



Universidad de Valladolid



Facultad de Derecho
MÁSTER en ABOGACÍA

**“DIVORCIO Y
RESPONSABILIDAD
PARENTAL
TRANSFRONTERIZA.
Aspectos Procesales”**

Presentado por:

José María Llorente Urueña

Tutelado por:

María Begoña Vidal Fernández

Valladolid, 18 de enero de 2022

ÍNDICE

SUPUESTO FÁCTICO	4
1. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL.....	5
2. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO.....	9
3. LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL	12
4. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS.....	13
4.1 COMPETENCIA JUDICIAL.....	14
4.2 LEY APLICABLE.....	15
5. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN SEGÚN LOS TRIBUNALES Y LA LEY ESPAÑOLA.....	18
5.1 LA COMPETENCIA JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES . . .	18
5.2 GUARDA Y CUSTODIA	19
5.2.1 Concepto	19
5.2.2 Tipos.....	20
5.2.3 Guarda y custodia compartida vs Guarda y custodia exclusiva.	21
Criterios según la Jurisprudencia del TS.....	22
5.3 PENSIÓN DE ALIMENTOS.....	35
5.3.1 Concepto.....	35
5.3.2 Determinación y cuantía.....	37
5.3.3 Delimitación temporal.....	41
5.3.4 Breve mención a los gastos extraordinarios.....	45
5.4 PENSIÓN COMPENSATORIA.....	46

5.5 POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN EN UN MOMENTO POSTERIOR.....	49
CONCLUSIONES Y DICTAMEN	51
JURISPRUDENCIA.....	58
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
NORMATIVA CONSULTADA.....	63

SUPUESTO FÁCTICO

Doña Dagmar, ante la situación de evidente crisis que sufre su matrimonio decide acudir a un Despacho de Abogados para consultar las cuestiones que más le preocupan que son fundamentalmente la situación de los hijos y la situación económica.

En la consulta, Dagmar expone la siguiente relación circunstanciada de hechos:

Ella, Dagmar y su marido Christoph, de nacionalidad alemana, se casaron en Munich hace 9 años, y por motivos laborales viven en Valladolid desde hace 5 años. Dagmar tiene un hijo de 19 años de una relación anterior, y además, fruto del matrimonio con Christoph tienen una hija común de 4 años. Ambos tienen trabajo en Valladolid, si bien el puesto de trabajo de Dagmar como ejecutiva de una gran empresa, por una parte, le exige pasar mucho tiempo fuera del domicilio y por otra le proporciona unos ingresos que triplican los de Christoph. Éste es músico y trabaja como profesor dando clases particulares, lo que le permite tanto dedicarse a la música y dar algún concierto acordado privadamente como dedicar más tiempo especialmente a la hija menor. Después de dos años en crisis y viendo que la relación no va a encauzarse deciden divorciarse.

Una vez expuesta la situación, encarga un dictamen normativa y jurisprudencialmente motivado que dé respuesta a las siguientes cuestiones:

- 1) En caso de divorcio: ¿puede obtener la custodia de sus hijos? ¿puede obtener una cantidad en concepto de alimentos para los hijos? ¿o tendrá que pagarla ella?
- 2) ¿Tiene que pasar una pensión a su todavía marido?, teniendo en cuenta que él obtiene sus propios ingresos por su trabajo.
- 3) Ella prefiere llevar el asunto a los tribunales de Múnich, dado que fue allí donde se constituyó el matrimonio y que ambos tienen nacionalidad alemana. ¿Qué Tribunales son competentes? ¿Por qué? ¿Son competentes diferentes tribunales dependiendo de si lo que pide es el divorcio o la custodia o la pensión?
- 4) Y en todo caso quiere que se aplique la ley alemana porque considera que es más favorable a las madres ¿Qué ley es aplicable? ¿Por qué?

1. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL.

La competencia para conocer de la nulidad, separación y divorcio se decide con arreglo al Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (también conocido como Reglamento Bruselas II-bis). Sin embargo, a partir del 1 de agosto de 2022, será de aplicación el Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (conocido como Reglamento Bruselas II-ter¹ o Reglamento Bruselas II-bis refundido). Por tanto, para saber a cuál de los dos hay que recurrir habrá que estar a la fecha en que se presente la demanda de divorcio, y en su caso, por la custodia de los menores y los alimentos.

Estos reglamentos prevalecen en materia de competencia judicial internacional sobre cualquier otro convenio bilateral o multilateral entre Estados miembros, exceptuando a Dinamarca (sobre el que no se aplica estos reglamentos) y R. Unido, que solo le será de aplicación en aquellos procesos que fueran iniciados antes del final del periodo transitorio tal y como se reflejó en el acuerdo sobre la retirada de Reino Unido e Irlanda de la Unión Europea (ya finalizado).

Como bien hace referencia el artículo 1 de ambos Reglamentos, estos regirán para determinar qué tribunal es el competente en procesos de divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la atribución, así como también sobre procesos en los que se decida sobre el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, pero no en los procedimientos de las obligaciones de alimentos.

Los fueros para el caso de nulidad, separación y divorcio se encuentran recogidos en el artículo 3 de ambos reglamentos antedichos, y son los siguientes: “la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - i) la residencia habitual de los cónyuges,
 - ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí,

¹ Leído en FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho internacional privado*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 11ª Edición, 2020. Pág. 481

- iii) la residencia habitual del demandado,
 - iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,
 - v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
 - vi) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; o
- b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.”

En relación a la residencia habitual, es importante reseñar que “ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros”, por tanto, conforme a los criterios del Derecho Europeo, independiente de cómo esté definido por los derechos nacionales (STS -Sala 1ª- nº 624/2017 de 21 de noviembre de 2017²).

Los fueros que se han recogido, son fueros alternativos y exclusivos (“en el sentido de que no pueden aplicarse los fueros de producción interna si existe un tribunal competente en la UE que pueda ejercer su competencia”³) tal y como recogen los artículos 6 de cada Reglamento, solo pudiendo fundarse la competencia conforme a las reglas establecidas en los artículos 3 a 5. El artículo 3 ya mencionado establece el criterio de la residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges, el artículo 4 atribuye la competencia en casos de demanda reconvenicional remitiéndose a lo dispuesto en el artículo precedente, mientras que el artículo 5 atiende a los casos de conversión de la separación judicial en divorcio y, sin perjuicio de lo ya establecido en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.), deben declararse incompetentes aunque se consideren competentes conforme a su derecho nacional amparándose en otros artículos del Reglamento (STJUE Sala Tercera de 29 de noviembre de 2007 -As. C-68/07⁴ “Por consiguiente, dado que los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de la demanda del asunto principal con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales suecos no pueden fundar su competencia para conocer de dicha

² ECLI:ES:TS:2017:4113

³ CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional: reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª Edición, 2021, Pág. 40

⁴ ECLI:EU:C:2007:740

demanda en las normas de su Derecho nacional amparándose en el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, sino que deben declararse de oficio incompetentes con arreglo al artículo 17 de éste, en favor de los órganos jurisdiccionales franceses.”).

Los artículos 7 y 17 del Reglamento Bruselas II-bis y los artículos 6 y 18 del Reglamento Bruselas II-ter, nos hacen ver que son también fueros controlables de oficio, y que en el caso de que la competencia no venga atribuida a los tribunales de otro Estado por los artículos 3 a 5, podrá acudir a los fueros previstos en su sistema nacional. En el caso español, estaríamos ante los artículos 22 y siguientes de la LOPJ y el artículo 36 de la LEC.

Concretamente el artículo 22 quater c), regula los casos de relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, nulidad, separación y divorcio, atribuyendo a los tribunales españoles la competencia cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española. Es decir, lo regula de igual modo que lo hace el Reglamento, aunque como ya se ha indicado, no se llegará a aplicar pues se aplica el Reglamento.

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Como ya he mencionado previamente, ambos reglamentos también determinan la competencia en los procesos concernientes al ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Desde los mismos, se define a la responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”⁵.

La competencia general se encuentra recogida en el artículo 7 del Reglamento Bruselas II-bis y artículo 8 del Reglamento Bruselas II-bis refundido, fijando en ambos casos que: “Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado

⁵ Artículo 2.2.7) del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019

miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional”. Por tanto, vemos como se protege al menor, pues prima el interés del menor ya que “las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que se encuentran en mejor situación para adoptar las medidas de protección del menor o medidas relativas a la responsabilidad parental del menor (STJUE Sala Primera de 15 febrero 2017, C-499/15⁶)⁷.

En los siguientes artículos se recogen varias excepciones para diversos casos singulares. Sin embargo, dado el objeto del presente dictamen, haré referencia a las que tengan relación con el mismo, es decir, las relativas a las crisis matrimoniales.

Existe un tratamiento distinto por parte del Reglamento Bruselas II-bis y Reglamento Bruselas II-ter, puesto que el primero, regula la cuestión en su artículo 12, y dispone que “Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.”. Por tanto, vemos como este reglamento reconoce que los tribunales del Estado miembro que conocen de la crisis matrimonial pueden también conocer de las cuestiones relativas a los menores (incluso en el caso de que el menor no residiese allí). Dado que los tribunales en el caso de divorcio o separación pueden ser objeto de elección por las partes, “debe demostrarse que los tribunales del Estado miembro elegidos por los cónyuges presentan contactos objetivos con el caso, de modo que se encuentran en una posición adecuada para juzgar el asunto (STJUE Sala Sexta de 19 abril 2018, C-565/16⁸)⁹. En el caso de que no se dieran las circunstancias recogidas en el artículo, tal y como sucedió en el Auto TJUE Sala Octava de 16 de enero de 2018 en el As. C-604/17¹⁰, el juez competente para ventilar el proceso matrimonial, no lo será para las cuestiones que afecten a los menores.

⁶ ECLI:EU:C:2017:118

⁷ CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional: reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, ob.cit., Pág. 46

⁸ ECLI:EU:C:2018:265

⁹ CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional: reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, ob.cit., Pág. 48

¹⁰ ECLI:EU:C:2019:816

Por su parte, el Reglamento Bruselas II-bis refundido, permite igualmente que la cuestión matrimonial y la relativa a los menores se someta a un mismo tribunal. En este caso, se hace dentro del artículo 10 relativo a la “Elección del órgano jurisdiccional”. Al igual que sucede con el Reglamento aún vigente, debe ser excepcional cuando los menores no residan en el mismo país debiendo valorar siempre el interés del menor y la estrecha vinculación que pueda tener el menor con ese país, puesto que debería primar el principio de proximidad.

Al igual que sucedía con los fueros relativos al proceso matrimonial, los fueros que deciden sobre las cuestiones de los menores, son también fueros controlables de oficio y exclusivos en el mismo sentido, de modo que cuando de la aplicación del Reglamento no se deriva la competencia de ningún Estado de la UE ni del Convenio de La Haya de 1996 habría que aplicar la cláusula residual del art. 14 de ambos Reglamentos que se remite para determinar la competencia a las normas internas de cada Estado. En nuestro caso, al apartado d) del artículo 22 quater de la LOPJ, que atribuye la competencia a los tribunales españoles “cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”. Esto sucede por ejemplo, en la SAP (Sección N°18) Barcelona nº 733/2019 de 5 noviembre 2019¹¹, que resuelve un recurso de apelación después de que el Juzgado de Primera Instancia a la hora de declarar el divorcio no se pronunció sobre las medidas solicitadas por el padre en relación a los menores que estaban junto a su madre en India.

2. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO

La Ley aplicable se determina por medio del Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (también denominado como Reglamento Roma III). En el mismo participan Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Portugal y Rumanía.

Complementa al Reglamento Bruselas II-bis, el cual, como antes he analizado, establece las reglas para determinar qué órgano jurisdiccional es el competente.

En su artículo 4 se establece una cláusula de aplicación universal o *erga omnes* al indicar que “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado

¹¹ ECLI:ES:APB:2019:13078

miembro participante”, lo que convierte a las normas de conflicto nacionales en inaplicables (en el caso del Derecho Español, el artículo 107 del Código Civil).

Entrando ya en lo la determinación de la ley aplicable, en sus artículos 5 a 7 parte de la posibilidad de que las partes elijan la ley que les vaya a ser aplicable. Si bien, hay que decir que es una autonomía conflictual informada y restringida¹². Es decir, solo cabe elegir una de las leyes que fija el propio artículo 5 en su apartado 1º, “a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro”. El apartado posterior contiene el momento temporal hasta el cual las partes pueden llegar a un acuerdo sobre qué ley regirá la disolución de su matrimonio, pudiendo modificarse si así lo desean, pero con el límite de “la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional”. El apartado siguiente, flexibiliza el límite anteriormente mencionado, pues permite a su vez otra vez modificar durante el curso del procedimiento la ley aplicable, siempre que la ley del foro lo permita. Estamos pues, ante una solución flexible, permitiendo a los cónyuges optar por la ley que mejor convenga a sus intereses, favoreciendo a su vez la libre circulación de personas tal y como dispone el propio reglamento en el Considerando 15¹³.

La validez material del consentimiento del convenio por el cual se designa la ley aplicable, “se determinarán con arreglo a la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido” (artículo 6.1 del Reglamento), aunque cualquiera de los cónyuges puede invocar la Ley del país en el que tenga su residencia habitual al presentarse la demanda, para acreditar que no dio su consentimiento “si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1” (artículo 6.2 del Reglamento).

Por su parte, la validez formal, es regulada en el artículo siguiente (artículo 7). Este artículo exige a los esposos que el convenio se formule por escrito, esté fechado y firmado por los dos cónyuges (se permite también presentarlo por medios electrónicos, siempre que se proporcione un registro duradero del convenio). Estos son los requisitos mínimos

¹² FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho internacional privado*, 2020., ob.cit, Pág. 487

¹³ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ “Lección 9: El matrimonio”. En: RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (Director), *Manual de derecho internacional privado*, Editorial Tecnos, Madrid, 8ª Edición, 2021. Pág. 216-217

exigidos, que podrán ser elevados por la ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio; en caso de que residan en distintos Estados miembros bastará con cumplir los requisitos adicionales de uno de los dos Estados; en caso de que solo uno de ellos resida en un Estado miembro, los requeridos por ese Estado.

Antes de entrar a analizar la ley aplicable en defecto de elección, hay que resaltar lo que los considerandos nº17 y 18 del propio reglamento indican, que no es otra cuestión que la importancia de que los cónyuges al momento de convenir la ley aplicable tengan acceso a una información pertinente y de calidad, para que sean conscientes de todas las consecuencias que se derivarán de su decisión.

El Reglamento, en su artículo 8, incorpora la solución a los casos en los que los cónyuges no hayan elegido ninguna ley para su aplicación. La técnica utilizada es la de “una norma de conflicto que incorpora un punto de conexión principal y varios de puntos de conexión subsidiarios”¹⁴. La ley aplicable será la del Estado “a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.” (Artículo 8 del Reglamento).

Hay excepciones a este criterio, como sucede en el caso de la conversión de la separación judicial en divorcio (artículo 9), considerando que la ley aplicable será la que se aplicó para la separación (salvo acuerdo en contra, cumpliendo los requisitos formales y materiales anteriormente descritos).

Encontramos otras excepciones en los artículos 10 y 12, ambas aplicables también en caso de que haya acuerdo entre las partes. El art. 10 hace referencia a los casos en los que la ley aplicable no contemple el divorcio o no lo conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, aplicándose en este caso la ley del foro. El artículo 12, establece la reserva de orden público, determinando la posibilidad de excluir la aplicación de una ley designada conforme al Reglamento en caso de que sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Mencionar también que en el

¹⁴ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ “Lección 9: El matrimonio”, ob.cit., Pág. 218

artículo 11 se excluye el reenvío, estableciendo en los artículo 14 y 15 las normas acerca de la remisión.

Es importante decir que este Reglamento no regirá para los divorcios privados ante los tribunales religiosos ni en los que no intervenga una autoridad pública (STJUE Sala Primera de 20 de diciembre de 2017 As. C-372/16¹⁵). Tampoco a la nulidad matrimonial (es aplicable el artículo 107 del Código Civil), u otras cuestiones relacionadas con el matrimonio tales como el régimen económico (es aplicable el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016), responsabilidad parental (Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 y Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019), alimentos (Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 y Protocolo de la Haya de 2007)...

3. LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Los reglamentos aludidos en cuanto a la determinación de la competencia jurisdiccional respecto a la responsabilidad parental no contienen normas de derecho aplicable en esta materia. Por eso, hay que recurrir al Convenio de La Haya de 1996 (de 19 de octubre) relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, concretamente al Capítulo III, es decir, a sus artículos 15 a 22 (así lo establece el Considerando nº 92 del Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019).

Hay que decir que este texto legal es de aplicación universal, tal y como menciona su artículo 20, desplazando por tanto, a las normas de Derecho Internacional Privado internas (de hecho así lo expresan el artículo 9.6 Código Civil y el artículo 33 de la Ley de Adopción Internacional - Ley 54/2007, de 28 de diciembre-).

Parte de la ley del foro (art. 15.1), pudiéndose aplicar en el caso de que el interés del menor lo requiera “la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho” (art. 15.2). En el caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de ese otro Estado regirá las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación.

La atribución o extinción de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño, al igual que en el caso de que se haga en virtud de un acuerdo. Se mantendrá el régimen en caso de cambio de residencia habitual del menor, pudiendo atribuir la ley del Estado de la

¹⁵ ECLI:EU:C:2017:988

nueva residencia habitual una responsabilidad parental que no haya sido establecida anteriormente (artículo 16). El ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño, y en caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual (artículo 17).

Por último, en el artículo 22 recoge la excepción de orden público, posibilitando que la ley que designe el Convenio “puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.”

4. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

Siguiendo el Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, a nivel internacional y conforme al Reglamento, el concepto de obligación de alimentos debe interpretarse de manera autónoma. Esto supone que se conforma una categoría autónoma de modo que “incardina dentro los mismos no sólo a las obligaciones entre parientes y entre cónyuges –convivientes o separados de hecho– sino que, además, expresa y directamente incluye a las “obligaciones alimenticias que la ley o el juez imponga a los esposos para el período posterior al divorcio” (STJUE Sala Tercera, de 6 de marzo de 1980, en el AS. 120/79¹⁶)¹⁷, incluyendo así mismo a la pensión compensatoria (STJUE Sala Quinta de 27 de febrero de 1997, en el AS. C-220/1995¹⁸).

El Reglamento vincula a los 28 Estados miembros de la Unión, aunque incorpora matizaciones en relación con su aplicación a Dinamarca. El artículo 69 del Reglamento manifiesta con carácter general, que éste no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales y multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de su adopción, y que refieren a materias reguladas por él. Sin embargo, añade que el Reglamento prevalecerá entre los Estados miembros, sobre los convenios y acuerdos que refieran a las materias objeto del Reglamento 4/2009, y de los que sean parte los Estados miembros.

¹⁶ ECLI:EU:C:1980:70

¹⁷ ESPLUGES MOTA, CARLOS “Lección 16^a. Alimentos”. En: ESPLUGES MOTA, CARLOS, IGLESIAS BUBIGES, JOSÉ LUIS y PALAO MORENO, GUILLERMO, *Derecho internacional privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 14^a Edición, 2020. Pág. 544

¹⁸ ECLI:EU:C:1997:91

4.1-COMPETENCIA JUDICIAL

En primer lugar, se establece por el artículo 4 del citado Reglamento, el tribunal o tribunales del Estado miembro elegidos por las partes, tanto expresa como tácitamente (el artículo 5 lo establece al considerar que será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado, siempre que la comparecencia no fuera para impugnar la competencia). Se permite a las partes la elección entre:

“a) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual;

b) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que sea nacional una de las partes;

c) por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges:

i) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o

ii) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año.”

Las condiciones mencionadas deberán cumplirse en el momento de celebrarse el convenio relativo a la elección de fuero, o de presentarse la demanda, y salvo pacto en contrario, el fuero elegido tendrá carácter exclusivo (artículo 4.1.II y III). El límite a la autonomía de la voluntad se encuentra en los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de 18 años, en cuyo caso el acuerdo no será válido no surtiendo efectos.

En el caso de que las partes no hubiesen pactado nada al respecto, se establece en el artículo 3 los fueros generales. El Reglamento nos dice lo siguiente:

“a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o

b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o

c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o

d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación

de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes”.

Operan de manera alternativa entre sí, de modo que el demandante acreedor puede elegir, entre cualquiera de ellos estos cuatro para presentar su demanda. El apartado c) permite su utilización en los casos en los que se ejercita una acción de divorcio junto a una acción de reclamación de alimentos. Resulta útil ya que, permite la concentración de litigios y evita la dispersión internacional del pleito¹⁹.

También se fija una regla competencial subsidiaria, en el artículo 6, de modo que cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a las reglas anteriores, “y ningún órgano jurisdiccional de un Estado parte en el Convenio de Lugano II que no sea un Estado miembro sea competente con arreglo a lo dispuesto en dicho convenio, entonces se otorgará la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan su nacionalidad común”²⁰. De este modo, se elimina la posible aplicación de normas de derecho internacional privado de los Estados (en nuestro caso, el artículo 22 quater f) LOPJ).

Por último, el Reglamento en su artículo 7, y al objeto de evitar posibles situaciones de denegación de justicia, incorpora un *forum necessitatis* que permite a los Tribunales de un Estado miembro, en casos excepcionales (cuando ningún órgano sea competente ni siquiera en los casos del apartado anterior), conocer de un litigio en materia de alimentos, que guarde un estrecho vínculo con un Estado tercero.

Los fueros, como en las otras materias, son también controlables de oficio (artículo 10).

4.2-LEY APLICABLE

El artículo 15 del ya mencionado Reglamento 4/2009 determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que estoy analizando. Concretamente, este artículo “no desarrolla directamente las soluciones de ley aplicable, sino que incorpora por referencia las contenidas

¹⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER “Capítulo XVI: Alimentos”. En: CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (directores) *Tratado de derecho internacional privado. Tomo II*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág. 882.

²⁰ CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional: reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, ob.cit., Pág.66

en el Protocolo de La Haya de 2007²¹, de 23 de noviembre. Pues, nos remite claramente al determinar lo siguiente: “La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, «el Protocolo de La Haya de 2007») en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (por lo que no vincula a Dinamarca).

El Protocolo de la Haya de 2007, en su artículo 1, nos dice que determina la ley aplicable en “las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres”. Sus normas, son de aplicación universal (artículo 2), es decir: en primer lugar, los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados por el Protocolo cuando conozcan de una petición relativa a una obligación de alimentos tendrán que determinar la ley aplicable al fondo mediante la aplicación de las normas de conflicto del Protocolo, aunque el caso esté estrechamente vinculado con Estados no contratantes e incluso si dicha ley es la de un Estado no miembro; y, en segundo lugar, el desplazamiento de las soluciones dadas por los textos nacionales (en nuestro caso, el artículo 9.7 del Código Civil). Aunque es preciso matizar que el artículo 19 del propio Protocolo no impide que se compatibilice con otros instrumentos “de los que los Estados contratantes sean o serán Partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el Protocolo, salvo declaración en contrario de los Estados partes de tales instrumentos”.

El Protocolo de la Haya de 2007, permite el juego de la autonomía de la voluntad, y en caso de que las partes no hubieran decidido nada al respecto, “combina una norma general en relación con la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones alimenticias, con todo un conjunto de reglas especiales, que matizan y excepcionan a la anterior”²².

En primer lugar, permite el juego de la autonomía de la voluntad tanto de forma específica como general: “el acreedor y el deudor de alimentos podrán, únicamente a los efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado, designar expresamente la ley de dicho Estado como aplicable a una obligación alimenticia” (artículo 7.1). En segundo lugar, también con carácter general, el acreedor y el deudor de alimentos podrán designar en

²¹ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA “Lección 21. La obligación de alimentos”. En: GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA (Directora) (y 4 más) *Lecciones de derecho internacional privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª Edición, 2019, Pág. 464

²² ESPLUGES MOTA, CARLOS “Lección 16ª. Alimentos”. En: ESPLUGES MOTA, CARLOS, IGLESIAS BUBIGES, JOSÉ LUIS y PALAO MORENO, GUILLERMO, *Derecho internacional privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 14ª Edición, 2020. Pág. 555

cualquier momento como aplicable a una obligación alimenticia las siguientes leyes: “a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación” (artículo 8.1). En este segundo caso, se excluye la posibilidad en el caso de que nos encontremos ante acreedores menores de 18 años, o mayores “que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses” (artículo 8.3). Los apartados 4 y 5 del artículo 8 también limitan la posibilidad de recurrir a un acuerdo de voluntades a que la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, permita al acreedor renunciar a su derecho a alimentos, así como a que las partes sean debidamente informadas y conscientes cuando la elección conlleve consecuencias injustas para cualquiera de las partes.

En caso de no haber elección, entraríamos a analizar la regla general, y las especiales.

La regla general, contenida en el artículo 3, determina que la ley aplicable será la del Estado de la residencia habitual del acreedor, con la salvedad de “que este Protocolo disponga otra cosa”, y ahí es donde entran las reglas especiales.

Las reglas especiales se encuentran recogidas en los artículos 4 a 6 del Protocolo. El artículo 4, recoge que se aplicará la Ley del foro en obligaciones alimenticias de los padres a favor de sus hijos (o viceversa) y de personas distintas de los padres a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años (con excepción de las obligaciones que derivan de las relaciones a que se refiere el artículo 5), siempre que no se consiga la obtención de alimentos conforme a la Ley de la residencia habitual. Además, también en el caso de esos sujetos, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor; aplicándose la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si este no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro. Como último medio de protección para obtener alimentos si conforme a las anteriores no se hubiera podido lograr, el último apartado del artículo 4, permite aplicar la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.

El artículo 5, por su parte, se refiere a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges. Permite eliminar la aplicación de la regla general si una de las partes se opone, y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común,

presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio, procediéndose a aplicar la ley de dicho Estado.

Por último, el artículo 6, para las obligaciones alimenticias distintas de las surgidas de una relación paterno-filial a favor del niño y de las mencionadas previamente, permite al deudor oponerse a una pretensión de un acreedor sobre la base de que no existe tal obligación según la ley del Estado de residencia habitual del deudor ni según la ley del Estado de nacionalidad común de las partes, si existe.

Como suele ser habitual, este Protocolo Internacional recoge también la cláusula de orden público, que permite rechazar la aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro.

La Ley que resulte de aplicación conforme a este protocolo “determinará en particular:

- a) si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos;
 - b) la medida en que el acreedor puede solicitar alimentos retroactivamente;
 - c) la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y de la indexación;
 - d) quién puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio;
 - e) la prescripción o los plazos para iniciar una acción;
 - f) el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos.”
- (Artículo 11).

5. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN SEGÚN LOS TRIBUNALES Y LA LEY ESPAÑOLA

5.1 COMPETENCIA JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Esta cuestión aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en su artículo 769. Con carácter general, será tribunal competente para conocer de estos procedimientos el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. A esta regla general, le siguen diferentes reglas especiales. En primer lugar, si los cónyuges residieran en partidos judiciales distintos, en cuyo caso, a elección del demandante, será competente el tribunal del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. En segundo

lugar, si el procedimiento fuese a desarrollarse de mutuo acuerdo, será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes. Por último, para el caso de que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.

5.2 GUARDA Y CUSTODIA

5.2.1 *Concepto*

En primer lugar, hay que analizar qué se entiende por guarda y custodia. Pues bien, desde el punto de vista normativo, no encontramos ninguna definición concreta al respecto, más allá de la mención genérica del artículo 92 del Código Civil (artículo en el que se encuentra regulada la guarda y custodia, concretamente en su apartado número 2 así como en sus apartados 5 a 10), que parece decirnos que sería el cuidado y la asistencia de los menores. El Reglamento (CE) 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 responsabilidad parental, en su artículo 2, lo define como: “...derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en Sentencia (Sala 1ª) dictada el 19 de octubre de 1983²³ nos dio una especie de definición de la guarda y custodia, incluyendo ésta dentro de la patria potestad. Consideró lo siguiente: “... la Patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia...”.

En el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), celebrado en 2009, se señaló que “el término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para dicho progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro”²⁴.

²³ RJ 1983\5333

²⁴ MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, *La guarda y custodia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Pág. 41

5.2.2 Tipos de Guarda y Custodia

En la actualidad podemos encontrarnos con dos modelos fundamentales de guarda y custodia en relación a los padres: el de guarda y custodia exclusiva y el de guarda y custodia compartida (que en palabras del Tribunal Supremo “debe ser el normal y deseable” (STS - Sala 1ª- nº 52/2015 de 16 de febrero de 2015²⁵).

La guarda y custodia exclusiva se caracteriza por ser ejercida únicamente por uno de los dos progenitores. En estos casos, se establecerá un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio y de estancia de los hijos en el domicilio de este último (que, habitualmente suele abarcar fines de semanas alternos, pudiendo fijarse también algún día inter semanal).

El sistema de guarda y custodia compartida fue introducido con ocasión de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo este término en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez. A diferencia del anterior, es “la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación conyugal, en la que ambos progenitores acuerdan establecer una relación factible entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”²⁶. Este sistema está concebido, tal y como la define la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo “...como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda...” (STS -Sala 1ª- nº 961/2011 de 10 de enero de 2012²⁷ entre otras).

Con el sistema de custodia compartida, “a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia” (STS -Sala 1ª- nº 758/2013 de 25 de noviembre 2013 y nº 658/2015 de 17 de noviembre de

²⁵ ECLI:ES:TS:2015:258

²⁶ ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, *El Nuevo Régimen Jurídico de la crisis matrimonial*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 1ª Edición, 2006. Pág. 60.

²⁷ ECLI:ES:TS:2012:628

2015²⁸, entre otras), al igual que “se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial” (STS -Sala 1ª- 175/2021 de 29 de marzo de 2021²⁹).

5.2.3 Guarda y Custodia Compartida Vs Guarda y Custodia Exclusiva

Una vez vistos los sistemas fundamentales, resulta necesario comprobar la práctica jurisprudencial al respecto. Es decir, qué es lo que valoran los jueces y tribunales para considerar cuando se ha de fijar uno u otro modelo.

En primer lugar, y al igual que se aludirá en relación con la fijación de una pensión de alimentos, cabe la posibilidad de que los cónyuges lleguen a un acuerdo y que se firme un convenio regulador en el que se regule dicho extremo (Artículo 92.5 CC, lo confirma: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”). En consecuencia, podrán adecuar el régimen a sus necesidades, siempre con el límite establecido por el artículo 90.2 del Código Civil, es decir, el interés de los menores (Los acuerdos de los cónyuges...serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges) y con otros límites que también aparecen en el artículo 92, a los cuales se mencionan en este momento y se analizarán más adelante con el desarrollo del análisis de la guarda y custodia compartida:

“Artículo 92, apartado 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores 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 cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Artículo 92, apartado 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Artículo 92, apartado 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas

²⁸ ECLI:ES:TS:2013:5710 y ECLI:ES:TS:2015:5218 respectivamente

²⁹ ECLI:ES:TS:2021:1226

debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.”

En caso de que los padres no lleguen a un acuerdo, será el juez el que determine qué régimen es el más adecuado para cada situación. Aunque para que pueda fijarse un régimen de guarda y custodia compartida, según ha indicado la doctrina jurisprudencial “...un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores” (STS -Sala 1ª- nº 257/2013 de 29 de abril de 2013³⁰, entre otras). Por tanto, no podrá establecerse de oficio, sino que podrá establecerse en el caso de que ambos la soliciten (Artículo 92.5 CC) o cuando lo solicite al menos uno de los progenitores.

En primer lugar, hay que mencionar que, siguiendo lo dicho anteriormente, el régimen de custodia compartida, como se ha indicado previamente, es el modelo “normal y deseable”, y desde su implantación se ha generalizado. Según datos del INE, la custodia compartida en el año 2020 fue otorgada en el 41,4% de los casos, frente al 10,5% registrado en el año 2010³¹.

Para analizar como el juzgador llegará a la conclusión en caso de un supuesto contencioso a la atribución de la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores o en caso contrario, exclusivamente a uno de los mismos, hay que acudir a la práctica habitual de los Tribunales y concretamente al Tribunal que declaró “...sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Es decir, lo que el Tribunal Supremo requiere es que se valoren todas las circunstancias que rodean al núcleo

³⁰ ECLI:ES:TS:2013:2246

³¹https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

familiar en crisis y que de la valoración de dichas circunstancias pueda concluirse que la custodia compartida es la situación más beneficiosa para los menores. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS -Sala 1ª- nº 257/2013 de 29 de abril de 2013³² y reiterada en numerosas sentencias posteriores).

Se deduce de la sentencia que han de concurrir una serie de requisitos para que la guarda y custodia compartida sea establecida. Estos serían los siguientes:

- Interés del menor
- Relaciones previas de los padres con el menor
- Aptitudes de los padres y cumplimiento de sus deberes
- Deseos manifestados por los menores
- Respeto entre los progenitores
- Número de hijos
- Resultado de los informes que la Ley exige
- Además, se establece una cláusula residual en relación a otras posibles

circunstancias que puedan afectar al caso concreto. Vista la jurisprudencia, podemos mencionar como variable a tener en cuenta la edad de los menores, circunstancias laborales de los padres así como la ubicación de la vivienda de los padres.

Tras la enumeración de los requisitos que vienen siendo exigidos por nuestros jueces y tribunales, se analizará individualmente cada uno de los mismos, para ver cómo en función de que estos estén presentes de una u otra forma, los tribunales toman diferentes soluciones a los litigios que se les plantean.

-Interés del menor-

Estamos ante el parámetro fundamental y sobre el cual gira el resto. Todos los demás parámetros deberán interpretarse buscando en todo caso el interés superior del menor.

Las referencias legales al “interés superior del menor” son numerosas. Podemos partir del artículo 39 de la Constitución Española, que aunque no lo mencione expresamente, se remite a los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, lo cual nos lleva a mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En la misma, respecto al

³² ECLI:ES:TS:2013:2246

tema sobre el que se dirige este dictamen, es de aplicación los artículo 3 y 9, especialmente el apartado 3 del artículo 9 (“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”). Otros textos internacionales se refieren en el mismo sentido, tal y como es el caso de la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Destacable también es el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dedicado íntegramente al interés superior del menor. En el mismo, se determina que: “A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales... La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor”.

La Jurisprudencia también lo considera fundamental, prueba de ellos es la SAP de Valladolid (Sección Nº1) nº 311/2019 de 17 de julio de 2019³³, en la que se dice que “El interés superior del menor es el factor más importante y condiciona todos los demás para relativizarlos y determinar en qué sentido ha de producirse el pronunciamiento judicial. Servirá tanto para conceder la relación como para impedirla pues la justa causa más relevante de concesión o de denegación de la relación será que sea favorable o perjudicial para el menor. Se protegerá el interés superior del menor cuando se adopten medidas que le sean beneficiosas o cuando con las medidas adoptadas se le eviten perjuicios. En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se dice que “el interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebrará un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores”. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado

³³ ECLI:ES:APVA:2019:1149

en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia”. En la misma Sentencia, se hace referencia a cómo averiguar cuál es el interés superior del menor y como velar por él, aludiendo al resto de parámetros anunciados (deseos manifestados por los menores, número de hijos, el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar, los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia), motivo por el cual se pasará a analizarlos.

Según lo que se puede desprender de la reiterada doctrina jurisprudencial, el sistema de custodia compartida es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores³⁴.

-Relaciones previas de los padres con el menor-

Uno de los parámetros a tener en cuenta para decidir qué modelo de custodia implantar, según el Tribunal Supremo, es la práctica anterior y sin duda un elemento determinante será si la relación paterno filial anterior al procedimiento se ha venido desarrollando o no con normalidad. Como ya se ha indicado, uno de los objetivos que se pretende es acercarse al modelo de convivencia que existía antes de la ruptura matrimonial, por lo que introducir de forma súbita en la vida del hijo y a través de la custodia compartida a la figura de un padre que hasta ahora ha hecho dejación de sus funciones sería ir en contra del interés del menor. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo también es constante considerando que no puede perpetuar la situación anterior (que p.ej. podía estar motivada por circunstancias laborales concretas) en base a valorar las ventajas del mantenimiento del status quo actual³⁵. Por lo que este parámetro no suele ser decisivo a la hora de implantar uno u otro régimen, pudiendo fijarse también un sistema de custodia exclusiva a favor de uno de los padres, pero regulando un régimen progresivo de visitas, tal y como se estableció en la STS (Sala 1ª) nº 161/2017 de 8 de marzo de 2017³⁶ (y que habitualmente sucede también con los hijos de corta edad, en ese caso, normalmente atribuyéndose la custodia exclusiva a la madre).

³⁴ SSTS -Sala 1ª- nº 495/2013 de 19 de julio de 2013, y STS nº 630/2018 de 13 de noviembre de 2018, entre otras. Con ECLI:ES:TS:2013:4082 y ECLI:ES:TS:2018:3743 respectivamente

³⁵ STS -Sala 1ª- nº 449/2015 de 15 de julio de 2015 y nº9/2016 de 28 de enero de 2016. Con ECLI:ES:TS:2015:3207 y ECLI:ES:TS:2016:149 respectivamente

³⁶ ECLI:ES:TS:2017:161

-Aptitudes de los padres y cumplimiento de sus deberes-

Un requisito imprescindible para que a un progenitor se le pueda atribuir la guarda y custodia exclusiva o compartida es que tenga aptitud para poder ejercerla de forma adecuada y haya cumplido los deberes que le son inherentes como progenitor, y es uno de los elementos sobre los que el tribunal se pronunciará. En la STS (Sala 1ª) nº 751/2016 de 22 de diciembre de 2016³⁷, pese a que la madre manifestaba que el padre en épocas pasadas fue adicto al consumo de sustancias psicotrópicas, a tenor de la prueba en instancias previas considera que “Ninguna de dichas disfunciones acaecen en la actualidad, por lo que no pueden fundar la inhabilidad del padre para atender a su hija”. Al contrario sucedió en la STS (Sala 1ª) nº 265/2016 de 20 de abril de 2016³⁸, que por problemas en su conducta (impulsividad, falta de control, implicación a los menores en conflictos) descartó la custodia compartida: “Por lo expuesto, ... no se cuestiona la doctrina jurisprudencial sobre custodia compartida, dado que no se dan las circunstancias necesarias, por ahora, para poder adoptarla...”.

El incumplimiento por parte de uno de los padres de sus deberes, no solo influirá en que no se le conceda la custodia compartida, sino que podrá provocar en caso reiterado y peligroso, la privación de la patria potestad “...la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo.” (STS -Sala 1ª- nº 315/2014 de 6 de junio de 2014³⁹).

-Deseos manifestados por los menores-

En este caso, sí nos encontramos ante uno de los parámetros fundamentales que se valoran por los tribunales. Proviene de las numerosas referencias normativas encontramos respecto a la audiencia de los menores. En primer lugar el artículo 92 del Código Civil (apartado 2); el artículo de 9 LO (1/1996) de Protección Jurídica del Menor; el artículo 12 (apartado 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños; apartado 15 de la Carta

³⁷ ECLI:ES:TS:2016:5537

³⁸ ECLI:ES:TS:2016:1655

³⁹ ECLI:ES:TS:2014:2131

Europea de derechos del niño; y artículo 24 (apartado 1) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. De hecho, es considerado por el propio Tribunal Constitucional como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos⁴⁰, por lo que se ha estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como en la STC -Sala Primera-nº 17/2006, de 30 de enero⁴¹).

El Tribunal Supremo, tiene como doctrina reiterada “... (i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.” (STS -Sala 1ª- nº577/2021 de 27 de julio de 2021⁴²).

Una vez expuesta la necesidad de que los menores sean oídos, ha de exponerse la importancia que dentro del procedimiento tiene lo que ellos manifiesten, la cual irá aumentando cuanto mayor sea su madurez. Resulta tan relevante, de modo que para no atenderlo, debe justificarse que su deseo no coincide con su interés. Lo cual generalmente sí coincidirá “...siempre que: a) su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores...” (STSJCat -Sala 1ª- nº1/2017 de 12 de enero de 2017⁴³).

Los deseos de los menores son tenidos en consideración para tomar cualquier sistema de custodia, es decir, sin importar que su intención sea una compartida o una exclusiva.

⁴⁰ STC - Sala Segunda- nº 141/2000, de 29 de mayo, y STC -Pleno- nº64/2019 de 9 de mayo. Con ECLI:ES:TC:2000:141 y ECLI:ES:TC:2019:64 respectivamente

⁴¹ ECLI:ES:TC:2006:17

⁴² ECLI:ES:TS:2021:3299

⁴³ ECLI:ES:TSJCAT:2017:486

Como muestra de que los deseos suelen ser importantes a lo largo del procedimiento, tenemos como ejemplo la STS (Sala 1ª) nº 389/2017 de 20 de junio de 2017⁴⁴, en la que en este caso se adopta un sistema de custodia exclusiva a favor del padre ya que “...el testimonio de la menor no fue irreflexivo, caprichoso ni motivado por una mayor permisividad del padre...el deseo de la menor de vivir con el padre ha sido madurado a lo largo del tiempo y se basa en la mayor sintonía o entendimiento con el padre...La decisión de la menor se basa en la mayor comprensión del padre, sin perjuicio de que mostró el cariño por su madre, con la cual no encaja por su carácter”. Sin embargo, ejemplos de lo contrario también hay, es decir, que el tribunal considera que no debe seguirse el deseo del menor puesto que “El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro.” (STS -Sala 1ª- nº206/2018 de 11 de abril de 2018⁴⁵).

-Respeto entre los progenitores-

Nadie desconoce que es posible que exista mala relación entre los progenitores, pues, son dos personas que han decidido poner fin a su relación de pareja, por lo que no puede exigirse que las relaciones sean idílicas. Sin embargo, esto “...no puede ser causa exclusiva (salvo notoria gravedad) de la negación de un reparto equitativo del tiempo de estancia de los menores.” (STS -Sala 1ª- nº133/2016 de 4 de marzo de 2016⁴⁶).

Realmente, lo que se exige es una relación cordial, de respeto mutuo y dialogo que redunde en el beneficio del menor. “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.” (STS -Sala 1ª- nº242/2016 de 12 de abril de 2016⁴⁷).

Además, hay que valorar si las malas relaciones entre los progenitores afectan o no al menor, pues si no fuera así, tampoco habría obstáculo para atribuir conjuntamente la guarda

⁴⁴ ECLI:ES:TS:2017:2510

⁴⁵ ECLI:ES:TS:2018:1351

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2016:973

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2016:1636

y custodia. “... las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.” (STS -Sala 1ª- nº 638/2016 de 26 de octubre de 2016⁴⁸, y en similar sentido se expresa la reciente STS -Sala 1ª- 175/2021 de 29 de marzo de 2021⁴⁹).

Otro ejemplo lo encontramos en la STS -Sala 1ª- nº 566/2014 de 16 de octubre de 2014⁵⁰, en la que el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar que la relación de los padres no tenía tal nivel de tensión que favoreciera una custodia exclusiva: “A la vista de lo expuesto hemos de declarar que en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores”.

Íntimamente relacionado con este “requisito”, encontramos uno de los límites recogidos en artículo 92 del Código Civil, concretamente al de su apartado número 7. Hace referencia a las situaciones de violencia de género, en las cuales la decisión podría decirse que es automática, pues la realidad es que no hace falta tener una sentencia condenatoria para que se impida la fijación de un régimen de guarda y custodia compartida pues como se indica en el propio apartado mencionado, los meros indicios ya suponen un obstáculo insalvable, y esto se ha hecho aún más patente desde la reciente promulgación de las siguientes leyes: la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En concreto, la última ley mencionada ha modificado el artículo 94 del Código Civil, determinando que “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del 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 cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2016:4634

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2021:1226

⁵⁰ ECLI:ES:TS:2014:4240

podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”. Por tanto, vemos que la reciente reforma ha reforzado la protección a los menores en situaciones de posible violencia de género entre sus progenitores.

En este sentido, la Jurisprudencia es muy amplia, y vemos numerosos casos en los que no se concede un sistema de custodia compartida por la existencia de este tipo situaciones.

Un ejemplo es la STS -Sala 1ª- nº 36/2016 de 4 de febrero de 2016⁵¹, en la cual el acto de violencia no se produjo antes de la presentación de la demanda de divorcio, sino durante la tramitación del mismo. La Audiencia Provincial acordó la custodia compartida ante la inexistencia de indicios de violencia, sin embargo, el Tribunal Supremo la dejó sin efecto. “Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.”.

Además de la Sentencia mencionada podemos citar como otro buen reflejo de lo antedicho la STS -Sala 1ª- 175/2021 de 29 de marzo de 2021⁵² ya mencionada. En esta Sentencia, se considera como hechos probados que “La relación entre ambos ha durado 7 años y medio, en los últimos 5 años se ha ido deteriorando hasta devenir insostenible, con insultos continuos... Él además mantenía un control sobre el teléfono de su mujer... y le decía a la hija que tienen en común "tú tienes que ir a Cáceres hija, porque tu madre tiene la

⁵¹ ECLI:ES:TS:2016:188

⁵² ECLI:ES:TS:2021:1226

entrepiera caliente". La madre, formuló escrito de acusación contra el padre, en el que postula contra él una condena por un delito del art. 153.1 del CP. Ante estos hechos, el Tribunal Supremo consideró que "La existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o 175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto".

Sin embargo, no solo no se conceden custodias compartidas por malas relaciones entre progenitores que acaban en actos de violencia de género, pues como señaló la STS - Sala 1ª- nº 370/2013 de 7 de junio de 2013⁵³, "la incomunicación existente entre ambos "son un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y coordinación que exige el sistema de guarda y custodia compartida....que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores ...".

-Número de hijos-

Este parámetro es fijado por el Tribunal Supremo atendiendo al apartado 10 del artículo 92 del Código Civil. En el mismo se contiene la recomendación de no separar a los hermanos ("El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos"). Así lo ha venido reiterando también el Tribunal Supremo "...los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral ..." (STS -Sala 1ª- nº 530/2015 de 25 de septiembre de 2015⁵⁴).

⁵³ ECLI:ES:TS:2013:2926

⁵⁴ ECLI:ES:TS:2015:3890

Sin embargo, esta recomendación no es de obligado cumplimiento, puesto que al haber otras muchas variables estas podrán conducir a que sobre los hermanos pueda fijarse diferente sistema de custodia, especialmente sobre el que se centra toda la atención, el interés superior del menor. Un ejemplo lo encontramos en la SAP (Sección N°3) de A Coruña nº 441/2016 de 26 de diciembre de 2016⁵⁵. En el caso enjuiciado, había dos menores, uno con 11 años y otro con 16, en el que en la audiencia a los mismos, manifestaron deseos opuestos. El mayor demandaba una custodia exclusiva, mientras que el menor quería estar junto a ambos padres. Ante esta situación, la AP considero que “Todo lo anterior conduce a que debe establecerse la custodia exclusiva de don JM sobre su hijo Marcial... porque en los tiempos actuales hablar de una custodia sobre un hijo de 16 años es indudablemente problemático para los padres. Suele ser una etapa difícil educacionalmente. Y no parece que pudiera imponerse una guarda contra su frontal voluntad. Como mucho podrá modularse, preferentemente con la finalidad de que no pierda los lazos maternos, y que con el tiempo pueda reforzarlos. Es por ello que, pese a los deseos de doña Amalia, debe otorgarse al padre la custodia sobre este hijo, al menos en la situación actual. En cuanto al menor, Olegario, sí debe acordarse la custodia compartida, en cuando debe considerarse el régimen normal en la actualidad, no existiendo obstáculo alguno para optar por este sistema. Su edad lo hace en estos momentos más vulnerable, y precisa más intensamente disponer de los dos referentes paternos, tener el apoyo, ayuda y cuidados de ambas figuras paternas. Y así lo verbaliza. Por otra parte, esa edad también hace que sea mucho más fácil el desarrollo del sistema”.

-Resultado de los informes que la Ley exige-

En este caso nos encontramos ante uno de los elementos fundamentales, tal y como sucedía con otros de los elementos que el Tribunal Supremo ha determinado fundamentales para determinar el régimen de custodia adecuado para cada tipo de situación. Con estos informes no referimos a los informes a los que se refiere en su apartado 9 el artículo 92 del Código Civil. Estos informes son emitidos por los Equipos Psicosociales o Equipos técnicos, y unidades administrativas que auxilien a la labor judicial, como informes de servicios sociales de atención primaria, de la administración tributaria, catastro, o laboral. Pese a que del tenor literal de la norma podría deducirse su obligatoriedad, el Tribunal Supremo considera que podrá fijarse un sistema de custodia compartida (o exclusiva) sin que se haya practicado este tipo de prueba, el cual podrá declararse de oficio o solicitarse por cualquiera de las partes. “Ninguna de las causas que sustentan la negativa a la custodia compartida, ofrece justificación

⁵⁵ ECLI:ES:APC:2016:3202

suficiente, máxime cuando la propia Audiencia Provincial consideró innecesario el informe, cuando se le propuso como prueba.” (STS -Sala 1ª- nº 110/2017 de 17 de febrero de 2017⁵⁶).

En palabras del propio Tribunal Supremo “... las conclusiones del informe sicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencia de 18-11-2011, rec. 1728/2009).” (STS -Sala 1ª- nº 465/2015 de 9 de septiembre de 2015⁵⁷).

Además, el valor de este tipo de informes no solo tienen valor en sí mismo, sino también para analizar el resto de parámetros, pues que en el caso de los informes del Equipo Psicosocial se escucha tanto a los menores como a los padres, y se valora otros aspectos como la edad, relación entre los progenitores,... Un ejemplo de ello es lo que sucedió en la STS (Sala 1ª) nº 143/2016 de 9 de marzo de 2016⁵⁸ rechazó la custodia compartida porque "entre los progenitores no existía un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida".

Por todo ello, estos informes tienen una importancia vital, y que aunque no son vinculantes, resulta extraño que el juzgador se incline por tomar una decisión que vaya en el sentido opuesto a lo dictaminado por los expertos en el informe.

-Otros elementos valorados por el Tribunal Supremo

Dentro de la cláusula residual que introduce el Tribunal Supremo para indicar cuales son los parámetros que conducen al establecimiento de una custodia compartida, considero que atendiendo a la práctica habitual de los tribunales, podemos encontrar a las siguientes:

-Edad de los menores: la edad de los menores es importante, tanto desde el parámetro del derecho a ser oídos (que cuanto mayores y maduros sean, más influencia tendrá en la decisión del juez), como para decidir una custodia compartida en el caso de que no puedan ser oídos. En este último caso nos referimos a los niños de escasa edad o incluso lactantes. Cuando hablamos de lactantes, en primer lugar habrá que ver si efectivamente la madre amamanta al menor, puesto que si no es así, no habrá ningún inconveniente para que se fije cualquier tipo de custodia. En el caso de que la madre sí amamanta al menor, habrá que valorar si es fundamental o no esa alimentación, ya que en la SAP de Vizcaya -Sección

⁵⁶ ECLI:ES:TS:2017:474

⁵⁷ ECLI:ES:TS:2015:3707

⁵⁸ ECLI:ES:TS:2016:1159

Nº4- nº 147/2015 de 13 de marzo de 2015⁵⁹ consideró complementaria la leche materna a los 6 meses de edad, aludiendo a que no había ningún inconveniente para la fijación de una custodia compartida. Sin embargo, lo habitual será que en el primer año de vida la guarda y custodia se atribuya a la madre, aunque como siempre es difícil encontrar una pauta aplicable a todos los casos, pues habrá que atender al interés superior del menor. Dejando de lado a los lactantes, a partir de los dos años no parece haber impedimentos a la fijación de una custodia compartida, y así lo expresado el Tribunal Supremo en su STS (Sala 1ª) nº 753/2015 de 30 de diciembre de 2015⁶⁰ en la cual el menor tenía 3 años, la edad no podía ser un obstáculo para acordar la custodia compartida.

-Situación laboral de los padres y apoyos familiares: como es obvio, ejercer la custodia sobre los hijos conlleva poder disponer de tiempo para estar con ellos, sin embargo, también es obvio que para poder hacerte cargo de sus necesidades es necesario tener unos ingresos que procederán de un trabajo. Lo habitual será también que el horario laboral no coincida, al menos en parte, con el horario escolar de los hijos. Por ello, habrá de analizarse por el tribunal la compatibilidad de esa jornada laboral con el cuidado de los menores y la posibilidad e intensidad de la delegación de las funciones en los apoyos (normalmente familiares). Un ejemplo de lo mencionado lo encontramos en la STS (Sala 1ª) nº 355/2016 de 30 de mayo de 2016⁶¹, en la cual se descarta la custodia compartida, ya que se “Valora a tal fin la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre...”.

-Residencia de los padres: en este caso, esta cuestión es un tema a valorar también para el caso del régimen de visitas que pudiera fijarse, tanto en el caso de que se estableciese una custodia compartida, como en el de una custodia exclusiva. Es obvio que habrá una cierta distancia entre los domicilios de los progenitores (el propio Tribunal Supremo en la STS -Sala 1ª- nº94/2010 de 11 de marzo 2010⁶² rechazó el criterio de la "deslocalización" de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda), sin embargo, lo decisivo será que esa distancia perjudique lo menos posible al interés del menor.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que para cuantificar la distancia existente entre domicilios, el criterio a seguir es medir los kilómetros de distancia desde los domicilios de los progenitores al centro escolar (STS -Sala 1ª- nº 370/2017 de 9 de

⁵⁹ ECLI:ES:APBI:2015:545

⁶⁰ ECLI:ES:TS:2015:5804

⁶¹ ECLI:ES:TS:2016:2568

⁶² ECLI:ES:TS:2010:963

junio de 2017⁶³). Sin embargo, no hay una cifra exacta que se considere como límite, aunque eso no impide que haya situaciones en las que claramente se descarte la custodia compartida, como sería en casos en las que estén notablemente alejadas geográficamente (países distintos, ciudades alejadas...). A modo de ejemplo el Tribunal Supremo lo ha descartado en casos como Guipúzcoa-Cádiz (STS -Sala 1ª- nº4/2018 de 10 de enero de 2018⁶⁴), Salamanca-Cádiz (STS -Sala 1ª- nº 566/2017 de 19 de octubre de 2017⁶⁵) o Cádiz-Granada (STS -Sala 1ª- nº115/2016 de 1 de marzo de 2016⁶⁶). Al contrario sucedió en la STS -Sala 1ª- nº 370/2017 de 9 de junio de 2017 ya mencionada, en la que concedió la custodia compartida a unos padres que vivían a una distancia de 46km (municipios valencianos) pero a una distancia equidistante del centro escolar al que acudía el menor.

5.3 PENSIÓN DE ALIMENTOS

5.3.1 *Concepto*

En primer lugar, habría que dar respuesta a qué se entiende por alimentos o pensión de alimentos, en el ámbito de una crisis matrimonial y con hijos comunes de por medio.

Para dar respuesta y comprender este aspecto hay que acudir a los arts. 92.1, 93, 143, 145 y 146, todos en relación con el art. 142 del Código Civil.

Pues bien, tal y como se desprende del artículo 142 del Código Civil, se incluye dentro del concepto todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. También se añade por este artículo los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Con respecto a las personas obligadas a dar o recibir estos alimentos, el artículo 143 del precitado texto legal, nos menciona que recíprocamente, y en la extensión del párrafo previo (artículo 142 CC) estarán obligados los cónyuges así como ascendientes y

⁶³ ECLI:ES:TS:2017:2347

⁶⁴ ECLI:ES:TS:2018:21

⁶⁵ ECLI:ES:TS:2017:3724

⁶⁶ ECLI:ES:TS:2016:797

descendientes. Dado el objeto del presente dictamen, habrá que entrar a valorar los alimentos entre padres e hijos.

Terminológicamente, el obligado a dar esos alimentos se le denomina alimentante (padre o madre), denominándose alimentista el que los recibe (hijos). La razón por la cual están obligados es porque ellos son quien ejercen la patria potestad. Así se infiere del artículo 154 del Código Civil. Sin embargo, aún en el caso de que no se ostentase la patria potestad, según el artículo 110 y el artículo 111 *in fine* del Código Civil los padres estarán obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, quedando siempre a salvo las citadas obligaciones.

Es considerada una obligación legal, recibiendo su fundamento en la propia Constitución Española, concretamente en su artículo 39. “De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.” (STS -Sala 1ª- nº 569/2018 de 15 de octubre de 2018⁶⁷).

A pesar de lo que pueda inferirse por la especial referencia a la pensión de alimentos dentro de los procesos de divorcio y/o de modificación de medidas, que en muchos casos es uno de los principales punto de discordia entre los cónyuges, el suministro de estos alimentos no solo le corresponde al progenitor no custodio, sino que es un deber conjunto siendo ambos los que deberán suministrárselos a sus hijos. Del apartado 1 del artículo 92 (“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”), así como del artículo 93 (“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”), ambos del Código Civil, parece deducirse. También así se ha venido estableciendo reiteradamente por nuestra Jurisprudencia. Entre otras, “... en concepto de alimentos para sus hijos, es necesario partir de que la obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuido

⁶⁷ ECLI:ES:TS:2018:3485

la guarda de los hijos, y si bien es cierto que habitualmente en las sentencias no se hace mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el progenitor que asume la custodia, sin embargo, ello no quiere decir que quede exonerado de la obligación de alimentos ni, por supuesto, que el hijo deba ser alimentado solo con lo que percibe de pensión alimenticia. Muy al contrario, al cuantificarse la pensión alimenticia del hijo deben tenerse en cuenta todas las cuestiones que afectan a ambos padres y a los hijos, estableciéndose así una proporción entre los ingresos de aquellos y las funciones que el progenitor custodio tiene que asumir, ya que es evidente que la custodia y convivencia del hijo supone unos gastos, cuidados y desvelos que aunque no se pueden cuantificar económicamente, se consideran como una suerte de alimentos en el seno de la convivencia familiar a través de la permanente dedicación al hijo, resultando absurdo, dice la doctrina mas autorizada...” (SAP Zamora nº 297/2004 de 19 de octubre de 2004⁶⁸).

En el caso de que por parte del Juzgado se fije una cuantía en este concepto en el procedimiento judicial de divorcio y/o modificación de medidas, el progenitor custodio además de proporcionarle sus propios alimentos, deberá gestionar la cuantía que reciba del otro progenitor.

5.3.2 Determinación y cuantía

Una vez analizado lo anterior, habría que entrar a valorar las razones que pueden provocar que se establezca una cuantía concreta en concepto de pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores.

En primer lugar, y al igual que se invocó en relación a la fijación de un régimen u otro de custodia, cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los cónyuges y que quede determinado o no en el convenio regulador suscrito entre ellos. En consecuencia, podrán pactar lo que ellos deseen, siempre con el límite ya mencionado fijado en el artículo 90.2 y 1.814 del Código Civil que en realidad no es otro que el interés de los menores (No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros). La Jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido. “Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni

⁶⁸ JUR 2004\313849

puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores.” (STS -Sala 1ª- nº 569/2018 de 15 de octubre de 2018⁶⁹).

En caso de que no fuera posible acordar nada al respecto entre los progenitores, hay que entrar a valorar las variables que determinarán el establecimiento de una pensión de alimentos con cargo a algún progenitor y en que cuantía.

El criterio legalmente establecido es el de la proporcionalidad. Así lo establecen los artículos 146 y 147 del Código Civil, al determinar que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y que los mismos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Jurisprudencialmente, estamos realmente también ante un juicio de proporcionalidad, pero en este caso no solo desde el punto de vista económico, sino también de los tiempos de estancia de los hijos con sus padres. “Esta sala ha de fijar los alimentos de acuerdo con el art. 146 del C. Civil (sentencia 586/2015, de 21 de octubre), con proporcionalidad a las necesidades del menor, a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno.” (STS -Sala 1ª- nº 575/2019 de 5 de noviembre de 2019⁷⁰). Este juicio de proporcionalidad, realizado en Primera Instancia, será respetado por ulteriores instancias salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad, tal y como ha venido manifestando el Tribunal Supremo en las STS -Sala 1ª- nº 83/2018, de 14 febrero; nº 30/2019 de 17 de enero y nº 573/2020, de 4 de noviembre⁷¹, entre otras. De ello se deduce, que el límite impuesto a los juzgadores es la arbitrariedad total o la falta de razonabilidad.

En primer lugar, en relación a las necesidades de los menores, no está determinado como proceder a valorar la proporcionalidad, por lo que dependerá del criterio del Juez. En este sentido, podemos acudir a la Jurisprudencia para comprobar cómo se ha venido haciendo: “«La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Así reza el artículo 146 del Código Civil . En definitiva, la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia se realiza teniendo en cuenta lo que señala el art. 146 CC que no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente la necesidad del alimentista puesta en relación con el

⁶⁹ ECLI:ES:TS:2018:3485

⁷⁰ ECLI:ES:TS:2019:3490

⁷¹ ECLI:ES:TS:2018:409, ECLI:ES:TS:2019:50 y ECLI:ES:TS:2020:3773 respectivamente

patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del tribunal sentenciador de instancia. Establece así el artículo 146 del Código Civil como criterio básico para determinar el quantum de la pensión alimenticia, el del principio de proporcionalidad entre las posibilidades o disponibilidades económicas del obligado y las necesidades del beneficiario. La aplicación de ese criterio de proporcionalidad no puede entenderse de modo matemático ya que el precepto no facilita ninguna fórmula o ecuación que permita un cálculo exacto de la pensión. La valoración de la necesidad del alimentista y de los medios o caudal del alimentante son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación de los Tribunales ...” (SAP Valladolid -Sección N°1- nº 35/2017 de 27 de enero de 2017⁷²).

En segundo lugar, hay que valorar la capacidad económica de los cónyuges. En relación esta capacidad, habrá distintas variantes a valorar, aunque destacando principalmente los salarios o los signos externos que manifiesten. Así lo ha venido interpretando nuestra Audiencia Provincial “La valoración de la necesidad del alimentista y de los medios o caudal del alimentante son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación de los Tribunales que pueden valorar, para el cálculo de estos últimos, los signos externos de riqueza o tren de vida (vid. STS de 12/02/1982) del obligado, además, por supuesto, de los ingresos y rentas de todo tipo acreditados en las actuaciones por la prueba practicada...” (SAP Valladolid -Sección N°1- nº 35/2017 de 27 de enero de 2017⁷³). “Finalmente, también conviene recordar un tercer postulado probatorio, básico en cuestiones de derecho matrimonial, según el cual, a falta de pruebas directas sobre los verdaderos ingresos de la unidad familiar, o cuando aquéllas no sean fiables, los signos externos indicadores del nivel socioeconómico en que se desenvuelve habitualmente la familia (tales como gastos de colegio o educación de los hijos, viajes y ocio, movimientos de tarjeta de crédito, marca y categoría de los vehículos que poseen, vestidos, joyas, etcétera) constituyen un elemento decisivo para deducir dicha realidad y ello porque el dinero, tanto cuando se ahorra como cuando se gasta, no puede ocultarse fácilmente, dejando una estela de datos e indicios que permiten reconocerlo e incluso, en términos aproximados, cuantificarlo, por lo que basta acreditar aquéllos para colegir el volumen y regularidad de las percepciones.” (SAP Murcia -Sección 1ª- nº 245/2003 de 28 de julio de 2003⁷⁴).

Sin embargo, no solo lo citado anteriormente se analizará sino que también habrá que valorar el patrimonio personal que pueda tener el progenitor. “...la obligación

⁷² ECLI:ES:APVA:2017:157

⁷³ ECLI:ES:APVA:2017:157

⁷⁴ JUR 2003\235370

alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2.º del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (sentencia 564/2014, de 14 de octubre).” (STS -Sala 1ª- nº 394/2017 de 22 de junio de 2017⁷⁵).

Por último, con respecto a los tiempos de estancia, esta referencia solo es aplicable en caso de que nos encontremos ante un sistema de guarda y custodia. Sin embargo, es clave para determinar la cuantía de la fijación el sistema de guarda y custodia que se establezca.

Si es importante a valorar los tiempos de estancia en un sistema de custodia compartida, lo es más el saber que uno de los progenitores no tiene atribuida la guarda y custodia. De esta forma, salvo circunstancias extraordinarias en las que el progenitor no custodio no disponga de medios económicos y que aún así normalmente se fijará un “mínimo vital”, se verá obligado a satisfacer la cuantía que se determine, también consecuencia de un juicio de proporcionalidad previo. Como se ha dicho previamente, esto no supone que el progenitor custodio no soporte ningún tipo de coste económico generado por los menores, sino que se ha de compensar “los cuidados y desvelos que aunque no se pueden cuantificar económicamente, se consideran como una suerte de alimentos en el seno de la convivencia familiar a través de la permanente dedicación al hijo...”(SAP Zamora nº 297/2004 de 19 de octubre de 2004⁷⁶).

A pesar de la sensación existente en parte de la población de que en el sistema de guarda y custodia cada progenitor se hace cargo de los gastos ocasionados por sus hijos en el periodo que esté en su compañía, sin que sea necesario el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de alguno de los progenitores, este pensamiento no se corresponde con la realidad. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la posibilidad de que efectivamente

⁷⁵ ECLI:ES:TS:2017:2514

⁷⁶ JUR 2004\313849

se fije una pensión, siempre que atendiendo al criterio de la proporcionalidad, se vea una desproporción entre la capacidad económica de los progenitores.

Así pues, el Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas sentencias que "... la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 CC) ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da ...” (STS -Sala 1ª- nº 55/2016 de 11 de febrero de 2016⁷⁷). Del mismo modo se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid “En segundo término, no puede aceptarse la interesada, subjetiva y parcial tesis del recurso de apelación que nos ocupa, porque existe cierta desproporción entre los ingresos de ambos progenitores dada no solo su cuantía, sino también el carácter y condición de dichos ingresos” (SAP Valladolid -Sección Nº1- nº 216/2019 de 24 de mayo de 2019⁷⁸).

La pensión en estos casos surge con el objetivo de que los hijos no noten diferencias con respecto al nivel de vida que venían manteniendo en la situación previa a la crisis matrimonial. Es decir, para garantizar un nivel de vida similar en ambos hogares en los que van a convivir, sin que en ningún caso esto suponga que se ha de aplicar una regla aritmética que ambos cónyuges cuenten con las mismas cantidades.

Por último, en relación a la cuantía y su determinación, hay que mencionar que el Consejo General del Poder Judicial con el apoyo del Instituto Nacional de Estadística, ha elaborado unas tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia. Estas, como el propio nombre indica, son orientativas, y nunca vinculantes para los Jueces y Magistrados, y están disponibles para todos en la página web del Poder Judicial⁷⁹.

5.3.3 Delimitación temporal

Otro aspecto a tener en cuenta en relación a la pensión de alimentos es su extensión.

Inicio: La regla general la determina el artículo 148 del Código Civil, así como la propia Jurisprudencia. Tanto la Ley como los Tribunales coinciden el devengo que es desde el momento de interposición de la demanda. El artículo 148 se expresa en los siguientes términos: “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha

⁷⁷ ECLI:ES:TS:2016:359

⁷⁸ ECLI:ES:APVA:2019:759

⁷⁹ <https://www6.poderjudicial.es/PensionAlimenticiaWeb/frmGeneral.aspx>

en que se interponga la demanda”. El Tribunal Supremo, en base a la doctrina fijada en la STS (Sala 1ª) n° 162/2014 de 26 de marzo de 2014⁸⁰, lo expone en su STS (Sala 1ª) n° 483/2017 de 20 de julio de 2017⁸¹, entre otras, al sentenciar lo siguiente: “...razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.”. Lo mismo sucede cuando es la Audiencia la que fija los alimentos por primera vez, también se deberán los alimentos desde la interposición de la demanda, pues la STS (Sala 1ª) n° 644/2020 de 30 de noviembre de 2020⁸², entre otras, determinan que “Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas.”.

Por tanto, vemos que la retroactividad se produce cuando se establece en primer lugar la pensión de alimentos, no así cuando se modifica o se extingue.

Sin embargo, esta regla general admite una excepción, y así lo ha reflejado el Tribunal Supremo en su STS (Sala 1ª) n° 183/2018 de 4 de abril de 2018⁸³, “cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces”.

Extinción: En segundo lugar hay que conocer hasta cuando es obligado el pago de la misma, lo cual genera una gran casuística ya la ley no establece ningún límite de edad. El artículo 152 del Código Civil establece las causas generales de extinción de los alimentos, haciendo referencia a la muerte del alimentista; cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias

⁸⁰ ECLI:ES:TS:2014:1111

⁸¹ ECLI:ES:TS:2017:3021

⁸² ECLI:ES:TS:2020:4033

⁸³ ECLI:ES:TS:2018:1165

necesidades y las de su familia; Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación; Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Pues bien, tal y como se desprende de lo anterior esta puede extenderse más allá de la mayoría de edad de los hijos. Así lo expresa tanto la legislación como la Jurisprudencia.

Además, del artículo anteriormente citado, el artículo 93 del Código Civil, en su segundo párrafo, lo confirma, pues nos dice que si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código. Los requisitos los encontramos claramente descritos en este artículo: carencia de ingresos propios (no una falta total de ellos sino que sean insuficientes) y convivencia en el domicilio familiar.

Jurisprudencialmente, se le ha dado diferente valor en función de que estemos ante hijos menores o mayores de edad. Así se puede desprender de la STS -Sala 1ª- nº 569/2018 de 15 de octubre de 2018 (entre otras) citada previamente, en la cual se considera la obligación respecto de los menores como deber insoslayable. Lo reconoce la SAP de Madrid (Sección Nª8) de 28 de junio de 2019⁸⁴: Y así, en cuanto a la pensión de alimentos, la jurisprudencia establece el diferente régimen jurídico que corresponde a los hijos según sean éstos menores o mayores de edad. En este sentido en STS (Sala 1ª) nº 55/2015 de 12 de febrero de 2015⁸⁵ se decía que se ha de predicar un tratamiento diferente "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención". Dicha doctrina es ratificada en la STS (Sala 1ª) nº275/2016, de 25 de abril de 2016⁸⁶. Efectuando tal distinción, se expresa, entre otras, la STS (Sala 1ª) nº 661/2015, de 2 de diciembre de 2015⁸⁷, cuando sostiene que: "En el primer caso -menores- los alimentos se prestan conforme "a las circunstancias económicas y necesidades económicas de los hijos en cada momento". En el

⁸⁴ ECLI:ES:APM:2019:7023

⁸⁵ ECLI:ES:TS:2015:439

⁸⁶ ECLI:ES:TS:2016:1796

⁸⁷ ECLI:ES:TS:2015:4925

segundo -mayores - los alimentos son proporcionales "al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" artículo 146 CC y se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 CC".

Las causas más comunes que extinguen este tipo de alimentos son la independencia económica alcanzada por el hijo mayor de edad "Que ambos hijos, según consta como hecho probado, adquirieron independencia económica, e incluso residencia independiente, en las fechas que fijan ambas sentencias de la instancia, que no entran a valorar posibles avatares posteriores, salvo para calificarlos de voluntarios. De ahí, que se declara la extinción de las pensiones, ..." (STS -Sala 1ª- nº 223/2019 de 10 de abril de 2019⁸⁸). Sin embargo, hay numerosos ejemplos de otras causas, como cuando el hijo mayor de edad demuestre poco o ningún interés por estudiar o trabajar (artículo 152.5 CC) "... declarando la extinción de la pensión alimenticia, incluida la contribución al alquiler, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (Emilio), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas. Esta sala, debe declarar que la no culminación de estudios por parte de Emilio es por causa imputable a su propia actitud, dado el escaso aprovechamiento manifestado de forma continuada, pues no se trata de una crisis académica coyuntural derivada del divorcio de los padres. De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral." (STS -Sala 1ª- nº 395/2017 de 22 de junio de 2017⁸⁹), así como cuando no exista relación entre el hijo y el padre o madre alimentista. Sirvan de ejemplo las siguientes sentencias: "Sobre la falta de relación del hijo con el padre a que se refiere la sentencia es de citar el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo sentado en la sentencia de 19 de febrero de 2019 según el cual para que esa falta de relación pueda concretarse en una causa de extinción es necesario que dicha falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo, y de tal circunstancia no existe en autos una prueba concluyente. La interpretación, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, por lo que a falta de una prueba de tal carácter no puede apreciarse que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia."(SAP Valladolid - Sección Nº1- nº376/2019 de 11 de noviembre de 2019⁹⁰), "... pudiendo añadirse, por otra

⁸⁸ ECLI:ES:TS:2019:1252

⁸⁹ ECLI:ES:TS:2017:2511

⁹⁰ ECLI:ES:APVA:2019:1453

parte, que la mencionada hija no tiene relación alguna con su padre, no habiéndose interesado ni preguntado por el estado de salud de su padre vía telefónica ni visitándole en el hospital, cuando ha sido avisada de las intervenciones quirúrgicas y de la última enfermedad de su padre, y asimismo la hija le ha bloqueado el teléfono a su padre, todo lo cual quedó acreditado. En consecuencia, procede confirmar la declaración de extinción de la pensión de alimentos en cuestión ...” (SAP Valladolid -Sección N°1- n°163/2020 de 12 de mayo de 2020⁹¹).

5.3.4 Breve mención a los Gastos Extraordinarios

Además de la pensión de alimentos, en los procesos matrimoniales de divorcio o de guarda y custodia en el caso de que los progenitores no hayan contraído matrimonio se hace referencia al concepto de gastos extraordinarios, y se fija un reparto entre los cónyuges.

Podemos definirlos en base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los ha definido en su STS (Sala 1ª) n°579/2014 de 15 de octubre de 2014⁹² como aquellos que “Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos.”. A modo de ejemplo enuncia varios gastos que podrían englobarse dentro del concepto de extraordinarios: “cambio de unas gafas; clases de tenis”.

La Audiencia Provincial de Valladolid los ha conceptualizado de forma clara, “entendiéndose por tales los gastos médicos sanitarios no cubiertos por las Seguridad Social o seguro privado de los padres y los educacionales como las clases particulares de asignaturas troncales que vengán recomendadas por el centro escolar” (SAP de Valladolid -Sección N°1- n°307/2017 de 1 de septiembre de 2017, entre otras).

Todos aquellos gastos que no estén incluidos en los alimentos de la pensión, ni tampoco por la Sentencia de Divorcio o de Modificación de Medidas, requerirán el consentimiento de ambos cónyuges (salvo excepciones que requieran de urgencia), y en caso de que no lo haya, acudir al procedimiento que determina el artículo 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, y como sucede en gran parte de las cuestiones que se regulan en un procedimiento de Divorcio, este problema puede resolverse si se llega a un acuerdo que se plasme en el Convenio Regulador (y por tanto, en la Sentencia), y que podrá ampliar el número de partidas que se consideren como gastos extraordinarios y por tanto, no requerirán la declaración de gasto extraordinario por parte del Juez.

⁹¹ ECLI:ES:APVA:2020:605

⁹² ECLI:ES:TS:2014:4438

El reparto de estos gastos, generalmente se hará por mitad, sin embargo, al igual que sucede con la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida, el Juez podrá variar la proporción en la cual los progenitores tengan que hacer frente a dichos gastos en función de su capacidad económica, esto es, volviendo a realizar un juicio de proporcionalidad. Así por ejemplo, la SAP de Granada (Sección N°5) n° 363/2019 de 19 de julio de 2019⁹³ hizo una distribución desigual: “debe decirse que, si bien usualmente se viene señalando la mitad para cada cónyuge, cuando los medios de uno y otro son absolutamente desproporcionados, la Sala acuerda otra proporción dado que de fijar el 50% se abocaría a la ruina al cónyuge con menores ingresos”.

5.4 PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria es un concepto ampliamente debatido, recogido en el artículo 97 del Código Civil. El propio artículo define bastante bien en qué consiste, al indicar que tendrá derecho a recibirla “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo en las SSTS (Sala 1ª) n° 100/2020 de 12 de febrero y n° 418/2020 de 13 de julio de 2020⁹⁴, la ha definido como: “La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital”. En similar sentido la STS (Sala 1ª) n° 120/2018 de 7 de marzo de 2018⁹⁵.

Como sucedía en el resto de cuestiones analizadas, la pensión compensatoria puede ser fijada vía acuerdo entre los cónyuges que se plasme en un Convenio Regulador, o de forma contenciosa, fijándose por el juzgador. También en el citado artículo del Código Civil, el legislador indica los criterios a determinar en caso de que no hubiese acuerdo entre las

⁹³ ECLI:ES:APGR:2019:1829

⁹⁴ ECLI:ES:TS:2020:445 y ECLI:ES:TS:2020:2679 respectivamente

⁹⁵ ECLI:ES:TS:2018:675

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

A la hora de fijarla, se deberá concretar (ya sea por las partes, o por el Juez), “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” (Artículo 97 *in fine* CC).

La regulación de la misma, se sigue desarrollando en los artículos 99 y siguientes del Código Civil. En los mismos, se hace referencia a la posibilidad de que sólo podrá ser modificada por cambios en los medios económicos de los cónyuges, así como que se pueda sustituir la pensión por una renta vitalicia, el usufructo de bienes o la entrega de una única cantidad. Por último, el artículo 101 establece las causas de extinción: “se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Una vez expuesto lo anterior, considero necesario centrarme en los puntos de principal discordia que se han producido a lo largo de la evolución jurisprudencial y la respuesta que ha dado el Tribunal Supremo.

En primer lugar, y como resulta obvio de la propia definición, es saber qué se entiende por desequilibrio. La STS (Sala 1^a) n.º 749/2012 de 4 de diciembre de 2012⁹⁶ nos dice que “...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura”. La STS (Sala 1^a)

⁹⁶ ECLI:ES:TS:2012:8531

nº434/2011 de 22 de junio de 2011⁹⁷ mantuvo una definición similar de desequilibrio, aclarando que “...de esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge” pues “no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la que la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”.

En segundo lugar, aunque con menor intensidad, cuándo se ha de producir dicho desequilibrio. La STS (Sala 1ª) nº106/2014 de 18 de marzo de 2014⁹⁸ lo resuelve, puesto que “...declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio”. Así se ha venido repitiendo, como así sucede en la STS (Sala 1ª) nº120/2018 de 7 de marzo de 2018⁹⁹: “El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura”.

Por último, diferenciar en que ocasiones la pensión compensatoria ha de ser de carácter indefinido o temporal. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, “el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso” (SSTS -Sala 1ª- nº 304/2016 de 11 de mayo de 2016 y nº 245/202 de 3 de junio de 2020¹⁰⁰, entre otras). Además, en las

⁹⁷ ECLI:ES:TS:2011:5570

⁹⁸ ECLI:ES:TS:2014:1227

⁹⁹ ECLI:ES:TS:2018:675

¹⁰⁰ ECLI:ES:TS:2016:2041 y ECLI:ES:TS:2020:1682 respectivamente

citadas sentencias, se establece como necesario para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria atender a los factores a los que se refiere el art. 97 del CC. En todo caso se habrá de valorarse la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, fijándose un plazo que, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio. En caso de duda sobre la superación o no del desequilibrio, la STS (Sala 1ª) nº 538/2017 de 2 de octubre de 2017¹⁰¹ ordenó que "la fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido...".

5.5 POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN EN MOMENTO POSTERIOR

Considero oportuno analizar, brevemente, la posibilidad de modificar lo que se haya establecido en el proceso de divorcio. Para ello, habrá de iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas, en el que se volverá a valorar todo lo anteriormente analizado para cambiar (o no) y en qué sentido lo ya fijado. La referencia normativa a este proceso lo encontramos inicialmente en el artículo 91 del Código Civil, después de mencionar todas las cuestiones que deberán ventilarse en el procedimiento de divorcio lo siguiente: "Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil lo desarrolla en el artículo 775, al expresa que "...en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

De lo reflejado por el Legislador, ya se puede extraer el presupuesto básico para que se pueda entablar un procedimiento de Modificación de Medidas, que no es otro que, la existencia de una alteración o un cambio sustancial de las circunstancias.

La Jurisprudencia ha matizado esto último, considerando que el cambio no ha de ser sustancial, pero sí cierto. Así lo han recogido, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) nº 251/2016 de

¹⁰¹ ECLI:ES:TS:2017:3379

13 de abril de 2016 o nº 654/2018 de 20 de noviembre de 2018¹⁰², “...recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto”.

Los requisitos para que ese cambio cierto o sustancial, permitan que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente serían los siguientes: posterior, con carácter de permanencia y no voluntaria. Así lo recogió la SAP de Madrid nº 751/2015 de 31 de julio de 2015¹⁰³, recogiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y aplicada de forma general por el resto de Audiencias Provinciales : “La STS de 27 de junio de 2011 , recoge la ya pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, requiriendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.
- b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas.

Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

- c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.
- d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas”.

¹⁰² ECLI:ES:TS:2016:1638 y ECLI:ES:TS:2018:4044 respectivamente

¹⁰³ ECLI:ES:APM:2015:11447

CONCLUSIONES Y DICTAMEN

A lo largo de las páginas precedentes se ha hecho un análisis fundamentado en la normativa y jurisprudencia, para poder dar respuesta a las preguntas planteadas por Doña Dagmar, en relación con la situación que puede derivarse como consecuencia de la crisis matrimonial con su marido Christoph. Una vez hecho ese análisis, resulta oportuno pasar a responder las cuestiones que inquietan a Doña Dagmar, de la forma siguiente:

En primer lugar, para dar respuesta a Doña Dagmar, es necesario partir de hacerla conocer qué tribunales son los competentes y qué ley es la que aplicarán, pasando posteriormente a orientarle sobre cuál podría ser el contenido de la Sentencia que ponga fin a su matrimonio, y que regulará las relaciones con su marido y su hijo.

Pues bien, conforme al Reglamento Bruselas II-bis (aplicable actualmente) y Reglamento Bruselas II-ter (aplicable a partir del 1 de agosto de 2022), serán competentes para conocer el litigio relativo al divorcio los tribunales españoles, por tener ambos esposos fijada su residencia habitual en España. Lo mismo sucede con respecto a la competencia en materia de responsabilidad parental, aunque en este caso, por ser España donde se encuentra y tiene la residencia habitual la hija en común de los cónyuges, además de que el litigio estaría vinculado al matrimonio, y el propio reglamento lo recoge (salvo excepción, que no ocurre en este caso).

Sin embargo, para identificar a los tribunales competentes para conocer de las pensiones por alimentos y compensatoria, habría que recurrir a otro texto internacional distinto al ya mencionado. Concretamente, al Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008. Este reglamento, permite que sea elegido por las partes (incluso tácitamente si el demandado comparece ante el tribunal en el que ha sido demandado). Con respecto a la pensión compensatoria, la elección se reduce a los tribunales españoles, puesto que podrán elegir entre el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio matrimonial o el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año. A su vez, las reglas generales (que remiten al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual) establecidas en defecto de acuerdo, nos llevan también a los tribunales españoles. Con respecto a la pensión de alimentos de la menor, la regulación aplicable también nos conduce a la competencia de los tribunales españoles, puesto que se limita la elección por acuerdo en caso de menores de 18 años, y las reglas generales (ya

mencionadas para la pensión compensatoria, puesto que son también aplicables a las de los menores) sitúan igualmente como competentes a los tribunales españoles.

Una vez conocidos los órganos jurisdiccionales de qué país son los competentes, es necesario precisar también dentro de los tribunales españoles cuales serán a su vez los competentes. Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 769), lo será el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (en caso de ser vía acuerdo entre las partes: último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes, en caso de contencioso: del lugar del domicilio conyugal).

Lo siguiente es comprobar qué ley es la aplicable para resolver la cuestión de fondo. Con respecto al divorcio, se determina por medio del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, el cual permite a las partes elegir la Ley aplicable entre varias posibilidades (artículo 6), que se reducen dadas las circunstancias a la ley española o la alemana. En caso de que no llegasen ambos a un acuerdo, la ley aplicable será la ley española por ser la ley donde tienen los cónyuges la residencia habitual (artículo 8). En relación a la responsabilidad parental, hay que recurrir al Convenio de La Haya de 1996, que también determina la ley española como la ley aplicable al determinar a la ley de la residencia habitual. Por último, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias con la menor y la pensión compensatoria, el Reglamento 4/2009 remite a el Protocolo de La Haya de 2007. Con respecto a la última, las partes pueden elegir la Ley aplicable (artículos 7 y 8 del Protocolo), pudiendo elegir, dadas las circunstancias aparte de la española, la alemana. A falta de tal elección, es aplicable la Ley del país donde el acreedor de la pensión tiene su residencia habitual (artículo 3 y 5), es decir, la española. En relación con las obligaciones alimenticias de la menor, no se permite la autonomía de la voluntad con menores de 18 años, por lo que hay que recurrir a la regla general del artículo 3 y las especiales del artículo 4 y siguientes, que establece que la ley aplicable es la española (residencia habitual del acreedor, ley del foro) o la alemana (nacionalidad común del acreedor y deudor) en caso de no haber obtenido alimentos por la ley española.

Una vez determinado cuál o cuáles pueden ser los tribunales competentes y la ley aplicable al litigio, procede informar a Doña Dagmar que lo más probable es que se resuelva por los tribunales españoles aplicando la ley española, por lo que sobre esta base doy la siguiente respuesta a las restantes cuestiones.

Antes de entrar a analizar pormenorizadamente qué respuesta jurisdiccional puede obtenerse, habría que exponer que como se ha indicado a lo largo del análisis, Doña Dagmar

y Christoph pueden regular todas las cuestiones que les preocupen (guarda y custodia de la hija común, establecimiento y cuantía de una pensión de alimentos, de una pensión compensatoria, atribución de la vivienda familiar...) por medio de la mediación o por negociación entre los abogados de ambos esposos dando lugar a un convenio regulador que sea aprobado por el juez y así satisfacer sus intereses. Para que esto sea posible se requiere capacidad de diálogo entre los mismos. Estos acuerdos pueden abarcar todos los puntos mencionados previamente o solo algunos de ellos y que sea el juez quien resuelva los restantes. Es decir, pueden llegar p.ej. a un acuerdo sobre la guarda y custodia, pero no sobre la cuantía o el establecimiento de una pensión de alimentos y de una compensatoria, o al contrario, acordar una pensión compensatoria, pero no acordar nada respecto a la guarda y custodia y la pensión de alimentos a favor de la hija en común. En relación a este extremo, es preciso recordar lo que se ha venido reiterando, estos acuerdos serán aprobados por el juez siempre que no sean dañosos para su hija o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En el caso de que no fuera posible llegar a un acuerdo entre ambos y hubiera que recurrir a la vía contenciosa, en primer lugar, hay que analizar si D^a. Dagmar podrá obtener la custodia de sus hijos. Como se ha expuesto, la normativa y jurisprudencia parte de dos sistemas de guarda y custodia, estos son, el sistema de custodia exclusiva y el de compartida. Tal y como el Tribunal Supremo viene expresándose durante los últimos años considera que el sistema de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015), puesto que con el mismo, también según las palabras del Tribunal Supremo, se fomenta la integración de los menores con ambos padres, se evita la pérdida del lazo afectivo con uno de los padres, así como se trata de mantener el modelo de convivencia que existía de forma previa a la ruptura (SSTS de 10 de enero de 2012, de 17 de noviembre de 2015 y de 29 de marzo de 2021).

A pesar de que este sistema es el deseable, encontramos en la propia normativa (artículo 92 CC), obstáculos a la misma, cuando se den determinadas circunstancias. El ejemplo claro es el de situaciones de violencia de género, en el que se impide el establecimiento de una custodia compartida, que la reciente reforma de la Ley Orgánica 8/2021 y Ley 8/2021, ha mantenido y potenciado. Sin embargo, no parece que en este caso pudiera detectarse este obstáculo pues de los hechos descritos por D^a. Dagmar no parece existir indicio alguno de violencia.

Además de este obstáculo introducido por el legislador, el análisis jurisprudencial realizado muestra también una serie de requisitos, y que son los que se vienen aplicando. En primer lugar, el sistema de custodia compartida solo se podrá fijar cuando sea solicitado por alguno de los cónyuges, por lo que de oficio no podrá imponerlo el juez si Christoph no lo solicita, puesto que parece que D^a. Dagmar pretende un sistema de custodia exclusiva. Habiendo dejado claro este presupuesto básico, nos encontramos con los requisitos establecidos en la STS de 29 de abril de 2013 (y reiterados en diversas STS posteriormente), que son la base en el día a día de los tribunales para fundamentar el establecimiento o no de una custodia compartida. Son los siguientes: el interés superior de la menor que será el elemento sobre el que gire el resto de parámetros, pues el régimen que se fije debe decidirse siempre valorando el interés superior de la menor; relaciones previas de los padres con el menor; aptitudes de los padres y cumplimiento de sus deberes; los deseos manifestados por la menor, que en este caso dada su corta edad no suele valorarse, ya que no tendrá la madurez suficiente, aunque el Juez deberá justificar el motivo por el que no se oirá a la menor; respeto entre los progenitores, a este respecto solo se hace referencia a una relación rota, pero nada más, por lo que no parece que exista una mala relación que afecte negativamente a la menor para que pueda fijarse un sistema de custodia exclusiva; número de hijos; resultado de los informes que la Ley exige. Además, se toman en consideración circunstancias como la edad de los menores, circunstancias laborales de los padres así como la ubicación de la vivienda de los padres.

De la información trasladada por Doña Dagmar, únicamente la relativa a la edad de la menor y a las circunstancias laborales de los progenitores constituyen alguno de los parámetros a tomar en consideración por los tribunales. Con respecto a la edad de la menor, a pesar de que la menor aún es pequeña, el criterio que pudiera impedir una custodia compartida suele hacer referencia a que el hijo sea aún lactante, lo cual no parece ser el caso, y hay que tener presente la existencia de sentencias como la citada a lo largo del presente dictamen, en el que con un menor de 3 años se fijó una custodia compartida. Por su parte, la situación laboral sí puede ser significativa en este caso, pues como Dagmar ha explicado, pasa mucho tiempo fuera del domicilio, a diferencia de su marido cuyo trabajo le permite dedicar mucho tiempo a su hija. Habría que valorar concienzudamente hasta qué punto sus horarios son incompatibles con el ejercicio de la guarda y custodia, así como la existencia de apoyos familiares en los momentos que no pudiese permanecer junto a su hija. Sin duda alguna, este aspecto puede ser el determinante, pues si es cierto que pasa periodos de tiempo fuera de su domicilio podría dificultar significativamente el ejercicio de una guarda y custodia

exclusiva como ella desea, aunque los periodos fuera del domicilio deberán ser significativos hasta el punto que afecte negativamente al interés de la menor para que esto pueda llegar a impedir la custodia compartida (en el caso de que se solicitase alguna parte). No obstante, si pudieran preverse esos periodos, los tiempos de estancia de la menor con su madre podrían hacerse coincidir con los momentos en los que Doña Dagmar trabaje en Valladolid.

Por tanto, para dar una respuesta concreta acerca de si puede o no obtener la guarda y custodia exclusiva de su hija mi respuesta y consejo sería el siguiente: a pesar de que su deseo es la obtención de la custodia exclusiva de su hija, dadas las circunstancias laborales, será muy difícil de conseguir puesto que a día de hoy no puede garantizar estabilidad y permanencia junto a la menor. Por lo que, para no tener que cambiar drásticamente sus horarios y condiciones laborales, aconsejaría a Doña Dagmar, que de forma previa hablase con su empresa para poder prever con cierta seguridad los periodos en los que ella se encontrará en Valladolid y así poder conseguir la custodia compartida de la menor, en primer lugar, de mutuo acuerdo, y en el caso de que Christoph deseara la custodia exclusiva, de forma contenciosa. En el caso de que las conversaciones con su empresa no fueran fructíferas y no se pudiese garantizar, al menos con una cierta seguridad, en qué periodos va a estar en la ciudad, aconsejaría a Doña Dagmar tratar de llegar a un acuerdo con Christoph en el que se fijaría la atribución de la custodia exclusiva a él, pero fijándose un régimen amplio de visitas a Doña Dagmar.

Analizada la cuestión relativa a la guarda y custodia, se procede a dar respuesta al tema económico, es decir, a la posibilidad de fijación de una pensión de alimentos y compensatoria.

En primer lugar, la fijación de una pensión de alimentos variará significativamente en función del régimen de guarda y custodia que se establezca. En el caso de que ella consiguiese, tal y como parece ser su deseo, obtener la custodia exclusiva sobre su hija, el progenitor no custodio (Christoph) estaría obligado a pagar a Dagmar a favor de su hija una cuantía de pensión de alimentos, que dado el criterio de proporcionalidad (valorando la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentista) que viene exigiendo tanto el legislador como los tribunales, no será de una cuantía elevada, a la vista de los ingresos de ambos progenitores (al contrario sucedería si Christoph solicitase la custodia exclusiva de su hija y se le atribuyese por el juez, pues fijaría una cuantía notablemente superior). En caso de que se estableciese un sistema de custodia compartida, tal y como considero que es probable que suceda, el Tribunal Supremo sostiene que la custodia compartida no exime del pago de

alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (artículo 146 CC) (STS de 11 de febrero de 2016, entre otras). En consecuencia, atendiendo al principio de proporcionalidad antedicho, considero que es probable la fijación de una pensión de alimentos a cargo de D^a. Dagmar, puesto que sus ingresos triplican los de D. Christoph y por tanto hay una desproporción notable. La cuantía, por supuesto, no será la media de los ingresos de ambos, ya que el fin de esta pensión no es igualar los ingresos, y variará en función de lo que los abogados pudiéramos negociar y que seguramente sería más beneficioso o lo que fijase el juez.

El abono de esta pensión, en el caso de que efectivamente se fijase (en el sentido que sea) corresponderá desde la fecha de la interposición de la demanda, hasta que la menor alcance la independencia económica (salvo que haya motivos para que se extinga, tales como la falta de aprovechamiento en los estudios, falta de relación con el progenitor acreedor imputable a la menor...).

Por último, la última cuestión planteada es si D^a. Dagmar debe pagar una pensión a su marido, haciendo referencia indudablemente, a la pensión compensatoria recogida en el artículo 97 del Código Civil. Pues bien, el presupuesto básico del que se parte para que efectivamente haya una obligación al respecto es que haya un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura (STS de 4 de diciembre de 2012). Este presupuesto parece evidente que sí sucede, puesto que hay una diferencia notable entre los ingresos de uno y otro esposo. No obstante, hay que analizar más aspectos. Hay situaciones evidentes, como los matrimonios en los que uno solo de los esposos ha desempeñado actividad laboral mientras el otro se ha dedicado al cuidado de los hijos y de la casa, renunciando a su carrera profesional. Sin embargo, no solo en esos casos procede el establecimiento de una pensión compensatoria, ya que aunque uno de los cónyuges también haya trabajado y tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo, puede ser beneficiario de esta pensión. Por tanto, vemos como a la luz de los anteriores presupuestos, Christoph podría obtener una pensión compensatoria. Ahora bien, hay que seguir analizando más aspectos, siendo fundamental, que ese desequilibrio se haya producido a causa del matrimonio, lo cual en este caso, de los hechos expuestos no parece ser así y esta constatación impediría la fijación de una pensión compensatoria. Doña Dagmar no dice nada acerca de la situación económica previa al matrimonio que tenían ambos cónyuges. Si la situación en cuanto a condiciones laborales e ingresos, era similar a la actual, el matrimonio no es la causa generadora de la desproporción de los ingresos, ni de una posible pérdida de

oportunidades laborales por parte de Christoph por haberse dedicado al cuidado de la familia o de la casa, situación que en caso de sí producirse, originaría el derecho a una pensión compensatoria pagadera por D^a. Dagmar. En el caso de que se fijase, por los motivos que acabo de mencionar, atendiendo a la normativa y jurisprudencia, la pensión tendría carácter temporal, puesto que él está incorporado al mercado laboral, que su edad le permite una larga trayectoria y que el matrimonio no ha sido muy duradero.

Finalmente, y aunque excede del encargo recibido, conviene poner de manifiesto a Doña Dagmar que, tanto si se ha alcanzado una solución mediante acuerdo como si se ha impuesto judicialmente, todas las medidas que se adoptasen son susceptibles de modificación iniciando un procedimiento de modificación de medidas (que podría ser fruto también de la negociación y acuerdo entre las partes) cuando se alteren sustancialmente (o al menos haya un cambio cierto) las circunstancias en las que se produjo el divorcio. P. ej. cambio de domicilio de alguno de los cónyuges motivado por circunstancias laborales, despido del trabajo (no imputable al cónyuge despedido), o que la menor transcurridos unos años tenga el firme deseo de estar con alguno de los progenitores, entre otros posibles sucesos.

JURISPRUDENCIA

-RESOLUCIONES DICTADAS POR TRIBUNALES EUROPEOS

STJUE Sala Tercera de 6 de marzo de 1980, As. 120/79. ECLI:EU:C:1980:70
STJUE Sala Quinta de 27 de febrero de 1997, As. C-220/1995. ECLI:EU:C:1997:91
STJUE Sala Tercera de 29 de noviembre de 2007, As. C-68/07. ECLI:EU:C:2007:740
STJUE Sala Primera de 15 febrero 2017, As. C-499/15. ECLI:EU:C:2017:118
STJUE Sala Primera de 20 de diciembre de 2017, As. C-372/16. ECLI:EU:C:2017:988
STJUE Sala Sexta de 19 abril 2018, As. C-565/16. ECLI:EU:C:2018:265.

Auto TJUE Sala Octava de 16 de enero de 2018, As. C-604/17. ECLI:EU:C:2019:816

-SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC -Sala Segunda- nº141/2000, de 29 de mayo, ECLI:ES:TC:2000:141
STC -Sala Primera- nº17/2006, de 30 de enero, ECLI:ES:TC:2006:17
STC -Pleno- nº64/2019 de 9 de mayo, ECLI:ES:TC:2019:64

-SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

STS Sala 1ª de 19 de octubre de 1983, RJ 1983\5333
STS -Sala 1ª- nº94/2010 de 11 de marzo 2010, ECLI:ES:TS:2010:963
STS -Sala 1ª- nº434/2011 de 22 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5570
STS -Sala 1ª- nº 961/2011 de 10 de enero de 2012 ECLI:ES:TS:2012:628
STS -Sala 1ª- nº 749/2012 de 4 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:8531
STS -Sala 1ª- nº 257/2013 de 29 de abril de 2013 ECLI:ES:TS:2013:2246
STS -Sala 1ª- nº 370/2013 de 7 de junio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2926
STS -Sala 1ª- nº 495/2013 de 19 de julio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:4082
STS -Sala 1ª- nº758/2013 de 25 de noviembre 2013, ECLI:ES:TS:2013:5710
STS -Sala 1ª- nº106/2014 de 18 de marzo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1227
STS -Sala 1ª- nº 162/2014 de 26 de marzo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1111
STS -Sala 1ª- nº315/2014 de 6 de junio de 2014, ECLI:ES:TS:2014:2131
STS -Sala 1ª- nº 579/2014 de 15 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4438
STS -Sala 1ª- nº 566/2014 de 16 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4240
STS -Sala 1ª- nº 55/2015 de 12 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:439
STS Sala 1ª nº 52/2015 de 16 de febrero de 2015 ECLI:ES:TS:2015:258
STS -Sala 1ª- nº 449/2015 de 15 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3207

STS -Sala 1ª- nº 465/2015 de 9 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3707
STS -Sala 1ª- nº 530/2015 de 25 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3890
STS -Sala 1ª- nº658/2015 de 17 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5218
STS -Sala 1ª- nº 661/2015, de 2 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4925
STS - Sala 1ª- nº 753/2015 de 30 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5804
STS -Sala 1ª- nº9/2016 de 28 de enero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:149
STS -Sala 1ª- nº 36/2016 de 4 de febrero de 2016 ECLI:ES:TS:2016:188
STS -Sala 1ª- nº 55/2016 de 11 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:359
STS -Sala 1ª- nº115/2016 de 1 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:797
STS -Sala 1ª- nº133/2016 de 4 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:973
STS -Sala 1ª- nº 143/2016 de 9 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1159
STS -Sala 1ª- nº242/2016 de 12 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1636
STS -Sala 1ª- nº 251/2016 de 13 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1638
STS -Sala 1ª- nº265/2016 de 20 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1655
STS -Sala 1ª- nº 275/2016, de 25 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1796
STS -Sala 1ª- nº 304/2016 de 11 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2041
STS -Sala 1ª- nº 355/2016 de 30 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2568
STS -Sala 1ª- nº 638/2016 de 26 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4634
STS -Sala 1ª- nº751/2016 de 22 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5537
STS -Sala 1ª- nº 110/2017 de 17 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:474
STS -Sala 1ª- nº161/2017 de 8 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:161
STS -Sala 1ª- nº 370/2017 de 9 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2347
STS -Sala1ª- nº 389/2017 de 20 de junio de 2017 ECLI:ES:TS:2017:2510
STS -Sala 1ª- nº 394/2017 de 22 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2514
STS -Sala 1ª- nº 395/2017 de 22 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2511
STS -Sala 1ª- nº 483/2017 de 20 de julio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3021
STS -Sala 1ª- nº538/2017 de 2 de octubre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3379
STS -Sala 1ª- nº 566/2017 de 19 de octubre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3724
STS Sala 1ª nº 624/2017 de 21 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4113
STS -Sala 1ª- nº4/2018 de 10 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:21
STS -Sala 1ª- nº 83/2018, de 14 febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:409
STS -Sala 1ª- nº120/2018 de 7 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:675
STS -Sala 1ª- nº 183/2018 de 4 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1165
STS -Sala 1ª- nº206/2018 de 11 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1351

STS -Sala 1ª- nº 569/2018 de 15 de octubre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3485
STS -Sala 1ª- nº 630/2018 de 13 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3743
STS -Sala 1ª- nº 654/2018 de 20 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4044
STS -Sala 1ª- nº 30/2019 de 17 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:50
STS -Sala 1ª- nº 223/2019 de 10 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1252
STS -Sala 1ª- nº 575/2019 de 5 de noviembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3490
STS -Sala 1ª- nº 100/2020 de 12 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:445
STS -Sala 1ª- nº245/2020 de 3 de junio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1682
STS -Sala 1ª- nº 418/2020 de 13 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2679
STS -Sala 1ª- nº 573/2020, de 4 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3773
STS -Sala 1ª- nº 644/2020 de 30 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:4033
STS -Sala 1ª- nº 175/2021 de 29 de marzo de 2021 ECLI:ES:TS:2021:1226
STS -Sala 1ª- nº577/2021 de 27 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3299.

-SENTENCIAS DICTADAS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS CC.AA

STSJCat -Sala 1ª- nº1/2017 de 12 de enero de 2017, ECLI:ES:TSJCAT:2017:486

SAP Murcia -Sección 1ª- nº 245/2003 de 28 de julio de 2017, JUR 2003\235370
SAP Zamora nº 297/2004 de 19 de octubre de 2004, JUR 2004\313849
SAP de Vizcaya -Sección Nº4- nº 147/2015 de 13 de marzo de 2015, ECLI:ES:APBI:2015:545
SAP de Madrid -Sección Nº22- nº 751/2015 de 31 de julio de 2015, ECLI:ES:APM:2015:11447
SAP -Sección Nº3- nº 441/2016 A Coruña de 26 de diciembre de 2016, ECLI:ES:APC:2016:3202
SAP Valladolid -Sección 1ª- nº 35/2017 de 27 de enero de 2017, ECLI:ES:APVA:2017:157
SAP de Valladolid -Sección Nº1- nº307/2017 de 1 de septiembre de 2017, ECLI:ES:APVA:2017:1009
SAP Valladolid -Sección Nº1- nº 216/2019 de 24 de mayo de 2019, ECLI:ES:APVA:2019:759
SAP Madrid -Sección Nº8- nº 201/2019 de 28 de junio de 2019, ECLI:ES:APM:2019:7023

SAP de Valladolid -Sección 1ª- nº 311/2019 de 17 de julio de 2019,
ECLI:ES:APVA:2019:1149

SAP Granada -Sección Nº5- nº 363/2019 de 19 de julio de 2019,
ECLI:ES:APGR:2019:1829

SAP -Sección Nº18- Barcelona nº 733/2019 de 5 noviembre 2019,
ECLI:ES:APB:2019:13078

SAP Valladolid -Sección Nº1- nº376/2019 de 11 de noviembre de 2019,
ECLI:ES:APVA:2019:1453

SAP Valladolid -Sección Nº1- nº 163/2020 de 12 de mayo de 2020,
ECLI:ES:APVA:2020:605.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ “Lección 9: El matrimonio”. En: RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (Director), *Manual de derecho internacional privado*, Editorial Tecnos, Madrid, 8ª Edición, 2021. Págs.: 201-219.

-CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER “Capítulo XVI: Alimentos”. En: CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (directores) *Tratado de derecho internacional privado. Tomo II*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Págs.: 867-931.

-CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional: reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª Edición, 2021.

-ESPLUGES MOTA, CARLOS “Lección 16ª. Alimentos”. En: ESPLUGES MOTA, CARLOS, IGLESIAS BUBIGES, JOSÉ LUIS y PALAO MORENO, GUILLERMO, *Derecho internacional privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 14ª Edición, 2020. Págs.: 541-576.

-FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho internacional privado*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 11ª Edición, 2020.

-MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, *La guarda y custodia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

-ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, *El Nuevo Régimen Jurídico de la crisis matrimonial*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 1ª Edición, 2006

-VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA “Lección 21. La obligación de alimentos”. En: GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA (Directora) (y 4 más) *Lecciones de derecho internacional privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª Edición, 2019. Págs.: 449-469.

NORMATIVA CONSULTADA

-Constitución Española

-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

-Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (de 20 de noviembre)

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

-Convenio de La Haya de 1996 de 19 de octubre, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

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

-Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

-Protocolo de La Haya de 2007 de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias

-Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

-Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, a nivel internacional.

-Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

-Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016 , por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

-Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

-Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

-Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.