

**TRABAJO DE FIN DE GRADO  
GRADO EN DERECHO**

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

**FÁTIMA PIN BASOA**

**Año 2016**

**Tutor: Prof. Dr. Antonio Legerén Molina**



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I. OBJETO DEL INFORME Y BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO .....	4
II. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS	
1. Legislación aplicable	
1.1 Introducción .....	5
1.2 La vecindad civil: su importancia en el presente caso .....	6
1.3 Ley aplicable: Ley Valenciana 5/2011 de custodia compartida.....	7
2. El concepto de custodia y los requisitos para su atribución en la Ley Valenciana de custodia compartida	
2.1 El concepto de custodia y el régimen preferente de custodia compartida.....	10
2.2 Los criterios para la atribución de la custodia.....	11
3. Argumentos a tener en cuenta para atribuir la custodia en el presente caso	
3.1 La edad y opinión de los hijos.....	13
3.2 Los informes sociales, médicos y psicológicos.....	15
3.3 El especial arraigo .....	15
3.4 La dedicación la familia, la conciliación laboral y la disponibilidad de los progenitores.....	15
3.5 Otras circunstancias relevantes .....	16
4. Conclusión: custodia compartida	
III. EL RÉGIMEN DE VISITAS	
1. El concepto y finalidad del régimen de visitas.....	18
2. Posibles regímenes de visitas en el presente caso .....	20
2.1 A favor de D. Santiago residiendo ambos progenitores residen en Barcelona .....	21
2.2 A favor de D. Santiago residiendo sus hijos en Estocolmo .....	22
2.3 A favor de familiares y allegados .....	23
IV. LA EMANCIPACIÓN DE RICARDO .....	23
V. EL ANÁLISIS Y FIJACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS	
1. Contextualización teórica: concepto, contenido y características de la obligación legal de alimentos .....	26

2. La obligación legal de alimentos en el presente caso.....	29
2.1 Derecho y deber de prestar alimentos en este caso .....	29
2.2 Fijación de la oportuna pensión de alimentos .....	31
VI. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE LOS HIJOS	
1. La regulación de la distribución de los gastos en la LVCC y el CC .....	32
2. Los tipos de gastos .....	34
3. Posible distribución de los gastos en el presente caso.....	35
VII. DERECHO DE DÑA. PILAR A RECIBIR UNA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	36
VIII. LA LEGALIDAD DEL CONTRATO LABORAL DE SONIA	
1. Antecedentes de hecho .....	38
2. La legalidad del contrato laboral en España.....	39
3. La legalidad del contrato laboral en Suecia .....	40
IX. CONCLUSIONES .....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45
JURISPRUDENCIA CITADA .....	46

## ABREVIATURAS

Art./s .....	artículo/s
BOE .....	Boletín Oficial del Estado
CC .....	Código civil
CCAA .....	Comunidades Autónomas
CE .....	Constitución Española
Cfr. ....	confrontar
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
Cit .....	citado
DIPr .....	Derecho Internacional Privado
ET .....	Estatuto de los Trabajadores
LOTC .....	Ley Orgánica Tribunal Constitucional
LVCC .....	Ley Valenciana de Custodia Compartida
P .....	página
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS .....	Sentencia del Tribunal Supremo
TC .....	Tribunal Constitucional
TS .....	Tribunal Supremo
TSJV .....	Tribunal Superior de Justicia de Valencia

## I. OBJETO DEL INFORME Y BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO

El presente informe tiene como objeto contestar, desde el punto de vista jurídico, a las cuestiones planteadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña con relación al divorcio de Dña. Pilar Márquez y D. Santiago Montaner y su repercusión sobre los dos hijos del matrimonio. Las cuestiones planteadas son las siguientes:

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

Los datos a tener en cuenta para la resolución de las cuestiones señaladas son los que a continuación se reflejan.

El pasado 7 de julio Dña. Pilar Márquez presenta demanda de divorcio ante los juzgados de familia de Barcelona, ciudad en la que reside, contra su marido, D. Santiago Montaner, después de veinte años de matrimonio. La demandante solicita una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le supone su ruptura matrimonial, así como la custodia exclusiva de los dos hijos del matrimonio, ya que entre sus planes se encuentra mudarse con ellos a Suecia. El motivo de esta mudanza, que duraría como mínimo dos años, sería la existencia de una gran oferta laboral para impulsar la carrera de la hija menor –Sonia– que trabaja como modelo infantil desde hace varios años.

D. Santiago se opone a estas medidas, especialmente a la petición de la custodia exclusiva para Dña. Pilar; a la que también se opone el hijo mayor del matrimonio, Ricardo. El padre, juez de profesión, considera que esta decisión y la correspondiente mudanza le provocarían un distanciamiento con sus hijos.

Por su parte, Ricardo esgrime que se encuentra especialmente apegado a su padre y muy integrado en su ciudad, colegio y relaciones sociales, las cuales no quiere abandonar para empezar una nueva vida en Estocolmo. Ante la posibilidad de tener que abandonar España con su madre, se plantea la opción de emanciparse y así poder quedarse con su padre.

Dada la oposición de D. Santiago a las peticiones de Dña. Pilar, el matrimonio carece de convenio regulador.

## II. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS

### 1. Legislación aplicable

#### 1.1. Introducción

Antes de entrar a valorar a quién debe atribuirse la custodia, es de vital importancia determinar cuál será la legislación aplicable a este caso.

Al tratarse de un supuesto en el que los cónyuges han nacido en diferentes Comunidades Autónomas y han residido en distintas ciudades a lo largo de su vida, adquiere gran relevancia el hecho de que en España coexistan diversos ordenamientos jurídicos: un régimen civil común y diversos regímenes autonómicos o forales. Ello es posible porque algunas CCAA tienen competencia para promulgar leyes en materia de Derecho civil con fundamento en el artículo 149.1.8 CE. Y es que aunque este precepto otorga competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho civil al Estado, lo hace *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. Por tanto cabe que exista, y *de facto* así es, un régimen común aplicable en todo el territorio español excepto en aquellas regiones que cuenten con uno autonómico que se aplicará con preferencia<sup>1</sup>.

Es relevante, aunque sea de manera breve, analizar el artículo 13.1 CC, pues su errónea interpretación dejaría sin efecto lo expuesto en el párrafo anterior. La redacción de este precepto es la siguiente: *“las disposiciones de este Título Preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las 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”*.

En una simple lectura del artículo cabe deducir que las disposiciones del Título Preliminar y las recogidas en el Título IV del Libro I –excepto las relativas al régimen económico matrimonial–, son de aplicación en toda España de manera exclusiva, sin que quepa en ningún caso la aplicación de leyes de Derecho civil especial. De realizarse esta interpretación no cabría aplicar ninguna legislación autonómica en materia de matrimonio –tal es el contenido del Título IV del Libro I–. Sin embargo, del hecho de que existen y se aplican variadas leyes autonómicas sobre esta materia –en especial, la disolución del matrimonio–, se colige que el artículo 13.1 CC no pretende vedar completamente a las CCAA la competencia para legislar en materia de matrimonio, sino únicamente reservar al Estado la competencia exclusiva de una parte concreta recogida en el Título IV del Libro I.

Ello expuesto, cabe traer a colación el artículo 149.1.8<sup>a</sup> CE, pues facilita la interpretación del artículo 13.1 CC al apuntar que, en todo caso, será competencia exclusiva del Estado la legislación civil que verse, entre otras materias, sobre las *“relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”*. Son las formas de celebración y disolución del matrimonio que se recojan en el Título IV del Libro I –sobre las que el legislador estatal tiene competencia exclusiva– las que tendrán

---

<sup>1</sup> En los territorios que cuentan con un régimen civil autonómico el Derecho civil común tendrá un carácter supletorio, tal y como indica el artículo 13.2 CC.

aplicación directa en todo el territorio español. Se pretende así dotar al Estado de una legislación homogénea a la hora de contraer o disolver un matrimonio, debido a las importantes consecuencias jurídicas que estas acciones llevan consigo. Esto no impide que pueda existir, y de hecho exista, Derecho civil autonómico que trate otras cuestiones recogidas en este Título.

## 1.2. La vecindad civil<sup>2</sup>

Que en España existan ordenamientos civiles autonómicos que conviven con el régimen común, conlleva la necesidad de determinar cuál debe aplicarse al divorcio de Dña. Pilar y D. Santiago. A tal fin, el artículo 14.1 CC dispone que *“la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*.

Como es conocido, la vecindad civil es una institución que sirve para determinar *“la aplicabilidad, en cuanto ley personal, de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país”*<sup>3</sup>. Se puede hablar de la vecindad civil como un vínculo que une a cada español con una determinada área geográfica del territorio nacional –con una CCAA– y que determina que se les aplique la normativa propia de su CCAA, y, en caso de no existir, se aplicará el Derecho común (cfr. art. 13.2 CC).

De los hechos expuestos en el presente caso se deduce que los dos cónyuges tienen vecindad civil diferente. Por un lado, D. Santiago ostenta la gallega desde el momento de su nacimiento, sin que en ningún momento haya adquirido otra distinta<sup>4</sup>. Por otro lado, Dña. Pilar ostentaba la vecindad común –nació en Madrid y esta CCAA carece de Derecho civil autonómico– hasta que el pasado 20 de marzo de 2013. En esta fecha adquirió voluntariamente la vecindad catalana cumpliendo los requisitos que se recogen en el artículo 14.5.1 CC; es decir, habiendo residido de forma continuada durante dos años en esta Comunidad Autónoma y manifestando su voluntad de adquirirla, constandingo esta en el Registro Civil de Barcelona.

Los hijos también ostentan vecindades civiles distintas. De acuerdo con el artículo 14.3 CC si en al nacer un hijo los padres tienen distinta vecindad civil el hijo ostentará *“la que la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”*. Entendiéndose que la filiación se ha determinado simultáneamente de ambos progenitores los hijos tendrán aquella de su lugar de nacimiento, por lo que Ricardo tiene vecindad civil valenciana al haber nacido en Valencia, y Sonia gallega al haber nacido en A Coruña<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> La información contenida en este apartado en relación a la vecindad civil que ostenta cada uno de los cónyuges y de los hijos ha sido proporcionada por el enunciado del caso.

<sup>3</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil (I): Derecho Privado, Derecho de la persona*, Colex, Madrid, 2008, p.495.

<sup>4</sup> No cumple ninguno de los requisitos fijados en el artículo 14.5 CC para adquirir la vecindad civil de otro territorio, que son: residir de manera continuada durante dos años y haber manifestado la voluntad de adquirirla, y residir ininterrumpidamente 10 años sin realizar ninguna declaración en contrario.

<sup>5</sup> En realidad Ricardo ha estado residiendo de manera continuada durante diez años y cinco días en A Coruña, por lo que de no manifestarse declaración en contrario habría adquirido la vecindad civil gallega *ipso iure* (cfr. art. 14.5.2º CC). Sin embargo, es doctrina del Tribunal Supremo que el cómputo de diez años no comienza a contar hasta que se alcanza la mayoría de edad. Así se recoge, entre otras

En resumen, actualmente D. Santiago ostenta la vecindad civil gallega y Dña. Pilar la catalana, aunque en el momento de contraer matrimonio tenía vecindad común. En cuanto a los hijos Ricardo tiene vecindad civil valenciana y Sonia gallega.

### 1.3. Ley aplicable: Ley Valenciana 5/2011 de custodia compartida

Determinada la vecindad civil de cada cónyuge ha de fijarse la ley aplicable a este caso. A tal fin, hemos de atender a los artículos 9, 16 y 107 del Código civil pues son los que regulan qué leyes rigen el matrimonio y su disolución.

En primer lugar, el artículo 107 CC versa sobre la ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio, e indica en su apartado 2 que *“la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”*. Por su parte, el artículo 16.3 CC dispone que los efectos del matrimonio entre españoles *“se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código civil”*. Así pues, de lo anterior se colige que es el artículo 9 del Código civil al que hay que atender para determinar la ley aplicable cuando existen personas con vecindades civiles diversas. En efecto, el artículo 9 CC establece qué normas de Derecho interregional se van a aplicar en diversas situaciones<sup>6</sup>, de modo que permite determinar a qué legislación han de someterse los efectos del matrimonio.

El primer apartado del artículo 9 CC señala que la ley personal de las personas físicas, determinada por su nacionalidad, será la que regirá *“la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*. Posteriormente, en su segundo apartado, trata de manera particular qué ley ha de regir los efectos del matrimonio, estableciendo para ello una serie de criterios jerárquicos y excluyentes entre sí. Estos efectos se regirán en primer lugar *“por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo”*; en su defecto *“por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos”* cuando haya sido elegida por ambos y quede constancia en un documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; en caso de que ninguno de los criterios anteriores sea aplicable, los efectos del matrimonio se regirán *“por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración”*; y en último lugar se estará a la ley del *“lugar de celebración del matrimonio”*.

Es, por tanto, el artículo 9.2 CC el que proporciona una respuesta a la cuestión de la legislación aplicable. Para ello habrá que ir considerando los criterios que se recogen en este precepto hasta encontrar el que se ajuste al caso.

El primer criterio menciona la ley personal, que será de acuerdo con el artículo 16.1.a) CC *“la determinada por la vecindad civil”*. La vecindad civil de los dos

---

sentencias, en la STS 668/2007 (ROJ 3628/2007), de 7 de junio, al indicar que *“en el cómputo no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación”*. De todas formas, para la resolución del caso se supondrá que Ricardo, más bien sus padres, ha declarado que no desea adquirir esta nueva vecindad civil.

<sup>6</sup> Situaciones tales como los efectos del matrimonio, la determinación de la filiación, las capitulaciones matrimoniales en relación al régimen económico matrimonial, la sucesión por causa de muerte, etc...



cónyuges siempre ha sido y continúa siendo diferente, por lo que también diferente es y ha sido la ley personal de cada uno de ellos, no existiendo una ley común a ambos que rija los efectos del matrimonio<sup>7</sup>. Por este motivo, el primer criterio no soluciona qué ley tendrá que aplicarse al caso.

El segundo criterio alude a un acuerdo entre los dos cónyuges, previo al matrimonio, en el que se establezca a qué ley se someterán en caso de divorcio. Tal y como se deduce del enunciado del caso, D. Santiago y Dña. Pilar carecen de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial.

Será, finalmente, el tercer criterio del artículo 9.2 CC el que clarifique a qué ordenamiento civil van a someterse los efectos del matrimonio de D. Santiago y Dña. Pilar, quedando el resto de criterios sin aplicación. De acuerdo con el tercer criterio apuntado, los efectos del matrimonio se regirán por la ley del lugar de residencia común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Valencia fue la ciudad elegida por D. Santiago y Dña. Pilar para fijar su residencia tras el enlace. Por lo tanto, los efectos del matrimonio se regirán por la ley o leyes de la Comunidad Valenciana relativas a esta materia, si existen o, en su defecto, por el Derecho civil común.

La Comunidad Valenciana cuenta con un régimen civil propio y, concretamente, con una ley en materia de custodia: la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; comúnmente conocida como Ley Valenciana de Custodia Compartida (en adelante, LVCC). La referida ley, promulgada por la *Generalitat Valenciana*, regula, entre otras cuestiones, la atribución de la custodia de los hijos, si bien opta por denominar la custodia como “régimen de convivencia” por motivos que serán tratados posteriormente.

La Ley a la que se alude fue publicada en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* el 5 de abril de 2011 y entró en vigor a los 30 días; esto es el 5 de mayo. En el mes de julio de dicho año el Gobierno central interpuso contra ella un recurso de inconstitucionalidad<sup>8</sup> que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional

---

<sup>7</sup> Está claro que ambos cónyuges ostentan vecindades civiles diferentes y que por tanto no existe una ley común a ambos, siendo la ley personal de D. Santiago la gallega y la de Dña. Pilar la común. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que actualmente no existe ninguna ley autonómica gallega en materia de divorcio, ni que regule la custodia de los hijos, por lo que también debería aplicarse la legislación común, es decir, el Código civil. De realizarse esta interpretación podría determinarse que la ley común a ambos cónyuges es el Código civil y por este motivo será la normativa que ha de aplicarse al caso. Aunque la regulación material es la misma —al carecer Galicia de normativa propia— se trata de un caso excepcional. De ostentar D. Santiago una vecindad civil diferente es posible que si exista una regulación autonómica aplicable a esta materia y, en consecuencia, habría que acudir a los siguientes criterios para resolver cual sería de aplicación. En consecuencia a lo expuesto anteriormente, el hecho de que finalmente el Código civil sea de aplicación a los dos miembros del matrimonio, no resulta un argumento lo suficientemente consistente como para aceptarlo como ley aplicable y no acudir a los siguientes criterios, pues se trata de una simple coincidencia.

<sup>8</sup> El Gobierno central ampara la interposición del recurso de inconstitucionalidad en el hecho de que las *Corts Valencianes* carecen de competencias para legislar en materia de custodia, ya que no existe ningún antecedente de regulación de esta institución civil en su derecho foral. Considera que las *Corts Valencianes* no pueden ampararse en el artículo 149.1.8º CE, puesto que esta Ley no está conservando, modificando y desarrollando su derecho civil autonómico, sino creando uno nuevo, y por tanto la competencia es exclusiva del Estado. No se está valorando en el recurso el contenido de las disposiciones

mediante providencia de 19 de julio de 2011. La admisión del recurso produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley, pese a no ser esta una consecuencia directa de tal admisión<sup>9</sup>. Posteriormente, la suspensión fue levantada mediante Auto de 22 de noviembre de 2011 al no encontrar el TC acreditada la gravedad e irreversibilidad en la aplicación de las medidas dispuestas por la LVCC, necesarias para dejar sin vigor la norma<sup>10</sup>. De esta forma, la LVCC podrá aplicarse con normalidad hasta que el TC resuelva definitivamente y mediante sentencia el aludido recurso de inconstitucionalidad.

Para determinar si finalmente esta Ley será la que ha de aplicarse al caso debe estarse a su ámbito de aplicación, recogido en su artículo 2, que indica que “*será de aplicación respecto de los hijos e hijas [...] que ostenten la vecindad civil valenciana*”. Como se expone en el apartado 1.2. *La vecindad civil* ambos hermanos ostentan vecindades civiles diferentes –Ricardo la valenciana y Sonia la gallega–. Por ello, la LVCC solo es de aplicación a Ricardo –por ser este quien ostente vecindad civil valenciana– siendo aplicable a Sonia la legislación gallega, que será la común al carecer Galicia de regulación propia en esta materia.

Se trata de un caso muy particular del que a día de hoy no existe jurisprudencia ni estudios, pues es muy insólito que en un divorcio los hijos comunes del matrimonio se vean sujetos a dos legislaciones diferentes. Aplicar a cada uno de los menores una legislación provocaría diferencias en el trato que se les otorga, pero tampoco sería posible que ambos estuviesen sujetos a la misma ley pues no existe ningún precepto legal que lo avale. En consecuencia Sonia y Ricardo se van a someter a dos leyes distintas –Ricardo a la LVCC y Sonia al CC– pero cuya regulación material es básicamente la misma. Dada la similitud, por no decir igualdad, entre lo dispuesto en estas dos leyes, independientemente de cual se aplique la solución a la que se llegue ha de ser la misma.

A lo largo de este informe se optará, con intención de simplificar el caso, por aplicar la Ley Valenciana de custodia compartida, comparándola en todo momento con las disposiciones del Código civil y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, de forma que pueda observarse la semejanza entre ambas regulaciones.

---

relativas a la custodia de la LVCC, sino una mera cuestión de competencia entre administraciones a la hora de legislar sobre esta materia.

<sup>9</sup> Esta suspensión se fundamenta en el artículo 161.2 CE, al que se refiere el artículo 30 LOTC indicando que “*la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley [...] excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas*”. El artículo 161.2 establece que la impugnación “*producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida*”

<sup>10</sup> Las suspensiones fundamentadas en el artículo 161.2 CE deberán ser ratificadas o levantadas por el TC en un “*plazo no superior a cinco meses*”.

## 2. El concepto de custodia y los requisitos para su atribución en la Ley Valenciana de custodia compartida

### 2.1. El concepto de custodia y el régimen preferente de custodia compartida

La Ley Valenciana de custodia compartida ha optado por sustituir el término “régimen de guarda y custodia” por “régimen de convivencia familiar”. Tal y como se expone en su Preámbulo, el legislador valenciano considera que el concepto de custodia “se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores”. Sin embargo, en ningún momento aparece en su articulado una definición de este término.

Del examen del Código civil se observa que en él se menciona el término “guarda y custodia” en numerosas ocasiones sin que se defina en ningún momento (cfr. ad ex. art. 13.2 CC). Al no existir un concepto legal, la jurisprudencia ha ofrecido un significado de dicho término. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983 señala que guarda y custodia es “la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía”<sup>11</sup>. A este contenido se han ido añadiendo distintas características –todas ellas en la misma línea y extrapoladas casi en su totalidad del artículo 154 CC– indicando que la custodia comprende la toma de decisiones del día a día, la educación y formación integral o el contacto continuo con el menor. En definitiva, la guarda y custodia es la convivencia diaria del menor y sus progenitores –o al menos uno de ellos en el caso de la custodia exclusiva– y lo que esta conlleva.

La Ley Valenciana tampoco contiene una enumeración de quienes podrán ejercer la custodia, listado que sí contiene el Código civil. Así, en el artículo 103.1 CC, admitida la demanda de divorcio y sin acuerdo de los cónyuges judicialmente aprobado, el juez deberá determinar, siempre en interés de los hijos “*la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos*”, puntualizando que “*excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*”. Por lo tanto, no solo los padres podrán ostentar la guarda y custodia de los hijos, sino que, de manera excepcional, podrá ser ejercida por otros familiares y allegados; y, en caso de no haberlos, por una institución idónea.

En realidad, el concepto de “custodia” utilizado por el Código civil y el de “convivencia” usado por la Ley Valenciana en nada difieren más allá de la diversa terminología, pues sus consecuencias jurídicas son las mismas. La verdadera diferencia radica en que la LVCC opta, tal y como su nombre indica, por un régimen preferente de custodia compartida, mientras que el CC da prioridad al régimen de custodia exclusiva, siendo la custodia compartida una medida excepcional salvo que sea acordada por ambos progenitores. Así lo establece el artículo 92.8 CC al señalar que “*excepcionalmente [...] el Juez, a instancia de una de las partes, [...] podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

---

<sup>11</sup> La mencionada STS de 19 de octubre de 1983 no se ha podido encontrar en ninguna de las bases de datos consultadas, por lo que se cita por referencia al siguiente manual donde aparece transcrita. ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, p.14.

Expuesto lo que legalmente señala el Código, se ha de apuntar que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 (ROJ 3793/2012), sienta como doctrina una interpretación correctora de la norma, estableciendo que en ningún caso la custodia compartida se trata de un régimen excepcional. Así, la resolución indica que la redacción del artículo 92.8 CC “no permite concluir que se trate de una medida excepcional (la custodia compartida), sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Esta sentencia se remite también a la interpretación realizada en la STS 579/2011 (ROJ 4924/2011), de 22 julio, que, respecto de la expresión “excepcional” recogida textualmente en el artículo 92.8 CC, señala que debe interpretarse “en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro”. De esta manera, deja claro que la excepcionalidad se refiere “a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

Expuestas las diferencias entre los regímenes del Código civil y de la Ley Valenciana, hemos de analizar cuáles son los criterios que se han de tener en cuenta para atribuir la custodia.

## 2.2. Los criterios para la atribución de la custodia

El criterio más importante al que ha de atenderse para atribuir la custodia –al igual que en cualquier otra cuestión en la que intervengan menores– es a su interés. Así lo avala tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como distintos textos legales vigentes en España<sup>12</sup>. En efecto, se pueden encontrar numerosas menciones al principio “*favor filii*” que rige el Derecho de familia en varios preceptos del Código civil<sup>13</sup>. También se alude al interés del menor en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989 ratificada por España; a lo largo de todo el articulado del Convenio de la Haya de 1996, relativo a la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, también ratificado por España; a lo largo de la Carta Europea de los Derechos del Niño; en el artículo 39 CE; en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; entre otras.

Ello expuesto, la Ley Valenciana de custodia compartida no recoge un listado de requisitos que ha de cumplir un progenitor para que se le otorgue la custodia exclusiva de sus hijos ni un elenco de circunstancias en las que procede un régimen de custodia y no otro. Esto no quiere decir que no contenga ciertos criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de realizar la atribución, e incluso que establezca un orden de preferencia entre las distintas modalidades de custodia.

---

<sup>12</sup> Por ejemplo: el Código civil; la Ley Valenciana 5/2011 de custodia compartida; la Ley Valenciana 12/2008 de protección integral de la infancia y la adolescencia; la Ley Catalana 25/2010 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la Ley Navarra 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres; etc.

<sup>13</sup> Los artículos 94, 161, 172 ter, 176 bis y 178.

En efecto, tal y como indica el artículo 4 LVCC, a la hora de atribuir la custodia debe atenderse en primer lugar a la voluntad de los progenitores contenida en el denominado “pacto de convivencia”. Este pacto es muy similar al convenio regulador<sup>14</sup> del artículo 90 CC, pues su finalidad es idéntica: regular los efectos del divorcio de mutuo acuerdo y evitar que sea el juez en encargado de tomar las decisiones. El pacto de convivencia debe fijar en relación a los hijos “*el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores*” así como “*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*”. Por lo tanto, en caso de existir un pacto de convivencia, judicialmente aprobado, se atenderá a su contenido en primer lugar.

En ausencia de pacto de convivencia ha de ser el juez quien tome las decisiones relativas al contenido que debería figurar en aquél, tal y como indica el artículo 5 LVCC. En el punto dos de este precepto el legislador valenciano opta por un régimen preferente de custodia compartida al prever, como regla general, que el juez “*atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*”. El hecho de que LVCC establezca la custodia compartida como regla general no quiere decir que lo haga de manera imperativa, pues será el juez el encargado de determinar si este régimen de convivencia es el más adecuado a los intereses de los hijos menores, teniendo en cuenta una serie de factores que se enumeran en el apartado 3 de este artículo y que son los siguientes: la edad de los hijos y su opinión cuando tenga la madurez suficiente; la dedicación pasada a la familia de los padres; los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, así como su disponibilidad para mantener un trato directo con los hijos; y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Estos factores –a tener en cuenta para atribuir la custodia– son muy similares a los que se han establecido como doctrina jurisprudencial en la STS 257/2013 (ROJ 2246/2013), de 29 de abril. En esta sentencia se recalca que el interés del menor es el factor más importante en la toma de cualquier decisión en esta materia, indicando que también se tendrá en cuenta “*la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada*”. Según se observa, existe una gran similitud –gracias a la doctrina establecida por el TS– en este punto entre el Derecho civil común y la legislación valenciana, pues ambas legislaciones siguen unos criterios similares de atribución de custodia donde, en todo caso, ha de primar el interés de los hijos.

---

<sup>14</sup> El contenido también es idéntico en muchos puntos, si bien el convenio regulador es más amplio ya que debe contener ciertas medidas que solo afectan al matrimonio y no a los hijos del mismo, mientras que el pacto de convivencia se centra en estos últimos.



Por último, en el artículo 5.6 LVCC se establecen una serie de circunstancias<sup>15</sup> que, de concurrir en alguno de los progenitores, le privarían de la atribución de la custodia de sus hijos. De este modo, no procederá otorgarle la custodia al progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado “*por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas*”<sup>16</sup>. Tampoco procederá la referida atribución “*cuando la autoridad judicial advierta [...] la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*”. Ahora bien, en caso de que se dicte una resolución judicial absoluta que ponga fin a cualquiera de los procedimientos mencionados anteriormente, “*se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares*”.

### **3. Argumentos a tener en cuenta para la atribución de la custodia en el presente caso**

Una vez expuestos los factores a que se ha de atender a la hora de atribuir la custodia de los hijos, se debe decidir a quién se va a conceder en el presente caso la de Sonia y Ricardo.

Se parte de que D. Santiago y Dña. Pilar carecen de convenio regulador –como se recoge en el enunciado del caso– y, por lo tanto, nada han estipulado sobre cuál de ellos ostentará la custodia de sus hijos o si lo harán conjuntamente. Como no concurre en ninguno de los padres alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 5.6 LVCC –estar incurso en un proceso penal o cuando haya indicios de violencia doméstica– la modalidad de custodia compartida sería, en principio, totalmente factible y además preferente en la LVCC. Dicho esto, solo cabe analizar en cuál de las tres situaciones posibles –custodia para D. Santiago, custodia para Dña. Pilar, o custodia compartida– se velaría mejor por el interés de los hijos.

#### 3.1. La edad y opinión de los hijos

Uno de los factores a tener en cuenta para señalar el tipo de custodia a aplicar es la edad de los hijos. Si bien la Ley Valenciana de custodia compartida menciona el caso particular de los hijos lactantes<sup>17</sup>, no indica qué influencia tiene la edad de los niños que no lo son a la hora de determinar la custodia. Tampoco se encuentra referencia alguna a la edad en otros textos legales, salvo que se ha de atender a la voluntad de los menos mayores de doce años en el momento de decidir (cfr. arts. 156, 159, 161, 172, 172 ter, 173, 176 bis, 177, 178, 231, 273). Para poder tomar una decisión, podría entrarse a valorar la existencia de estudios psicológicos<sup>18</sup> que no recomiendan la custodia compartida en

<sup>15</sup> Estas circunstancias son exactamente iguales a las que establece el artículo 92.8 CC.

<sup>16</sup> En este caso ha de existir una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y en base a ellos el régimen de convivencia pueda suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.

<sup>17</sup> De haber hijos lactantes se podrá “*establecer un régimen de convivencia provisional [...] acorde con las necesidades del niño*”, entendiéndose que deberá pasar más tiempo con su madre durante este período.

<sup>18</sup> Estudios en contra: *Overnight Custody Arrangements, Attachment, and Adjustment Among Very*

niños muy pequeños –menores de siete años– al considerarla desestabilizadora para los niños. Pero, en contraposición, también existe alguna sentencia que sopesa, atendiendo a los informes psicológicos, que la custodia compartida vela mejor por los intereses de los menores; tal es el caso de la STS 496/2011 (ROJ 4824/2011), de 7 de julio.

Ricardo y Sonia, los hijos del matrimonio, tienen dieciséis y diez años respectivamente. Esto se traduce en que Ricardo, al ser mayor de doce años, podrá opinar sobre con cuál de sus progenitores quiere convivir, mientras que Sonia, que no alcanza dicha edad, solo será oída de tener la madurez suficiente (cfr. art. 5.3.b LVCC). En caso de que no se escuche al mayor de doce años en el proceso lleva aparejada su nulidad, tal y como indica en la STS 413/2014 (ROJ 4233/2014), de 20 de octubre, donde se falló “la nulidad de oficio de la sentencia (recurrida) [...] retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo”. El contenido de esta sentencia resulta de aplicación al caso que comentamos a pesar de no estar dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia<sup>19</sup>, pues el criterio de la opinión de los hijos recibe exactamente el mismo trato en la LVCC que en el Código civil; y, por tanto, en la doctrina del Tribunal Supremo.

En cuanto a Ricardo ha quedado clara su oposición total a abandonar el país, pues se siente a gusto aquí y, además, se encuentra muy apegado a su padre y al resto de su familia y amigos. Es patente que Ricardo tiene una gran afinidad con D. Santiago, motivo por el cual le gustaría convivir con él. Este hecho no debe interpretarse como una oposición a la convivencia con su madre.

En cuanto a Sonia, no se menciona con cuál de sus progenitores tiene mayor afinidad. Siendo menor de doce años dependerá del juez la decisión de si escucha o no los deseos de la niña (cfr. art. 5.3.b LVCC). En la práctica, son numerosos los jueces que deciden escuchar a menores de doce años al considerarlos suficiente maduros y que su testimonio no es fácilmente manipulable. Así ocurrió en la STS 413/2014 (ROJ 4233/2014), de 20 de octubre, antes mencionada, pues aunque el hijo era mayor de doce años, la hija tenía menos edad, estableciendo la sentencia que debía escucharse a ambos.

Es sabido que, en general, los menores que sufren el divorcio de sus padres no desean cambiar su estilo de vida tan drásticamente como se ven obligados a hacerlo. En consecuencia, al tener tanto Ricardo como Sonia una buena relación con ambos padres lo que más les beneficiaría sería un sistema de custodia compartida, en el que puedan mantener una relación equitativa y sin experimentar ningún sentimiento de pérdida hacia ninguno de ellos. De esta forma, su vida sería similar a la que han tenido hasta el momento, disfrutando del cariño y de la convivencia con ambos progenitores<sup>20</sup>.

---

*Young Children*, publicado en el *Journal of Marriage and Family* de agosto de 2013; Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo psicológico, publicado en mayo de 2014 por la Asociación Custodia en Positivo.

<sup>19</sup> Ha de tenerse en cuenta que la LVCC lleva un corto período de tiempo en vigor por lo que no existen, a día de hoy, muchas sentencias que se fundamenten en ella y que sean aplicables a este criterio, y menos que hayan sido recurridas hasta el TSJV.

<sup>20</sup> Ha de tenerse en cuenta que el régimen de custodia compartida solo sería posible en caso de que la madre se quede en España. En caso de residir Dña. Pilar en Estocolmo, debería establecerse custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores. En caso de que el juez apruebe el traslado de Sonia a

### 3.2. Los informes sociales, médicos y psicológicos

Otro de los elementos a tener en cuenta para atribuir la custodia es el contenido de los informes periciales que, en caso de que el juez estime conveniente para tomar alguna decisión con respecto al caso, hayan de ser realizados. En el caso presente, entendemos que sería recomendable obtener informes psicológicos y sociales de Sonia a fin de determinar si tiene la madurez suficiente para poder opinar en el procedimiento, y quizás, también sobre el modo de obtener dicha opinión de la forma más adecuada para una niña de diez años.

### 3.3. Los supuestos de especial arraigo

Recoge el artículo 5.3.e) de la Ley Valenciana de custodia compartida como uno de los factores a valorar en la atribución de custodia los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar. Este factor resulta de especial relevancia en este caso si se tiene en cuenta que Ricardo ha dejado constancia de su especial arraigo tanto a su padre, como a sus relaciones sociales y familiares en España<sup>21</sup>. Según consta en los antecedentes del caso, Ricardo es un joven activo, tiene un amplio grupo de amigos y participa en actividades de voluntariado. También se encuentra muy apegado a su familia, a la que visita en la medida de lo posible, ya que tanto la materna como la paterna residen, en su mayor parte, en otras Comunidades Autónomas. Además, pese a que era bastante más joven, Ricardo no guarda un buen recuerdo de cuando se mudó de A Coruña, teniendo que dejar atrás todo aquello que le era conocido y perder relación, especialmente, con sus abuelos paternos. En este sentido nada se dice de Sonia.

El hecho de que Ricardo incida en su especial arraigo, tanto a su padre como al resto de relaciones que tiene en España, hasta el punto de plantear solicitar su emancipación de verse obligado a abandonarlos, sugiere que el juez debería prestar especial atención a este factor. Para velar por el interés de Ricardo debería optarse por un régimen de custodia compartida.

### 3.4. La dedicación a la familia, conciliación laboral y disponibilidad

Desde que D. Santiago y Dña. Pilar contrajeron matrimonio en octubre de 1995, Dña. Pilar abandonó su trabajo como secretaria para dedicar todo su tiempo a su familia. En los últimos años, su vida ha girado alrededor de su marido y sus hijos, especialmente de Sonia, ya que es ella quien maneja la carrera artística de la niña. Con la menor se desplaza a los *castings* y sesiones fotográficas, ya tengan lugar en Barcelona, ya en otras ciudades de España. En sus ausencias es D. Santiago quien se encarga de Ricardo y de realizar las tareas domésticas que normalmente desarrolla su esposa. En este sentido se observa que, por regla general, es Dña. Pilar la encargada de las tareas del hogar y el

---

Estocolmo la custodia podría ser a favor de la madre, pero de no ser así esta sería a favor del padre. La necesidad de que el juez apruebe el cambio de residencia de los menores será tratado más adelante en el apartado III. *El régimen de visitas.*

<sup>21</sup> La información contenida en este párrafo en relación al especial arraigo y al resto de detalles de la vida de Ricardo ha sido proporcionada por el enunciado del caso.



cuidado de los hijos, pero su marido también realiza estas labores, reemplazándola cuando ella no se encuentra en casa.

Ha de tenerse en cuenta que la disponibilidad de Dña. Pilar es completa, pues no desempeña ninguna actividad profesional que limite su tiempo. Igualmente tiene mayor flexibilidad a la hora de organizarse, lo que beneficia que pueda centrarse en el cuidado de Sonia y Ricardo. La disponibilidad de D. Santiago, en cambio, es menor, pues su trabajo de juez le obliga a acudir a los juzgados todas las mañanas de lunes a viernes y, muy excepcionalmente, alguna tarde. Normalmente, por las tardes realiza su trabajo desde casa planificándose de la manera que estima conveniente.

El hecho de que Dña. Pilar tenga disponibilidad completa no significa que su esposo dedique poco tiempo a sus hijos. En este caso sucede todo lo contrario: D. Santiago pasa la mayor parte de su tiempo libre con sus hijos y acude muchas veces a recogerlos a sus actividades extraescolares. Junto con lo anterior, también se ha de mencionar que la situación actual de Dña. Pilar podría considerarse excepcional, ya que en la mayoría de los matrimonios ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional. Por ello la comparación del tiempo disponible entre los esposos no debería perjudicar a D. Santiago. Además, es probable que, tras el divorcio, Dña. Pilar decida incorporarse al mercado laboral desempeñando alguna actividad que limite el tiempo que podrá dedicarle a sus hijos, tanto o más de lo que su profesión a D. Santiago.

En definitiva, se trata de una familia común, en la que los padres disfrutan dedicándoles tiempo a sus hijos –cada uno dentro de sus posibilidades– sin que en ninguno desatienda sus responsabilidades para con ellos. Por lo tanto, teniendo en cuenta su grado de compromiso y la buena relación que une a padres e hijos parece que un régimen de custodia compartida sería lo más beneficioso para todos.

### 3.5. Otras circunstancias relevantes

La Ley Valenciana de custodia compartida no menciona de manera expresa un criterio sumamente importante: el de la no separación de hermanos. Este criterio viene recogido, en cambio, por el artículo 92.5 del Código civil al tratar la custodia compartida y señala que al adoptar tal decisión ha de procurarse “*no separar a los hermanos*”. Si bien en la LVCC no se recoge expresamente sí que se menciona el derecho de los hijos a relacionarse con sus hermanos en varios de sus preceptos.

En el ámbito jurisprudencial, se ha de apuntar que la mayor parte de las sentencias optan por no separar a los hermanos, pero se pueden encontrar otras que sí optan por hacerlo. La no separación no es, por tanto, un criterio absoluto. En tal sentido, la STS 530/2015 (ROJ 3890/2015), de 25 de septiembre, desestimó un recurso de una sentencia anterior en la que se había separado los hijos menores del matrimonio, conviviendo dos de ellos con la madre en Madrid y otros dos con el padre en Gijón. La argumentación que hace el Tribunal Supremo al respecto es que la decisión es “*respetuosa con el interés de los menores*” siendo además imposible la convivencia de todos los hermanos juntos al haber optado el único hijo mayor de edad del matrimonio por vivir con la madre mientras que los dos mayores de 12 años han expresado su deseo de vivir con su padre. Se trata por lo tanto de la “*solución más positiva tras la ruptura*”.

Pues bien, de protegerse mejor el interés de los hijos separando a los hermanos así ha de hacerse, siendo relevante, en este sentido, el deseo de los menores. En el presente caso, Sonia y Ricardo se encuentran muy unidos por lo que no parece que separarlos, otorgando la custodia de cada uno de ellos a un progenitor diferente, sea la mejor forma de velar por sus intereses.

Otro factor a tener en cuenta sería argumentar, en interés de Sonia, que el hecho de una custodia compartida la privaría de residir en Estocolmo y, por lo tanto, de una oportunidad de impulsar su carrera como modelo. Sin embargo, tratándose de una niña de diez años, seguramente no le falten oportunidades para desarrollarla en el futuro, cuando cuente con la madurez suficiente como para decidir anteponer su carrera profesional a sus relaciones familiares. De hecho, sería posible que, de escucharse a Sonia, este prefiriese quedarse en España y poder convivir con su padre antes que irse a Suecia y tener con él un contacto mucho más espaciado en el tiempo. Mientras tanto, queda a discrecionalidad del juez determinar en cuál de estas posibles decisiones prevalece el interés del menor, bien optando por otorgar una custodia exclusiva a favor de la madre que llevaría a la niña a residir en Estocolmo, o bien otorgar una custodia compartida que permita a la niña mantener vínculos afectivos y de convivencia con ambos progenitores y su hermano, y en cierta medida con el resto de su familia.

En cuanto al interés de Ricardo, aunque no se trate de un argumento jurídico, es relevante tener en cuenta que se trata de un estudiante de 1º de Bachillerato que aspira a convertirse en médico una vez terminado el instituto. Al tratarse de una carrera con una elevada nota de acceso, Ricardo está poniendo todo su empeño en sacar las mejores calificaciones posibles que le aseguren una plaza en alguna de las universidades públicas del país. El hecho de otorgarle la custodia exclusiva a doña Pilar y que esta decidiese trasladarse a Estocolmo supondría para él –sin entrar ya a valorar las preferencias de Ricardo– un cambio en el sistema educativo, que podría perjudicarle si, una vez alcanzada la mayoría de edad y finalizado el Bachillerato, decidiese venir a cursar el Grado en Medicina en una universidad española. Además, el aprendizaje de un nuevo idioma ralentizaría su adaptación al desarrollo de las clases, lo que seguramente repercutiría en sus notas y podría impedir que ingresase en el grado deseado.

#### **4. Conclusión: custodia compartida**

Los dos padres se encuentran igualmente capacitados para tener la custodia de sus hijos, dedicándoles gran parte de su tiempo –cada uno dentro de sus posibilidades– y manteniendo los menores un vínculo similar con ambos. A la vista de ello, parece que un régimen de custodia compartida sería el más adecuado a los intereses de los menores. De este modo, dentro del cambio que supondrá para ellos la ruptura de sus padres, podrán mantener una relación afectiva y de convivencia equitativa con ambos. Además, así se mantendrá el vínculo entre ambos hermanos, hecho que seguramente les facilite adaptarse a su nueva rutina.

No se debe olvidar que la LVCC opta por un sistema preferente de custodia compartida siempre que este respete el interés de los hijos, y en este caso no hay ninguna circunstancia que lo desaconseje. Analizando la información de la que se dispone se concluye que lo más recomendable, tanto desde un punto de vista meramente

humano como desde una perspectiva legal, esoptar por aplicar el régimen preferente de custodia compartida.

En ningún caso se ha barajado la posibilidad de la custodia exclusiva para D. Santiago pues no la ha solicitado, aunque está podría ser factible, al igual que para Dña. Pilar. Sin embargo, queda patente que esta modalidad no protege convenientemente los intereses de los hijos, puesto que la relación con el otro progenitor se vería muy deteriorada.

### III. EL RÉGIMEN DE VISITAS

#### 1. El concepto y finalidad del régimen de visitas

El régimen de visitas tiene como objetivo mantener la relación entre los hijos y el progenitor al que no se le haya atribuido la custodia. El legislador valenciano recoge esta institución en la LVCC denominándola “régimen de relaciones” y la define en su artículo 3.c como el “*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*”. Posteriormente aparece mencionado en el artículo 4.2 relativo al pacto de convivencia y en el 5.4 LVCC de medidas judiciales.

El artículo 4.2.a) LVCC señala que, de existir pacto de convivencia, este deberá fijar “*el régimen de convivencia y/o relaciones con los hijos e hijas menores*” con la finalidad de que se garantice el contacto de los niños con ambos padres. El artículo 5.4 LVCC dispone que en caso de que la autoridad judicial competente otorgue la custodia exclusivamente a uno de los progenitores deberá establecer a favor del otro un “*régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso*”. En cualquiera de los casos –bien se fije voluntariamente o por decisión judicial– solo cabe constituir un régimen de visitas a favor de los padres cuando no se haya acordado la custodia compartida y por lo tanto uno de los progenitores pudiese verse privado del contacto con sus hijos.

La LVCC no especifica quién es el titular del derecho de visita –si los padres o los hijos– mientras que el legislador estatal es ambiguo y poco claro a la hora de determinarlo. El artículo 94 CC lo constituye a favor del progenitor que se ve privado de la custodia de los hijos al establecer que “*el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos*”. Por otro lado el artículo 160.1 CC lo configura a favor de los hijos al indicar que “*los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores*”. Ha sido la jurisprudencia la encargada de resolver esta cuestión, pasando a configurar el régimen de visita como un complejo derecho-deber a favor de los padres pero en interés de los hijos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 980/2015 (ROJ 16241/2015), de 20 de noviembre, recoge en sus fundamentos que el régimen de visitas “no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial”. También la SAP de A Coruña 341/2015 (ROJ

2943/2015), de 11 de noviembre se pronuncia en este sentido, remarcando que la finalidad primordial de este derecho “no es satisfacer los deseos del progenitor sino, fundamentalmente, la de proteger los intereses del hijo” y que así pueda tener contacto “con su progenitor con el que no convive a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional”. Las sentencias mencionadas solo son dos de las muchas que, a lo largo de los años, han utilizado la terminología de derecho-deber para describir esta institución, cuyo contenido siempre responde a mantener la relación entre los hijos y el progenitor que se ve privado de la convivencia diaria con los menores<sup>22</sup>.

No se debe olvidar que en materia de familia rige el principio “favor filii” y por lo tanto ha de estarse al interés de los hijos menores en todo momento. En este sentido se pronuncian los artículos 94 y 160.1 CC cuando establecen que el régimen de visitas podrá limitarse o suspenderse por decisión judicial cuando se den circunstancias que así lo aconsejen<sup>23</sup>. La jurisprudencia también recalca constantemente la búsqueda del bienestar de los menores a la hora de fijar un régimen de visita. La SAP de A Coruña de 11 de noviembre, antes mencionada, señala que este derecho solo puede ser limitado o restringido “en los supuesto plenamente justificados” puesto que su finalidad no es otra que “la de proteger al menor, con observancia de sus propias necesidades”. La SAP de A Coruña 411/2015 (ROJ 2965/2015), de 10 de noviembre, emitida solo un día antes por el mismo órgano pero por distintos magistrados, indica que el régimen de visitas debe ejercitarse “atendiendo a ese interés superior de los menores” y “en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor”, solo pudiendo suspenderse o limitarse en caso de “peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor”. La LVCC no observa explícitamente la posibilidad de limitar o suspender el régimen de visitas, pero si es recurrente a lo largo de su Preámbulo, y también se menciona en el artículo 5.4 CC relativo a las medidas judiciales, que cualquier medida en relación a un menor ha de ser tomada en su interés. Por lo tanto, este complejo derecho-deber siempre debe ejercerse en interés de los hijos, pudiendo limitarse o suspenderse cuando atente contra su bienestar.

Por último debe mencionarse que el régimen de visitas no tiene solo como objetivo que los hijos se relacionen con el progenitor con el que no convivan, sino también con otros miembros de la familia e incluso con personas a las que únicamente las una un vínculo afectivo. El artículo 4.2.b LVCC determina que el pacto de convivencia familiar ha de acordar “*el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas*”, siendo el contenido de este artículo muy similar al artículo 160.2 CC<sup>24</sup>. Pese

---

<sup>22</sup> Otras sentencias que utilizan esta terminología son: SAP A Coruña 416/2015 (ROJ 3066/2015), de 11 de noviembre; SAP Madrid 980/2015 (ROJ 1624/2015), de 20 de noviembre; SAP Madrid 990/2015 (ROJ 16251/2015) y 996/2015 (ROJ 16256/2015), ambas de 24 de noviembre; SAP Madrid 1006/2015 (ROJ 16266/2015) y 1010/2015 (ROJ 16311/2015), las dos de 27 de noviembre; SAP Pamplona 22/2015 (ROJ 119/2015), de 13 de abril; SAP Madrid 238/2010 (ROJ 5828/2010), de 9 de abril; etc..

<sup>23</sup> El artículo 94 CC dispone que “*podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*”. El artículo 160.1 CC establece que “*los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores [...] salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial*”.

<sup>24</sup> El artículo 160.2 CC muestra un contenido idéntico al artículo 4.2.b LVCC desde un punto de vista negativo al establecer que “*no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados*”.

a que el artículo 5 LVCC –relativo a las medidas judiciales– solo menciona explícitamente que en caso de otorgar la custodia a uno de los progenitores ha de establecerse a favor del otro un régimen de relaciones familiares (cf. art. 5.4 LVCC), esto no quiere decir que no se pueda establecer un régimen de visitas a favor del resto de familiares y allegados en caso de un divorcio contencioso. El Código civil da una mayor relevancia al régimen de visitas a favor de los abuelos en comparación con el resto de familiares y allegados, mencionando en su artículo 90.1.b que el convenio regulador deberá contener, si se considera oportuno, “*el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos*”. Del mismo modo, en el artículo 94 CC se prevé que el juez pueda determinar “*previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos*” siempre y cuando sea en interés del menor.

## 2. Posibles regímenes de visitas en el presente caso

En el presente caso no tendría cabida establecer un régimen de visitas, pues al otorgar la custodia compartida a ambos progenitores estaría vacío de contenido. De todos modos, en caso de que finalmente la custodia se otorgase exclusivamente a favor de uno de los cónyuges debería fijarse un régimen de visitas a favor del otro (cfr. artículo 5.4 CC). El encargado de fijarlo será el juez competente que conozca del divorcio, pues D. Santiago y Dña. Pilar carecen de cualquier tipo de acuerdo<sup>25</sup>. Ni la LVCC ni el Código civil recogen criterios que deban tenerse en cuenta a la hora de establecer el régimen de visita más allá de velar por el interés del menor, por lo que serán las circunstancias particulares de cada proceso y el respeto al principio “favor filii” las que permitan fijar un determinado régimen de visitas.

De tener que establecerse un régimen de visitas existirían dos posibles situaciones según donde residen padres e hijos. D. Santiago no ha mencionado en ningún momento su intención de cambiar de residencia, por lo que una vez finalizado el proceso de divorcio continuará viviendo en Barcelona. En cambio, Dña. Pilar, sí que ha expresado su intención de mudarse a Estocolmo con sus hijos en caso de que se le conceda la custodia exclusiva y el juez apruebe que Sonia resida en Suecia<sup>26</sup>. En el caso de no darse alguna de las circunstancias anteriores la madre no ha mostrado voluntad de

---

<sup>25</sup> El enunciado del caso indica que la pareja carece de convenio regulador, documento en el que figuraría un posible acuerdo a la hora de fijar el régimen de visitas.

<sup>26</sup> La fijación de la residencia de un hijo menor de edad pertenece a la esfera de la patria potestad tal y como indica la STS 642/2012 (ROJ 6811/2012), de 26 de octubre de 2012, que establece que “de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar”. Esta sentencia apunta que el cambio de residencia es una de las “decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor” y por ello esta debe sostenerse en el “acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda” teniendo en cuenta cómo afecta “el cambio de residencia a los intereses del menor”. Por lo tanto el cambio de residencia de un hijo menor no puede ser adoptado unilateralmente por el progenitor custodio.

En el caso actual se entiende que ambos padres ostentan conjuntamente la patria potestad al no darse causas para que ninguno se vea privado de su ejercicio. Por lo tanto para que Sonia pueda fijar su residencia en Estocolmo será necesario el consentimiento de D. Santiago, habiendo mostrado el padre su negativa a este cambio de residencia en el enunciado, o la autorización del juez correspondiente en caso de que esto sea lo más conveniente para el interés del menor.



dejar de residir en Barcelona para hacerlo en otra ciudad española. Se puede concluir que los posibles regímenes de visitas son: uno a favor del cónyuge que se vea privado de la custodia cuando ambos progenitores residan en Barcelona, y el otro a favor de D. Santiago en el caso de que Dña. Pilar obtenga la custodia exclusiva y se mude a Suecia.

A continuación se analizará de manera sucinta los distintos regímenes de visita que pueden tener lugar en este caso. No debe olvidarse que, de cambiar sustancialmente las circunstancias que dieron lugar a la fijación de un determinado régimen, se podrán incoar el procedimiento de modificación de medidas<sup>27</sup>. Este procedimiento tiene como finalidad adecuar las medidas definitivas establecidas en una sentencia anterior de divorcio a la nueva realidad familiar, al haberse alterado las condiciones –personales y económicas– que dieron lugar a su adopción<sup>28</sup>.

### 2.1. A favor de D. Santiago residiendo ambos progenitores en Barcelona

En el caso de que ambos padres continúen residiendo en Barcelona o en algún municipio limítrofe que les permita mantener un contacto casi diario con los hijos el régimen de visitas podrá ser más amplio. Para ello el juez ha de tener en cuenta tanto el interés de los menores como su disponibilidad horaria y la de los progenitores. En cada caso ha de estarse a sus particularidades, pero en general la jurisprudencia viene estableciendo regímenes de visitas que permitan al padre no custodio disfrutar de los hijos los fines de semana alternos y entre una y dos tardes semanales desde la salida del colegio. Las vacaciones se reparten por mitad y se alternan de forma que las fechas importantes roten y cada año correspondan a un progenitor diferente. Dentro de este régimen pueden realizarse pequeñas modificaciones, por ejemplo incluyendo alguna pernocta semanal con el padre no custodio, añadiendo visitas semanales o incluso reduciéndolas si es necesario. En este supuesto debería optarse por un régimen amplio ya que no existen motivos que aconsejen reducirlo, por lo que cuanto más extenso sea este –teniendo en cuenta circunstancias de los hijos– más los beneficiará. Son numerosas las sentencias que fijan sistemas de visitas muy similares al expuesto pudiendo el juez fijar uno de ellos o el que estime más conveniente en función de lo que sea más beneficioso para los menores<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> El art. 91 CC establece que las medidas adoptadas por sentencia de divorcio “podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

<sup>28</sup> El procedimiento de modificación de medidas es aplicable al régimen de custodia adoptado en la sentencia de divorcio, por lo que de cambiar las circunstancias que motivaron su adopción podrá modificarse. Por ese motivo lo aquí expuesto también es válido para el epígrafe II. *La custodia de los hijos*.

<sup>29</sup> La mayoría de la jurisprudencia opta por establecer regímenes de visitas similares al expuesto. Algunos ejemplos son: SAP A Coruña 387/2015 (ROJ 3424/2015), de 18 de diciembre; SAP Pontevedra 475/2015 (ROJ 2627/2015) y 340/2015 (ROJ 2638/2015), ambas de 17 de diciembre; SAP Alicante 316/2015 (ROJ 1984/2015), de 16 de septiembre; SAP Pamplona 24/2015 (ROJ 274/2015), de 28 de abril; SAP Pamplona 23/2015 (ROJ 108/2015), de 13 de abril; SJPI Sevilla 311/2013 (ROJ 6/2013), de 11 de junio; SJPI Santander 435/2012 (ROJ 50/2012), de 28 de septiembre; SJPI Zaragoza 129/2011 (ROJ 20/2011), de 23 de febrero; SJPI Sevilla 486/2010 (ROJ 24/2010), de 1 de septiembre; etc.

## 2.2. A favor de D. Santiago residiendo sus hijos en Estocolmo

En el caso de que Dña. Pilar finalmente se establezca en Estocolmo con sus hijos, el régimen de visitas será mucho más reducido, ya que la distancia dificultará el contacto entre padre e hijos. Habrá de atenderse a nuevas circunstancias, tales como: los medios de transporte existentes y su coste, los medios económicos de los padres para determinar el número de visitas que se pueden permitir y quien ha de sufragar los gastos, el nuevo calendario escolar de los niños, la disponibilidad del padre para desplazarse o para acoger a sus hijos cuando no dispone de vacaciones, etc. Se trata de una situación donde han de valorarse nuevos factores y sobre la que no existe demasiada jurisprudencia, pero a modo de ejemplo se pueden citar la STS 536/2014 (ROJ 4072/2014), de 20 de octubre; la STS 823/2012 (ROJ 373/2012), de 31 de enero; o incluso alguna sentencia en la que los padres residan en distintas CCAA españolas, debido a las semejanzas que se pueden dar, como la SAP Pontevedra 543/2015 (ROJ 2361/2015), de 12 de noviembre. En todas estas sentencias se puede observar como el régimen de visitas es mucho más reducido, consistiendo a veces en la atribución de las vacaciones de verano en exclusiva al padre no custodio, o fijando un fin de semana mensual de visita. Sin lugar a dudas se trataría de un sistema que mermaría sustancialmente la relación entre padre e hijos.

Cabe resaltar que D. Santiago, dada su oposición al cambio de residencia de sus hijos, podría atacar la decisión judicial que lo autoriza iniciando un nuevo procedimiento al que 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, también conocido como Bruselas II<sup>30</sup>. Este Reglamento, conforme a su artículo 1.1, se aplica a las materias civiles relativas: *“al divorcio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”* así como *“a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”*. Dentro de la responsabilidad parental se incluye, de manera específica, el derecho de custodia y el derecho de visita (cfr. art. 1.2.a). A continuación, en el artículo 2.9, se detalla que se entiende por derechos de custodia, 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”*. Para determinar qué órgano jurisdiccional tiene competencia para conocer de este nuevo procedimiento ha de estarse a lo estipulado en el artículo 8 Bruselas II: *“los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”*. Por lo tanto, si D. Santiago incoa el procedimiento una vez que Dña. Pilar ya se encuentre residiendo en Estocolmo con sus hijos, será competente para conocer del recurso la autoridad judicial sueca que corresponda.

En cuanto a la ley que ha de aplicarse para resolver la cuestión, al no recoger Bruselas II ningún precepto relativo a esta cuestión, habrá que acudir al Convenio de 19 de octubre de 1996, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la

---

<sup>30</sup> Tanto España como Suecia han ratificado este Reglamento.

Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, también conocido como Convenio de la Haya de 1996<sup>31</sup>. Su artículo 1.1.c indica que este Convenio tiene por objeto, entre otros, “*determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental*”. Asimismo, en su artículo 1.2 señala que la expresión *responsabilidad parental* comprende, a efectos del Convenio, “*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*”. El Convenio es de aplicación a niños desde “*su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años*” (cfr. art. 2), es decir, a los menores de edad, por lo que Sonia tiene cabida en él. Posteriormente, el artículo 3 del Convenio recoge que las medidas previstas en el artículo 1 pueden referirse en concreto a “*la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental*” y “*el derecho de guarda (del menor) [...] y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*”<sup>32</sup>. Justamente es el cambio de residencia de Sonia el hecho que cuestiona D. Santiago, pero también podría atacar la atribución de la responsabilidad por parte del juez al no considerarla correcta y en interés de sus hijos. Es, finalmente, el artículo 15 del Convenio donde se muestra que la ley que resulta de aplicación será la sueca, pues como regla general cada Estado ha de aplicar su propia ley. Además, en caso de cambio de residencia habitual del menor a otro país que forme parte del Convenio, “*la ley de ese otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual*” desde que el cambio de residencia sea efectivo. En conclusión, la ley que habrá de aplicarse será la ley sueca que se encuentre vigente en esta materia.

### 2.3. A favor de familiares y allegados

En cuanto a los familiares o allegados de Sonia y Ricardo, se desconoce si podrían estar interesados en la constitución de un régimen de visitas. En el enunciado se señala la existencia de familia paterna en Galicia, y de abuelos y primos de los que se desconoce la residencia, pero no se especifica si estos desearían establecer judicialmente un régimen de visitas con los menores. En caso de que alguno de ellos lo deseara, al igual que cualquier otro miembro de la familia o cualquier persona allegada a los menores, podrán solicitarlo ante la autoridad judicial competente.

## **IV. LA EMANCIPACIÓN DE RICARDO**

Ricardo, el hijo mayor del matrimonio, ha expresado su voluntad de solicitar su emancipación en el caso de que su madre obtenga su custodia y decida mudarse a Estocolmo. El motivo es que el menor desea quedarse en España, donde se encuentra

---

<sup>31</sup> Tanto España como Suecia han ratificado este Reglamento.

<sup>32</sup> El artículo 3 del Convenio contiene una enumeración más larga, pero solo son los dos extractos recogidos los que tienen relevancia en este caso.



muy a gusto y donde reside su padre, al que se encuentra muy unido<sup>33</sup>. Como se mencionó previamente en el apartado *III. El régimen de visitas*, el traslado a Estocolmo solo tendrá lugar cuando la custodia sea atribuida en exclusiva a Dña. Pilar y la autoridad judicial permita el cambio de residencia de los hijos menores, por lo que solo se entra a valorar la emancipación en caso de darse estos dos supuestos. A la hora de determinar si Ricardo puede emanciparse y cuáles son las consecuencias de esta decisión habrá que aplicar el Código civil, ya que no existe ninguna regulación autonómica valenciana sobre esta materia.

Antes de nada, debe señalarse que la emancipación es una decisión muy importante y que debe ser sumamente meditada por las consecuencias que lleva consigo. Cabe advertir, además, que se trata de una decisión que no puede ser revocada (cf. art. 318 CC), por lo que una vez tomada torna definitiva. La trascendencia de la emancipación reside en que supone el cese de la patria potestad de ambos progenitores, ya que se recoge en el artículo 169.2ª CC como una de sus causas de extinción. Una vez emancipado, Ricardo se encontraría en un estado intermedio entre la minoría y la mayoría de edad, donde su capacidad de obrar se vería considerablemente aumentada pero sin llegar a ser plena<sup>34</sup> y carecería de cualquier tipo de representación legal<sup>35</sup>.

Existen tres formas de emanciparse, tal y como se recoge en el artículo 314 CC: por mayoría de edad, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad y por concesión judicial. En el caso actual se barajarían las dos últimas opciones pues Ricardo actualmente tiene dieciséis años –nació el 16 de abril de 1999– y la mayoría de edad no se adquiere hasta cumplir dieciocho años (cf. art. 315 CC). En los dos casos aplicables a este supuesto es necesario que el menor tenga dieciséis años cumplidos, pues de ser menor de esta edad no sería posible emanciparse. A continuación se analizarán las dos opciones para determinar si alguna de ellas podría conllevar la emancipación de Ricardo.

En el supuesto de que la emancipación tenga lugar mediante concesión de quienes ejerzan la patria potestad, en este caso los padres, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 317 CC. En este precepto se señala la necesidad de que “*el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta*”, siendo además la emancipación otorgada “*por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro*”. Posteriormente, tal y como indica el artículo 318 CC, deberá inscribirse en el Registro civil<sup>36</sup>. La realidad es que la posibilidad de que los padres de Ricardo le concedan la emancipación se antoja imposible. Si bien la opinión de los padres con respecto a esta cuestión no se expresa claramente en ningún momento, esta se puede deducir de los datos ofrecidos por el enunciado del supuesto. D. Santiago

---

<sup>33</sup> La información contenida en este párrafo en relación a la voluntad de Ricardo de solicitar su emancipación y su deseo de quedarse en España procede del enunciado del caso.

<sup>34</sup> El artículo 323 CC recoge una serie de limitaciones a la capacidad de obrar del emancipado. En este precepto se detallan ciertos actos que el menor emancipado no podrá llevar a cabo por sí solo, necesitando contar con un complemento de capacidad para realizarlos.

<sup>35</sup> La emancipación supone la extinción de cualquier tipo de representación legal, ya sea patria potestad como tutela. Esta figura se verá sustituida por un sistema de complemento de capacidad, ya sea asistencia paterna o curatela, que será necesario para realizar determinados actos recogidos en el artículo 323 CC.

<sup>36</sup> Hasta que la emancipación se halle correctamente inscrita en el Registro civil no producirá efectos contra terceros.

seguramente sí accediese a que su hijo se emancipara para que pudiese quedarse en España en caso de que la custodia la ostentase la madre y el juez aprobase que se llevase a los niños a Suecia. De esta forma, el padre velaría tanto por las preferencias de su hijo como por las suyas propias, pues Ricardo ha expresado su voluntad de permanecer en España –motivo por el que solicita su emancipación– y así ambos podrían seguir manteniendo un contacto mucho más frecuente que el que tendrían de residir cada uno en un país diferente. En cambio, Dña. Pilar se negaría a esta medida, pues desea llevarse a su hijo mayor con ella a Estocolmo, motivo por el cual ha solicitado la custodia exclusiva de ambos menores. Se puede concluir que, en realidad, la concesión de la emancipación por parte de los progenitores no es una verdadera opción para Ricardo, pues en ningún caso su madre estaría de acuerdo en acordar tal medida.

La única opción verdaderamente factible para que Ricardo consiga emanciparse sería la concesión judicial. En este caso, el juez podrá concederla cuando los hijos sean mayores de dieciséis años “*si estos la pidieren y previa audiencia de los padres*” (cf. art. 320 CC). Además, el artículo 320 CC también recoge en qué circunstancias se podrá otorgar: cuando quien ejerza la patria potestad contraiga matrimonio o conviva maritalmente con otra persona distinta del otro progenitor, en caso de que los padres vivan separados, o “*cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad*”. Esta última circunstancia no tiene cabida en nuestro caso pues no hay constancia de que exista alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad por ninguno de los progenitores, pues aun en el supuesto de que Dña. Pilar finalmente se instale en Estocolmo esto no afectaría a su ejercicio. Por otro lado, en base a la información aportada por el enunciado, se desconoce si el padre o la madre tienen una nueva pareja con la que convivan actualmente, pero nada parece indicar que así sea. Por lo tanto, Ricardo solo podrá alegar la circunstancia de que sus padres vivan separados como causa para que se le conceda la emancipación. Puede concluirse que, en base a la literalidad del precepto, el juez ha de otorgar la emancipación a Ricardo por el mero hecho de que D. Santiago y Dña. Pilar ya no vivan juntos.

La emancipación tiene escasa aplicación en España. La mayor parte de la jurisprudencia existente se refiere a la emancipación por cumplir los hijos la mayoría de edad –dieciocho años– y no porque esta se conceda judicialmente o por quienes ostentan la patria potestad. Aun así, objetivamente, Ricardo cumple los requisitos establecidos en el Código civil para poder emanciparse mediante concesión judicial, amparándose en el cese de convivencia entre sus padres. A mayores se suma que su madre tiene previsto cambiar su residencia a un nuevo país que supone para el menor numerosos cambios (idioma, sistema educativo, distanciamiento con su familia, entorno, etc) a los que ya ha mostrado su oposición. Por estos motivos la emancipación es casi una realidad en caso de solicitarse.

Una vez obtenida la emancipación la capacidad de obrar de Ricardo se verá ampliada, pues según el artículo 323 CC esta institución “*habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*”. De todos modos, como se mencionó previamente en las notas a pie de página número 27 y 28, este artículo también recoge ciertas limitaciones a la capacidad de obrar, por lo que hasta alcanzar la mayoría de

edad Ricardo seguirá precisando de un complemento de capacidad<sup>37</sup>. Las actuaciones para las que resulta insuficiente el consentimiento del emancipado son: tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, así como objetos de extraordinario valor.

## V. EL ANÁLISIS Y FIJACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

### 1. Contextualización teórica: concepto, contenido y características de la obligación legal de alimentos

La pensión de alimentos viene motivada por la existencia en el Código civil de la obligación legal de alimentos entre parientes, que se encuentra regulada en los artículos 142 a 153 CC. Esta institución es relativamente compleja, contando con una amplia regulación en el Código civil debido a los numerosos elementos que la configuran. Por este motivo se procede a realizar una introducción teórica que facilite su comprensión y, de esta forma, conocer que factores y límites afectan a la existencia de una pensión de alimentos.

**CONCEPTO** - En virtud de esta obligación, tal y como describe Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, “una persona (el acreedor) carente de suficientes recursos propios, tiene derecho a reclamar a otra u otras (deudor o deudores), lo necesario para su subsistencia, en los términos y con la amplitud fijados por la ley”<sup>38</sup>.

**SUJETOS Y FUNDAMENTO** - Los sujetos –tanto activos como pasivos- de la obligación de alimentos vienen enumerados en el artículo 143 CC, alcanzando esta a los cónyuges, ascendientes y descendientes y a los hermanos. Por lo tanto se trata de una pensión que deriva de la existencia de una relación de parentesco. Esta relación ha de darse en el momento en el que se solicite la pensión por alimentos pues, de no existir, esta prestación ya no tendría sentido<sup>39</sup>. Además se trata de una obligación recíproca (cf. art. 143 CC), de tal modo que no solo el padre debe alimentos al hijo, sino que también el hijo se los debe al padre, y así entre todos los sujetos enumerados. Jordi Ribot Igualada considera que el fundamento de esta obligación se encuentra en el principio de solidaridad familiar, ya existente en el Derecho romano y que ha ido evolucionando<sup>40</sup>. El principio de solidaridad, de manera genérica, se encuentra recogido en la CE en

---

<sup>37</sup> El complemento de capacidad puede ser llevado a cabo por los propios padres del emancipado o mediante la designación de un curador. En este caso no parece haber ningún inconveniente para que los progenitores ejerzan esta función.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007, p.39.

<sup>39</sup> El hecho de que exista relación de parentesco en el momento en que se solicita la pensión por alimentos es relevante de cara al cónyuge, ya que es el que puede romper el vínculo de parentesco y por lo tanto no ser sujeto activo ni pasivo de esta prestación.

<sup>40</sup> RIBOT IGUALADA, J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, BOE, 1995, p. 1118-1130 [Fecha de consulta: 21/01/2016]. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1998-30110501178\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_El\\_fundamento\\_de\\_la\\_obligacion\\_legal\\_de\\_alimentos\\_entre\\_parientes](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1998-30110501178_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_fundamento_de_la_obligacion_legal_de_alimentos_entre_parientes)

varios artículos<sup>41</sup> –tanto de manera explícita como implícita– considerando el citado autor que de estos datos “se extrae la conclusión de que el principio de solidaridad cumple el papel de valor superior del ordenamiento”<sup>42</sup>. El artículo 39 CE es muy importante en relación con la obligación de alimentos, pues en él se encuentra implícitamente recogido el principio de solidaridad familiar, al establecerse que los poderes públicos han de asegurar “*la protección social, económica y jurídica de la familia*”, haciendo especial hincapié en los hijos. En conclusión, la finalidad de esta pensión no es otra que lograr la efectiva protección de la familia.

CONTENIDO. Por alimentos entiende el artículo 142 CC “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”, además de la educación del alimentista mientras sea menor de edad e incluso cuando este alcance la mayoría de edad y “*no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*”. En lo relativo a la educación, puntualiza Delgado Echeverría, que no serán causas imputables al alimentista cuando este “tiene capacidad y pone el esfuerzo adecuado para seguir sus estudios a costa del alimentante mientras mantenga razonable regularidad en los resultados y no pueda reprochársele abandono o vagancia”<sup>43</sup>. También se incluyen dentro de los alimentos los gastos de embarazo y parto “*cuando no estén cubiertos de otro modo*”. Sin embargo en el caso de los hermanos se realiza una puntualización, pues estos solo se deberán “*los auxilios necesarios para la vida [...] y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación*” (cf. art. 143 CC).

CONCURRENCIA DE SUJETOS. En el caso de que se reclamen los alimentos y sean varias personas las obligadas a prestarlos, el artículo 144 CC establece un orden de prelación a la hora de reclamar, debiendo solicitarlos en primer lugar al cónyuge, en segundo lugar a los descendientes de grado más próximo, en tercer lugar a los ascendientes de grado más próximo, y en cuarto lugar a los hermanos (primero los de doble vínculo y por último los de vínculo sencillo). En este caso, la gradación entre ascendientes y descendientes se realizará por el orden en el que sean llamados a la sucesión legítima de las personas que tengan derecho a los alimentos<sup>44</sup>. El artículo 145 establece que, en caso de que recaiga la obligación en varios sujetos, “*se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo*”, pese a que en caso de urgente necesidad o por determinadas circunstancias el juez podrá obligar a una sola persona a realizar la prestación y que posteriormente reclama al otro obligado la parte que le corresponda. En el caso de que sean varios los alimentistas los que reclaman alimentos a un mismo obligado el artículo 145 CC remite al orden recogido en el artículo 144 CC, salvo en el caso de que los alimentistas que concurren sean “*cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad*”, ya que en este caso el último prima sobre el primero.

---

<sup>41</sup> Implícitamente el principio de solidaridad se puede observar en el art. 30 en relación con las obligaciones militares, en el art. 31 CE en relación a la contribución en los gastos del Estado. Explícitamente se puede encontrar en el art. 2 CE al hablar del Estado español, en el art. 45.2 CE en relación con el medioambiente, en el art. 138 CE donde se establece como principio general.

<sup>42</sup> RIBOT IGUALADA, J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, cit., p.1134

<sup>43</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, cit., p.46.

<sup>44</sup> El orden de suceder en línea descendiente y ascendiente viene regulado en los arts. 930-942 CC.

**CUANTÍA.** Señala el artículo 146 CC que la *“cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”*. Este artículo es de especial relevancia ya que fija el límite de la cuantía, pues en virtud de esta obligación nadie puede dar lo que él mismo y su familia necesitan ni nadie puede recibir más de lo indispensable para cubrir sus carencias. Esta cuantía se podrá modificar, aumentándola o reduciéndola proporcionalmente según aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista y el caudal del obligado (cf. art. 147 CC).

**CUMPLIMIENTO.** La obligación de alimentos puede satisfacerse de dos formas distintas a elección del obligado: bien mediante el pago de una pensión o bien *“manteniendo y recibiendo en su propia casa”* el obligado al alimentista (cfr. art. 149 CC). La elección por parte del obligado no será posible cuando *“contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”* o cuando *“concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”*. En caso de cumplir con la obligación mediante el pago de una pensión, esta deberá ingresarse por meses anticipados y, en caso de que el alimentista fallezca, los herederos *“no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente”* (cf. art. 148 CC)<sup>45</sup>.

**OTRAS CARACTERÍSTICAS.** El derecho a percibir alimentos se trata de un derecho personalísimo, ya que, conforme al artículo 151 CC, es irrenunciable e intransmisible a terceros, al igual que tampoco puede compensarse con *“lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”*<sup>46</sup>. El hecho de que sea personalísimo también viene marcado porque su extinción se lleva a cabo, entre otros motivos, por muerte del obligado o del alimentista (cf. arts. 150 y 152.1º CC). Además, se trata de un derecho imprescriptible, ya que no se extingue aunque concurren los requisitos de exigibilidad y no se ejercite<sup>47</sup>. Mientras la situación que da derecho a percibir la pensión por alimentos continúe, el alimentista tendrá a su disponibilidad la acción para reclamarla. Ahora bien, que el derecho no se extinga no quiere decir que no existan ciertos límites temporales. Por ejemplo, el artículo 148 CC establece que, si bien este derecho es exigible desde que se necesiten los alimentos, *“no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”*, por lo que los que eran exigibles antes de su interposición no se abonarán. Por otro lado, la acción para reclamar las pensiones vencidas y no pagadas prescribe a los cinco años (cfr. art. 1966.1º CC).

**EXTINCIÓN.** A mayores de la extinción por muerte del obligado o del alimentista, citada anteriormente, la obligación de dar alimentos también se extinguirá de acuerdo con el artículo 152 CC: cuando la fortuna del obligado haya mermado tanto que no pueda satisfacerlos *“sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”*; cuando el alimentista pueda ejercer un oficio o su situación económica haya mejorado lo suficiente como para que *“no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”*; cuando el alimentista, independientemente de que sea heredero forzoso o

---

<sup>45</sup> El art. 148 CC observa también que, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, el Juez ordenará *“con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades”*.

<sup>46</sup> Establece el art. 151 CC que sí *“podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”*.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, cit., p.42.



no, haya cometido “*alguna falta de las que dan lugar a la desheredación*”; y en caso de que el alimentista sea descendiente del obligado, cuando la necesidad de la pensión venga dada por su “*mala conducta o de falta de aplicación al trabajo*” mientras esta causa subsista.

REQUISITOS. A modo de breve resumen de lo expuesto en este epígrafe, se señalan aquí los requisitos que han de darse siempre para que exista obligación de alimentos<sup>48</sup>: relación de parentesco (cf. art. 143 CC), estado de necesidad del alimentista<sup>49</sup> (cf. arts. 146 y 147 CC), y capacidad económica del alimentante (cf. art. 152 CC).

## 2. La obligación legal de alimentos en el presente caso

### 2.1. Derecho y deber de prestar alimentos en este caso.

Una vez que se ha profundizado en la figura de la obligación legal de alimentos entre parientes, ha de determinarse si alguien, en el presente caso, tiene derecho a recibir una pensión alimenticia y quiénes serían los obligados a prestarla.

En cuanto a D. Santiago y Dña. Pilar ninguno tiene derecho a percibir alimentos. El motivo principal es que ninguno se encuentra en situación de necesidad, pues ambos tienen una situación económica que permite su propia subsistencia<sup>50</sup>. De todos modos, en caso de que alguno de ellos pasase a necesitarlos en un futuro, su obligación recíproca habría desaparecido, pues al divorciarse el vínculo matrimonial se rompe, y por lo tanto ya no son cónyuges, no teniendo cabida dentro de los sujetos recogidos en el artículo 143 CC. Sí que existe una obligación eventual de Ricardo y Sonia de cara a que sus padres se encuentren en un futuro en situación de necesidad y los hijos dispongan de medios suficientes para afrontar la obligación de alimentos.

En cuanto a Ricardo y Sonia, sí que existe a su favor un derecho a percibir alimentos. Ricardo no percibe ningún ingreso y depende exclusivamente de sus padres pues, aunque tiene edad legal para trabajar, en estos momentos continúa con su formación –obteniendo muy buenas calificaciones– y no se le puede reprochar abandono o vagancia en sus estudios. Sonia sí percibe ingresos por su trabajo como modelo, pero en ningún momento se especifica a cuánto ascienden. De todas formas no es más que una niña que realiza actividades de modelaje no como una actividad principal, sino que la compatibiliza con sus estudios de enseñanza obligatoria. Además, la menor se encuentra sujeta a la patria potestad de sus padres –sin que exista posibilidad de extinguirla– comprendiendo esta función, de acuerdo con el artículo

<sup>48</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, cit., p.48.

<sup>49</sup> A efectos de la necesidad del alimentista también han de valorarse “los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo”, impidiendo que su pasividad sea la causa de la existencia de esta obligación.

<sup>50</sup> En el enunciado del supuesto se especifica que actualmente D. Santiago percibe por rentas del trabajo 5.500 € netos mensuales mientras que Dña. Pilar cobra 500 €/mes por el alquiler de un piso de su propiedad, ha cobrado un sustancioso premio de lotería de 400.000 € del que todavía no ha dispuesto y, como se verá más adelante, tiene derecho a cobrar una pensión compensatoria. Por lo tanto ambos cónyuges disponen de los recursos suficientes para mantenerse a sí mismos.

154.1º CC, "*alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*" entre otros deberes y facultades. Aun así, independientemente de la sujeción a la patria potestad de los hijos, los padres siempre están obligados a prestarles alimentos (cf. art. 110 CC).

Hasta este momento está claro que se cumplen dos de los tres requisitos: existe una relación de parentesco entre padres e hijos y los menores se encuentran en situación de necesidad al carecer de suficientes recursos propios que permitan su subsistencia. A continuación ha de determinarse si los obligados, en este caso los padres, disponen de la capacidad económica suficiente para hacerle frente a esta obligación. Por un lado, no cabe duda de que D. Santiago dispone del caudal adecuado para mantenerse a sí mismo y a mayores hacer frente al pago de una pensión de alimentos. Por otro lado, Dña. Pilar percibe unos ingresos mucho menores que los de su exmarido, pero eso no quiero decir que no sean bastantes como para encontrarse obligada a prestar alimentos a sus hijos. Debe recordarse que la cuantía de los alimentos que aporta cada progenitor ha de ser proporcional a su respectivo caudal (cfr. art. 146 CC) por lo que en este caso cada uno de los padres aportaría una cantidad diferente en función de sus recursos. De todos modos, en caso de que Dña. Pilar careciese totalmente de recursos para afrontar la obligación de alimentos, esta podría suspenderse temporalmente hasta que la madre recuperase su capacidad económica. Así lo avala jurisprudencia reciente, como la STS 111/2015 (ROJ 568/2015), de 2 de marzo, al indicar que “aunque esta obligación de prestar alimentos a los hijos se constituye en un deber inexcusable, no es el mismo tan absoluto que obligue a su mantenimiento cuando consta acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y /o amigos, pues en ese caso esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible”.

Alcanzado el punto en el que se concluye que ambos progenitores tienen obligación de prestar alimentos a sus hijos puesto que se cumplen todos los requisitos, cabe perfilar de qué forma –mediante pago de una pensión o manteniendo a los hijos en su propia casa– ha de realizarse esta prestación. En el caso de que la autoridad judicial optase por establecer un régimen de custodia exclusiva a favor de cualquiera de los padres, la satisfacción de esta obligación se llevaría mediante el pago de una pensión de alimentos por parte del progenitor no custodio mientras que el custodio mantendría en su propia casa a los hijos. En el caso de que se decretase un régimen de custodia compartida, podría entenderse que ninguno de los progenitores debe pagar pensión alguna, puesto que cada uno mantendrá a los hijos en su casa durante el tiempo estipulado –que se entiende que será similar– cumpliendo de esta forma con su obligación. Esta idea es errónea pues, en la mayoría de los casos, se estaría obviando que cada uno de los progenitores ha de aportar en función de sus medios (cf. art. 146 CC), no eximiendo la custodia compartida del pago de la obligación de alimentos<sup>51</sup>. Cuando ambos padres tienen unos ingresos muy similares el juez podría considerar que no es oportuno fijar una pensión de alimentos pues los menores estarían atendidos en condiciones muy parecidas por los dos progenitores. En cambio, si los ingresos de los padres no son equiparables entre ellos, se produciría una situación de desequilibrio,

---

<sup>51</sup> Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades, *Preguntas y respuestas: separación, divorcio y régimen económico del matrimonio*. [Fecha de consulta: 31/01/2016]. Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/conoceDerechos/preguntas/separacion.htm>

teniendo los menores un distinto nivel de vida en función de con quien se encontrasen. De darse esta última situación sería necesario fijar una pensión de alimentos con la finalidad de reducir estas desigualdades, por lo que el progenitor que percibe mayores ingresos deberá abonar una pensión al otro progenitor, de forma que los hijos puedan mantener su nivel de vida cuando se encuentren con este último. En este caso, ambos padres mantendrán en su casa a sus hijos en los períodos que les correspondan pero, a mayores, D. Santiago se verá obligado a satisfacer una pensión de alimentos para mitigar que la carencia de recursos de Dña. Pilar afecte al nivel de vida de los menores cuando convivan con ella.

## 2.2. Fijación de la oportuna pensión de alimentos

En el apartado anterior se ha precisado que será D. Santiago el encargado de satisfacer la pensión de alimentos a favor de sus hijos, debido a que sus ingresos son mucho más cuantiosos que los percibidos por Dña. Pilar, lo que provocaría desigualdades en el nivel de vida de los menores en función del progenitor con el que convivan. La dificultad viene a la hora de fijar la cuantía de dicha pensión, puesto que la Ley no contempla más criterios que el establecido en el artículo 146 CC y tampoco la jurisprudencia ha establecido unos principios homogéneos. Será la autoridad judicial la que, discrecionalmente, ha de fijar la cuantía que estime oportuna atendiendo a las circunstancias de cada caso particular.

Si bien no hay unos criterios homogéneos fijados es evidente que han de tenerse en cuenta cuestiones como la capacidad económica de cada cónyuge, el número de hijos de cada uno de los progenitores, las necesidades y el estilo de vida que han llevado los menores hasta la separación de los padres, así como cualquier particularidad que pueda ser relevante. Para facilitar su labor a los jueces y magistrados que trabajan en el campo del Derecho de familia, el Consejo General del Poder Judicial ha publicado unas tablas orientadoras que permiten determinar la cuantía de la pensión de alimentos. Estas tablas en ningún caso tienen carácter vinculante, por lo que será el juez quien decida si desea utilizarlas o no. Además, el CGPJ también ha creado, en base a las citadas tablas, una aplicación que permite el cálculo automático de la cuantía que ha de abonarse en concepto de pensión de alimentos y cuál de los progenitores ha de hacerlo. Su funcionamiento es muy sencillo, ya que solo requiere rellenar unas casillas con algunos datos, y, realizando el cálculo, inmediatamente fija una cuantía<sup>52</sup>.

Para estimar de modo orientativo a cuánto ascendería la pensión alimenticia se ha optado por utilizar la aplicación del CGPJ<sup>53</sup>. Se han rellenado los campos solicitados –hasta número de días de permanencia con el menor incluido– de la siguiente manera<sup>54</sup>:

---

<sup>52</sup> Los datos que han de introducirse en la aplicación son: tipo de custodia, número de hijos, año, Comunidad Autónoma, provincia y localidad, ingresos que percibe cada uno de los progenitores y el número de días que los menores pasan con cada uno.

<sup>53</sup> La aplicación del CGPJ para el cálculo de la pensión alimenticia se puede utilizar a través del siguiente link: <http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/>

<sup>54</sup> Los datos introducidos en la imagen I han sido proporcionados por el enunciado del supuesto.

En los ingresos de Dña. Pilar no se tiene en cuenta la pensión compensatoria a la que tendrá derecho pues, como se verá posteriormente, su finalidad es disminuir el desequilibrio económico que supone a uno de los cónyuges el divorcio, no su utilización para el pago de los alimentos de los hijos.



**Estimación de la Pensión Alimenticia**

**Tipo de custodia**

Custodia:

**Hijos**

Número de hijos:

**Año**

**Municipio de residencia del menor**

Comunidad Autónoma:

Provincia:

Localidad:

**Custodia Compartida**

**Ingresos de los progenitores**

Progenitor A:  Progenitor B:

**Núm. de días al año de permanencia con el menor**

Progenitor A:  Progenitor B:

**Costes en la atención y cuidado de los hijos**

Coste Mensual:  CCAA:  Localidad:

**Importes en Custodia Compartida**

Abono del progenitor A:

[Ayuda](#)

Imagen 1: cálculo de la pensión de alimentos utilizando la aplicación creada por el CGPJ

Una vez cubiertos los datos necesarios, la aplicación hace un cálculo de los costes de atención y cuidado de los hijos, y, finalmente, fija la cuantía que ha de abonarse y quién deberá hacerlo. Ha de tenerse en cuenta que la aplicación no tienen en cuenta los gastos de vivienda y educación, por lo que la cuantía final ha de verse incrementada en tales conceptos. La pensión de alimentos que ha de satisfacer D. Santiago, sin tener en cuenta los posibles incrementos, asciende a 490 € mensuales.

La pensión alimenticia fijada es susceptible de variaciones –mediante la incoación del procedimiento de modificación de medidas– de cambiar sustancialmente las circunstancias que dieron lugar a su determinación. Es probable que Dña. Pilar busque y encuentre empleo, incrementándose así su capacidad económica y pudiendo hacer frente a un mayor porcentaje de gastos de los hijos. Esto llevaría consigo la reducción del importe de la pensión que D. Santiago está obligado a prestar.

## VI. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE LOS HIJOS

### 1. La regulación de la distribución de los gastos en la LVCC y el CC

En el apartado anterior se fijó la contribución que cada uno de los progenitores ha de hacer a la obligación de alimentos de sus hijos, pero los alimentos no son todos los gastos que los menores tienen o puedan llegar a tener. Por este motivo, es necesario distribuir en qué proporción va a contribuir cada uno de los padres a los gastos. En este epígrafe vuelve a aparecer la problemática que se observó en apartados anteriores al tener que aplicar a cada uno de los hijos una legislación diferente en función de su

---

En cuanto a los días que pasará cada uno de los hijos con cada progenitor, al ser indivisible el año por mitades exactas se ha atribuido un día más a Dña. Pilar sin ningún motivo en concreto. La única diferencia que implica la atribución de este día a la madre es un aumento de 3€ en la pensión alimenticia.

vecindad civil<sup>55</sup>. Para solucionar esta cuestión se irán comparando las normativas aplicables a cada uno de los menores para poder observar sus similitudes y diferencias.

La Ley Valenciana de custodia compartida dedica su artículo 7 a los gastos de atención a los hijos. En su primer apartado establece que, en defecto de pacto de convivencia, “*la autoridad judicial determinará [...] la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores*”. Esta cantidad ha de abonarse “*en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores*”, principio que se remarca varias veces a lo largo del precepto<sup>56</sup>. El tercer apartado alude a los gastos extraordinarios que, a falta de pacto, será el juez el encargado de decidir “*el modo en que deberán ser sufragados con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no*”. En todo caso los gastos necesarios de educación y formación “*no cubiertos por el sistema educativo*” y los gastos de salud “*no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo*” tendrán que ser sufragados de manera obligatoria por ambos padres siendo el juez quién decidirá en qué proporción ha de hacerlo cada uno de ellos. Por último, en el cuarto apartado, se indica que “*en función del régimen de convivencia*” establecido, el juez “*decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos*”.

El Código civil no recoge de manera específica el vocablo gastos—ni ordinarios ni extraordinarios— en relación a los hijos, refiriéndose exclusivamente al término alimentos. Este último puede encontrarse en diversos preceptos, fuera de los que regulan propiamente la obligación de alimentos, entre los que son destacables a efectos del presente caso los artículos 93, 110 y 111 CC. El artículo 93 CC estipula que el juez ha de determinar “*la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento*”. Por su parte, los artículos 110 y 111 CC señalan que los progenitores, independientemente de que ostenten o no la patria potestad de los hijos, están obligados a velar por sus hijos y prestarles alimentos. Además, no se puede olvidar que los hijos se encuentran todavía sujetos a la patria potestad, siendo parte del contenido de la misma “*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*” (cf. art. 154.1º CC). Como se vio en el epígrafe anterior —dedicado a la pensión alimenticia—, el contenido de los alimentos se encuentra delimitado en el artículo 142 CC, pudiendo considerarse exiguo en relación con los gastos reales que acarrea el cuidado de un hijo con un *status* de vida normal. Por esta razón, la práctica jurisprudencial considera que los progenitores están obligados a satisfacer los gastos de los hijos, al menos en el caso de los que se encuentran sujetos a la patria potestad, aunque estos excedan de los encuadrados en la obligación de alimentos. De esta forma, los jueces optan por entender el término alimentos de una forma amplia y que abarque todas las necesidades de los niños. Por lo tanto, la regulación aplicada es la fijada para la citada obligación en los artículos 142-153 CC,

<sup>55</sup> Como se estipuló en el epígrafe 1.3. *Ley aplicable: Ley Valenciana 5/2011 de custodia compartida* (p.9), Ricardo tiene vecindad civil valenciana por lo que le resulta de aplicación la LVCC, mientras que Sonia tiene vecindad gallega por lo que se le aplicará el CC al carecer Galicia de leyes propias en esta materia.

<sup>56</sup> El apartado dos también señala que cada uno de los progenitores “*contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores*”.

fijándose la distribución de los gastos en función de la capacidad económica de cada progenitor (cfr. art. 146 CC).

Para poder comprender de manera más clara que gastos están obligados a soportar los padres y si estos se integran o no en la pensión alimenticia se procede en el siguiente apartado a realizar una clasificación y una breve explicación de cada uno de ellos.

## 2. Los tipos de gastos

En general los gastos de los hijos pueden clasificarse en ordinarios y en extraordinario, dividiéndose los primeros en usuales y no usuales.

Los gastos ordinarios son aquellos necesarios y previsibles, “con independencia de que en ciertos períodos se registren variaciones en la entidad de estos desembolsos”<sup>57</sup>. El artículo 3.e LVCC añade que serán aquellos que “*los menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad*” e incluirán siempre los de “*alimentación, vestido, educación*” y cualesquiera que hayan sido pactados o consolidados antes del cese de la convivencia. Dentro de estos se encuentran los usuales y los no usuales, para los que no existe una definición más allá de que los usuales serán aquellos incluidos en la pensión de alimentos. Sin embargo, sí que es posible encontrar enumeraciones de estos gastos en diversas sentencias. Así, en la STS 52/2015 (ROJ 615/2015), de 16 de febrero, se estipula que son gastos ordinarios usuales, y por lo tanto incluidos en la pensión alimenticia, “los de vestido, educación (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor”. Como gastos no usuales se concretan “las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, baile, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones, tales como la Primera Comunión, así como los gastos de colegio privado”<sup>58</sup>. A mayores, en una publicación<sup>59</sup> realizada por la abogada Isabel Vinagre Torres con base en la sentencia 615/2013, de 8 de noviembre, dictada por el Juzgado núm. 26 de Sevilla, se especifica que lo estipulado para los gastos de colegio privado también es aplicable a la universidad privada, “master o curso de postgrado, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares”.

Los gastos extraordinarios son aquellos excepcionales y necesarios. Su nota característica es que son muy difíciles o imposible de prever, bien porque se desconoce si van a surgir o no, o bien porque no se sabe cuándo va a manifestarse la necesidad. La ya mencionada STS 52/2015 hace una división entre gastos extraordinarios de carácter

---

<sup>57</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y el divorcio (art. 93 CC)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.120

<sup>58</sup> Establece la sentencia que de todos modos los gastos de colegio privado “deben ser consensuados de forma expresa y escrita para poder compartir el gasto” no procediendo “la autorización judicial subsidiaria para compartir el gasto” al no tener carácter estrictamente necesario. Por lo tanto si se carece de acuerdo deberá sufragarlos el progenitor que haya tomado la decisión unilateralmente.

<sup>59</sup> VINAGRE TORRES, I., *La determinación de los gastos ordinarios y extraordinarios*, Legal Today, 2014, [Fecha de consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/la-determinacion-de-los-gastos-ordinarios-y-extraordinarios>

educativo y médico. Dentro de los primeros se recogen “las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico”. Dentro de los segundos se incluyen “los odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia); logopeda; psicólogo; prótesis; fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa; óptica; gastos de farmacia, no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que pudieran tener las partes”.

En último lugar podrían mencionarse los gastos suntuarios, que no responden a una necesidad real del menor y por lo tanto no son ineludibles. Ana Laura Cabezuelo apunta que se trata de gastos que “responden al simple deseo de procurar al hijo un capricho o que constituyen un dispendio sin otra explicación que la de satisfacer el ansia consumista del menor”<sup>60</sup>. Pese a que la redacción de esta definición puede parecer un poco peyorativa, viene a delimitar muy bien qué es un gasto suntuario: un capricho o gasto totalmente innecesario. Estos gastos serán abonados exclusivamente por el progenitor que haya decidido unilateralmente realizar el desembolso.

### 3. Posible distribución de los gastos en el presente caso

Al tratarse de un divorcio contencioso, será la autoridad judicial que conozca del divorcio de D. Santiago y Dña. Pilar la encargada de fijar en qué proporción contribuirá cada uno a los gastos de sus hijos. Cualquiera que sea la ley que se aplique para resolver esta cuestión –ya sea la LVCC o el CC con su respectiva interpretación jurisprudencial– la solución ha de ser la misma, puesto que su contenido material también lo es.

Los gastos ordinarios usuales y no usuales serán soportados por ambos progenitores pero en distinta proporción. Como se precisó en el epígrafe V. *El análisis y fijación de la pensión de alimentos*, cada uno de ellos se hará cargo de los gastos ordinarios que se devenguen durante los períodos que sus hijos convivan respectivamente con cada uno. Además, D. Santiago satisfará una pensión de alimentos a Dña. Pilar en beneficio de sus hijos para mitigar el desequilibrio en el estilo de vida de los menores cuando residan con su madre. En conclusión, D. Santiago realizará una aportación a los gastos en un porcentaje mucho mayor que su exmujer, cubriendo esta última los gastos ordinarios de sus hijos, en parte, con ayuda de la pensión de alimentos que abonará el primero.

En cuanto a los gastos extraordinarios, en general la jurisprudencia opta por fijar su pago por mitades entre ambos progenitores. Esta, seguramente, sería la opción ideal, pero en muchos casos violaría el principio de que cada uno ha de contribuir en atención a sus propios recursos y capacidades económicas (cfr. arts. 7 LVCC y 146 CC). Si Dña. Pilar apenas dispone de recursos para contribuir a los gastos ordinarios de sus hijos menos los tendrá para gastos excepcionales e imprevisibles. Por ese motivo la autoridad judicial debería fijar un porcentaje de reparto mucho menor para la madre (20% o 10%), o incluso atribuir su pago en exclusiva a D. Santiago.

---

<sup>60</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y el divorcio (art. 93 CC)*, cit., p.138

Recuérdese, como se ha ido recalando a lo largo de este informe, que las decisiones tomadas en la sentencia de divorcio son susceptibles de modificación de medidas. Si Dña. Pilar ve aumentada su capacidad económica podría hacer frente al pago de una mayor cuantía en concepto de alimentos, e incluso podría elevarse su porcentaje de reparto en los gastos extraordinarios de los menores. También podría darse el caso de que D. Santiago viese mermados sus recursos, en cuyo caso habría de reducirse su aportación a los gastos de los hijos.

## VII. DERECHO DE DÑA. PILAR A PERCIBIR UNA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria se encuentra regulada en los artículos 97 y siguientes del Código civil. Este precepto señala que, en el caso de que el divorcio produzca a un cónyuge “*un desequilibrio económico en relación con la posición del otro*”, tendrá derecho a percibir una compensación<sup>61</sup>. Por lo tanto ha de darse un empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges con respecto a su situación dentro del matrimonio.

La cuestión fundamental en cuanto a la pensión compensatoria es qué ha de entenderse por desequilibrio económico. Beatriz Saura, en base a una publicación de Herminia Campuzano Tomé, diferencia dos vertientes en torno a este concepto: una objetiva y otra subjetiva<sup>62</sup>. La primera considera que existe desequilibrio económico cuando existe “una disminución patrimonial en perjuicio de uno de los cónyuges” que ha de producirse con posterioridad al divorcio y “en relación con la posición del otro esposo y con la situación disfrutada durante el matrimonio”. La segunda realiza una interpretación más amplia, abarcando otros elementos como la “dedicación a la familia, pérdida de expectativas futuras, estado de salud, cualificación profesional,...”. Será la conjunción de ambas vertientes la que dé lugar al derecho a percibir esta pensión. Visto lo anterior, debe puntualizarse que la vertiente subjetiva no justifica el enriquecimiento de uno de los cónyuges a causa del divorcio. La STS 749/2012 (ROJ 8531/2014), de 4 de diciembre, establece 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, es razonable entender”

En el caso que se presenta, es notorio que el divorcio supondrá, de manera objetiva, un gran desequilibrio económico para Dña. Pilar, pues una vez disuelto el matrimonio ya no podrá mantener el nivel de vida que llevaba durante los años que estuvo casada, debido a que los ingresos que percibe son mucho menores que los de su exmarido. En lo referente a la vertiente subjetiva, señala el enunciado del supuesto que

---

<sup>61</sup> La compensación podrá consistir en “*una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única*” según la hayan determinados los cónyuges en el convenio regulador o el juez correspondiente en la sentencia de divorcio.

<sup>62</sup> SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53 y 54.



Dña. Pilar trabajó como secretaria hasta 1995 –año en el que contrajo matrimonio con D. Santiago– percibiendo un sueldo de 1.200€ mensuales. La decisión, tomada de mutuo acuerdo con su exmarido al considerar que “su sueldo era prescindible”, tuvo como finalidad que se pudiese dedicar al “cuidado de la casa familiar y de los hijos”. Por lo tanto puede concluirse que Dña. Pilar abandonó su empleo para poder centrarse en su vida familiar, especialmente en todo lo relativo a los niños.

Ello expuesto, y constando que Dña. Pilar ha solicitado el pago de una pensión compensatoria en la demanda de divorcio, puede afirmarse que, efectivamente, tiene derecho al pago de la misma<sup>63</sup>. Como mera curiosidad, pues no tiene lugar en el caso, de haberse solicitado medidas provisionales al interponer la demanda de divorcio se fijaría una pensión de alimentos que sería sustituida por la pensión compensatoria una vez dictada la sentencia de divorcio, es decir, ambas pensiones son incompatibles.

La cuantía de la pensión compensatoria puede ser acordada por los cónyuges, pero de no ser así, será fijada por la autoridad judicial pertinente. Si bien no existe en nuestra legislación ninguna escala obligatoria que el juez deba tener en cuenta, el artículo 97 CC señala qué circunstancias han de considerarse a la hora de establecer el importe de la pensión compensatoria. La autoridad judicial ha de atender a: los acuerdos a los que hayan llegado los cónyuges; a la edad y al estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de cada uno de los cónyuges; así como cualquier otra circunstancia que se estime relevante.

El enunciado del caso no ofrece información suficiente como para entrar a valorar todas estas circunstancias pero si algunas de ellas. En base a los datos aportados queda patente la dedicación exclusiva de Dña. Pilar a su familia durante veinte años – desde que contrajo matrimonio– abandonando su trabajo para poder cuidar y atender a sus hijos y esposo. Desde entonces ha sido D. Santiago quien la ha mantenido, al considerar el matrimonio que su sueldo, de 1.200€ mensuales, era prescindible. Desde el cese de la convivencia conyugal el desequilibrio económico es notorio debido a la diferencia entre los ingresos que percibe cada uno. Además, D. Santiago dispone del caudal suficiente como para hacer frente al pago de esta pensión.

En definitiva, será el juez quien, de manera discrecional, ha de fijar la cuantía de la pensión una vez analizadas estas circunstancias. Asimismo fijará “*la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad*” (cfr. art. 97 CC). En caso de que las circunstancias varíen podría incoarse un procedimiento de modificación de medidas para ajustar la pensión a la nueva realidad. Asimismo, el derecho a percibir esta pensión podrá extinguirse por cualquiera de las razones recogidas en el artículo 101 CC, que son los siguientes: porque cesen las causas que motivaron su adopción, entrando a valorarse tanto el propio desequilibrio económico como las circunstancias del artículo 97 CC<sup>64</sup>;

---

<sup>63</sup> La pensión compensatoria ha de solicitarse en el procedimiento de divorcio ya que no puede ser apreciada de oficio por el juez.

<sup>64</sup> Señala Beatriz Saura en la página 214 de su ya citado manual, *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, que aunque la causa que motiva el derecho a percibir

que el acreedor de la pensión, en este caso Dña. Pilar contraiga nuevamente matrimonio<sup>65</sup>, creando un nuevo núcleo familiar; que el beneficiario conviva maritalmente con una persona distinta del deudor de la pensión. En último lugar recoge el artículo 101 CC que “*el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor*”, aunque los herederos del deudor podrán solicitar su reducción o supresión a la autoridad judicial en caso de que “*el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*”.

## VIII. LA LEGALIDAD DEL CONTRATO LABORAL DE SONIA

### 1. Antecedentes de hecho<sup>66</sup>

Sonia es la hija menor del D. Pilar y D. Santiago. A sus diez años se encuentra estudiando 5º de Educación Primaria en el Liceo Francés, mismo colegio al que acude su hermano Ricardo. Desde hace ya varios años, la menor compagina sus estudios obligatorios, y otro tipo de actividades extraescolares, con su profesión de modelo infantil. Es su madre la que ha gestionado su carrera artística y la que se muestra más interesada en esta faceta de la niña, pero en ningún momento se indica que D. Santiago se oponga a que su hija realice este tipo de actividades, y, siendo conocedor de las mismas, se entiende que, cuando menos, las consiente. Asimismo, si bien nada se dice de la opinión de Sonia, se entiende que esta realiza esta actividad porque le gusta y además cuenta con el apoyo de sus padres, pero en ningún caso viéndose forzada a ello en contra de su voluntad.

En la demanda de divorcio presentada por Dña. Pilar el pasado 7 de julio solicitaba la custodia exclusiva de sus hijos con la intención de mudarse con ellos a Estocolmo. El motivo de este traslado no es otro que impulsar la carrera de Sonia a nivel internacional a través de una oferta realizada por una conocida marca de ropa infantil sueca. En las condiciones del contrato, que tiene una duración mínima de dos años, se estipula que la menor deberá residir Suecia y firmar con una empresa de representación de modelos de esa nacionalidad. El trabajo de la menor consistirá en protagonizar las campañas publicitarias de la empresa aunque no se detalla exactamente en qué consistirán las mismas.

Es tras la interposición de la demanda de divorcio, o quizás desde el momento en que D. Santiago tiene conocimiento de que Dña. Pilar pretende trasladarse a Suecia con sus hijos, cuando el padre manifiesta su desacuerdo con el hecho de que su hija trabaje. Indica el enunciado que “*considera que su hija es demasiado pequeña para trabajar y le está afectando al desarrollo normal de una niña de su edad*”. Se desconoce si el verdadero motivo de su desacuerdo es que la niña trabaje o, que con el fin de desarrollar

---

esta pensión no es otra que el desequilibrio económico entre los cónyuges tras el cese de la convivencia, “necesariamente habrán de valorarse las circunstancias especificadas [...] en el art. 97 CC” de cara a su extinción. Ahora bien, no todas las circunstancias han de valorarse de la misma manera.

<sup>65</sup> No estaría justificado que quien haya comenzado una nueva familia continúe dependiendo económicamente del ex cónyuge, a la vez que en el nuevo matrimonio surge la obligación de mutuo socorro.

<sup>66</sup> La información recogida en este apartado procede, salvo que se especifique otra cosa, del enunciado del supuesto.

su carrera, Dña. Pilar esté dispuesta a trasladarse a Suecia y por lo tanto D. Santiago se vea obligado a perder relación con sus hijos debido a la mudanza. Independientemente de la causa de su oposición, llegados a este punto se cuestiona la legalidad del contrato laboral de Sonia.

Con la finalidad de responder a esta cuestión de la forma más completa se analizarán las dos posibilidades que se presentan en el este caso. Por un lado, la legalidad del contrato laboral de Sonia en España, donde ha venido realizando su actividad desde hace años y donde, de momento, continúa ejerciéndola. Por otro lado, la legalidad de su posible contrato en Suecia, en vista a que decida aceptarlo de darse esta posibilidad<sup>67</sup> o a que D. Santiago pueda denunciar su ilegalidad de ser ese el caso.

## 2. La legalidad del contrato laboral en España

Para determinar si el contrato laboral de Sonia en España es, y ha sido, legal, debe atenderse en primer lugar a la legislación que lo regula. El artículo 149.1 CE, que señala aquellas materias que son competencia exclusiva del Estado, menciona en su séptimo punto la legislación laboral, “*sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas*”. Por lo tanto, será el Estatuto de los Trabajadores, recientemente reformado, la normativa que determinará la legalidad o ilegalidad del contrato<sup>68</sup>.

El artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) regula el trabajo de los menores. El primer punto de este artículo prohíbe expresamente la “*admisión al trabajo de los menores de dieciséis años*”, lo que puede llevar a pensar que en ningún caso Sonia podría formar parte de una relación laboral dentro de la legalidad. Esto no es así, pues el propio artículo, en su cuarto punto, recoge una excepción para los menores de dieciséis años con respecto a una actividad muy concreta. Se establece en el artículo 6.4 ET que “*la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales [...] siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana*”. El encargado de autorizar estos contratos será la autoridad laboral correspondiente, y el permiso “*deberá constar por escrito y para actos determinados*”. Por tanto no basta con que ambos progenitores del menor estén de acuerdo, sino que es necesaria la autorización de un organismo estatal que vele por los intereses del menor y la legalidad del contrato. El artículo 6.4 ET no entra en detalles acerca de quien ha de solicitar esta autorización o cómo ha de hacerse, por lo que es necesario acudir al Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. En el artículo 2.1 RD 1435/1985 se repite nuevamente lo estipulado en el artículo 6.4 ET, añadiendo que “*la autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor*” y una vez concedida, “*corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato*”. Tanto a la hora de solicitar la autorización como a la de firmar el contrato, será necesario el consentimiento del menor, si tuviera juicio suficiente. Asimismo, “*corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato*”.

<sup>67</sup> Debe recordarse que la fijación del lugar de residencia es una cuestión relativa a la patria potestad y que a falta de acuerdo entre los progenitores, como es en este caso, ha de ser acordada por la autoridad judicial pertinente.

<sup>68</sup> El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado el 23 de octubre de 2015 entrando esta reforma en vigor el 1 de enero del año vigente.



Continuando con el artículo 6 ET, en su segundo y tercer apartado también establece otra serie de requisitos aplicables a todos los trabajadores menores de dieciocho años con la finalidad de proteger sus intereses y su desarrollo, pues no se debe olvidar que todavía no son adultos. Así, en el apartado dos, se prohíbe que los menores realicen trabajos nocturnos ni “*actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a los dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y a las normas reglamentariamente aplicables*”. Tampoco podrán realizar horas extraordinarias (cfr. art. 6.3 ET).

Sonia lleva trabajando varios años como modelo infantil contando con el consentimiento de sus padres. Son ellos, D. Santiago y Dña. Pilar, quienes, como representantes legales de su hija, han de solicitar la autorización requerida ante la autoridad laboral pertinente. Esta solicitud debe ser previa a la firma del contrato y en ella debe constar exactamente qué actividades está autorizada a desarrollar la menor. En caso de que Sonia haya poseído, previamente a la firma de sus contratos, la requerida autorización, y no incumpla ninguna de las prohibiciones del artículo 6 ET, los contratos serían perfectamente legales, al menos atendiendo a su minoría de edad<sup>69</sup>. En caso de que la menor careciese de autorización el contrato sería nulo, o al menos así lo entiende la mayoría de la jurisprudencia, pese a que pueden encontrarse sentencias que lo llegan a considerar válido, quedando por tanto a discrecionalidad del juez pronunciarse sobre su legalidad<sup>70</sup>.

En conclusión, en el presente supuesto se entiende que Sonia cumple todos los requisitos estipulados por la Ley y que sus condiciones laborales respetan la regulación fijada para los menores de edad en el artículo 6 ET. Por lo tanto, puede afirmarse que su contrato laboral, o sus contratos en caso de ser varios, son perfectamente legales.

### 3. La legalidad del contrato laboral en Suecia

En el caso de que Sonia firmase un contrato laboral para desarrollar su carrera artística en Estocolmo, habría que determinar nuevamente con respecto a qué ley va a analizarse la legalidad de este contrato. Se trataría de un supuesto donde cada una de las partes ostenta una nacionalidad distinta. Por un lado, Sonia, como persona física, tiene nacionalidad española. Por otro lado, la empresa contratante, como persona jurídica, ostenta la nacionalidad sueca. La existencia de elementos jurídicos internacionales en el caso supone un conflicto de ley aplicable que deberá solucionarse en atención a las normas de Derecho Internacional Privado<sup>71</sup>. Esta rama del Derecho se aplica en

---

<sup>69</sup> Se entiende que Sonia siempre presta su consentimiento, pues la niña disfruta con su trabajo.

<sup>70</sup> DEL REY GUANTER, S., *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007, p. 186 [Fecha de consulta: 04/02/2016]. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=syI2XQAfC7cC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

<sup>71</sup> El Derecho Internacional Privado tiene como objeto resolver los conflictos de jurisdicción internacional, conflictos de ley aplicable y de ejecución. La solución que aporta no es, en ningún caso, relativa al fondo del conflicto. El DIPr solo determina qué juez ha de conocer del asunto y que ley ha de aplicar.

“aquellos supuestos de hecho que implican a particulares, personas físicas o jurídicas, cuando este se encuentra conectado con varios ordenamientos jurídicos”<sup>72</sup>.

La norma de Derecho Internacional Privado que rige la materia de contratos es el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, también conocido como Roma I. Esta disposición será aplicable, tal y como estipula su artículo 1.1, a “*las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*”. Por tanto es de aplicación al caso, pues el contrato de Sonia entra dentro de su ámbito de aplicación material –y no es ninguna de las exclusiones que realiza la norma en su artículo 1.2– así como dentro de su ámbito de aplicación espacial al ser los dos países parte miembros de la Unión Europea<sup>73</sup>.

El artículo 3 Roma I establece la libertad de elección como criterio preferente al señalar que “*el contrato se regirá por la ley elegida por las partes*”, estableciendo a continuación cómo se podrá acordar. Este precepto está pensado para contratos en los que ambas partes se encuentran en situación de igualdad, donde verdaderamente exista un acuerdo, y no donde una parte imponga su voluntad y la otra decide exclusivamente si acepta o no. Por este motivo, para evitar que el trabajador quede desprotegido y a merced del empresario, el propio Reglamento regula de manera específica en su artículo 8 los contratos individuales de trabajo. Este precepto opta, también en primer lugar, porque la ley sea designada libremente por las partes de conformidad con el artículo 3, pero añade que “*dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo*”. Lo que pretende así el legislador europeo es que no se prive al trabajador de la protección que le proporcionarían otras leyes más favorables. A falta de elección, establece el artículo 8.2 Roma I, el contrato se regirá por la ley del país donde se ejecute, es decir, donde se realice habitualmente el trabajo<sup>74</sup>. A continuación, el precepto contiene más criterios que ayuden a determinar qué ley ha de aplicarse en caso de que los dos apartados anteriores no resuelvan el conflicto, pero en el presente caso basta con llegar al segundo punto<sup>75</sup>.

En definitiva, para precisar la legalidad del contrato de Sonia en Estocolmo llega con analizar los dos primeros apartados del artículo 8 Roma I. En primer lugar habrá de estarse a la ley acordada entre ambas partes, siempre y cuando esta cumpla los requisitos que en el Reglamento se estipulan. En caso de que la ley escogida fuese la

---

<sup>72</sup> *Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido*, p. 27. [Fecha de consulta: 03/01/2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3261/3.pdf>

<sup>73</sup> Roma I se encuentra vigente en todos los países de la UE excepto en Dinamarca.

A modo de curiosidad, establece el artículo 2 Roma I que la ley designada por este Reglamento será aplicable incluso cuando no sea la de ninguno de los países parte en el conflicto, sino la de un tercer Estado.

<sup>74</sup> No se considerará que un trabajador cambia de país cuando realice su trabajo en otros Estado con carácter temporal.

<sup>75</sup> El apartado tres recoge que, de no poder determinarse la ley en virtud del apartado dos, se aplicará “*la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”. Posteriormente el apartado cuatro indica que “*si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto*” del indicado en los apartados anteriores “*se aplicará la ley de ese otro país*”.

española, será válido lo expuesto en el epígrafe anterior (2. *Legalidad del contrato laborar en España*). De todas formas, lo más probable es no se llegue a escoger ninguna ley, pasando directamente a regirse el contrato por el lugar donde se ejecute, en este caso Suecia. Pese a no manifestarse explícitamente, se entiende que el contrato se desarrollará íntegramente en Suecia, motivo por el cual Sonia ha de fijar allí su residencia durante los próximos dos años. Por este motivo no es necesario acudir a ninguno de los otros criterios que recoge el artículo 8 Roma I.

En conclusión, será la legislación sueca –en concreto la normativa que rija las relaciones laborales de los menores– la que permita determinar la legalidad del contrato de Sonia. Dentro de esta deberá atenderse especialmente a si es necesario que ambos progenitores, que son los que ostentan la patria potestad de la niña, se muestren de acuerdo con que la menor trabaje. De ser así D. Santiago podría impugnar el contrato, pues él no ha otorgado su consentimiento.

## CONCLUSIONES

1. CUSTODIA. Después de llevar a cabo un análisis de todos los datos que han sido aportados y de la legislación vigente aplicable al caso, se determina que un régimen de custodia compartida sería lo más recomendable, tanto desde un punto de vista humano como desde un punto de vista meramente legal.

Este sistema, preferente tanto en la LVCC como en la interpretación que hace el Tribunal Supremo del CC, es el que mejor protege los intereses de Sonia y Ricardo, pues permite que los menores puedan convivir con ambos progenitores, reduciendo el impacto de la ruptura. Además, tanto D. Santiago como Dña. Pilar han demostrado su entrega y dedicación hacia sus hijos, estando capacitados los dos para ejercer su custodia. Sin lugar a dudas se trata del régimen que mejor protege los vínculos afectivos existentes entre los miembros de la familia.

2. RÉGIMEN DE VISITAS. En caso de que la autoridad judicial fije el deseable sistema de custodia compartida, será innecesario establecer un régimen de visitas, pues estaría vacío de contenido. Sin embargo, de optarse por atribuir la custodia exclusiva a Dña. Pilar, por ser la única que la ha solicitado, deberá establecerse a favor del progenitor no custodio, D. Santiago.

De otorgarse la custodia exclusiva a Dña. Pilar se abren dos posibilidades. Por un lado que ambos progenitores residan en Barcelona, estableciéndose a favor del padre un régimen de visita amplio que le permita mantener un contacto muy frecuente con sus hijos. Por otro lado que Dña. Pilar se establezca con los menores en Estocolmo, fijándose a favor de D. Santiago un régimen de visitas mucho más reducido que ha de tener en cuenta la distancia existente.

En cuanto a los familiares y allegados de los menores se desconoce quiénes podrían estar interesados en la constitución de un régimen de visitas, pero en caso de que alguien lo solicitase el juez debería entrar a valorarlo.

3. EMANCIPACIÓN. De establecerse finalmente Dña. Pilar en Suecia, Ricardo solicitará su emancipación que el juez debería conceder ya que su caso entra dentro de las circunstancias legalmente previstas, véase: mayor de 16 años cuyos padres viven separados.

4. PENSIÓN DE ALIMENTOS. Ambos progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos, pero lo harán de manera diferente en función de su caudal económico. De establecerse un régimen de custodia compartida, cada uno de los padres se hará cargo de los alimentos de los menores en los períodos que pasen con cada uno de ellos. Al ser los ingresos de Dña. Pilar muy inferiores a los de D. Santiago, este deberá satisfacer una pensión de alimentos para evitar la desigualdad en el nivel de vida que sufrirían los niños en función de con qué progenitor se encontrasen. La cuantía de la pensión ha de ser fijada discrecionalmente por el juez en atención a los recursos de quien la presta y las necesidades de quien la recibe, pudiendo utilizar las tablas orientadoras creadas por el CGPJ.

5. GASTOS. El juez será el encargado de fijar en qué proporción contribuirá cada progenitor a los gastos de sus hijos. Se propone que los gastos ordinarios sean

soportados en distinta proporción por los dos padres, manteniendo cada uno a sus hijos durante el período que pasen con ellos y satisfaciendo D. Santiago una pensión de alimentos. Los gastos extraordinarios, debido a la escasez de recursos de Dña. Pilar, se plantea que sean a cargo del padre, al menos hasta que no mejore la situación económica de la madre.

6. PENSIÓN COMPENSATORIA. Dña. Pilar, que ha solicitado en la demanda de divorcio el pago de una pensión compensatoria, tiene derecho a recibirla debido al empeoramiento económico que sufre con respecto a su situación dentro del matrimonio. Es notorio que tras el cese de la convivencia no podrá seguir manteniendo su nivel de vida, pues los ingresos de ambos cónyuges son muy dispares. Además, Dña. Pilar dejó su trabajo, de mutuo acuerdo con su marido, al contraer matrimonio, pues su sueldo era prescindible. Desde entonces se ha dedicado exclusivamente al cuidado de su familia, especialmente de sus hijos.

Será el juez quién, atendiendo a las circunstancias del caso, ha de fijar la cuantía de esta pensión, teniendo en cuenta el caudal económico de D. Santiago. Asimismo habrá de determinar la periodicidad, forma de pago, duración, etc.

7. CONTRATO LABORAL. A la hora de determinar la legalidad del contrato laboral de Sonia se ha optado por analizar su contrato en España y su posible contrato en Suecia.

El contrato en España es legal, siempre y cuando cumpla las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1435/1985. Por lo tanto, se da por hecho que los padres de Sonia han solicitado la necesaria autorización a la autoridad laboral y esta le ha permitido desarrollar concretamente las actividades que figuran en su contrato.

En cuanto al contrato en Suecia, será la ley sueca la encargada de determinar su legalidad, tal y como resulta de aplicar el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.



## BIBLIOGRAFÍA

CABEZUELO ARENAS, A.L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y el divorcio (art. 93 CC)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 120 y 138.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil (I): Derecho Privado, Derecho de la persona*, Colex, Madrid, 2008, p. 495

DEL REY GUANTER, S., *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007, p. 186 [Fecha de consulta: 04/02/2016].

Disponible en:

<https://books.google.es/books?id=syI2XQAfC7cC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

*Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido*, p. 27. [Fecha de consulta: 03/01/2016].

Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3261/3.pdf>

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Preguntas y respuestas: separación, divorcio y régimen económico del matrimonio*. [Fecha de consulta: 31/01/2016].

Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/conoceDerechos/preguntas/separacion.htm>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007, pp. 39-48.

RIBOT IGUALADA, J., *El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*, BOE, 1995, pp 1118-1130 y 1134 [Fecha de consulta: 21/01/2016].

Disponible en:

[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1998-30110501178\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_El\\_fundamento\\_de\\_la\\_obligaci%F3n\\_legal\\_de\\_alimentos\\_entre\\_parientes](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1998-30110501178_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_fundamento_de_la_obligaci%F3n_legal_de_alimentos_entre_parientes)

SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53 y 54.

VINAGRE TORRES, I., *La determinación de los gastos ordinarios y extraordinarios*, Legal Today, 2014, [Fecha de consulta: 01/02/2016].

Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/la-determinacion-de-los-gastos-ordinarios-y-extraordinarios>

ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, p.14.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

STS de 19 de octubre de 1983  
STS 668/2007, de 7 de junio.  
STS 496/2011, de 7 de julio.  
STS 579/2011, de 22 de julio.  
STS 823/2012, de 31 de enero.  
STS 642/2012, de 26 de octubre.  
STS 749/2012, de 4 de diciembre.  
STS 257/2013, de 29 de abril.  
STS 413/2014, de 20 de octubre.  
STS 536/2014, de 20 de octubre.  
STS 52/2015, de 16 de febrero.  
STS 111/2015, de 2 de marzo.  
STS 530/2015, de 25 de septiembre

### **SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP Madrid 238/2010, de 9 de abril.  
SAP Pamplona 22/2015, de 13 de abril.  
SAP Pamplona 23/2015, de 13 de abril.  
SAP Pamplona 24/2015, de 28 de abril.  
SAP Alicante 316/2015, de 16 de septiembre.  
SAP de A Coruña 411/2015, de 10 de noviembre.  
SAP de A Coruña 341/2015, de 11 de noviembre.  
SAP A Coruña 416/2015, de 11 de noviembre.  
SAP Pontevedra 543/2015, de 12 de noviembre.  
SAP Madrid 980/2015, de 20 de noviembre.  
SAP Madrid 990/2015, de 24 de noviembre.  
SAP Madrid 996/2015, de 24 de noviembre.  
SAP Madrid 1006/2015, de 27 de noviembre.  
SAP Madrid 1010/2015, de 27 de noviembre.  
SAP Pontevedra 340/2015, de 17 de diciembre.  
SAP Pontevedra 475/2015, de 17 de diciembre.  
SAP A Coruña 387/2015, de 18 de diciembre.

### **SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA**

SJPI Sevilla 486/2010, de 1 de septiembre.  
SJPI Zaragoza 129/2011, de 23 de febrero.  
SJPI Santander 435/2012, de 28 de septiembre.

SJPI Sevilla 311/2013, de 11 de junio.

#### OTRAS RESOLUCIONES

Providencia del Tribunal Constitucional, de 19 de julio de 2011.

Auto del Tribunal Constitucional, de 22 de noviembre de 2011.