas del cual sea titular del derecho de visitas Santiago y que Pilar tenga el derecho de custodia de los hijos que le permita establecer el cambio de residencia.

El régimen de visitas que hubiera fijado la sentencia en España quedaría obstaculizado y tendría que acudirse una vez más al juez<sup>26</sup> para que resolviese esta cuestión.

Santiago querría, ante esta situación, evitar que esta circunstancia dificulte su relación con Ricardo y Sonia.

Por un lado, por tanto, hay que intentar que el régimen de visitas contribuya a que los hijos tengan relación con ambos padres y por otro lado, al mismo tiempo, es necesario ponderar el reparto de cargas de tal forma que los progenitores Pilar y Santiago sufragan de forma adecuada, equilibrada y proporcionada según su capacidad económica, los costes de traslado. Todo ello de forma flexible teniendo en cuenta sus circunstancias personales, disponibilidad laboral en cuanto al horario y aspectos semejantes.

**En definitiva, en caso de que suceda un posterior traslado de Pilar a Estocolmo, una vez fijado el régimen de visitas, Santiago podría interponer una demanda de modificación de las medidas paternofiliales, motivada por dicho cambio de residencia<sup>27</sup>.**

No obstante **ya no nos encontramos ante un caso puramente interno** donde todo sucede dentro de las fronteras españolas sino que tenemos un elemento internacional, con la nueva residencia de la madre y de los menores en Estocolmo, Suecia. Analizaremos a continuación la competencia judicial de este posible procedimiento.

Para Santiago esto sería muy gravoso, con lo que acudiría al juez para modificar el régimen de visitas. No es lo mismo residir en la misma provincia que cambiar la residencia a otro país lejano sino que esto puede incluso desvirtuar el régimen de visitas ya que el tiempo que conlleva el trayecto de ida y vuelta puede llegar a disminuir de forma considerable el tiempo que tenga atribuido de visita como puede ser un fin de semana. Por ello, debería adecuarse el régimen a las circunstancias nuevas que se hubieran producido y por ejemplo optar por una solución que agrupase más días, teniendo en cuenta el tiempo de trayecto que conlleva que progenitor e hijos puedan llegar a verse debido a la distancia de domicilios parentales.

Para plantear este procedimiento habría que tener en cuenta las normas internacionales porque al estar el menor residiendo en Suecia, salimos del ámbito interno y de la legislación española interna.

**El Reglamento 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<sup>28</sup>, se aplica a las materias civiles**

---

<sup>26</sup> Véase la STS 664/2015, de 19 de noviembre.

<sup>27</sup> El traslado de residencia a otro país ha sido realizado legalmente, pues si fuese de forma ilegal habría que acudir a las relativas a la sustracción de menores.

<sup>28</sup> Por el que se deroga desde el 1 de marzo de 2005 al Reglamento (CE) 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 (Bruselas II). (FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado*, 8ª ed. Civitas-Thomson Reuters [Pamplona, 2015], p. 409).

relativas al divorcio y a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental como el derecho de custodia y derecho de visita (art. 1 del Reglamento 2201/2003).

Siguiendo lo que se entiende a efectos del reglamento, por derechos de custodia (art. 2.9): “*entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia*”.

La regla general para plantear este procedimiento, sería la que contempla artículo 8. La competencia general, basada en la imperativa protección del niño menor de edad, vendría dada a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que reside habitualmente<sup>29</sup> el menor de edad en el momento en el que se presenta el asunto, sobre el cual se discuten los aspectos de responsabilidad parental. Por tanto, **serían competentes los tribunales de Suecia**, pero a ello hay una **excepción** que veremos a continuación y que beneficiaría a Santiago.

Este reglamento otorgaría un privilegio Santiago ya que en su artículo 9<sup>30</sup> recoge la competencia prolongada de los tribunales del país de la antigua residencia habitual del menor, es decir, de los tribunales españoles, para modificar la resolución judicial sobre el derecho de visita, al continuar Santiago residiendo en España (concretamente, en Barcelona) lo cual es una manifestación del principio de proximidad. Dispone de un plazo temporal de 3 meses desde el cambio de residencia. Solamente se discutiría sobre la articulación del derecho de visita a la luz de las nuevas circunstancias.

Voluntariamente el padre, Santiago, titular del derecho de visita, podría desistir de este privilegio del art. 9 y hacer uso de la regla general del art. 8 que fija la competencia en la residencia habitual del menor que sería en este caso Suecia.

### **3.2. POSIBILIDAD DE RESIDENCIA DE PILAR EN ESTOCOLMO**

Si en este sentido el juez se muestra favorable a que Pilar pueda trasladarse junto con Sonia y Ricardo a Estocolmo, el régimen de comunicación y de visitas con Santiago habrá que fijarse de acuerdo con estas circunstancias específicas<sup>31</sup>.

Dado que esta situación implica un desplazamiento a larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes y detallar o fijar un régimen y una serie de medidas.

Podría fijarse un régimen por el cual, conviviendo los menores con Pilar en Estocolmo, éstos visitasen a su padre Santiago en Barcelona **por fines de semana**

---

<sup>29</sup> Uno de los requisitos es que el menor haya fijado su residencia habitual en ese nuevo país, puesto que en caso de que aun mantenga su residencia habitual, después de tres meses, seguirían siendo competentes los tribunales españoles en virtud del art. 8.

<sup>30</sup> Es una de las excepciones al art. 8, que “opera a favor de la competencia prolongada de los tribunales del Estado miembro de la residencia anterior de menor”. Este supuesto especial no se contempla el Convenio de la Haya de 1996. (FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado*, 8ª ed. Civitas-Thomson Reuters [Pamplona, 2015], p. 350)

<sup>31</sup> Véase la STS 289/2014 de 25 de mayo: “Para el reparto de cargas derivada de los desplazamientos para ejercitar el régimen de visitas de los hijos menores, deben ponderarse los factores e informes psicosociales existentes, la situación económica de los progenitores y cuantos factores puedan repercutir en el sostenimiento de esa carga”.



**alternos.** Hay que tener en cuenta que el trayecto entre Barcelona y Estocolmo es muy largo y dependiendo del trayecto planteado puede llegar a desvirtuar el régimen de visitas, debido a la lejanía y el tiempo del viaje, en el caso de visita de un fin de semana. Podría incluso sopesarse si resultaría una mejor solución agruparse algunos días en los que tenga derecho de visita para poder estar con los hijos durante una semana, por ejemplo. Los períodos vacacionales y puentes podrían ser distribuidos a criterio del juez, por mitad, como puede ser el caso de Navidad o Semana Santa.

El traslado de residencia de Pilar con los hijos ocasiona un claro perjuicio a Santiago que se ha mostrado en contra de esta decisión y por esta razón, no debería satisfacer él los gastos de desplazamiento a Estocolmo ocasionados por el régimen de visitas, sino Pilar. Suponemos que en Estocolmo Pilar buscaría trabajo, lo cual le proporcionaría los medios suficientes para poder permitirse sufragar estos gastos además de su subsistencia en dicho país.

Para ello, debería siempre al menos uno de los progenitores<sup>32</sup> viajar con los menores.

En la sentencia 289/2012, de 26 de mayo, del Tribunal Supremo, se fija la doctrina para determinar **quién es el progenitor obligado a trasladar y retornar al menor** del domicilio de cada uno de los progenitores. En primer lugar se debe atender al acuerdo entre las partes, siempre que éste no viole el interés del menor. 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”.

Podría establecerse que el padre viajaría hasta el domicilio de los menores para recogerlos en Estocolmo y que la madre viajaría hasta Barcelona para recogerlos en su domicilio y trasladarse con ellos de vuelta. Todo ello como hemos comentado, el importe de los traslados a cargo de Pilar. No obstante, Ninguno de los padres podrá oponerse a

---

<sup>32</sup> En la STS 664/2015, de 19 de noviembre, se establece un régimen de visitas en el que un progenitor reside en Valencia y el otro progenitor cambia su residencia a Sevilla, y establece dicha resolución judicial que no tendrá el padre la obligación de recoger y entregar a la hija sino que “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”, reiterando la doctrina jurisprudencial establecida por la STS 289/2012, de 26 de mayo. De todas formas no es totalmente aplicable a nuestro caso ya que el desplazamiento que aquí se produce no es nacional sino al extranjero y no existe un gran número de resoluciones que versen sobre esta cuestión particular y la respuesta judicial habrá de ser específica al caso concreto.

que el menor pueda viajar sólo, cuando sus condiciones lo permitan y exista un sistema que garantice su seguridad<sup>33</sup>.

El progenitor que no se encuentre con los menores puede comunicarse con ellos diariamente o con la periodicidad que estime oportuna, por vía telefónica, email o video llamada.

### **3.2.1. Santiago puede intentar una vez más, vía judicial, atacar el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de Pilar ya decretado por sentencia.**

Santiago sabemos que actualmente se opone a que su hija Sonia de 10 años trabaje y de que como consecuencia esto le quite tiempo de su estudio, de su desarrollo normal de la infancia, de los estudios de primaria o de diversión propio de los niños de su edad, así como tiempo cerca de su familia originaria de España. Teniendo en cuenta esto, hay que contemplar la **posibilidad que tiene Santiago de iniciar un nuevo procedimiento judicial para discutir la residencia de menor**, y modificar los términos en los que se haya dictado la sentencia en España que, como comentamos, haya otorgado la custodia exclusiva a Pilar, el régimen de visitas a Santiago y la posibilidad de trasladar la residencia de Pilar a Estocolmo junto con Ricardo y Sonia.

Como ya hemos explicado previamente, resultaría de aplicación el Reglamento 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 (arts. 1, y 2.9).

Pues bien, la sentencia sobre responsabilidad parental no tiene efecto de cosa juzgada material, solo de cosa juzgada formal. Es decir, **a la vista de nuevas circunstancias**, como puede ser el cambio de residencia a un país lejano, se trastoca el contexto natural del desarrollo del niño (idioma, costumbres, horario, idiosincrasia) y **se puede plantear un nuevo procedimiento**.

Ello viene propiciado por el art. 1.1.b) del Reglamento 2201/2003: El ejercicio de la responsabilidad parental por parte de la madre, Pilar, es lo que pretende atacar Santiago por vía judicial.

A continuación **analizaremos la competencia** de este procedimiento. Para promover un litigio acerca de esta cuestión, debemos consultar la normativa de derecho internacional privado para saber que tribunales resultan competentes. Siguiendo el **Reglamento 2201/2003**, concretamente la norma general establecida por el art. 8. Según dicho precepto, para dar protección al menor, son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que reside habitualmente el menor de edad en el momento en el que se presenta el asunto. Es decir, resultarían competentes los órganos jurisdiccionales de Suecia para entender del asunto.

No obstante, este reglamento no contiene normas **sobre ley aplicable**. Es preciso acudir al **Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de**

---

<sup>33</sup> Véase la STS 536/2014 de 20 octubre.

**Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños**<sup>34</sup>. En lo que se refiere por tanto, a normas de ley aplicable, el Reglamento 2201/2003 no tiene normas al respecto<sup>35</sup> y las normas contenidas en este Convenio tienen efecto universal<sup>36</sup>.

Se trata de un convenio internacional que tiene por objeto la protección de menores y son parte del mismo tanto Suecia<sup>37</sup> como España<sup>38</sup>, los dos Estados implicados en esta situación, uno por ser la nacionalidad de las partes y otro por ser la residencia habitual de la madre y de los hijos.

En su artículo 1 se determina el ámbito de aplicación del Convenio. Vemos que éste tiene por objeto, dentro del ámbito que nos interesa, determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental<sup>39</sup> (art. 1.c)).

También es aplicable desde la perspectiva de los sujetos ya que, de acuerdo con el art. 2, el Convenio se aplica a los niños desde su nacimiento hasta que alcancen los dieciocho años, y Sonia tiene 10 años.

En base a esta norma se cuestionan las medidas relativas a “*la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación*” (art. 3.a), que Santiago pretende cuestionar ya que no quiere que Sonia trabaje y resida en Estocolmo con su madre.

La norma relativa a determinar la ley aplicable cuando la controversia ha surgido por un procedimiento judicial, no *ex lege*, la contiene el art. 15 del Convenio. La ley aplicable será la *lex fori in foro proprio*, es decir, las autoridades de cada Estado contratante **aplica su propia ley**, su propio ordenamiento jurídico. Esta regla se basa en el principio de proximidad y en el beneficio para el interés superior del menor. Así se da una justicia de mayor calidad, puesto que son órganos judiciales aplicando derecho propio, y más barata ya que no es necesario desplazarse.

En definitiva, depende de la ley vigente en Suecia que rige para la responsabilidad parental. Este juez sueco encargado de dirimir la controversia ponderaría de acuerdo con su normativa la cuestión. Como sabemos, Suecia goza de un Estado de bienestar nórdico en el cual la familia es uno de los pilares fundamentales y uno de sus objetivos es el

---

<sup>34</sup> Que sustituye al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores (art. 51 del Convenio de 1996).

<sup>35</sup> El art. 8 del Reglamento 2201/2003 está en vigor junto con el Convenio de 1996 pero en las materias que coincidan como CJI, se aplica el Reglamento.

<sup>36</sup> Artículo 20 del Convenio: “*Las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante*”.

<sup>37</sup> Suecia manifestó su consentimiento mediante ratificación en fecha 06/09/2010 y con entrada en vigor a partir del 01/01/2011.

<sup>38</sup> España manifestó su consentimiento mediante ratificación en fecha 06/09/2010 y con entrada en vigor del Convenio a partir del 01/01/2011.

<sup>39</sup> El art. 1.2 define que se entiende por responsabilidad parental a los fines del Convenio. Ésta comprende “*la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*”.

reparto equitativo de los cuidados de los hijos entre ambos progenitores atribuyendo en un ámbito de igualdad las medidas y responsabilidades familiares y laborales.

### **3.3. RÉGIMEN DE VISITAS DE ABUELOS Y OTROS FAMILIARES**

Por último, en cuanto al régimen de visita debemos comentar que existe el derecho de los menores de relacionarse con abuelos y otros familiares<sup>40</sup>, y se trata de una **posibilidad que podría fijar el juez**. Es más posible que se determine en caso de conflicto familiar con algunos parientes puesto que son los propios familiares los que pueden reclamar disponer de ciertas visitas con los menores en cuestión.

Siguiendo una vez más el interés superior del menor, se trata aquí de fomentar que éstos continúen tras el divorcio de los progenitores, dentro del entorno familiar, manteniendo la compañía y comunicación con abuelos, tíos o primos u otros familiares, durante determinados períodos de tiempo. Este régimen de visitas se considera beneficioso para los menores en cuanto a que les permita cubrir necesidades de educación y afecto dentro de su desarrollo.

El legislador no puede dejar de lado el resto de relaciones familiares, además de las paternofiliales. Así, en la exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se expone como los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, principal en nuestra sociedad. Por esta razón los poderes públicos han de proteger al menor y a la familia<sup>41</sup> y se pretende mantener o asegurar “un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor” para contribuir al desarrollo del menor.

Dentro del derecho foral valenciano, ley aplicable a la crisis matrimonial del presente caso, el artículo 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana recoge también que **el menor tiene derecho a mantener relación con hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados**.

**No consiste en fijar un régimen de visitas** tal que llegue a reducir el tiempo de estancia con el progenitor que no tiene la custodia exclusiva, **sino permitir la relación de los menores con sus familiares** en función de los criterios del art. 5.3 de la ley 5/2011 como la edad del menor u otros convenientes como el grado de relación con estos familiares, su vinculación afectiva, posibles conflictos entre éstos y sus padres o cercanía geográfica. Pero siempre y cuando se tenga presente que no están en un plano de igualdad con respecto a las relaciones entre padres e hijos.

---

<sup>40</sup> Art. 160.2. CC: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

<sup>41</sup> En cumplimiento del art. 39 CE.

## 4.- PENSIONES Y GASTOS

### 4.1. DERECHO APLICABLE

Tal y como se expuso y se argumentó en el apartado 2.1 del presente informe, resulta de aplicación el Derecho Civil Foral Valenciano, por las mismas razones. En esta materia continuamos dentro del ámbito de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Sin embargo ésta solamente contiene disposiciones acerca de la distribución de los **gastos ordinarios y extraordinarios** en su artículo 7.

Por tanto, en lo referente a la **pensión de alimentos** y la **pensión compensatoria**, es aplicable el Código Civil, como derecho supletorio<sup>42</sup> ya que no hay normas de derecho foral que resuelvan estas cuestiones.

### 4.2. PENSIÓN DE ALIMENTOS

#### **4.2.1. Delimitación conceptual**

Es preciso dejar claro en primer lugar esta figura jurídica compleja, antes de entrar a su fijación concreta para el caso. Como hemos comentado son de aplicación los preceptos contenidos en el Código Civil referidos a los alimentos, concretamente los artículos 142 y siguientes.

Recordamos, antes de comenzar el análisis del presente caso, que la prestación de alimentos comprende “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, (...) la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*” (art. 142 CC). Se trata de una obligación recíproca entre parientes que se basa en la solidaridad familiar y en la necesidad<sup>43</sup>, en la que están obligados los cónyuges, ascendientes y descendientes entre sí (art. 143 CC). Éstos están obligados a darse alimentos amplios, que consiste en la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida<sup>44</sup>.

Hay otro tipo de alimentos, los denominados alimentos restringidos que consisten en los auxilios imprescindibles, de forma estricta, para proporcionar el nivel mínimo

---

<sup>42</sup> Artículo 13 CC y Disposición final segunda de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

<sup>43</sup> La pensión de alimentos responde a una “situación de necesidad para su propio sustento, que es aspecto de orden público” y por tanto puede decretarla el juez de oficio, a diferencia de la pensión compensatoria por desequilibrio (HIDALGO GARCÍA, S., *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio*, Tecnos [Madrid, 1995], p. 19).

<sup>44</sup> “No al nivel mínimo aceptable, sino al tenor que pidan las circunstancias del caso” (ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013], p. 16)

aceptable. Se encuentran obligados a prestar alimentos restringidos los hermanos de sangre y adoptivos<sup>45</sup>.

Hay dos sujetos: el deudor de los alimentos frente al alimentista o acreedor, que percibe los alimentos. Si la obligación recae sobre dos o más sujetos, el pago de la pensión de alimentos se reparte entre ambos<sup>46</sup> en proporción a los medios que dispongan.

La pensión de alimentos no ha sido solicitada en la demanda de divorcio sin embargo ésta puede ser decretada de oficio por el juez, a diferencia de la pensión compensatoria<sup>47</sup> como veremos más adelante.

Para su determinación rige el **principio de proporcionalidad** a la hora de fijar la cuantía de los alimentos. Ésta ha de ser proporcionada a los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe<sup>48</sup> (art. 146 CC) para que así los hijos puedan disfrutar de la calidad de vida similar al de los padres.

El fundamento principal de la pensión de alimentos es la necesidad de los alimentistas (art. 148 CC), lo cual ha de ser objeto de prueba.

Los alimentos habrán de ser abonados a los alimentistas desde la fecha en que se interpone la demanda (art. 148 CC), cuyo pago se realiza por meses anticipados.

#### 4.2.2. Análisis y fijación de la pensión de alimentos.

En los procesos de divorcio la jurisprudencia suele pronunciarse acerca de la procedencia de la pensión de alimentos a los hijos menores de edad de oficio, aunque nadie lo haya pedido. En este caso es lo que ha sucedido, no ha sido objeto de la pretensión de ninguna de las partes, pero resulta que este tipo de medidas es independiente de la voluntad<sup>49</sup> de las mismas.

Procedemos al análisis y fijación de la oportuna pensión de alimentos<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Aunque lo sean solo de padre o de madre.

<sup>46</sup> Es una obligación parciaria, no solidaria (MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 3ª ed. Colex [Madrid, 2011], p.45).

<sup>47</sup> La **pensión compensatoria** (art. 97 CC) tiene una finalidad de reparar o corregir un desequilibrio o situación injusta que causa el divorcio compensando al cónyuge perjudicado pero la alimenticia surge por la necesidad de un familiar en la que se contribuye a proporcionarle todo aquello que sea indispensable para el sustento. Es posible renunciar a la pensión compensatoria pero no a la de alimentos. La pensión compensatoria ha de ser solicitada por el cónyuge mientras que la de alimentos puede ser decretada de oficio por el juez.

<sup>48</sup> “Partiendo, en suma, de la dependencia característica del menor, habrán de ser ponderadas las carencias o exigencias que cada hijo en particular presente”. (CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio* (art. 93 cc), Thomson Reuters-Aranzadi [Cizur Menor, 2010], p.30).

<sup>49</sup> En este tipo de procesos se da una acumulación de pretensiones y de procesos: “La supresión de la autonomía de la voluntad de las partes lleva a que el juez tenga que pronunciarse sobre las correspondientes medidas definitivas, lo que supone una suerte de acumulación impuesta”. (MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, 1ª ed. Tirant lo Blanch [Valencia, 2003], p. 3511).

<sup>50</sup> La distribución de los gastos ordinarios y extraordinarios de los menores entre los progenitores no es óbice a la fijación de una prestación de alimentos, tal y como se da en la práctica jurisprudencial como en la STS 52/2015, de 16 de febrero.

Concretaremos en primer lugar los sujetos de la obligación de alimentos del presente caso.

Los **alimentistas** serían los hijos, dándose por tanto una pluralidad de alimentistas. Entendemos que la oportuna pensión de alimentos sería **a favor de los hijos** del matrimonio, Ricardo y Sonia. Éstos carecen de medios con los que atender sus necesidades ya que no tienen rentas ni la edad suficiente para poder realizar un trabajo que se los proporcione (no obstante, la problemática que surge por los ingresos percibidos por Sonia cuando trabaja como modelo la trataremos a continuación).

No habría lugar a una pensión de alimentos a favor de Pilar o Santiago ya que el divorcio rompe el vínculo matrimonial, base de la obligación de alimentos (art. 143 CC) con lo que ha de acudir por la vía de la pensión compensatoria como veremos en el apartado 3.4 del presente informe.

Los sujetos que podrían ser alimentantes son los progenitores, Pilar y Santiago pero para saber si ambos satisfarán la pensión de alimentos o solo uno de ellos, debemos atender a su capacidad económica.

El **deudor de los alimentos o alimentante** consideramos que debería ser **Santiago**, padre de los menores, en base a la mayor proporción de ingresos que este percibe respecto de la madre de los alimentistas, para que éstos puedan disfrutar del mismo nivel de vida de sus progenitores.

No consideramos que Pilar tenga suficientes medios para hacer frente a la obligación sobre todo teniendo en cuenta que ya participa en parte, satisfaciendo los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos, como veremos posteriormente. Pilar ha dejado de trabajar<sup>51</sup> en el momento en el que contrajo matrimonio con Santiago y como tal, dejó de percibir ingresos por este concepto. Actualmente Pilar percibe una renta de arrendamiento de un bien inmueble por la cantidad de 500 euros mensuales, que consideramos que son precisos para atender sus propias necesidades.

Entre las causas de cese de la obligación de dar alimentos destacamos aquella que tiene lugar cuando el alimentista se encuentre en condiciones de poder ejercer un oficio, profesión o industria o ya no sea necesaria la pensión para su subsistencia, entonces cesaría la obligación de dar alimentos (art. 152.3 CC).

El juez tendrá en cuenta que Sonia aun siendo menor de edad trabaja como modelo infantil. En la STS de 24 de octubre de 2008, el alto tribunal dispone que cuando el menor tenga ingresos propios y que sean de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades puede suspenderse la percepción de la pensión de alimentos<sup>52</sup>. Sin embargo, dados los gastos de subsistencia que conlleva Sonia habría realmente que hacer una ponderación de los mismos respecto de la renta que obtiene en dicho trabajo para ver si efectivamente puede cubrir completamente sus necesidades, pero en principio

---

<sup>51</sup> No consideramos que aunque tenga capacidad de trabajar, habría que computar los ingresos que podría obtener si trabajase, puesto que “no hay deber jurídico de trabajar para poder proporcionar alimentos. Sólo se tienen que proporcionar si se posee caudal o medios o fortuna” (ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013] p.23)

<sup>52</sup> “La percepción de alimentos por los hijos menores de sus padres puede suspenderse cuando el menor tiene ingresos propios de entidad suficiente para subvenir completamente a sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación (STS 24 octubre 2008, dictada en un proceso de divorcio)” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. 3ª ed. Aranzadi [Navarra, 2009]).

entendemos que no por falta de datos. Habría que comparar lo percibido como modelo con los recursos necesarios para su educación (el curso de educación primaria asciende a 275 euros al año, realiza actividades extraescolares por 120 euros al mes, acude a cursos de inglés en verano por 2.000 euros), alimentación, habitación, vestido, asistencia médica... etc. En el caso de Ricardo esto no se produce esta cuestión ya que, como sabemos, no percibe ingresos.

**En definitiva, consideramos que es procedente la fijación de una prestación de alimentos por parte de Santiago como progenitor de Ricardo y Sonia, alimentistas.**

A continuación trataremos la **fijación** de la pensión de alimentos. El juez<sup>53</sup> habrá de fijar concretamente y de forma detallada y precisa las cuestiones relativas al cumplimiento de esta prestación<sup>54</sup>: periodicidad de pago, forma de pago, cuantía, fechas, etc.

Entendemos que lo más aconsejable resultaría fijar una cuantía determinada como pensión a satisfacer por el padre que deberá hacer efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante el ingreso en la cuenta bancaria que a tal efecto se designe y como en la mayor parte de pensiones de este tipo, actualizándose anualmente el 10 de enero de cada año, en base al Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística. La cuantía podría ser de 800 euros realizando una estimación<sup>55</sup> teniendo en cuenta los ingresos de los progenitores y el número de hijos. Sin embargo, existe cierta imprevisibilidad de la respuesta judicial sobre la cuantía ya que ésta puede variar en función de la apreciación del juez en el caso concreto.

Señalamos también que por la 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, se ha previsto, en su disposición adicional única, la creación de un fondo de garantía de pensiones por parte del Estado para garantizar el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de hijos e hijas menores de edad, ya sea por convenio o resolución judicial.

---

<sup>53</sup> “La apreciación de los correspondientes datos y determinación de la cuantía concreta en que la prestación se cifre, corresponde hacerla a los Tribunales que, a su prudente arbitrio, decidirán la cantidad a que ha de ascender”. (ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013] p.24)

<sup>54</sup> Entendemos que no ha lugar a la aplicación de la posibilidad del art. 149 CC por el cual el deudor alimentario podría satisfacer la prestación mediante la manutención en su casa de los alimentistas ya que tal y como explica el segundo párrafo de dicho precepto, solo es posible cuando esto no contradiga la resolución judicial que en este caso al resolver la custodia de los hijos ya entra en esta cuestión. Por tanto solo puede satisfacer la prestación mediante el pago de la cuantía oportuna de la pensión fijada.

<sup>55</sup> Mediante la página web del Poder Judicial que permite realizar estimaciones de cuantías de pensiones de alimentos por medio de una serie de tablas en función de los ingresos y gastos familiares contenido en: < [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo\\_de\\_pensiones\\_alimenticias](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo_de_pensiones_alimenticias) >



La suma determinada como cuantía de la prestación de alimentos es revisable<sup>56</sup> cuando se produzca un cambio en las circunstancias<sup>57</sup> particulares del caso.

Tanto si aumentan las necesidades como si disminuyen, por ejemplo si Ricardo y Sonia terminan sus estudios o sufren alguna enfermedad, lo cual altera considerablemente la situación de necesidad y los gastos que ello conlleva, la cuantía de la pensión de alimentos oscilará. También variará<sup>58</sup> la cuantía en el caso de que aumentan o disminuyan los medios del alimentante.

### **4.3. DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE LOS HIJOS**

Entre las medidas que ha de fijar el juez en la sentencia de divorcio, se encuentra la distribución de los gastos que conlleva el cuidado de los hijos, ya que tras la crisis matrimonial cesa la convivencia de los progenitores y ha de determinarse la contribución de éstos al sostenimiento de estas cargas.

Podrían, como en la mayoría de medidas que se adoptan en este tipo de procesos, ponerse de acuerdo Pilar y Santiago y establecer la contribución que según ellos sea adecuada, a los gastos de los hijos, mediante una lista pormenorizada o detallada, o una lista abierta considerando en cada caso el tipo de gasto de que se trataría. Esto consideramos que no ha sucedido, dada la información proporcionada por el supuesto. Será el juez quien determine la contribución de éstos a satisfacer tales gastos.

En la ley valenciana que rige en este caso, la ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, contiene en su artículo tercero una definición de los gastos:

- ✚ Gastos ordinarios<sup>59</sup>, son aquellos que los hijos necesitan de forma habitual durante el año, cuyo devengo es previsible en ese período. Esta categoría de gastos comprende siempre la alimentación, vestido, educación y por demás conceptos que pacten los padres como tal o que sean consolidados antes de cesar su convivencia.
- ✚ Gastos extraordinarios<sup>60</sup> son aquellos que pueden surgir de forma excepcional. Se contemplan aquí por ejemplo los gastos de educación no cubiertos por el

---

<sup>56</sup> “La cuantía fijada es susceptible de revisión tantas veces como se alteren las necesidades del alimentista o las posibilidades del alimentante, salvo la cuantía de los alimentos restringidos, que si ya cubrían el mínimo vital no puede pedirse que aumente por aumento de medios del alimentante” (ALBALADEJO, M., Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013], p. 24).

<sup>57</sup> El art. 91 CC establece que las medidas adoptadas por las sentencias de divorcio se podrán modificar o revisar cuando se alteren de forma sustancial las circunstancias del caso.

<sup>58</sup> “La variación puede llegar a desembocar, si el cambio de circunstancias lo justifica, en la desaparición de la obligación de alimentos, por no precisarlos el alimentista o no tener medios para prestarlos el alimentante” MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 3ª ed. Colex [Madrid, 2011], p.47.

<sup>59</sup> “Por regla general, la inclusión en la categoría de gastos ordinarios vendrá facilitada por la concurrencia de dos notas: previsibilidad y periodicidad del gasto.” (CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio* (art. 93 cc), Thomson Reuters-Aranzadi [Cizur Menor, 2010], p.122).

<sup>60</sup> Se señala en la STS 579/2014 de 15 de octubre de 2014 que los gastos extraordinarios son aquellos que no se pueden prever, tales como actividades extraescolares y gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad

sistema educativo y de salud no cubiertos por la Seguridad Social u otro tipo de mutualidades.

En el artículo 7 de la misma ley, se regula la distribución de los gastos. En defecto de pacto, como es el presente caso, el juez debe determinar<sup>61</sup> el reparto de **gastos ordinarios** a satisfacer por parte de los progenitores, en función de los recursos económicos de los que éstos dispongan y de las necesidades de los hijos.

En cuanto a los **gastos extraordinarios**<sup>62</sup>, el mismo precepto indica que, también ante la falta de pacto, el juez tiene que decidir quién los debe soportar y en qué proporción, independientemente de qué padre los haya pagado y del régimen de convivencia que se haya determinado. Específicamente en cuanto a los gastos de educación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud que no cubra la Seguridad Social, han de ser satisfechos obligatoriamente por ambos progenitores, no por uno solo de ellos, en la proporción determinada por el juez.

Se trata por tanto de intentar distribuir la carga entre los padres en función de su capacidad económica.

Por eso vamos a hacer una estimación de distribución de gastos que podría establecer el juez.

- a) La distribución de los **gastos ordinarios** debería hacerse a nuestro juicio de tal manera que ambos progenitores puedan contribuir de forma equitativa<sup>63</sup>: le corresponderían **a Santiago satisfacer la mitad de los gastos ordinarios y a Pilar la otra mitad**. No obstante, podría ser diferente y fijarse una distribución de satisfacción de los gastos **en mayor proporción para Santiago**, puesto que Pilar convive con ellos y percibe, actualmente, menores ingresos que aquel.
- b) Los **gastos extraordinarios** que en relación a los hijos puedan producirse deberían, a nuestro criterio, como posibilidad de distribución por parte del juez, ser satisfechos en mayor medida por el padre, Santiago. Así, podría fijarse la contribución a los gastos extraordinarios **de forma íntegra por Santiago**. Esta desproporción se justifica teniendo en cuenta la situación laboral de ambos y los ingresos percibidos, puesto que Santiago percibe, como sabemos por la información que se nos ha proporcionado, considerablemente una mayor renta que Pilar (5.500 euros percibe él como rentas del trabajo mientras que Pilar solo percibe una renta de 500 euros fruto de un arrendamiento inmueble) y debemos tener en cuenta que con esa baja cantidad de renta, Pilar ya se encuentra

---

Social o seguros privados sanitarios correspondientes; por lo tanto, no son gastos extraordinarios los libros, matrículas y material escolar, pues son gastos perfectamente previsibles que deberán ser atendidos con el importe de la pensión alimenticia. Además dentro de los gastos extraordinarios.

<sup>61</sup> En la misma sentencia de divorcio en la que se determinan las medidas paterno-filiales, pues, de conformidad con el art. 545 LEC, es competente el juzgado que conoció el divorcio a la hora de determinar o reclamar la distribución de los gastos.

<sup>62</sup> Deben ser necesarios, aunque inhabituales o imprevisibles. No se producen con periodicidad y surgen de sucesos de difícil previsión. (ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil : (la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Reglamento Bruselas 2201/2003/CE, ...)* 4ª ed Aranzadi-Thomson [Cizur Menor, 2006] p.495).

<sup>63</sup> En base al reparto equitativo de cargas, de los artículos 90 y 91 CC.

contribuyendo a los gastos ordinarios. Esto podría revisarse en caso de que, por ejemplo, Pilar se incorporase al mundo laboral percibiendo un salario.

Personalmente optamos por esta solución a la hora de distribuir los gastos en base a, fundamentalmente, dos criterios preponderantes. Por una parte se trata de asegurar que **ambos padres contribuyan a satisfacer los gastos** ordinarios y los extraordinarios y a la vez que resulten ponderados en base a la regla de la **proporcionalidad de sus ingresos** ya comentada.

No obstante debemos tener en cuenta que es una mera estimación ya que es un aspecto de alta variabilidad, siendo meramente orientativo. Múltiples opciones y variaciones se dan en la jurisprudencia, habría que ver efectivamente la fijación por el juez concreto del caso.

El apartado cuarto del art. 7 de la ley 5/2011 determina qué ha de tenerse en cuenta el régimen de convivencia establecido a la hora de concretar la satisfacción de los gastos. Ello habrá de ser ponderado por el juez en función del tipo de custodia que haya determinado.

La distribución de los gastos es también revisable, en caso de que las circunstancias sean alteradas de forma sustancial.

La mayor parte de la jurisprudencia observada fija una distribución como la comentada, en base a un porcentaje del total de gastos ordinarios y extraordinarios, en vez de especificar una lista de gastos y su consideración como ordinarios o extraordinarios.

Una de las dificultades originadas por esta fijación del juez es determinar en cada caso concreto, cuando se producen o tienen lugar gastos específicos, si es ordinario o extraordinario. No existe una lista cerrada ni que clasifique de forma clara los gastos. Se va fijando mediante la jurisprudencia y doctrina aunque debemos tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico no rige la doctrina del precedente como en el sistema del Common Law y por tanto no vincula a la hora de decidir, aunque siempre resulta muy recomendable fijarse en la jurisprudencia emitida por los tribunales.

Es conveniente comentar que, una vez que el juez fije mediante la sentencia la distribución de los gastos, cuando uno de los progenitores, pongamos por caso, Pilar abone la cuantía de un gasto que no le corresponde, deberá reclamar el porcentaje que le corresponde a Santiago. Santiago podría estar conforme y abonar la cuantía monetaria o cuestionar el concepto del gasto<sup>64</sup>, como ordinario o extraordinario lo cual determinaría una variación en su contribución. Si está clara la clasificación del gasto, Pilar podría iniciar un procedimiento de ejecución.

Por ejemplo, el importe de las actividades extraescolares<sup>65</sup> de cada hijo es de 120 euros al mes que se comenta en el enunciado del supuesto, con la distribución que hemos recomendado debería ser satisfecho a razón de 60 euros por cada progenitor ya que

---

<sup>64</sup> Por el art. 776.4 LEC.

<sup>65</sup> Véase la STS 569/2014, de 14 de octubre: “En lo relativo a las actividades extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo, sólo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por los menores de común acuerdo por los progenitores, siendo, en caso contrario, asumido el coste de dicha actividades por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad”.

estaríamos hablando de un gasto ordinario<sup>66</sup>, pues es previsible y ha sido fruto de acuerdo entre ambos progenitores.

No obstante, el costoso curso de inmersión lingüística<sup>67</sup> al que acuden Sonia y Ricardo en Oxford que dura 3 semanas, cuyo precio es 2.000 euros cada uno, podría considerarse como gasto extraordinario y ser por tanto, satisfecho por Santiago. Esta es una de las razones por la cual hemos fijado la distribución de gastos extraordinarios íntegramente a Santiago para que resulte acorde con la proporcionalidad de renta que guarda respecto de Pilar quien, no se podría permitir con su escasa renta, mantener este tipo de gastos extraordinarios.

Recordamos que, como hemos comentado en apartados precedentes, en el caso hipotético de que el juez otorgue la custodia exclusiva a Pilar así como el traslado de residencia de ésta y los hijos a Estocolmo, el régimen de visitas debería ser adaptado a tales circunstancias. Así, en este caso concreto los gastos de traslado habrían ser objeto de fijación específica por el juez, saliéndose del criterio general por el cual serían gastos ordinarios<sup>68</sup> y que sea Pilar la que deba satisfacerlos íntegramente, dada la negativa por parte de Santiago y la lejanía entre países.

Nos encontramos ante una tarea compleja de delimitación de gastos, pero podemos concluir que podrían ser objeto de una **distribución de tal forma que los ordinarios los satisfagan ambos progenitores por mitad o con una proporción mayor a cargo de Santiago, y los extraordinarios sean satisfechos íntegramente por Santiago.**

---

<sup>66</sup> Véase la SAP de Tarragona 435/2009, de 9 de diciembre que incluye como gasto ordinario los gastos de actividades extraescolares: “Se abonarán por mitad entre ambos progenitores, los gastos de matrícula, libros, ropa, en referencia al uniforme y chándal, y material escolar, de inicio de curso, criterio igualmente aplicable respecto a los gastos por actividades extraescolares y excursiones si bien en cuanto a estos últimos( excursiones y actividades extraescolares) serán a cargo de ambos padres, siempre que presten su consentimiento en la realización de las mismas, resolviendo el órgano judicial, en caso de discrepancia sobre la necesidad o conveniencia de llevarlas a cabo”.

<sup>67</sup> En la sentencia de 24 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Valencia o la Sección primera de la Audiencia Provincial de Huelva que mediante auto 29/2009 de 7 septiembre lo califica como extraordinario: “Por lo que se refiere al idioma extranjero, en un gastos extraordinario que debe complementar las clases que se imparten de inglés en el colegio, como medio de obtener una formación adecuada en dicha lengua extranjera, cuyo conocimiento es conveniente en una sociedad competitiva y globalizada como la que vivimos, por lo tanta parece adecuado calificar dicha actividad docente como necesaria dado el nivel de vida de que gozan los progenitores del menor y no como conveniente”.

<sup>68</sup> Véase la SAP de Sevilla número 481/2004, de 29 de octubre.

#### 4.4. PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria viene regulada en los arts. 97 y siguientes del Código Civil y como sabemos trata de equilibrar la situación económica de los cónyuges que ha tenido lugar tras el divorcio. Este derecho se fundamenta en que uno de los cónyuges no ha podido el ámbito laboral porque se ha dedicado a la familia, lo cual le sitúa en una posición desfavorable tras romper el vínculo matrimonial. En definitiva, uno de los cónyuges experimenta un empeoramiento durante el matrimonio, respecto de su situación anterior lo cual se traduce en un desequilibrio que ha de ser compensado mediante una ayuda económica.

El **desequilibrio económico** que da lugar al derecho de pensión compensatoria, enunciado por el art. 97 CC ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial<sup>69</sup>, puesto que el Código no contempla una definición concreta del mismo.

La STS 851/2014, recoge que estamos ante una prestación notoriamente alejada de la pensión de alimentos “en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad”, por lo que la percepción de ambas resulta **compatible**<sup>70</sup>. Por tanto, no ha de probarse la existencia de necesidad, sino que ha de probarse el empeoramiento de la situación económica, con respecto a la situación económica que disfrutaba durante el matrimonio y en relación con la situación del otro cónyuge<sup>71</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2014, se especifica que dicho desequilibrio debe existir cuando se produce la separación o divorcio y que es necesario acreditar por tanto, una vez que la crisis se ha producido. A partir de ese momento, los cónyuges se desvinculan.

Para ser concedida ha de ser precedida por solicitud expresa por el cónyuge en cuestión, lo cual ha sucedido en el presente caso puesto que Pilar la ha solicitado<sup>72</sup> en la demanda de divorcio.

Pues bien, podemos argumentar que **parece ser patente el desequilibrio económico sufrido por Pilar, que debe ser objeto de compensación** puesto que es el cónyuge más **desfavorecido por la ruptura** ya que ha sido la que más se ha dedicado al cuidado de la familia durante los años del matrimonio. Santiago dentro de su ocupación laboral como juez tiene poco tiempo para educar a sus hijos y disfrutar de su compañía en relación con Pilar, puesto que **ésta dejó su trabajo de secretaria** en el momento de contraer matrimonio con Santiago **para invertir su tiempo y dedicación al cuidado de la vivienda y de los hijos**. Se trata de una mujer volcada en la educación de sus hijos como hemos podido saber.

---

<sup>69</sup> En la STS 1226/2014, de 4 de diciembre, se fijó como jurisprudencia que: “La pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”.

<sup>70</sup> STS de 2 de diciembre de 1987, STS de 17 de julio de 2009.

<sup>71</sup> “Debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura”. STS 851/2014.

<sup>72</sup> Rige el principio dispositivo entre las partes a la hora de fijar la pensión compensatoria pero en este caso no se ha pactado y partimos de la falta de acuerdo entre ambos cónyuges.

Mientras tanto, Santiago trabaja como juez desde las nueve horas de la mañana hasta las siete de la tarde los días laborables y tiene un salario mensual de 5.500 euros netos. Su situación económica laboral es idéntica tanto antes como después de contraer matrimonio.

La situación de Pilar, anterior al matrimonio difiere notablemente de la que sufre en la actualidad puesto que percibía como sueldo 1.200 euros mensuales en su trabajo como secretaria y tras el vínculo matrimonial ha dejado de dedicarse a ello.

Con la pensión compensatoria se pretende conseguir que Pilar pueda situarse en igualdad respecto de Santiago en cuanto a oportunidades económicas y laborales, a las que hubiera podido acceder de no haberse dado las circunstancias del matrimonio. La pensión que fija el juez puede ser de forma temporal o indefinida, o en una prestación única (art. 97 CC). Será temporal en el caso de que en ese período temporal se pueda cumplir con la función reequilibradora<sup>73</sup>.

El juez en la sentencia determina todas las cuestiones relativas a la pensión (periodicidad, forma de pago, actualización, duración y cese) y para fijar la cuantía atenderá a:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante.

En cuanto a su fijación monetaria por parte del juez, el cálculo habrá de tener en cuenta los ingresos de Santiago (5.500 euros mensuales) así como las cargas hipotecarias (ambos son propietarios de una vivienda hipotecada así como de un apartamento en Valencia).

En definitiva, por las razones expuestas y en referencia a la solicitud presentada mediante la demanda de divorcio por parte de Pilar, consideramos que **sí que existe derecho a pensión compensatoria** a su favor.

Pilar habrá de tener en cuenta, en caso de concedérsele, que la pensión finaliza cuando cesa la causa que la motivó, o por contraer nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona (art. 101 CC).

---

<sup>73</sup> Fijada en la doctrina del Tribunal Supremo en la STS de 19 de enero de 2010, luego reiterada en STS de 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero de 2011, 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012.

Asimismo, Santiago debe tener presente, en caso de que se fije la pensión compensatoria a favor de Pilar, que el impago<sup>74</sup> puede suponer la comisión de un delito de abandono de familia<sup>75</sup> (art. 227 CP).

Es preciso tener en cuenta que esta medida puede ser modificada o revisada cuando se alteren de forma sustancial las circunstancias del caso<sup>76</sup> tanto de Santiago, el deudor de la misma como Pilar, como receptora. Si por ejemplo sucediese que Santiago ve reducido su patrimonio, podría reducirse la pensión compensatoria, pero siempre que dicha modificación sea de carácter notorio y de manera sustancial. También puede ser el caso de que mejore la situación laboral o económica de Pilar de forma sustancial. En este sentido, la jurisprudencia<sup>77</sup> reciente muestra que es posible modificar una pensión compensatoria que inicialmente haya sido determinada con carácter indefinido, a carácter temporal. Se pretende así que la pensión compensatoria se adecúe al cambio de las circunstancias concurrentes en base a acontecimientos ulteriores.

---

<sup>74</sup> Tanto de la pensión compensatoria como de la pensión por alimentos.

<sup>75</sup> Artículo 227.1 CP: *“El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en (...) resolución judicial en los supuestos de (...) divorcio o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”*.

<sup>76</sup> El artículo 100 CC dispone que una vez *“fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen”*.

<sup>77</sup> La función de la pensión es que el ex cónyuge pueda salvar el desequilibrio que sufre, no tendría sentido perpetuar esta prestación en caso de que el beneficiario ya obtenga ingresos habiéndose incorporado al trabajo. A este efecto, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 17 de octubre de 2008, la STS de 15 de junio de 2011 o la SAP de Asturias de 16 de junio de 2008.

## 5.- EMANCIPACIÓN DE RICARDO

### 5.1. DERECHO APLICABLE Y COMPETENCIA

#### 5.1.1. Vecindad civil y ley aplicable

Ya ha sido objeto de exposición previa la determinación de la vecindad civil<sup>78</sup> de Ricardo (vecindad civil valenciana), lo cual establece cual es la legislación aplicable. Siguiendo la vecindad civil valenciana debemos acudir a las disposiciones que se hayan desarrollado en esta materia dentro del Derecho Civil foral valenciano. Pero en la Comunidad Valenciana no hay una norma de Derecho Civil Foral sobre emancipación con lo que, teniendo en cuenta la regla del artículo 13 del Código Civil por la que éste es aplicable de forma directa y general a todo el territorio español, y es de carácter supletorio en caso de no encontrar una solución en el derecho civil foral que corresponda aplicar por ausencia de regulación, aplicaremos los **artículos 314 y siguientes del Código Civil**.

#### 5.1.2. Competencia

Se encuentra Ricardo como menor de edad, legitimado activamente a instar este procedimiento mediante la solicitud de inicio del expediente de emancipación. No es necesario que Ricardo intervenga mediante la representación por Procurador o defensa de Abogado, salvo que se formule oposición (art. 53.3 de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Sin embargo, si Pilar o Santiago no acceden a asistirle en el procedimiento se nombrará a un defensor judicial pero hasta que esto suceda el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa (art. 54 de la misma ley).

La competencia para entender del procedimiento, en caso de que Ricardo quisiese plantearlo, la tendría el Juez de Primera Instancia del domicilio del menor, es decir, de Barcelona, de acuerdo con el art. 53 de la ley de la Jurisdicción Voluntaria.

### 5.2. POSIBILIDADES DE EMANCIPACIÓN

El hijo mayor del matrimonio, Ricardo Montaner es menor de edad, tiene concretamente 16 años. Ricardo se encuentra cursando los estudios de bachillerato y pretende estudiar medicina, como sabemos. Su voluntad es contraria a mudarse a Estocolmo, al estar apegado a su padre Santiago, además por lo que conllevaría experimentar un cambio radical en cuanto a sistema educativo, idioma, familia y amigos.

**Consideraremos en el presente apartado la posibilidad de que el juez permitiese a Pilar obtener la custodia exclusiva y ésta decidiese su traslado de residencia a Estocolmo, pues es en esta situación en la que Ricardo se plantea emanciparse, cuestión que analizaremos a continuación.**

---

<sup>78</sup> Es importante tener en cuenta que al tratarse de un menor de edad, su vecindad civil no se modifica *ipso iure* de acuerdo con el criterio enunciado en el Código Civil, a través de la residencia continuada en otra CCAA sin manifestación en contrario durante 10 años (art. 14.5.2º CC), por la doctrina jurisprudencial de la STS 668/2007, de 7 de junio. Sólo se computa este plazo a partir de ser mayor de edad o estar emancipado. Así, es preciso considerar que en caso de que se le conceda la emancipación, aunque éste sea menor de edad y tenga 16 años actualmente, si reside en Barcelona empezará ya a contar el plazo de 10 años para adquirir la vecindad civil catalana – salvo que se manifieste en contra a tal efecto –.



Partimos del art. 12 CE, en el cual se determina que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. La **emancipación**, cuya regulación se contiene en los artículos 314 y siguientes del Código Civil, implica una anticipación de la capacidad de obrar. Ésta habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, suponiendo que éste se convierte en capaz para todos los actos de la vida civil, salvo algunos casos concretos contemplados por la norma. Las principales salvedades son que no podrá, hasta cumplir los dieciocho años, tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres. Una de las consecuencias que supone la emancipación es la finalización de la patria potestad (arts. 154 y 169 CC).

En el presente caso Ricardo con dieciséis años tiene dos posibilidades para obtener la emancipación: por concesión judicial o por parte de los padres (Art. 314 CC).

La primera opción que consideramos es la siguiente. Ricardo puede emanciparse en caso de que sus padres Santiago y Pilar consientan, puesto que ya cuenta con 16 años (art. 317 CC) lo cual habría de otorgarse mediante escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro. Igualmente sucedería en el caso de que Ricardo viviese de manera independiente de los padres con el consentimiento de éstos<sup>79</sup> (art. 319 CC). Ésta, una vez concedida no puede ser revocada y ha de inscribirse en el Registro civil (art. 318 CC). No obstante, consideramos poco probable esta opción dados los hechos y circunstancias particulares del caso, pues parece que los padres no le van a otorgar tal consentimiento a Ricardo.

Una segunda opción consiste en que Ricardo puede solicitar la emancipación ante el juez, con audiencia de los padres, en los siguientes casos<sup>80</sup>:

- Si Pilar o Santiago contraen nuevo matrimonio o conviven maritalmente con otra persona. En el presente caso no se muestran hechos sobre esto con lo cual lo consideramos poco probable.
- Cuando Pilar y Santiago vivan separados, lo cual, ya sucede en la actualidad.
- Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. En ello puede fundarse en el hipotético caso en el que Pilar se mudase a Estocolmo.

Además, sin que concurran estos presupuestos, existe otra posibilidad que consiste en que Ricardo solicite emancipación y que el juez se lo conceda, con informe previo del Ministerio Fiscal<sup>81</sup>. Se trata del beneficio de la mayor edad.

**En definitiva, Ricardo puede solicitar la emancipación y al ya contar con dieciséis años cuenta con múltiples opciones y es muy probable que el juez se la concediese.** Obtener el consentimiento de sus progenitores lo consideramos menos probable dada la descripción del supuesto pero, en todo caso, no desechamos esa opción.

---

<sup>79</sup> “Los padres podrán revocar este consentimiento (art. 319, in fine)” (ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013] p.292)

<sup>80</sup> Véase el art. 320 CC.

<sup>81</sup> Siguiendo el art. 321 CC, ya que Ricardo cuenta con dieciséis años: “También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare”.

## 6.- CONTRATO LABORAL DE UNA MENOR

Abordaremos a continuación la problemática surgida en torno al contrato laboral que pretende contraer una menor, Sonia, en el extranjero.

La hija pequeña, Sonia tiene actualmente 10 años y como sabemos, compagina los estudios de quinto de primaria con su profesión de modelo infantil. Ambos padres han prestado su consentimiento a estos efectos durante estos años. Especialmente su madre Pilar se ha dedicado a fomentar esta actividad y pretende dar un mayor impulso a su carrera aceptando una oferta de trabajo en Suecia, concretamente en Estocolmo. Consiste en trabajar como modelo en campañas publicitarias de una reconocida marca de ropa infantil sueca durante dos años y debería firmar con una sociedad de representación de modelos de dicho país.

No obstante, actualmente el padre, Santiago, está en desacuerdo a que su hija trabaje y se mude a Suecia. Éste defiende que su hija es demasiado pequeña para trabajar y que ello afecta al desarrollo normal de una niña de su edad, aspecto muy relevante al tratarse del trabajo de una menor de edad y que habremos de tener en cuenta.

Procedemos a realizar el análisis del contrato de trabajo **desde dos perspectivas**, basándonos en la normativa española y posteriormente, en el derecho internacional privado. Esto es así ya que, primero nos encontramos con una prestación laboral de una menor en un ámbito meramente interno donde todo sucede en España - lugar de nacionalidad y residencia de todos los sujetos que intervienen en el mismo: la menor, los progenitores y la empresa así como el lugar de prestación del trabajo - y después tenemos un contrato laboral ofrecido por una empresa sueca, para trabajar en Suecia.

### 6.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Debemos comenzar por acudir a la normativa laboral española que, por el art. 149.1.7ª CE<sup>82</sup>, ésta se trata de una materia de competencia exclusiva del Estado. Por tanto no existe legislación foral que haya desarrollado esta materia y que pudiéramos aplicar en base al criterio de la *vecindad civil*<sup>83</sup> de Sonia. Por ello, acudiremos al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, norma fundamental en el derecho del trabajo.

Siguiendo así **el Estatuto de los trabajadores**, concretamente en su artículo 6 se regula el trabajo de los menores. La regla general parte de la prohibición del trabajo a los menores de 16 años pero, en el apartado cuarto de dicho precepto excepcionalmente se contiene que, con el permiso de sus padres, *“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”*. Por

---

<sup>82</sup> Artículo 149.1.7ª CE: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”*.

<sup>83</sup> En apartados previos de este informe hemos podido comprobar como Sonia detenta la vecindad civil gallega, concretamente en el apartado 2.1.2.

supuesto, en ningún caso el trabajo puede suponer un peligro para la integridad física y psicológica del menor. Hay además una serie de reglas específicas para el trabajo de menores en cuanto a horarios como la prohibición de trabajar horas extra.

Sonia ha prestado su trabajo como modelo con el consentimiento de sus padres durante estos años, siendo en especial su madre, Pilar, la que ha promovido dichas actividades. Es importante considerar este aspecto ya que, de faltar el consentimiento de los padres estaríamos ante un contrato nulo de pleno derecho<sup>84</sup>, imposible de subsanar.

Es decir que todos estos años que Sonia lleva trabajando como modelo han tenido que pedir autorización a la autoridad laboral. La autoridad laboral competente tiene diversas unidades por CCAA. Sonia ha residido la mayor parte de su vida en A Coruña con lo que deducimos que es en este lugar donde ha prestado su trabajo, y donde tuvieron sus padres que acudir al organismo competente para solicitar dicha autorización.

Sería competente concretamente la Subdirección General de Trabajo y, dadas las circunstancias del caso, entendemos que todos estos años autorizaron a Sonia a trabajar como modelo por darse las condiciones adecuadas para ello.

Al tratarse de trabajo de un menor en la publicidad, hay que tener en cuenta las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>85</sup>. En el art. 4 se contempla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como desarrollo del derecho fundamental contenido en el art. 18 de la Constitución, en el ámbito de los menores y previene posibles intromisiones ilegítimas a derechos fundamentales de este calibre. Tiene especial sensibilidad la utilización de la imagen de menores en medios de comunicación con lo cual hay que tener todo tipo de cautelas con este trabajo.

La STS 26/2013, de 5 de febrero, declara a este respecto lo siguiente: “Se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento, pero además, cuando el derecho a la imagen afecta menores, el Ordenamiento Jurídico le otorga una relevancia mucho mayor, tal como se observa el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor; por lo que la afectación al libre desarrollo de la

---

<sup>84</sup> Véase la sentencia del TSJ de Murcia, número 1038/2008, de 1 de diciembre: “Así se desprende además de los expresados preceptos del código sustantivo civil, del Estatuto de los Trabajadores, en su precepto número siete apartado b) cuando afirma: que podrán contratar la prestación de su trabajo, los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo. Pues bien, en el presente proceso, resulta que el menor de edad ni vivía independiente ni cuando firmó el contrato de autos, sus padres, tutores, persona o institución alguna llevó a cabo una manifestación de voluntad prestando su consentimiento al contrato citado, (...) por todo ello no existe un contrato anulable sino nulo”.

<sup>85</sup> A través del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se dispone que los menores gozan además de los derechos que les reconoce la Constitución, de aquellos reconocidos por los Tratados internacionales ratificados por España y en especial la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

personalidad del menor en el ámbito de los derechos de imagen y dentro de este ámbito de contratos predispuesto es, si cabe, mayor todavía”.

Serían declarados nulos por tanto, los contratos que resulten contrarios a los límites de orden público en materia de contratación de menores de edad y que menoscaben o vulneren el interés superior de éstos.

Pero en definitiva, **de acuerdo con la ley española, resulta conforme a derecho el contrato por el cual Sonia, de 10 años de edad, trabaje como modelo publicitaria de moda**, de acuerdo con los requisitos enunciados.

## **6.2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Debemos precisar en primer lugar que los dos Estados involucrados en este caso, España - por la nacionalidad de la menor de edad parte del contrato laboral - y Suecia - por ser el país de residencia de la sociedad empleadora, parte del contrato laboral así como por ser el país de nueva residencia de la menor - , son Estados parte de la Unión Europea desde 1986 y 1995 respectivamente. Encontrándonos en el seno de la Unión Europea, gracias al régimen de libre circulación, todo ciudadano de un Estado miembro goza del derecho de buscar empleo en otro Estado miembro y de manera que reciban la misma asistencia de empleo sin ningún tipo de discriminación. La libertad de circulación de los trabajadores<sup>86</sup> conlleva el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia, el derecho a trabajar y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese país (arts. 3.2 y 4.2 TUE y arts. 45 a 48 TFUE).

Para abordar el posible **contrato de trabajo ofertado en Suecia**, debemos hacerlo desde la perspectiva del **derecho internacional privado** ya que estamos ante un contrato de trabajo de un particular y con elementos extranjeros: la empresa de representación de modelos sueca y el lugar de prestación de trabajo, Suecia. Se trata de una relación jurídica privada que traspassa el ámbito interno. Así, **la presencia de este elemento extranjero va a requerir una respuesta del derecho diferente a la que se pudiera dar, como hemos visto, para una situación meramente interna** como ya hemos expuesto en el caso de contar con la autorización pertinente de la Autoridad Laboral, de acuerdo con la normativa interna española que es lo que venía sucediendo hasta ahora cuando Sonia trabajaba en España.

Queremos resolver la elección del derecho aplicable para poder saber si es conforme a derecho el contrato en cuestión. Dentro del derecho internacional privado español existe una gran dispersión<sup>87</sup> normativa. Existe una normativa aplicable en materia de contrato de trabajo internacional en la UE que para dar una protección uniforme en los países que forman parte de la misma, a la parte débil del contrato, esto es, el trabajador.

---

<sup>86</sup> Véase la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y el Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

<sup>87</sup> El sistema de Derecho internacional privado autónomo español no hace honor al concepto de «sistema», entendido en un sentido formal, pues se caracteriza por una marcada dispersión normativa. No existe, como ocurre en sistemas como el italiano, el suizo o el belga, una ley especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas de tráfico jurídico externo”. (FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho internacional privado*. 8ª ed [Pamplona, 2015] p. 15).

Sobre ley aplicable versa el **Reglamento Roma I; 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**<sup>88</sup>. Esta disposición normativa determina, entre otros, cual es la ley aplicable<sup>89</sup> en los contratos individuales de trabajo. Su aplicación es universal (art. 2) aunque queda claro en este caso que se aplica por tratarse de una situación que involucra dos Estados miembros de la UE (España y Suecia) como ya hemos comentado previamente y que por tratarse de un reglamento, tiene alcance general y eficacia directa en todos los Estados miembros.

La ley aplicable se determina en base al principio de libertad de elección<sup>90</sup>, por el art. 3.1 del Reglamento, pero no es aplicable a este caso ya que hay una parte débil y este precepto se aplica cuando entre las partes haya condición de igualdad.

Acudimos al art. 8.2 del Reglamento que si resulta aplicable de forma concreta a los contratos individuales de trabajo. La regla que predica es que el contrato en cuestión se rige por la ley del país en el cual el trabajador realiza el trabajo habitualmente<sup>91</sup>, es decir, la ley de Suecia ya que es donde se pretende que preste sus servicios. Pero si el contrato presenta vínculos más estrechos con un país diferente, se aplica la ley de dicho país (art. 8.4).

**En definitiva, para poder saber si el contrato laboral de la menor de edad, Sonia, que cuenta con 10 años de edad, es válido conforme a derecho, el juez lo debería determinar en base a la legislación no española sino de Suecia.**

Habría que buscar en la legislación sueca si existe una normativa específica para la protección de menores y las circunstancias en las que pueden o no prestar sus servicios como trabajo (máximo de horas de trabajo, requisitos, condiciones de trabajo, etc.).

A la hora de realizar esta labor, el juez debería tener en cuenta, pues podría ser determinante, que actualmente el padre se muestra contrario a que su hija trabaje porque según dice, está afectando a su desarrollo integral de la infancia. Habría que ver en dicha regulación quien se entiende que resulta representante de la menor o si basta con el consentimiento de uno de los progenitores o es preciso el de ambos.

---

<sup>88</sup> El cual sustituye al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>89</sup> En el **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** (el cual ha derogado el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y tiene aplicación desde el 10 de enero de 2015), se contienen disposiciones acerca de la competencia en materia de contratos individuales de trabajo (art. 20 y ss.). Para resolver la cuestión que se plantea no es necesario porque queremos dilucidar la conformidad del contrato a derecho pero, en caso de que se fuese a plantear un litigio en base a dicho contrato sería interesante acudir a esta disposición normativa.

<sup>90</sup> Pero hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. 8.1 del Reglamento: *“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”*.

<sup>91</sup> Cuando no pueda determinarse de esta forma, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

## IV. CONCLUSIONES

Tras llevar a cabo un análisis pormenorizado de las circunstancias particulares que en este caso han tenido lugar, en base al examen de los términos de los preceptos contenidos en la legislación vigente y dada la jurisprudencia que lo avala, nos encontramos capacitados para realizar las siguientes conclusiones.

De forma resumida y esquemática enumeramos las siguientes posibilidades, ya explicadas, sobre las medidas que surgen del divorcio contencioso:

1.- Resulta más probable la **atribución de la custodia compartida** a ambos progenitores, residiendo ambos en Barcelona tal y como se encuentran actualmente. No obstante, si el juez concede el cambio de residencia de Pilar junto con los menores a Estocolmo, entendemos que es más conveniente la custodia exclusiva a favor de ésta.

2.- En caso de que se otorgase la custodia exclusiva a Pilar, el juez habría de fijar un **régimen de visitas** adaptado en función de la disponibilidad de los progenitores, procurando que los hijos tengan relaciones de una forma equilibrada con ambos padres. Si ambos residieran en Barcelona se podría acordar un régimen visitas durante los fines de semana. Será diferente en caso de que Pilar resida con los hijos en Estocolmo y podrían acumularse los días de visita, dada la menor proximidad. Las vacaciones en ambos casos se podrían distribuir por mitad.

3.- Atendida la edad de los menores y sus necesidades, así como los ingresos percibidos por los progenitores, procedería **establecer una suma en concepto de prestación de alimentos a favor de los hijos Ricardo y Sonia a cargo de Santiago**, para que éstos pudieran disfrutar del mismo nivel de vida que sus padres.

4.- Podría darse una **distribución de gastos ordinarios** de los hijos de forma equitativa o con una mayor proporción a satisfacer a cargo de Santiago. Los **gastos extraordinarios** habrían de ser satisfechos por Santiago en su totalidad. Todo ello fijado fundamentalmente, en base a la contribución equilibrada por parte de los padres y a la proporcionalidad respecto de los ingresos que éstos perciben.

5.- Hemos considerado que **existe derecho a pensión compensatoria a favor de Pilar**, en base a un desequilibrio económico sufrido por el citado cónyuge tras la disolución del vínculo matrimonial.

6.- **Ricardo puede solicitar la emancipación** y dispone de varias posibilidades para hacerlo, ya sea por concesión judicial o por medio del consentimiento de los padres. Es muy probable que el juez le autorice emanciparse.

7.- En cuanto al **contrato laboral de Sonia, menor de edad, en Estocolmo, al presentar así un elemento internacional**, se ha examinado la normativa de derecho internacional privado y podemos concluir que el juez debería acudir a la legislación sueca para resolver si el contrato es conforme a derecho, teniendo en cuenta que el padre, Santiago, no presta su consentimiento.

Todo ello, recordamos, de acuerdo con los matices y condiciones determinadas en el apartado III, de argumentación jurídica de este informe.

Esta opinión se somete a cualquiera otra mejor fundada en Derecho.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ✚ ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 12ª ed. Edisofer [Madrid, 2013].
- ✚ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ÁLVAREZ LATA, N., ROVIRA SUEIRO, M.E., *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed. Bercal [Madrid, 2013].
- ✚ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, 3ª ed. Aranzadi [Navarra, 2009].
- ✚ CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 cc)*, 1ª ed. Thomson Reuters-Aranzadi [Cizur Menor, 2010]
- ✚ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado*, 8ª ed. Civitas-Thomson Reuters [Pamplona, 2015].
- ✚ HIDALGO GARCÍA, S., *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio* 1ª ed. Tecnos [Madrid, 1995].
- ✚ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil: (la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Reglamento Bruselas 2201/2003/CE,..)* 4ª ed Aranzadi-Thomson [Cizur Menor, 2006].
- ✚ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de derecho civil. IV, Derecho de familia*, 3ª ed. Colex [Madrid, 2011].
- ✚ MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial la aplicación práctica de los artículos 73 a 107 del Código civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de enjuiciamiento civil*, 1ª ed. Tirant lo Blanch [Valencia, 2003].
- ✚ O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., *Código Civil: Comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed. La Ley [Madrid, 2012].
- ✚ ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J., MASCARELL NAVARRO, M.J, *Introducción al derecho procesal*, 5ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters [Cizur Menor, 2015].
- ✚ SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de derecho civil. I "Bis", Derecho de familia*, 2ª ed. Tirant lo Blanch [Valencia, 2013].

## **VII. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- SSTC 153/2005 de 6 de junio.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 2 de diciembre de 1987.
- STS 668/2007, de 7 de junio.
- STS de 9 de octubre de 2008.
- STS de 17 de octubre de 2008.
- STS de 24 de octubre de 2008.
- STS de 17 de julio de 2009.
- STS de 19 de enero de 2010.
- STS de 4 de noviembre de 2010.
- STS de 14 de febrero de 2011.
- STS de 15 de junio de 2011.
- STS de 27 de junio de 2011.
- STS 289/2012, de 26 de mayo.
- STS de 23 de octubre de 2012.
- STS 642/2012, de 26 de octubre.
- STS 1226/2014, de 4 de diciembre.
- STS 26/2013, de 5 de febrero.
- STS 851/2014, de 20 de febrero.
- STS de 18 de marzo de 2014.
- STS 289/2014 de 25 de mayo.
- STS 569/2014, de 14 de octubre.
- STS 579/2014 de 15 de octubre.
- STS 413/2014, de 20 de octubre.
- STS 536/2014 de 20 octubre.
- STS 52/2015, de 16 de febrero.
- STS 664/2015 de 19 noviembre.

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

- Sentencia 1038/2008, de 1 de diciembre del TSJ de Murcia.
- Sentencia 9/2013, de 6 de septiembre del TSJ de Valencia.
- Sentencia 18/2015, de 23 julio del TSJ de Valencia.



## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

- SAP de Sevilla número 481/2004, de 29 de octubre.
- SAP de Murcia de 15 de noviembre de 2005.
- SAP de Murcia de 6 de marzo de 2007.
- SAP de Asturias de 16 de junio de 2008.
- SAP de Tarragona 435/2009, de 9 de diciembre.
- SAP de Valencia de 24 de junio de 2010.
- SAP de A Coruña, 31/2012, de 9 de marzo.

## **OTRAS RESOLUCIONES**

- Auto de la Audiencia Provincial de Huelva 29/2009 de 7 septiembre.
- Recurso de inconstitucionalidad 3859/2011, publicado en el BOE el 26 de julio de 2011.
- Auto de 22 de noviembre de 2011, publicado en el BOE el 3 de diciembre de 2011.