

bienes, atendiendo a una serie de criterios o factores cuya enumeración en el artículo 97 del Código Civil es meramente ejemplificativa. Responde a una finalidad esencialmente compensatoria, tendente a corregir la situación de desequilibrio económico que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o divorcio, al implicar ésta un empeoramiento en su situación patrimonial en relación con la que tenía constante matrimonio.

July, it is now possible to arrange for compensation through mechanisms such as a temporary set of payments or a single contribution, which may consist in a lump sum or the delivery of certain property, determined under a series of criteria or factors (article 97 of the Civil Code gives a list of examples of such criteria or factors). The purpose of the measure is essentially to compensate for or correct a situation of economic imbalance created for one of the spouses as a consequence of separation or divorce and causing that spouse's asset situation to be worse than it was during marriage.

**RELEVANCIA DEL TRASLADO AL EXTRANJERO DE LA MADRE
QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS (1)**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. PERMANENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA MADRE DE LOS HIJOS TRAS SU TRASLADO CON ELLOS A ESTADOS UNIDOS.—II. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES PARA AUTORIZAR LA SALIDA DE TERRITORIO NACIONAL.—III. COSTES DE TRASLADOS DE LOS MENORES, O DEL PADRE A EE.UU. (NO DE ESTANCIA) PARA ESTAR ALLÍ CON SUS HIJOS.

I. PERMANENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LA MADRE DE LOS HIJOS TRAS SU TRASLADO CON ELLOS A ESTADOS UNIDOS

El problema que se nos presenta en el presente estudio se centra en la continuación o no de la atribución de la guarda y custodia de la madre de los

(1) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 30 de septiembre de 2009, recurso 185/2009. Ponente: Joaquín Bayo Delgado. Número de sentencia: 631/2009. Número de recurso: 185/2009. Jurisdicción: CIVIL. Diario «La Ley», núm. 7346, Sección Jurisprudencia, de 19 de febrero de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 01034/2009.

hijos comunes, en el supuesto de que ésta decida trasladarse a vivir con ellos a Estados Unidos.

El juzgador parte de la base de que la madre es *libre* de establecer su residencia donde estime oportuno y *no procede autorizarla o no a residir en Estados Unidos*. Pero no hay que olvidar que aunque es libre de fijar su residencia, por lo que a la misma se refiere, no así respecto de los hijos. Pues la decisión que se adopte redundará necesariamente en la situación personal de los menores, y, en consecuencia, en sus relaciones con su padre, que son de fundamental importancia para el desarrollo de los mismos y sus propios deseos de mantener un extenso régimen de visitas.

Todo ello partiendo del hecho de que la atribución de la custodia exclusiva de un menor a uno de sus progenitores, no confiere al progenitor custodio la facultad de decidir un traslado de residencia de los menores que les aparten de su entorno habitual, sino que necesitará del previo consentimiento del no custodio o, en su defecto, de la supletoria autorización judicial.

Para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar:

- vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor,
- visión de los menores en cuanto al cambio de residencia, y
- razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa).

La *vinculación afectiva* de ambos menores es sustancialmente mayor hacia la madre que hacia el padre, quien cumple con sus funciones paternas correctamente y está capacitado para la custodia si fuera conveniente y así se estimase.

Tras el análisis y exploración psicológica de los menores se estima que los hijos están más unidos a la madre y a la nueva hija de ésta que a su padre y a su nueva pareja y sus dos hijos.

A favor del padre se señala en la sentencia que asumió la custodia cuando la madre estuvo impedida (quince días durante el parto del bebe) y en su estancia en el extranjero (dos meses), pero todo ello no desvirtúa la mayor vinculación de los niños con la madre, sino la confirmación del cumplimiento de sus deberes paternos (2).

En relación con la visión de los menores ante el *cambio de residencia* transatlántico, hay que señalar que en este caso es positiva.

El último aspecto que la Audiencia analiza es la *razonabilidad de la decisión de cambio de residencia*, que dificulta la relación paterno/materno-filial.

Se trata de decidir en este punto si estamos ante una decisión caprichosa de la madre o el cambio es razonable. La madre alega problemas graves económicos, en su negocio inmobiliario, y tiene a su madre, que es ciudadana americana, en Estados Unidos, que le ofrece ayuda y domicilio. Los menores además han demostrado afecto por la abuela materna.

(2) Un ejemplo totalmente distinto es el que encontramos en el supuesto que analiza la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, sentencia de 20 de abril de 2000 (recurso 347/1999. Ponente: José Manuel MARCO COS. Número de sentencia: 202/2000. Número de recurso: 347/1999. Jurisdicción: CIVIL. La Ley 85723/2000), donde se atribuye al padre de la guarda y custodia de los hijos menores cuando previamente se había otorgado a la madre que decide vivir en el extranjero. El porqué del cambio de custodia se debe a que la menor presenta un buen ajuste emocional, escolar, social y familiar y muestra su rechazo a vivir en el extranjero con su madre. La estabilidad y seguridad que goza puede quebrarse, dando lugar a inseguridad, ansiedad y desarraigo. Atención al beneficio de la menor.

La cuestión a debatir se centra en si se debe sacrificar en parte la vinculación materno-filial o la vinculación paterno-filial y el entorno actual de los menores.

La Audiencia concluye que, en este caso, debe primarse la vinculación materno-filial siempre que se adopten medidas para mantener al máximo la actual vinculación con el padre. Para ello se debe perfilar con claridad un régimen de visitas amplio al padre que en este caso serían el disfrute de todas las vacaciones escolares de los menores con él, con traslado de los niños a su domicilio si éste lo dispusiera así.

El supuesto contrario fue objeto de examen en la sentencia de 14 de octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Castellón (3). En este caso, la atribución de la guarda y custodia se otorgó al padre por el traslado de la madre, a quien se había atribuido inicialmente a un país extranjero. En este caso se ponderó y valoró la necesaria continuidad para mantener una estabilidad del entorno educativo y social de los menores, a fin de asegurar su fortaleza y su equilibrio personal.

II. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES PARA AUTORIZAR LA SALIDA DE TERRITORIO NACIONAL

El consentimiento de ambos padres para la salida al extranjero de los menores es aconsejable en casos como el presente, al ser una garantía suplementaria derivada de la patria potestad (4).

Los artículos 159 y siguientes del Código Civil español, en relación con los artículos 90 y siguientes del mismo, amén de concretar la forma en que ambos progenitores deberán ejercitar la patria potestad en uno de los aspectos que la integran, responde también a lo previsto en el artículo 158.3 del Código Civil en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/02, de 10 de diciembre, conforme al cual el Juez, incluso de oficio, podrá acordar las medidas que estime necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores de edad por alguno de sus progenitores; sustracción que puede producirse tanto por el progenitor no custodio que, en tal caso, vulneraría la atribución de la guarda y custodia efectuada a favor del otro progenitor, como por tal progenitor custodio en la medida en que la salida del país podría impedir o dificultar gravemente el ejercicio del derecho de visitas reconocido en favor de quien no tiene la custodia del menor.

Se trata, por tanto, de una medida que sirve para garantizar tanto la efectividad del derecho de guarda y custodia, como el ejercicio del derecho de visitas, sin que su adopción requiera como medida de carácter fundamentalmente cautelar, de la comprobación previa de conducta alguna en los progenitores que pudiera acreditar por sí misma el propósito de vulnerar alguno de tales derechos (5).

(3) Sentencia de 14 de octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.^a, recurso 55/2008 Ponente: Eloísa GÓMEZ SANTANA. Número de sentencia: 117/2008. Número de recurso: 55/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238395/2008).

(4) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 4 de mayo de 2009, recurso 1086/2008. Número de sentencia: 288/2009. Número de recurso: 1086/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 164377/2009.

(5) Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, sentencia de 18 de mayo de 2007, recurso 145/2005. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 84/2007. Número de Recurso: 145/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 214616/2007.

En nuestro supuesto objeto de estudio no sería necesario tal consentimiento, «quedando implícitamente derogado», ya que la propia sentencia de la Audiencia autoriza la residencia de los menores en Estados Unidos y el régimen de visitas del padre.

III. COSTES DE TRASLADOS DE LOS MENORES, O DEL PADRE A ESTADOS UNIDOS (NO DE ESTANCIA) PARA ESTAR ALLÍ CON SUS HIJOS

La Audiencia entiende, con buen criterio, que los costes de traslado de los menores o del padre *deben fijarse de oficio* en interés de los menores al no haberlo hecho los progenitores.

A tales efectos, la madre ha de contar con estos gastos si se traslada a Estados Unidos. Así, tomando como base que el padre tiene un sueldo de 2.100 euros como administrador de su empresa inmobiliaria, las rentas de un local en copropiedad con otros y la herencia de su propio padre, con varias propiedades inmobiliarias, aunque con varias hipotecas, entiende el juzgador que podrá hacer frente, sin duda, de la mitad de los gastos de traslado para el régimen de visitas, siendo la otra mitad a cargo de la madre.

RESUMEN

GUARDA Y CUSTODIA MENOR DE EDAD

La atribución de la custodia exclusiva de un menor a uno de sus progenitores no confiere al progenitor custodio la facultad de decidir su traslado de residencia sino que necesitará del previo consentimiento del no custodio o, en su defecto, de la supletoria autorización judicial.

Continuidad en la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre, pese a su traslado al extranjero, consecuencia de la mayor vinculación de los menores con la madre y adopción de las medidas necesarias para mantener al máximo la actual relación de aquellos con el padre, otorgándole un amplio régimen de visitas.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP AND CUSTODY MINOR

The assignment of exclusive custody of a minor to one of the minor's parents does not give the custodian parent the power to change residence without prior consent from the non-custodian parent or, in lieu thereof, supplementary authorisation from the courts.

Continuity in the assignment of the guardianship and custody of certain children to their mother, despite her moving abroad, as a consequence of the minors' stronger maternal bond, and taking of the necessary measures to maintain the children's current relationship with their father as much as possible by granting him broad visiting rights.