

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Pautas regulatorias del derecho de alimentos en regímenes de custodia no exclusiva acordados en mediación.

Andrea Michelle Orozco Sánchez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Andrea Michelle Orozco Sánchez

Código: 00203992

Cédula de identidad: 1718025826

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

PAUTAS REGULATORIAS DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN REGÍMENES DE CUSTODIA NO EXCLUSIVA ACORDADOS EN MEDIACIÓN¹.

REGULATORY GUIDELINES FOR MAINTENANCE LAW IN JOINT CUSTODY REGIMES AGREED IN MEDIATION.

Andrea Michelle Orozco Sánchez²
mishu.orozco@gmail.com

RESUMEN

El Código de la Niñez y Adolescencia contempla la custodia bajo una óptica uniparental. La exclusividad también cobija al derecho de alimentos, legitimando únicamente al padre custodio para demandar la prestación del derecho alimentario. Respecto de la custodia, ante la falta de una prohibición expresa, los privados acuerdan regímenes diferentes en mediación. Sin embargo, existe un vacío normativo respecto de la cuantificación y prorrateo de la obligación alimentaria. En este contexto, este trabajo bajo la metodología comparada y comparativa brindó una visión holística de la Protección Integral del Niño. Se establecieron pautas objetivas para la tasación y distribución de los gastos ordinarios y extraordinarios entre los alimentantes, basadas en su capacidad económica y el criterio de proporcionalidad frente a la disparidad.

Se destacó la necesidad de transformación de la prescripción nacional y la visibilización de factores culturales perpetradores de estereotipos que afectan la co-parentalidad como derecho del niño.

PALABRAS CLAVE

Custodia Compartida, Derecho de Alimentos, Pensión alimenticia, Gastos, Corresponsabilidad.

ABSTRACT

The Childhood and Adolescence Code contemplates custody under the uniparental regime. Exclusivity also covers the child support obligation, legitimizing only the custodial parent to demand the provision of this right. Regarding custody, in the absence of an express prohibition, private parties agree on different regimes in mediation. However, there is a regulatory gap concerning the quantification and distribution of the child support obligation. In this context, this work under the comparative and comparative method will provide a holistic view of the Integral Protection of the Child, establishing objective guidelines for the appraisal and distribution of ordinary and extraordinary expenses between the parents, based on their economic capacity and the proportionality criterion in the face of disparity. The need for transformation of the national prescription and the visibility of cultural factors that perpetrate stereotypes affecting co-parenting as a child's right is highlighted

KEY WORDS

Joint Custody, Alimony law, Child Support, Expenses, Joint responsibility.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Gabriela Monserrat Flores Villacís.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO, MARCO NORMATIVO, ESTADO DEL ARTE.- 3. DISCUSIÓN.- 3.1. ¿ES LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS PARA LOS NIÑOS UN ASUNTO DE GÉNERO EN ECUADOR?.- 3.2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL.- 3.3. ¿CÓMO ENFRENTAR LA DISPARIDAD EN LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS ALIMENTANTES?.- 3.4. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.- 4. RECOMENDACIONES: MÉTODO HÍBRIDO COMO DIRECTRIZ PARA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN ECUADOR.- 5. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

El conflicto y separación parental es una preocupación social creciente, porque los niños, niñas y adolescentes, NNA, sufren potenciales consecuencias económicas, emocionales y educativas perjudiciales; en este caso, resulta necesario atribuir un régimen al cuidado de los hijos. La separación de los NNA de su familia es excepcional, solo se justifica cuando es necesaria para su interés superior y procederá bajo reserva de revisión judicial. Esta determinación puede ser necesaria, por ejemplo, cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del NNA.

La decisión sobre el lugar de residencia del NNA se materializa con la ‘tenencia’, pues -en principio- esta se define como la confianza del cuidado y protección de los hijos. Nacionalmente, su origen se atribuye a la promulgación del Código de Menores de 1969 y si bien -en la práctica- ‘custodia’ y ‘tenencia’ son conceptos que expresan el mismo contenido, el término ‘tenencia’ es desacertado.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño, CDN³, de 1989, por su carácter imperativo, provoca el inicio de la transformación del paradigma de la situación irregular que consideraba a los NNA como objetos de cuidado y castigo de su padre, hacia su reconocimiento como sujetos de derecho a través de la doctrina de la protección integral⁴.

Además, la Corte Constitucional del Ecuador, CCE, ha establecido que este término es impropio, pues en los casos de familia, niñez y adolescencia no se hace alusión al elemento

³ Convención de los Derechos del Niño, [CDN], Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador en 23 de marzo de 1990.

⁴ Guía Evaluación del Interés Superior del Niño en Procesos Judiciales, Consejo de la Judicatura, Registro Oficial 418 de 25 de marzo de 2021.

material de la posesión, mismo que hace referencia a “[...] ocupar y poseer una determinada cosa con ánimo de señor y dueño [...]”⁵. Por ello, en el presente trabajo no se hará uso de dicho término, en su defecto se utilizará custodia.

La normativa nacional prescribe que se confiará el cuidado y crianza a ‘uno’ de los progenitores. *Ergo*, opta por regular la custodia únicamente bajo la modalidad exclusiva o uniparental. Por ello, los jueces competentes en virtud del principio de legalidad no pueden apartarse de este régimen en sus resoluciones. No obstante, por la transigibilidad de la materia y el principio de la autonomía de la voluntad, los privados pueden acudir a la mediación para optar por un régimen diferente de custodia. A pesar de que no se contemplen regímenes no exclusivos de custodia, la modalidad compartida no está prohibida.

En concordancia con los demás derechos fundamentales el derecho de alimentos es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible e inembargable⁶. Sin embargo, el problema jurídico surge al momento en que los padres han optado por un régimen de custodia no exclusiva, pues existe un vacío normativo nacionalmente sobre la modalidad en la que se debe llevar a cabo el pago de la obligación alimentaria. A raíz de este vacío normativo, surge la siguiente pregunta ¿cómo se debería regular el derecho de alimentos cuando los padres han acordado un régimen de custodia no exclusiva en mediación?

En un primer momento se verá qué ha dicho la doctrina con respecto a la protección integral del niño, el derecho a la familia y a la convivencia familiar y el principio de corresponsabilidad parental, con el fin de contextualizar la obligación alimentaria en los regímenes de custodia no exclusiva. Conjuntamente, se presentará la normativa nacional e internacional, con el objetivo de determinar el ámbito aplicable al presente problema jurídico.

También, se determinarán las teorías para diferenciar los regímenes de custodia uniparental con un amplio régimen de visitas de los regímenes de custodia no exclusiva. Establecido el marco dentro del cual se desarrollará el tema, se analizará si la materialización del derecho de alimentos para los niños es un asunto de género en Ecuador; la tasación y prorrateo de la obligación alimentaria y, finalmente, cómo enfrentar la disparidad en la capacidad económica de los alimentantes.

⁵ Sentencia N.º 064-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de marzo del 2015, pág. 24.

⁶ Artículo Innumerado 3, Ley Reformatoria al Título V Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, [LRCNA], R.O 643 de 28 de julio de 2009.

Para responder la pregunta de investigación, se analizará la problemática desde la perspectiva del derecho extranjero a través de una metodología comparada y comparativa de corte cualitativo. En este sentido, la primera, analizará el sistema anglosajón a través de la normativa de Estados Unidos de América con énfasis en la legislación de los estados de Florida y Nueva York.

Mediante la comparativa, se examinará a otro país que se rige bajo el sistema civil, siendo así, se examinará la legislación y jurisprudencia de España. Se han escogido ambos países por tratarse de jurisdicciones relevantes en la región y con avances importantes sobre el prorrateo y distribución de la obligación alimentaria entre los progenitores que han optado por una custodia no exclusiva.

Todo este análisis concluirá en la propuesta de una serie de lineamientos que podrían ser utilizados por los padres para regular la prestación alimentaria en caso de tenencia compartida fijada a través de mediación o, más adelante, en caso de reforma legal, por vía judicial.

2. Marco Teórico, Marco Normativo y Estado Del Arte

A continuación, se abordará el marco teórico, marco normativo y la revisión de la literatura respecto del problema jurídico planteado. Estos tres aspectos se analizarán de manera conjunta a partir de cada una de las instituciones y conceptos jurídicos que contextualizan el presente trabajo.

2.1. Doctrina de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes y el Principio del Interés Superior del Niño.

La base de la doctrina de la protección integral de los NNA incluye los principios universales de dignidad, equidad y justicia social. Se integra del conjunto de acciones, políticas que son ejecutadas y dictadas por el Estado con prioridad absoluta para garantizar que todos los NNA gocen de manera efectiva sus derechos.

Doctrinariamente, se destacan cuatro principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a los NNA⁷, a saber: 1) la igualdad, 2) el interés superior del niño⁸, 3)

⁷ Guía Evaluación del Interés Superior del Niño en Procesos Judiciales, 2-6.

⁸ Artículo 3, CDN.

la efectividad y prioridad absoluta⁹, y 4) participación solidaria¹⁰. Para Buaiz, el Estado, la familia y la comunidad conforman la trilogía de sujetos responsables de la garantía del ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia¹¹.

La CDN es la base del desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales de protección de los derechos de la niñez. En Ecuador, se hace alusión al principio del Interés Superior del Niño por primera vez en la Constitución de 1998, como un principio de aplicación en todas las decisiones que afecten a los derechos de los NNA¹². Está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los NNA y debe ser la consideración primordial de todos los órganos jurisdiccionales, legislativos, autoridades administrativas, en todo lo relativo a los NNA¹³.

Se priorizará lo que sea mejor para ellos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad¹⁴. Su aplicación busca la mayor satisfacción de sus necesidades y exige la adopción de un enfoque basado en derechos que permita garantizar la protección a su dignidad y respecto a la integridad física, psicológica, moral y espiritual.

Según la Constitución de la República del Ecuador, CRE¹⁵, los NNA, no solo gozan de los derechos específicos para su edad, sino también de los derechos comunes al ser humano¹⁶ y forman parte grupo de atención prioritaria¹⁷. El Interés Superior no es un simple interés particular, es un principio jurídico-social que goza de preferencia en la interpretación y práctica social de los derechos humanos de los NNA.

⁹ Artículo 4, CDN.

¹⁰ Artículo 5, CDN.

¹¹ Yuri Emilio Buaiz, “La doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y Principales Consideraciones”, *Introducción a la doctrina para la Protección Integral de los Niños* (n/d), 1-12. Disponible en: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf, (último acceso: 18/11/2021).

¹¹ *Ibidem*, 2-6.

¹² Guía Evaluación del Interés Superior del Niño en Procesos Judiciales, 6-8.

¹³ Artículo 11, Código de la Niñez y Adolescencia, [CNA], R.O. 737 de 03 de enero de 2003, reformada por última vez el 14 de mayo de 2021.

¹⁴ “El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial”, Comisión Nacional de Derecho Humanos, acceso el 18 de noviembre de 2021, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 449 de 25 de enero de 2021.

¹⁶ Artículo 45, CRE, 2008.

¹⁷ Artículo 35, CRE, 2008.

Para Cabrera el interés superior del niño tiene por objetivo fundar mundialmente el poder que tienen los NNA para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales¹⁸. Por ello, envuelve y fundamenta a diversas instituciones del derecho de la niñez como lo son la pensión alimenticia y la custodia. El Comité de los Derechos del Niño¹⁹, reconoce que el interés superior abarca tres concepciones jurídicamente²⁰: a) derecho sustantivo, b) principio jurídico interpretativo fundamental, y c) norma de procedimiento.

El procedimiento para aplicar este principio en un caso concreto consiste en: 1) evaluar las circunstancias específicas de la vida de cada NNA, con el fin de observar en qué medida tienen acceso al goce y ejercicio de sus derechos; y 2) determinar medidas razonadas y adaptables, de acuerdo con la edad y grado de desarrollo de los NNA, para garantizar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Ambos pasos deberán efectuarse bajo ciertos parámetros para asegurar que el análisis y resultado de este procedimiento sea apropiado y eficaz.²¹

2.2. Derecho a la familia, a la convivencia familiar y el principio de corresponsabilidad parental

Nacionalmente, el derecho de cuidado no se trata como un derecho específico, sino como una garantía que el Estado y la sociedad deben brindar para protección a la familia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José²², de 1969, posiciona al Estado como garante del deber de tomar medidas adecuadas para asegurar la igualdad de los diversos derechos con la finalidad de proteger a la familia, como “[...] elemento natural y fundamental de la sociedad [...]”²³.

Según el Comité de los Derechos del Niño el derecho a la familia²⁴ y a la convivencia familiar significa garantizar el derecho de los NNA a vivir y desarrollarse en su familia, por

¹⁸ Juan Cabrera, *Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores* (Quito: Cevallos - Editora Jurídica, 2010), 23.

¹⁹ Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013.

²⁰ Párrafo 6, Observación general N° 14.

²¹ Comisión Nacional de Derecho Humanos, “El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial”, 1-2.

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador el 22 de noviembre de 1969.

²³ Artículo 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴ Artículo 16, CDN.

ello la autoridad competente deberá adoptar o exigir que se tomen todas las medidas apropiadas que permitan su permanencia en ella.

Comprende dos aspectos: 1) conocer a sus progenitores y ser cuidados por ellos y 2) mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos padres y demás parientes²⁵. La continuidad, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones es vital para garantizar la estabilidad interna del NNA. Por ello, en caso de separación de sus progenitores, se deberá establecer un régimen de visitas con el fin mantener la relación personal y contacto directo con ambos padres regularmente, excepto si esto es contrario a su interés superior²⁶.

La corresponsabilidad parental y el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a crianza y desarrollo de los NNA; es un tema que ha merecido ser objeto de estudio contemporáneo, debido al proceso de transformación que han sufrido las relaciones afectivo-sexuales en el contexto de la estructura familiar dominante actual.

Este principio ha sido fundamental dentro de la lucha para la eliminación de la discriminación contra la mujer con énfasis en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en ella destaca la Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer, CEDAW²⁷, celebrada en 1979. Esta reconoce que la corresponsabilidad parental se debe tener en cuenta en la educación y desarrollo de los hijos, independientemente de su estado civil²⁸. Así mismo, prescribe que los hombres y mujeres tienen los mismos derechos y responsabilidades respecto de la custodia²⁹.

La CDN resalta que ambos padres tienen el derecho-deber de involucrarse en el cuidado de los NNA³⁰. También, hace referencia a la responsabilidad primordial de ambos progenitores de proporcionar un nivel de vida adecuado para el desarrollo de sus hijos. En este sentido, prescribe que es una obligación estatal adaptar medidas para garantizar que la

²⁵ Guía Evaluación del Interés Superior del Niño en Procesos Judiciales, 33-34.

²⁶ Párrafo 60, Observación general N° 14.

²⁷ Cabe aclarar que las siglas están en inglés, pues su nombre completo es “The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación, [CEDAW], Nueva York, 18 de diciembre de 1979, ratificada por Ecuador el 17 de julio de 1980.

²⁸ Artículo 5 literal b, CEDAW.

²⁹ Artículo 16 literal f, CEDAW.

³⁰ Artículo 18, CDN.

responsabilidad sea asumida por los padres y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia³¹.

La CRE establece que el Estado promoverá una maternidad y paternidad responsables, en particular, cuando estos han decidido separarse por cualquier motivo. Ambos progenitores están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos³² y el Estado promoverá y vigilará el ejercicio de la corresponsabilidad materna y paterna³³.

El Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, también reconoce que “[...] corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos [...]”³⁴. La corresponsabilidad se materializará en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes³⁵, y ambos padres tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar³⁶.

2.3. Instituciones Jurídicas

2.3.1. Custodia

Como fue advertido, en el CNA, la ‘tenencia’ se establece bajo una perspectiva uniparental³⁷, esta ha sido contemplada como mecanismo de protección de los derechos de los NNA³⁸. Se origina como una respuesta constitucional para garantizar el derecho de los NNA a una convivencia armoniosa, segura y estable con su familia, por encima de las discrepancias o desavenencias de sus progenitores³⁹. La CDN prescribe que los Estados parte deberán garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

Bercovitz expone al modelo de custodia compartida como un sistema en el que prima la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de

³¹ Artículo 27 numeral 3, CDN.

³² Artículo 69 numeral 1, CRE, 2008.

³³ Artículo 69 numeral 5, CRE, 2008.

³⁴ Artículo 9, CNA.

³⁵ Artículo 100, CNA.

³⁶ Artículo 102, CNA.

³⁷ Artículo 118, CNA.

³⁸ Ver, Sentencia N.º 021-11-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de septiembre de 2011, pág. 9.

³⁹ La CCE ha establecido que este término es impropio, pues en estos casos no hacemos alusión al elemento material de la posesión, mismo que hace referencia a “[...] ocupar y poseer una determinada cosa con ánimo de señor y dueño [...]”.

Ver, Sentencia N.º 064-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de marzo del 2015, pág. 23-24.

comunicación y estancia con los hijos⁴⁰. Su regulación se originó en el Derecho de Inglaterra y Gales y se introdujo mediante el *Children Act* de 1989. Expuesto por Venegas y Becerril, en el caso de ruptura de una unión, esta modalidad de custodia regula las transiciones para hacer compatibles los derechos individuales de los progenitores y sus responsabilidades parentales, con el derecho de los hijos de mantener la relación ambos⁴¹.

El régimen de custodia compartida no es un ‘simple reparto’ del tiempo de convivencia con los hijos, sino que implica un proyecto común que se materializa con la participación de ambos en el cuidado y atención del NNA. Además, pone fin a la figura del progenitor no custodio, PNC, como mero receptor de los hijos en el domicilio de los fines de semana y los períodos de vacaciones⁴².

Un segmento de la doctrina separa a la custodia compartida de la custodia uniparental con un amplio régimen de visita. Y, si bien en la práctica la línea que diferencia a un régimen del otro es difusa, desde el punto de vista jurídico la diferencia es notable. En Ecuador, el CNA prescribe la obligatoriedad de la regulación del régimen de visitas en todos los casos en los que se ha confiado la custodia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores⁴³.

Se pueden fijar visitas en los regímenes de custodia no exclusiva, pues no son instituciones excluyentes. Sin embargo, en la custodia compartida el derecho de visita tiene una finalidad reparadora, pues permite mantener los lazos afectivos con cada padre en el lapso que no se convive con él y su ejercicio deberá flexibilizarse a medida que el NNA se desarrolla. La principal distinción es que en la custodia exclusiva con amplio régimen de visitas únicamente se reparte el tiempo de convivencia, mientras que, en la compartida además de reglar los lapsos de convivencia, se tratará de procurar un ejercicio efectivo de la corresponsabilidad⁴⁴.

Por ello, teóricamente, en ningún caso debería asimilarse el ejercicio amplio del derecho de visita como régimen de custodia compartida. Pues, en el primero no se presenta una verdadera corresponsabilidad en las decisiones relativas al cuidado de los hijos, y

⁴⁰ Rodrigo Bercovitz en Bernardo Cruz Gallardo, “La guardia y custodia compartida”, en *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, ed. Gloria Hernández Catalán (Madrid: Wolters Kluwer, 2012), 1-191.

⁴¹ Mar Venegas y Diego Becerril, *La custodia compartida en España* (Madrid: Editorial Dykinson, 2017), 46.

⁴² Bernardo Cruz Gallardo, “La guardia y custodia compartida”, 68-70.

⁴³ Artículo 122, CNA.

⁴⁴ Bernardo Cruz Gallardo, “La guardia y custodia compartida”, 70-71.

tampoco se trasladan las funciones de custodia asumidas por ambos progenitores al PNC al que se le ha fijado un régimen amplio de visita.

Sin embargo, en la práctica el problema surge a la hora de decidir cómo hacer la distribución temporal de las diversas posibilidades de alternancia, a saber: lapso anual, semestral, trimestral, mensual, quincenal, semanal o diario⁴⁵. Generalmente, si los progenitores cuentan con una buena relación tras la ruptura y han optado por una custodia compartida, repartirán el tiempo de convivencia en partes iguales.

En los casos en los que los períodos de convivencia en la custodia compartida no tengan la misma distribución, el tiempo para el progenitor custodio, PC, nunca podría ser inferior al 30-35%⁴⁶. Por ejemplo, en el modelo español, frecuentemente, se reparte en 66% del año con un progenitor y el 34% restante con el otro. Este umbral puede variar en función de las circunstancias y necesidades de los hijos como la edad, proximidad geográfica entre los domicilios de sus progenitores y situaciones personales.

Se advierte que, a diferencia de la modalidad de custodia exclusiva, ninguna norma reguladora de la custodia compartida asigna porcentajes fijos del tiempo de convivencia que deberían tener los hijos con cada uno de los progenitores⁴⁷. Sin embargo, muchos de los regímenes de visitas que actualmente se acuerdan en Ecuador y que implican con amplias estancias intersemanales en casa del PNC, serían considerados en otros países como una verdadera custodia compartida.

2.3.2. Derecho de Alimentos

El derecho de alimentos proviene de una naturaleza y esencia eminentemente humana y social, sobre el que se sustentan otros derechos y prerrogativas. Simon acota que el derecho de alimentos es una obligación extrapatrimonial “[...] derivada de la relación parento-filial, originada por esta, y respecto de aquellas personas que han hecho una donación cuantiosa [...]”⁴⁸.

⁴⁵Bernardo Cruz Gallardo, “La guardia y custodia compartida”, 50.

⁴⁶ María José Catalán y María Begoña García, “La Custodia Compartida: Concepto, Extensión y Bondad de su puesta en escena. Debate Entre Psicología Y Derecho.” *Anuario de Psicología Jurídica* 17 (2007), 131-151.

⁴⁷*Ibidem*, 68.

⁴⁸ Farith Simon Campaña, “El derecho a alimentos”, en *Manual de Derecho de Familia* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2020), 351.

Forma parte del derecho a una vida digna y a la supervivencia⁴⁹, la CRE plantea que es un deber primordial del Estado y que se lo garantizará sin discriminación alguna⁵⁰. En adición a la corresponsabilidad parental de ambos progenitores, en igual proporción, todos los ciudadanos ecuatorianos tienen como deber y responsabilidad la asistencia, alimentación, educación, y cuidado de los NNA⁵¹. El derecho de alimentos garantiza el acceso de los demás derechos de los NNA, considerando que, según la doctrina de la protección integral, la familia es principal responsable, juntamente con el Estado y la sociedad civil.

Sobre la fijación alimentaria en los regímenes de custodia no exclusiva, Cruz Gallardo, resalta la diferencia del modo de entender la obligación alimentaria frente al régimen de custodia exclusiva, “[...] la prestación de alimentos, *grosso modo*, será satisfecha por el progenitor que en cada momento conviva con los hijos [...]”⁵². Es decir, para el autor, ambos padres sufragarán los gastos correspondientes durante el lapso que ostenten la guarda.

Coincide con Zafra, en recalcar la importantísima distinción jurisprudencial entre gasto ordinario (alimentos estrictos) y gasto extraordinario, pues de esta naturaleza dependerá la inclusión o no en el concepto de pensión por alimentos⁵³. Los primeros, serán satisfechos por el PC en ese momento.

A contrario sensu, aquellos otros considerados gastos ordinarios —los que no sean comida y ropa— y extraordinarios, serán asumidos por ambos progenitores, bajo el criterio de proporcionalidad. Es decir, la cantidad se fijará proporcionalmente a los ingresos que reciban ambos progenitores, con independencia de quien ostente la guarda en ese momento.

3. Discusión

3.1. ¿Es la materialización del Derecho de Alimentos para los niños un asunto de género en Ecuador?

El Instituto Nacional de Estadística y Censos publicó el incremento de divorcios en Ecuador entre el 2006 y 2016, el resultado es un crecimiento en un 83,45%. De estas parejas

⁴⁹ Artículo 66 numeral 2, CRE, 2008.

⁵⁰ Artículo 3 numeral 1, CRE, 2008.

⁵¹ Artículo 83 numeral 16, CRE, 2008.

⁵² Bernardo Cruz Gallardo, “La guardia y custodia compartida”, 75.

⁵³ Rocío Zafra, *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales* (Madrid: Editorial Dykinson, 2018), 23. Disponible en: <https://www.digitaliapublishing.com/visor/62307>, (último acceso: 19/10/2021).

que han decidido separarse, únicamente 1249 hombres se quedaron con la custodia de los NNA frente a 14669 mujeres en la misma condición⁵⁴. Por ello, resulta necesario indagar de manera crítica a la institución de las pensiones alimenticias y su impacto en la economía de las mujeres. El no pago de las pensiones no solo representa un constreñimiento a los derechos del alimentario, sino que también es una forma de violencia patrimonial y refuerzo de la masculinidad hegemónica⁵⁵.

Sin embargo, esto ha sido naturalizado en la sociedad ecuatoriana, en la medida que se acepta sin lugar a duda que son las mujeres las encargadas del cuidado de los NNA. Muchas de estas prácticas son inconscientes y se ven reforzadas por la habituación de la aceptación social. Por ejemplo, la no corresponsabilidad parental y coeducación de los NNA desembocan en una paternidad irresponsable “[...] y perpetúan el perverso ciclo de la norma y la cultura [...]”⁵⁶.

La anticipación de la preferencia materna, en abstracto, y sin cuestionamiento de las circunstancias particulares de cada caso en concreto, ha sido objeto de preocupación nacional e internacional. El Comité de los Derechos del Niño⁵⁷, establece que es contrario al interés superior de los NNA el conceder automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos, sin antes evaluar el interés superior del niño y su derecho a la convivencia familiar, junto con los demás elementos pertinentes para el caso⁵⁸.

Sin embargo, la normativa nacional referente al cuidado de los NNA y su manutención refuerza el poder de la masculinidad hegemónica:

[...] esta se fundamenta en una estrategia de poder de dominación en sí misma, muchas veces invisible, que se convierte en una práctica cotidiana y donde las instituciones sociales juegan un rol preponderante en su reproducción, por ejemplo, el derecho que, a su vez, es asumido por los propios sujetos en procesos de socialización, naturalizando y legitimando estas prácticas [...]”⁵⁹

Es así como el ejercicio del poder ubicó a las mujeres y a los hombres en espacios diferenciados, generando una valoración perjudicial para todo lo que representa al género

⁵⁴ “Los divorcios crecieron 83,45% en diez años en Ecuador”, Instituto Nacional de Estadística y Censos, acceso el 18 de noviembre de 2021, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/los-divorcios-crecieron-8345-en-diez-anos-en-ecuador/>.

⁵⁵ Roxana Arroyo, “La Economía de Género: Las Pensiones Alimenticias y su Relación con la Paternidad y los Derechos Humanos de las Mujeres”, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* 14(2) (2020), 131-150.

⁵⁶ *Ibidem*, 135.

⁵⁷ Párrafo 67, Observación general N° 14.

⁵⁸ Párrafo 67, Observación general N° 14.

⁵⁹ Roxana Arroyo, “La Economía de Género: Las Pensiones Alimenticias y su Relación con la Paternidad y los Derechos Humanos de las Mujeres”, 133-134.

femenino, sin lo cual no sería posible la sostenibilidad de la violencia y la discriminación sistémica⁶⁰. Bajo esta línea, los numerales dos⁶¹ y cuatro⁶² del artículo 106 del CNA que rigen para la patria potestad y ‘tenencia’, contienen una violación tripartita de los derechos humanos de los NNA, hombres y, principalmente, de las mujeres.

No solo atenta en contra del interés superior de los NNA y a su derecho a la convivencia familiar con ambos padres. Sino que viola el derecho de igualdad ante la ley y el principio de corresponsabilidad parental, pues concede una preferencia injustificada a favor de la madre en caso de que los hijos sean menores de doce años y esta predilección se mantiene, incluso, si ambos progenitores se encuentran en las mismas condiciones⁶³.

Además, discrimina al progenitor, pues lo desplaza a cumplir un rol marginal, como mero espectador del cuidado de su hijo bajo la figura del padre que únicamente tiene responsabilidad patrimonial frente al cuidado de los NNA. Tendrá una posibilidad limitada de asumir la custodia de sus hijos menores de 12 años, pero para ello deberá probar dos cosas: a) que la ‘tenencia’ a cargo de la madre resulta perjudicial para el NNA, y b) que él es idóneo.

La normativa nacional se conforma con consignar principios para estar al nivel de las exigencias de las diversas organizaciones internacionales que protegen a los NNA y a las mujeres. Entonces, la discusión no trata sobre la falta de consignación de protección en las normas, sino la vulneración en el momento de aplicar la protección consignada.

La reproducción y asentamiento de los estereotipos de género condicionan los roles y percepciones de la sociedad sobre el papel de las mujeres y hombres en casos de regímenes patrimoniales⁶⁴, entre ellos el derecho y pensiones de alimentos sobre los hijos. Dichos estereotipos exponen a la imparcialidad e integridad del sistema judicial al estar presentes a lo largo de todo el proceso y al influir en las resoluciones, lo cual afecta directamente la situación económica de la mujer colocándola en situaciones de riesgo y vulnerabilidad⁶⁵.

⁶⁰ Roxana Arroyo, “La Economía de Género: Las Pensiones Alimenticias y su Relación con la Paternidad y los Derechos Humanos de las Mujeres”, 134.

⁶¹ Artículo 106 numeral 2, CNA.

⁶² Artículo 106 numeral 4, CNA.

⁶³ El 1 de abril de 2015 se presentó una demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra de dichos numerales. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador aún no ha fallado al respecto.

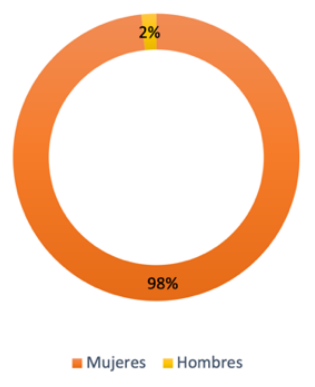
⁶⁴ Roxana Arroyo, “La Economía de Género: Las Pensiones Alimenticias y su Relación con la Paternidad y los Derechos Humanos de las Mujeres”, 132-134.

⁶⁵ *Ibidem*.

Esta falta de pago de las pensiones y la ausencia de la posibilidad de que los juzgados autoricen una custodia compartida equitativamente entre los progenitores impacta las posibilidades reales de que los NNA puedan disfrutar plenamente de la materialización de sus derechos, pues esto recae en las espaldas de las mujeres, que en muchas ocasiones encuentran serias limitaciones para facilitar el acceso y el acompañamiento de sus hijos⁶⁶.

Ahora bien, procesalmente las causas referentes al derecho de alimentos para los NNA consisten, principalmente, en dos tipos de procesos: a) declarativo de fijación de una pensión de alimentos, y b) ejecutivo para buscar el pago de las cuotas adeudadas. En este sentido, a continuación, se hará un esbozo general de lo que implican dichos procesos en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad San Francisco de Quito, CJG-USFQ, con la finalidad de evidenciar la violencia económica en que se encuentran sometidas las mujeres en el ejercicio representativo en beneficio de sus hijos.

Gráfico No. 1: Distinción por género en la comparecencia como ‘actor’ en procesos de fijación de pensión alimenticia



Fuente: Elaboración propia a partir de CJG-USFQ⁶⁷.

Desde el 2019 hasta la actualidad se han tomado 687 casos en diversas materias, del total, el 58,52% corresponde a procesos alimenticios. Del gráfico *ut supra* se evidencia que 118 mujeres actúan en calidad de demandantes o actoras en procesos de fijación de pensión

⁶⁶ Roxana Arroyo, “La Economía de Género: Las Pensiones Alimenticias y su Relación con la Paternidad y los Derechos Humanos de las Mujeres”, 132-134.

⁶⁷ Los datos utilizados como muestra para su respectivo análisis han sido recabados con autorización de la directora general del CJG-USFQ. Sin embargo, por motivos de confidencialidad de la prestación del servicio únicamente se mostrarán los años a los que corresponden, la materia y el género del usuario. Disponibles en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ZKh4Zw7UYkr5R_wjbDNzHq1LEsdtMdmr93aSTKcrWiQ/edit?usp=sharing

alimenticia, frente a 2 hombres que voluntariamente han solicitado la asignación de una pensión en favor de sus hijos.

Empero, la situación cambia respecto de los 72 procedimientos de incidente de disminución de pensión alimenticia tramitados, pues la muestra masculina comparece exclusivamente bajo la calidad de actor. Esto arroja como resultado que el 100% de los incidentes de disminución que han sido planteados por el CJG-USFQ, han sido solicitados por 66 padres. Se han tramitado 9 incidentes de aumento de pensión, de los cuales 6 han sido solicitados por mujeres y en los 3 restantes patrocinamos al padre demandado.

También, se advierte que hay un mayor número de procesos declarativos frente a los ejecutivos. De los 402 casos de alimentos patrocinados, 311 son declarativos, es decir, el 77,36% de los procesos buscan una fijación de pensión alimenticia, incidentes de aumento o disminución, suspensión y extinción. En referencia a los 91 procedimientos ejecutivos, se advierte que el 100% son iniciados por mujeres.

El resultado de las cifras obtenidas del CJG-USFQ ratifican la idea de que la masculinidad hegemónica se ve reforzada en el precepto legal establecido en el artículo 106 del CNA⁶⁸. Como fue mencionado, sus numerales prescriben una preferencia injustificada hacia el género femenino para ocupar el rol de PC cuando los progenitores han decidido separarse.

Esto refuerza los estereotipos sociales sobre los roles de cuidado de los miembros de la familia, los cuales están absolutamente volcados y desbalanceados sobre las mujeres. Por todo esto, se afirma que, aparentemente, existe una animadversión en el tema de derecho de alimentos contra quien tiene la custodia de los NNA, por razones de género⁶⁹.

3.2. La custodia compartida y el derecho de alimentos en el régimen español.

La figura jurídica de la custodia compartida en España fue incorporada por la Ley 15/2005⁷⁰, con la finalidad proveer un mejor mecanismo de realización del beneficio e interés de los NNA, así como el de ambos progenitores. Se rige bajo la idea de que “[...] pese a la

⁶⁸ Artículo 106, CNA.

⁶⁹ Isabel Jaramillo y Sergio Anzola, *La batalla por los alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2018).

⁷⁰ Ley 15 de 2005 [Por la cual se modifica el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio], de 8 de julio de 2005.

crisis familiar, la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia y compromiso en el ejercicio de la patria potestad [...]”⁷¹.

Su regulación se presenta en el Código Civil, CC⁷²; la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos⁷³. Por ello, los padres podrán acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia mediante solicitud expresa en la propuesta de convenio regulador o en el transcurso de cualquiera de los procedimientos⁷⁴.

En todo caso, determinarán, en beneficio del NNA, cómo éste se relacionará del mejor modo con PNC, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad. En ocasiones la separación de los cónyuges puede ser armónica, en el sentido de que la acción se presenta de mutuo acuerdo. Por ello, el CC materializa en sus apartados la imperatividad de establecer un convenio regulador, que será presentado juntamente con la demanda de separación⁷⁵.

El convenio regulador es un negocio jurídico que los progenitores celebran de mutuo acuerdo con la finalidad de salvaguardar la nueva relación familiar y engloba⁷⁶: 1) modalidad de custodia, régimen de comunicación y estancia de los NNA con el PNC, 2) régimen de visitas con los abuelos, 3) atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y 4) contribuciones a las cargas del matrimonio y alimentos.

Este documento también puede formalizarse ante el secretario judicial o notario. Pero, en el caso de que éstos considerasen que podría ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los NNA, darán por terminado el expediente, lo archivarán y los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de su propuesta⁷⁷.

El ordenamiento español entiende por alimentos “[...] todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica [...]”⁷⁸. También, comprende la educación del NNA, mientras sea menor de edad y excepcionalmente se extenderá durante

⁷¹ María Afonso, “Ley 15/2005, de 8 de julio de Modificación del Código Civil y la Lec: Guarda y Custodia Compartida”, *Anales De La Facultad De Derecho* 23 (2006), 83-97. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2192010>, (último acceso: 18/11/2021).

⁷² Código Civil, [CC], R.D de 24 de julio de 1889, reformado por última vez 05 de junio de 2021.

⁷³ Artículo 92 numeral 1, CC.

⁷⁴ Artículo 92 numeral 5, CC.

⁷⁵ Artículo 81 numeral 1, CC.

⁷⁶ Artículo 90 numeral 1, CC.

⁷⁷ Artículo 90 numeral 2, CC.

⁷⁸ Artículo 142, CC.

la mayoría de edad, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable⁷⁹.

El Juez, en todo caso, tiene la obligación de determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos. Además, adoptará todas las medidas necesarias para asegurar la “[...] efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento [...]”⁸⁰.

3.2.1. Tasación y prorrateo de la obligación alimentaria en el régimen español.

La cuantía de los alimentos será proporcional a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del alimentado. Entonces, su cuantificación y prorrateo operan en virtud de la aplicación de una serie de criterios abstractos que se encuentran identificados en la legislación. Este tema ha sido analizado con mayor cautela en la legislación estatal española y concretados en mayor grado por algunas legislaciones autonómicas, así como por la jurisprudencia⁸¹.

Siendo así, se responderán las siguientes preguntas, primero, ¿cómo se debe calcular el monto dinerario para cubrir dichas necesidades?; luego, ¿sería pertinente aplicar la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas para calcular el derecho de alimentos en los regímenes de custodia compartida?; y, si es así, ¿cómo se debe aplicar dicha Tabla? Por último, ¿quién administrará el fondo común en caso de que abonen ambos?

Como fue expuesto, autores como Cruz Gallardo, consideran que la custodia compartida conlleva la idea de que no hay que satisfacer una pensión de alimentos, pues cada progenitor satisfecerá los gastos del alimentado cuando lo tiene consigo. Sin embargo, de no matizarse esta afirmación, traería implícita una consecuencia potencialmente injusta para el alimentario, en los casos en los que uno de sus progenitores concentre un mayor caudal económico que el otro, pues esta disparidad podría causar desequilibrios en la estabilidad de los hijos⁸².

Ahora bien, nacionalmente, en cualquier procedimiento en el que se puedan solicitar alimentos a favor de los NNA, se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la

⁷⁹ Artículo 142, CC.

⁸⁰ Artículo 93, CC.

⁸¹ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 3 (2015), 173-194. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/5.-Fabiola-Meco.pdf>, (último acceso: 16/11/2021).

⁸² *Ibidem*, 178.

LRCNA⁸³. Por lo que, -en principio- se puede afirmar que es pertinente aplicar la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas para establecer una, en el régimen de custodia compartida. Además, cuando son dos personas las obligadas, se repartirá entre ellas el pago de la pensión, en cantidad proporcional a su caudal respectivo⁸⁴.

Esto es concordante con el pronunciamiento STSJC 6225/2013⁸⁵ de Cataluña, el cual ha establecido que no se debe contemplar como un efecto necesario o ineludible de la custodia compartida, el extinguir la obligación de uno de los progenitores, o de los dos, de pagar una pensión alimenticia en favor de los hijos. Ya que esta procura una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de exponerlos a la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores, y ello incluso en aquellos supuestos en los que el tiempo de convivencia con los hijos sea el mismo.

El modelo ecuatoriano para fijar la pensión alimenticia surgió en el 2009, cuando el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia realizó un estudio en base a los datos de la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, realizado por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social⁸⁶. Dicho análisis comprendió el estudio de la estructura, ingresos y composición porcentual de los gastos de los hogares ecuatorianos en base al consumo por deciles de pobreza correspondientes al año 2006⁸⁷.

El objetivo fue elaborar una herramienta idónea para el cálculo de las pensiones alimenticias para garantizar las necesidades básicas de los NNA, por parte de sus progenitores o apoderados y limitar la discrecionalidad de los operadores de justicia para su establecimiento. Es así como se aprobó e introdujo la primera Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.

⁸³ Artículo Innumerado 29, LRCNA.

⁸⁴ Artículo 145, CC.

⁸⁵ Causa No. 6225/2013, Tribunal Supremo de Cataluña, Sala de lo Civil, 01 de julio de 2013.

⁸⁶ Observatorio Social del Ecuador, *Situación de la niñez y adolescencia en Ecuador, una mirada a través de los ODS* (Ecuador: Observatorio Social del Ecuador, 2018), 29-31. Disponible en: <https://odna.org.ec/wp-content/uploads/2019/02/Situacio%CC%81n-de-la-nin%CC%83ez-y-adolescencia-en-Ecuador-2019.pdf>, (último acceso: 18/11/2021).

⁸⁷ *Ibidem*.

Tabla No. 1: Parámetros para la elaboración de la tabla de pensiones

alimenticias mínimas

Rubro contemplado	Edad
Alimentos	0 a 4 años
Bebidas no alcoholicas	
Vivienda	
Agua	
Electricidad	
Velas	
Carbón	
Gas	
Comunicación	
Bienes Durables	
Transporte	
Salud	
Todos los anteriores + educación	

Fuente: Elaboración propia a partir del Observatorio Social del Ecuador⁸⁸.

Los rubros contemplados en el gráfico *ut supra* son los que se tomaron en cuenta para la elaboración del primer modelo de Tabla de Pensiones, son los bienes de consumo mínimos para una persona, es decir, los que necesariamente se deben cubrir por los alimentantes, independientemente de su cuantil económico. Sin embargo, cabe señalar que, en el segundo y tercer nivel se incluían rubros adicionales, en correspondencia con su nivel de gasto e ingresos, a saber: recreación, televisión por cable, y mayores rubros en la educación y alimentación de los NNA⁸⁹.

En la misma línea, en España, el Grupo de trabajo de Jueces de Familia juntamente con el Consejo General del Poder Judicial, CGPJ⁹⁰, han propuesto y puesto en disposición de los administradores de justicia y ciudadanía en general, Tablas orientadoras con el fin de determinar las pensiones alimenticias de los hijos. Al igual que en Ecuador, se elaboró en base a cifras sobre las condiciones de vida y de presupuestos familiares⁹¹.

⁸⁸ Observatorio Social del Ecuador, *Situación de la niñez y adolescencia en Ecuador, una mirada a través de los ODS*, 29-31.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ “Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ”, Poder Judicial España, acceso el 11 de noviembre de 2021, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>.

⁹¹ Consejo General del Poder Judicial, “Memoria Explicativa de la actualización de las Tablas Orientadoras para la Determinación de las Pensiones Alimenticias de los Hijos en los procesos de Familia elaboradas por el Consejo General Del Poder Judicial”, (Madrid: Poder Judicial España, 2019), 1-19. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>, (último acceso: 11/11/2021).

Sin embargo, el CGPJ para la actualización de las Tablas, ha contemplado que el coste de mantenimiento excluye los gastos correspondientes a: vivienda, educación, transporte escolar, comedor escolar y alojamiento por motivos de enseñanza. Sobre la educación, considera que de esta manera “[...] se deja al juez la valoración de los costes en educación en cada caso particular [...]”⁹². Costes que deberán incrementarse adecuadamente en el establecimiento de la pensión de alimentos.

El CGPJ establece tres tablas diferentes que tienen carácter orientador, con el fin de respetar la independencia de los administradores de justicia, tanto en su uso habitual o no, cómo en su aplicación en casos concretos. La Tabla 1, llamada ‘coste por hijo’ contempla el ‘gasto del hogar’ repartido entre sus miembros, de esta forma, el porcentaje de gasto correspondiente a un NNA, respecto del gasto total del hogar, es de al menos un 16,7%⁹³.

La Tabla 1, se utiliza en el modelo de custodia compartida, pues proporciona una estimación del gasto de mantener a un hijo en función de los ingresos conjuntos de ambos progenitores, dándole la libertad al juzgador de decidir cómo repartir ese coste entre ambos padres según las circunstancias específicas de cada caso. También se proporciona un modelo de reparto del coste en función del tiempo que los hijos convivan con cada progenitor⁹⁴.

Siendo así, con base al modelo de reparto del coste del gasto de manutención del NNA en función del tiempo que esté con cada progenitor que se guiará bajo la siguiente lógica⁹⁵: la aportación correspondiente al primer PC, PC1, se obtendrá del porcentaje de tiempo que pasa con el hijo, p1, y de la fluctuación de sus ingresos mensuales, I1, La aportación restante para el segundo progenitor custodio, PC2, sigue la misma lógica establecida anteriormente. El coste anual estimado para los hijos se representa con la variable C.

Entonces, el PC1 aportaría: $C \times I1 / (I1 + I2)$, y durante el tiempo de convivencia que pasa con el NNA asumirá un gasto de p1C. La fórmula para calcular el aporte correspondiente

⁹² Consejo General del Poder Judicial, “Memoria Explicativa de la actualización de las Tablas Orientadoras para la Determinación de las Pensiones Alimenticias de los Hijos en los procesos de Familia elaboradas por el Consejo General Del Poder Judicial”, 4.

⁹³ Se ha llegado a esta conclusión de acuerdo con las escalas de equivalencia de la OCDE modificada: “[...] un adulto equivale a 1 unidad de consumo, dos adultos a 1,5 unidades; dos adultos y un hijo dependiente a 1,8 unidades de consumo. De esta forma, el porcentaje de gasto de un hijo respecto al gasto total del hogar es de (0,3/1,8) [...]”

Ibidem, 5.

⁹⁴*Ibidem*, 8.

⁹⁵ *Ibidem*, 19.

al PC2 es: $C \times I2 / (I1 + I2)$, al igual que el otro progenitor, durante el tiempo de convivencia que pasa con el NNA asumirá un gasto de $p2 C$. En caso de que la cantidad sea negativa, el PC1 tendría que compensar al PC2 con una cantidad que se obtendrá conforme a la siguiente fórmula: $C \times I1 / (I1 + I2) - C p1$.

Para utilizar la Tabla, es necesario que los padres predeterminen sus ingresos netos individualmente y la posible existencia de necesidades especiales de sus hijos. Al igual que en Ecuador, los ingresos netos incluyen pagas extras y cualquier otro concepto que pueda percibirse. En la determinación de los ingresos netos, no se descontarán las retenciones de sueldo, anticipos y cargas, dado el carácter preferente de la pensión alimenticia.

Entonces, se ofrecen algunas diferencias entre ambas legislaciones: a) el cálculo de las mensualidades anuales, en el régimen español se calculan doce mensualidades⁹⁶, en Ecuador, se abonan catorce⁹⁷; b) el monto mínimo de ingresos del obligado, las tablas españolas tienen como monto mínimo €700 euros⁹⁸, en Ecuador, el Salario Básico Unificado, para el año 2021, es de \$400 dólares; c) las necesidades especiales, España no establece un porcentaje diferente, su cuantificación se hará caso por caso. Ecuador contempla de oficio un porcentaje diferente en caso de que el NNA tenga alguna discapacidad.

Además, Meco⁹⁹ añade que por la diversidad de escenarios el operador jurídico español se ha visto dificultado para concretar el límite máximo en que se fijan las necesidades de los NNA, “[...] no así para concretar lo que considera el mínimo vital [...]”. Este ‘mínimo vital’ ha sido situado por la jurisprudencia, en casos marcados por las dificultades económicas y/o de salud, entre los 100 y los 180 euros por hijo mensualmente¹⁰⁰.

⁹⁶ Consejo General del Poder Judicial, “Memoria Explicativa de la actualización de las Tablas Orientadoras para la Determinación de las Pensiones Alimenticias de los Hijos en los procesos de Familia elaboradas por el Consejo General Del Poder Judicial”, 10.

⁹⁷ Artículo Innumerado 16, LRCNA.

⁹⁸ Consejo General del Poder Judicial, “Memoria Explicativa de la actualización de las Tablas Orientadoras para la Determinación de las Pensiones Alimenticias de los Hijos en los procesos de Familia elaboradas por el Consejo General Del Poder Judicial”, 11.

⁹⁹ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 181.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

3.3 ¿Cómo enfrentar la disparidad en la capacidad económica de los alimentantes?

Varios son los criterios que *grosso modo* inciden en la tasación de la pensión de alimentos en la modalidad de custodia no exclusiva, a saber¹⁰¹: a) la proporcionalidad entre los recursos de los alimentantes y las necesidades del alimentista, b) el tiempo de convivencia con el NNA, c) atribución de la vivienda, d) la asunción de gastos directos, y e) la contribución a las cargas familiares. *Ergo*, su evaluación se reducirá o aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufra las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos¹⁰²; y, f) la estructura, distribución del gasto familiar.

Entonces, la disparidad se enfrentará mediante la aplicación del criterio de proporcionalidad. En la legislación estatal española está prescrito en el Código Civil¹⁰³ al establecer que la cuantía de los alimentos será proporcional a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del alimentado. Criterio que también se toma en cuenta nacionalmente¹⁰⁴. Meco, añade que, en las legislaciones autonómicas españolas, la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos¹⁰⁵.

Esta valoración puede arrojar distintos escenarios que pueden repercutir en los modos de distribución de la pensión de alimentos, a saber: a) progenitores con nivel de ingresos iguales o similares, b) progenitores con distinto nivel de ingresos, c) sólo uno de los progenitores obtiene ingresos¹⁰⁶. El primer escenario no presenta mayores fuentes de conflicto y es la única situación en la que la doctrina y la jurisprudencia recomiendan que cada progenitor satisfaga directamente la alimentación, incluso en algunos casos ciertos gastos ordinarios fijos cuando los hijos están bajo su guarda¹⁰⁷.

La segunda situación tiene como resultado un escenario en el que resulta desequilibrada la distribución al 50% de los gastos derivados de las necesidades de los NNA.

¹⁰¹ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 180.

¹⁰² Cynthia Sangoluisa, “El Derecho de Alimentos”, (tesis doctoral, Universidad de Alcalá de Henares, 2020), 1-56, disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/46528>.

¹⁰³ Artículo 145 y 146, CC.

¹⁰⁴ Artículo Innumerado 15, LRCNA.

¹⁰⁵ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 180.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 182.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 181.

En este caso se requiere de otra fórmula de prorrateo entre ambos progenitores. Para el supuesto en que uno de los progenitores cuente con un caudal económico más fuerte que el otro, la jurisprudencia ha reconocido que alimentantes deberán contribuir en el sufragio de los gastos de los hijos en proporción a sus respectivos ingresos¹⁰⁸.

Lo que implica necesariamente que será mayor el aporte a las necesidades del NNA del progenitor que más capacidad económica tenga, esto con la finalidad de no hacer más onerosa la obligación para el otro progenitor. Además, la EDJ 10833/ 2014 y la EDJ 97852/2014¹⁰⁹, han sido concordantes al establecer que la disparidad económica entre los alimentantes justifica el establecimiento de una pensión alimenticia para el progenitor que tiene mayor caudal económico, aun en los casos de custodia compartida, este contribuirá a en el mantenimiento del NNA

[...] mediante el pago de una pensión al otro progenitor, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los hijos, sería contrario a la regla de proporcionalidad del art. 145 y 147 CC y al principio del *favor filii*, su no establecimiento [...]¹¹⁰

Para el efecto se recomienda la creación de un fondo común, para realizar “[...] el aporte de una cantidad suplementaria o complementaria en una ratio de un cincuenta por ciento del total [...]”¹¹¹ con la finalidad de poder atender el pago de otros gastos ordinarios que se abonan puntualmente y del que también puedan satisfacerse gastos extraordinarios. En los casos de custodia uniparental, el PC es el titular y administrador de la cuenta en la que se deposita la pensión alimenticia del NNA y, por consiguiente, es él quien toma las decisiones respecto a cómo y en qué invertir el dinero satisfecho por el PNC¹¹².

Pero ¿qué sucede en el régimen de custodia compartida?, ¿quién será su titular y encargado de su administración? en caso de que sean ambos, o solo uno de los padres ¿quién y debido a qué? La jurisprudencia española ha dado una respuesta unánime, considera que la titularidad se ejercerá bajo mancomunidad, en razón de que ambos hacen aportes al fondo común y porque los dos ostentan la custodia compartida¹¹³.

El tercer escenario es que uno de los progenitores se encuentre desempleado, la obligación alimenticia no se extingue por este hecho. Sin embargo, deberá ajustarse su aporte

¹⁰⁸ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 183.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, 181.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, 192.

a la pensión alimenticia con el fin de satisfacer a su capacidad económica actual. En conexión con lo dispuesto anteriormente, el progenitor no desempleado será el que aporte en mayor grado al caudal común con el que se afrontará el pago de los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos¹¹⁴.

En estas situaciones de disparidad, jurisprudencialmente, se evidencian diversas modalidades de reparto de la obligación en aplicación de una operación aritmética, calculando un porcentaje sobre la pensión de alimentos¹¹⁵. En el régimen de custodia compartida el prorrateo responde a ratios de 60 y 40% ¹¹⁶o de 70 y de 30% ¹¹⁷ que se calcula sobre la cuantía total a aportar por ambos padres¹¹⁸. Este porcentaje puede ser obtenido por el juez o por los progenitores en atención a una ponderación de sus ingresos y en atención a los principios de proporcionalidad y podría obedecer a otro reparto en virtud del principio de autonomía de la voluntad¹¹⁹.

Los alimentos de los hijos, también se rigen por el criterio de la necesidad de los NNA. Estas necesidades aparecen identificadas en grandes categorías¹²⁰ que han sido establecidas doctrinal y jurisprudencialmente, pues en el es de vital importancia que se establezca un apropiado sistema de contribución al sustento de las necesidades y gastos generados por NNA.

Para poder fijar una cuantía determinada se debe definir de manera exacta cuáles vayan a ser esos gastos¹²¹. De este modo, en atención a la naturaleza que define a las necesidades de los NNA, se diferencian dos grandes bloques de gastos, a saber: 1) gastos ordinarios, y 2) gastos extraordinarios. Estos dos bloques han de considerarse, en aras a establecer un reparto equitativo de ambos gastos, la capacidad económica de ambos

¹¹⁴ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 185.

¹¹⁵ *Ibidem*, 183.

¹¹⁶ *Ver*, EDJ 10869/2014 de la SSAP de Barcelona de 30 enero 2014.

¹¹⁷ *Ver*, EDJ 129732/2013 de la STSJ de Cataluña de 30 marzo 2013.

¹¹⁸ Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 183.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Artículo Innumerado 2, LRCNA.

¹²¹ Roberto Hernández, “Los gastos extraordinarios: Aspectos materiales y procesales”, (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2021), 1-33. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47240>, (último acceso: 21/10/2021).

progenitores “[...] pues ambos son alimentantes y están obligados a atender las necesidades de los NNA [...]”¹²².

Los ordinarios son aquellos que se caracterizan por ser previsibles, a pesar de que puedan existir algunos cuya periodicidad determine que no se produzcan de manera mensual. Si uno de los progenitores ha admitido regularmente un determinado gasto, y ha pagado, no podrá de repente oponerse a su pago y discutir la naturaleza de extraordinarios de estos¹²³. Generalmente comprenden: 1) alimentos, 2) vestido, 3) vivienda, 4) educación¹²⁴.

Por el contrario, los extraordinarios se caracterizan porque su naturaleza estriba en el hecho cierto de su inespecificidad, no se puede prever su producción, ni su alcance. No se encuentran inmensos en la pensión fijada bajo las Tablas expedidas por el CGPJ, por lo que, es la jurisprudencia la que los ha venido dotando de notas definatorias.

Se componen de los siguientes elementos característicos¹²⁵: 1) excepcionalidad, no puede predicarse la habitualidad, su carácter es esencialmente inusual; 2) imprevisibilidad, no se puede establecer provisión alguna destinada a su cuidado; 3) necesidad, 4) adecuación a la capacidad económica del alimentante, 5) no ordinarios, no pueden contemplarse bajo ningún parámetro de los gastos ordinarios.

Hernandez, añade que en la SAP 586/2014 se acota que estos también integran parte de la obligación alimenticia, pero nacen de una necesidad de naturaleza excepcional, eventual, difícilmente previsible del alimentado:

[...] y de un montante económico considerable que por ello no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica)[...]”¹²⁶.

La STS 963/2010¹²⁷, materializa la atribución del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo. La sala determinó la modalidad en la que se prorratea la cuota de la obligación que cada progenitor abonará cuando el NNA no este residiendo con él.

¹²² Fabiola Meco, “La Cuantificación y Distribución de la Pensión Alimenticia en el régimen de Custodia Compartida”, 182.

¹²³ Roberto Hernández, “Los gastos extraordinarios Aspectos materiales y procesales”, 16.

¹²⁴ Wilfrido Gómez Muñoz, “Los gastos extraordinarios y las pensiones alimenticias de los hijos”, *Anuario de Derecho* 48 (2019), 103-113. Disponible en: https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/1123, (último acceso: 18/11/2021).

¹²⁵ *Ibidem*, 108 -109.

¹²⁶ Roberto Hernández, “Los gastos extraordinarios Aspectos materiales y procesales”, 7.

¹²⁷ Causa No. 963/2010, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de marzo de 2010, pág. 3.

También, añade que los gastos extraordinarios de los NNA que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, “[...] deberán ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto [...]”¹²⁸. Los dota de naturaleza imprevista y acota que previamente a su acometimiento por PC deberá justificarse documentalmente o de otra manera fehaciente: 1) su importe, 2) su carácter extraordinario y 3) su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial.

Los gastos extraordinarios pueden ser de dos tipos: 1) necesarios y 2) superfluos. Los primeros son aquellos impredecibles, pero tampoco se puede eludir la obligación de sufragarlos, ya que surgen como inherentes para el desarrollo y crecimiento de los NNA. También deben estar al alcance económico de quién los va a sufragar. No son *numerus clausus*, por el contrario, son *numerus apertus*, van surgiendo de forma espontánea a través de los años¹²⁹.

La STS 113/2017¹³⁰, añade que los gastos extraordinarios necesarios de los NNA, por ejemplo, los gastos médicos referentes a procedimientos de ortodoncia, ortopedia, psicológicos, ópticos y farmacéuticos que no se encuentren no cubiertos por la seguridad social o seguro privado, serán abonados en partes iguales por ambos progenitores.

Su cuantificación se dará sobre la base de un porcentaje de la capacidad económica de los alimentantes. Sin embargo, según la STS 4437/2014¹³¹ el PC no puede reclamar el pago de un gasto extraordinario que no sea necesario y urgente cuando el PNC no tuvo oportunidad de opinar o proponer alternativas más adecuadas¹³², estos deberán ser consensuados por ambos progenitores. Si dichos gastos han sido asumidos sin consentimiento del otro, deberán ser pagados unilateralmente por el que haya decidido realizar dichos pagos.

En caso de que exista un acuerdo sobre la consideración que tendrán los gastos de ser tratados como ordinarios o extraordinarios, no podrá uno de los progenitores oponer que un

¹²⁸ Causa No. 963/2010, pág 3.

¹²⁹ Wilfrido Gómez Muñoz, “Los gastos extraordinarios y las pensiones alimenticias de los hijos”, 19.

¹³⁰ Causa No. 113/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017, pág 2.

¹³¹ Causa No. 4437/2014, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2014, pág 4.

¹³² Roberto Hernández, “Los gastos extraordinarios Aspectos materiales y procesales”, 14.

determinado gasto reviste una naturaleza extraordinaria si aceptó aquél como ordinario y viceversa, puesto que implicaría actuar en contra de sus ‘actos propios’¹³³.

3.4. Estados Unidos de América

A continuación, se analizarán las pautas regulatorias de la manutención y reparto de tiempo de los NNA cuando los progenitores han decidido separarse¹³⁴ en los ordenamientos estatales internos de los estados de Florida, y Nueva York, a saber: 1) Estatuto de Florida y 2) *New York Consolidated Laws*¹³⁵.

En el *Common Law*, se concibe a la custodia de los hijos, principalmente, de dos formas: 1) *Sole legal custody*, es la custodia atribuida de manera individual a uno de los progenitores, custodia exclusiva¹³⁶, y 2) *Joint custody*, custodia física y/o legal compartida de los NNA después de que los padres se separen o divorcien¹³⁷.

Esta última admite dos modalidades¹³⁸: a) *joint legal custody*, ambos progenitores están habilitados para adoptar decisiones sobre asuntos relevantes que afectan a la vida del NNA, con independencia de su residencia. Es decir, el NNA puede convivir solo con uno de los progenitores, o estos pueden repartir el tiempo de convivencia; b) *joint physical custody*, en ella los NNA conviven con ambos progenitores, mediante el reparto de periodos de tiempo sucesivos de convivencia. La primera modalidad es semejante al modelo de operación nacional del régimen de patria potestad.

En los casos de *joint physical custody*, los padres comparten las responsabilidades cotidianas de la crianza de los hijos, incluidas las obligaciones financieras. Sin embargo, se advierte que en los casos en los que se ha optado por un régimen de *joint legal custody*, generalmente, no se determina cómo funcionará la manutención de los hijos. Al contrario, los acuerdos de *joint physical custody* sí suelen hacerlo. De hecho, un factor importante en el reparto de la manutención es el número de noches que el NNA pasa con cada progenitor¹³⁹.

¹³³ Roberto Hernández, “Los gastos extraordinarios Aspectos materiales y procesales”, 8.

¹³⁴ Child support guidelines; retroactive child support, Florida Statutes No.61.30, n/d. Disponible en: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0061/Sections/0061.30.html, (último acceso: 19/10/2021).

¹³⁵ Parents' duty to support child, Family Court Act - FCT § 413 New York Consolidated Laws, n/d. Disponible en: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/FCT/413>, (último acceso: 20/10/2021).

¹³⁶ Arthur Berman y David Kirsh, “*Definitions of Joint Custody*”, (Estados Unidos: American Bar Association, 1982).

¹³⁷ *Ibidem*, 2.

¹³⁸ *Ibidem*, 3-4.

¹³⁹ “How Courts Determine Child Support for Joint Custody Arrangements”, Debrina Washington, acceso el 20 de octubre de 2021, <https://www.verywellfamily.com/joint-custody-child-support-factors-2997627>.

Son los jueces los que determinan el aporte que cada padre dará para la manutención de los NNA basándose en la ley estatal aplicable. Las normas de cada estado varían mucho y dependen de diversos factores: a) las leyes locales, b) ingresos de cada progenitor, c) cantidad de tiempo que el NNA pasa con cada progenitor¹⁴⁰, y d) necesidades específicas de los niños. A pesar de que los criterios estatales son diferentes la cantidad de tiempo que el NNA pasa con cada progenitor es siempre una consideración crucial.

Los estados emplean diversos modelos para regular la manutención del NNA, entre ellos: el *Income Shares Model*, se basa en el concepto de que el NNA debe recibir la misma proporción de los ingresos de los padres que habría recibido si éstos vivieran juntos¹⁴¹. Determina y combina los ingresos de ambos padres para fijar la cuota provisional en base a una tabla o calendario legal y a esta se le añadirán otros gastos. Además, se prorateará la cuota alimentaria asignando a cada progenitor un porcentaje de responsabilidad, en función de sus ingresos y en ciertos casos de la asignación de la custodia física.

Por ejemplo, en el caso hipotético de que el PC1 tenga ingresos mensuales de \$2000 dólares, y el PC2 un ingreso mensual de \$1,000 dólares, se tendrá como ingreso mensual total \$3,000 dólares. En base a la tabla, la obligación provisional se fijará en \$500 y se añaden \$50 dólares para el cuidado del NNA. Por lo que, la obligación de manutención total será de \$550 dólares. Debido a sus ingresos, al PC1 deberá pagar el 66,66% de la pensión, es decir, \$366,30 dólares y el 33,33% restantes serán cubiertos por el PC2.

El *Percentage of Income Model*, empleado en modelos de custodia uniparental, utiliza un porcentaje fijo de los ingresos del PNC, no se tienen en cuenta los ingresos del PC. Este modelo tiene dos variantes: a) el modelo de porcentaje fijo y b) el modelo de porcentaje variable¹⁴². Por ejemplo, el PNC tiene un ingreso mensual de \$2,000 dólares, de acuerdo con la tabla correspondiente al estado de Wisconsin al ser únicamente un NNA le corresponde el 17%, es decir, pagará \$340 dólares por obligación de manutención. Para determinar los montos adeudados, algunos estados utilizan métodos híbridos.

Si se produce un cambio en las circunstancias, por ejemplo, una pérdida de empleo o una crisis médica, la persona que paga la manutención puede solicitar una modificación. Lo

¹⁴⁰ A menudo este criterio pone énfasis en el número de noches que pasan en cualquiera de los dos hogares.

¹⁴¹ “Child Support Guideline Models”, National Conference of State Legislatures, acceso el 20 de octubre de 2021, <https://www.ncsl.org/research/human-services/guideline-models-by-state.aspx>.

¹⁴² National Conference of State Legislatures, “Child Support Guideline Models”, 2020.

más importante es que cuando los padres pueden centrarse en lo que es mejor para los NNA, es más probable que encuentren acuerdos con los que ambos se sientan bien.

Tabla No. 2: Legislación de los Estados de Florida y Nueva York.

Criterio	Estado		
	Florida	Nueva York	
¿Qué es el Child Support?	Obligación del pago de manutención		
¿Cuándo se fija?	Con la emisión de una orden de concesión, o con la ejecución de un acuerdo de concesión de custodia.		
Límite de edad	18 años	21 años	
¿Se contempla un plan de parentalidad?	Sí	Sí	
Fijación del plan de parentalidad	Acuerdo de las partes u orden judicial		
¿Se contempla una tabla de pensiones alimenticias?	Sí	Sí	
Ingreso mínimo	\$800	\$833,25	
Porcentaje mínimo de contribución por un hijo	23,75%	17%	
Factores para determinar la pensión	Ingresos netos combinados	Ingresos netos combinados de ambos progenitores	
	Número de hijos	Número de hijos	
	Edad del NNA	Salud física y emocional, necesidades y aptitudes especiales del NNA	
	Nivel de vida	Nivel de vida antes de la separación	
	Situación y capacidad financiera de cada progenitor		Consecuencias fiscales para las partes
			Contribuciones no monetarias
			Necesidades educativas de los progenitores
		Disparidad en los caudales económicos de los padres	
Rubros no incluidos	Seguro médico privado	Gastos médicos no cubiertos por el seguro social	
	Gastos educativos extraordinarios	Cuidado diario del NNA en caso de que el PC este buscando trabajo	
Cantidad sustancial de tiempo de convivencia	20% de las noches del año	No específica	
Forma de recaudación	Unidad de Desembolsos del Estado de Florida	No específica	

Fuente: Elaboración propia a partir de Florida Statutes¹⁴³ y Family Court Act¹⁴⁴.

En ambos estados, se faculta a la autoridad competente para ejecutar, ordenar el pago temporal o permanente de una pensión al PNC o a ambos progenitores, en el caso de que un tercero tenga la custodia del NNA. Se puede solicitar la suspensión, anulación o reducción la obligación, cuando se ha establecido un régimen de custodia compartida, mediante sentencia de custodia o acuerdo de las partes.

Ahora bien, en Florida, el porcentaje que cada progenitor aportará para la manutención del NNA se determinará dividiendo los ingresos netos mensuales de cada uno¹⁴⁵, entre los ingresos netos mensuales combinados¹⁴⁶. Siempre que las partes se encuentren bajo un plan de crianza particular, se necesita un calendario del tiempo compartido que establezca que cada hijo pasará una cantidad de tiempo sustancial con cada uno de los padres. En este caso, el tribunal ajustará cualquier adjudicación de manutención de los hijos.

¹⁴³ Child support guidelines; retroactive child support, Florida Statutes No.61.30, n/d.

¹⁴⁴ Parents' duty to support child, Family Court Act - FCT § 413 New York Consolidated Laws, n/d.

¹⁴⁵ Los ingresos netos de cada progenitor se calcularán restando las deducciones permitidas de los ingresos brutos.

Numeral 4, Florida Statutes No.61.30, n/d.

¹⁴⁶ Numeral 9, Florida Statutes No.61.30, n/d.

Se entenderá por cantidad sustancial de tiempo, al menos el 20% de las noches del año¹⁴⁷. Este requisito se aplica a cualquier acuerdo de convivencia, ya sea temporal o permanente¹⁴⁸. El estatuto de Florida establece como una causal para modificar la adjudicación de la manutención de los hijos en el caso de que se haya dado un incumplimiento de la regularidad el horario de reparto de tiempo establecido en el plan de parentalidad, que no haya sido causado por el otro progenitor y que ha dado lugar al ajuste del importe de la manutención de los NNA¹⁴⁹.

4. Recomendaciones: método híbrido como directriz para regulación del derecho de alimentos en los casos de custodia compartida en Ecuador.

Se propone la siguiente lógica híbrida obtenida de los aportes de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas de Ecuador, el ‘Modelo de reparto del coste en función del tiempo que los hijos estén con cada progenitor’ del régimen español y el modelo estadounidense *Income Shares Model*. Pues esta asegura como resultado la fijación de una pensión alimenticia acorde al precepto legal ecuatoriano, al tiempo de convivencia con el NNA como un criterio cuantificable y a la proporcionalidad del caudal económico de cada progenitor.

Para su empleo, en primer lugar, es necesario determinar el ingreso mensual de cada progenitor para ubicarlo en el nivel correspondiente fijado en la Tabla ecuatoriana. Una vez que se obtenga el porcentaje de contribución de cada padre, se determinará el coste diario de manutención del NNA, el cual se obtendrá de acuerdo con el tiempo de convivencia con cada progenitor. Este último resultado se reducirá de su monto de contribución.

A continuación, se brindará un ejemplo: el P1 tiene un ingreso mensual de \$1,200 dólares, según la tabla nacional vigente se encuentra en el nivel 3, por lo que, le corresponde abonar el 40,83% de sus ingresos mensuales y convivirá el 60% del tiempo con el NNA. Mientras que, el P2 tiene un ingreso mensual de \$2,000 dólares, está en el nivel 5, le corresponderá abonar el 43,64% de sus ingresos mensuales y convivirá el 40% restante con el NNA.

¹⁴⁷ Inciso 8 literal b numeral 11, Florida Statutes No.61.30, n/d.

¹⁴⁸ Literal b numeral 11, Florida Statutes No.61.30, n/d.

¹⁴⁹ Literal c numeral 11, Florida Statutes No.61.30, n/d.

En principio, el P1 abonaría \$489,96 dólares y el P2 \$872,80 dólares, mensualmente. Ahora bien, el costo diario de manutención del NNA en el hogar del P1 es de \$16,33 dólares, teniendo un gasto mensual de \$293,98 dólares, correspondientes a 18 días. Mientras que al P2 le costará \$29,07 dólares diarios, ascendiendo a \$348,84 dólares correspondientes 12 días a los restantes. El gasto mensual de manutención se reducirá del monto inicial de contribución.

Bajo el modelo propuesto, el aporte de cada progenitor se calcularía de la siguiente manera: contribución de cada padre = contribución según la Tabla de pensiones - coste de manutención del NNA. En esta línea, el calculo para el P1 sería: $\$489,96 - \$293,98 = \$195,98$ dólares mensuales. En la misma línea, al P2 le corresponde: $P2 = 872,80 - 348,84 = \$523,96$. En total, la pensión alimenticia correspondiente al NNA será de \$719,94 dólares mensuales.

La reducción del gasto de convivencia del NNA con cada progenitor, se justifica bajo la concepción de que durante el tiempo que el NNA se encuentre bajo su guarda el progenitor cubrirá las necesidades básicas del NNA como lo son: los alimentos, vivienda, servicios básicos. Para los demás gastos fijos ordinarios como son la salud, educación, contará con el dinero que se recomienda sea depositado por ambos padres en una cuenta exclusiva para dicho propósito, en los dos progenitores figurarán como titulares y se sugiere llegar a un consenso sobre la administración de esta.

Los gastos extraordinarios necesarios deberán atender a los siguientes criterios: 1) debe ser un gasto necesario de manera que no se pueden eludir, 2) imposible de predecir en tiempo y espacio, 3) asumible económicamente, 4) no pueden estar contemplados dentro de la pensión de alimentos. Estos solo serán viables, si la necesidad está dentro de una causa grave o necesidad notoria y de urgencia.

Por ejemplo: 1) gastos por enfermedad grave o urgente, cirugías urgentes o programadas, por enfermedad o accidentes; 2) viajes escolares, 3) los gastos debidamente prescritos por un medico idóneo cuando el NNA requiera una atención especializada, sin el cual afectaría su desarrollo integral. Los gastos extraordinarios superfluos serán cubiertos por ambos padres en partes iguales.

5. Conclusiones

El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones parento-filiales en la sociedad ecuatoriana ha privado paulatinamente a las normas en materia de custodia y derecho de alimentos de sus condicionantes originales. Por esta razón, se halló que, los tres países analizados contemplan a la corresponsabilidad parental como un derecho-obligación de los padres, que se materializa en el reparto y distribución de la obligación de manutención de los NNA para cubrir con los gastos ordinarios y extraordinarios en los que se incurra para su cuidado y crianza. Por ello, lo ideal es que se consulten mutuamente para tomar decisiones importantes que afectan al bienestar de su hijo.

El presente trabajo ha demostrado la necesidad imperante de establecer mecanismos innovadores y diferentes para suplir el vacío de la normativa nacional respecto de regulación y prorrateo de la obligación alimenticia en los regímenes de custodia no exclusiva acordados en mediación. Además, el modelo híbrido propuesto contribuirá a la reducción del adeudamiento de las pensiones alimenticias, que en la mayoría de los casos se degenera en una suerte de violencia patrimonial en contra de las mujeres, por la preferencia injustificada de la normativa nacional, hacia el género femenino, para cumplir con el rol de PC.

A través de la metodología comparada y comparativa, se tomó del modelo norteamericano *Income Shares Model*, la idea de determinar y combinar los ingresos de ambos padres, para fijar la cuota provisional en base a la tabla de pensiones y el criterio de cantidad sustancial de tiempo para el incumplimiento del acuerdo. Del modelo español, se tomó el criterio de cuantificar el costo de manutención del NNA, el cual podrá ser reducido de la pensión alimenticia a la que cada padre se encuentra obligado.

A esta pensión, posteriormente, se le añadirán los demás gastos que deberán ser consensuados entre los progenitores. Además, el modelo híbrido propuesto respeta el régimen legal vigente sobre la materia. Mismo que exige el respeto y aplicación de los criterios contemplados en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas en todos los procesos en los que se vaya a decidir sobre la fijación del derecho de alimentos para los NNA.

Estas conclusiones tienen como principal limitante la confidencialidad de los acuerdos de mediación, lo cual no permite saber con certeza la difusión de información sobre los criterios que actualmente los padres consideran para regular su obligación en las actas de mediación.

Finalmente, se reitera que el régimen de custodia compartida no es excluyente del concepto de pensión alimenticia, pues la fijación de una pensión que será prorrateada con base al criterio de proporcionalidad y al reparto del tiempo de convivencia con el NNA entre los progenitores, asegura que el NNA no verá vulnerada su estabilidad por la disparidad económica de sus padres, garantizando así su interés superior y un acuerdo justo para ambos padres.