



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Centro Internacional de Posgrado

Máster de Acceso a la Abogacía

**TRABAJO FIN DE
MASTER**

LA CUSTODIA COMPARTIDA

Realizado por: Llara Losada Suárez

Convocatoria: Enero 2016

INDICE

Abreviaturas y Siglas utilizadas

Introducción	1
1. La patria potestad	2
1.1 Concepto y contenido.....	2
2. La guarda y custodia de los hijos	5
2.1 Concepto	5
2.2 Modalidades de guarda y custodia	6
3. La guarda y custodia compartida	7
3.1 Concepto y contenido	7
3.2 Análisis normativo de la guarda y custodia compartida en España	10
3.2.1 Evolución normativa española	10
3.2.2 La Ley 5/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.....	12
3.2.3 El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental y otras medida a adoptar tras la ruptura de la convivencia	15
3.2.4 Los derechos autonómicos	18
3.2.4.1 El derecho catalán	19
3.2.4.2 El derecho aragonés	19
3.2.4.3 El derecho de Navarra	20
3.2.4.4 El derecho valenciano	21

3.2.4.5 El derecho del País Vasco	22
3.3 Los principios generales y rectores de la custodia compartida	24
3.3.1 El principio del interés del menor	24
3.3.2 El principio de igualdad de los progenitores	26
3.3.3 El principio de coparentalidad	27
3.3.4 El principio de corresponsabilidad parental	28
3.4 Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida	29
4. El ejercicio de la guarda y custodia compartida	33
4.1 Criterios y presupuestos de atribución de la guarda y custodia compartida	33
4.2 Supuestos especiales en los que no procede tal atribución. Referencia a los supuestos de violencia de género.	39
4.3 Modalidades del ejercicio de la guarda compartida	40
5. Problemas prácticos y aspectos económicos del ejercicio de la guarda compartida	
5.1 La procedencia de la pensión de alimentos	43
5.2 Contribución a los gastos de los hijos menores	45
5.3 La atribución de la vivienda familiar y su problemática.	46
6. Conclusiones	47

Bibliografía

Apéndice Jurisprudencial

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

CC: Código Civil

FJ: Fundamento Jurídico

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

REC: Recurso

REF CJ: Referencia Cendoj

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

Dentro del Derecho de Familia, una crisis matrimonial supone una serie de cambios y una necesaria toma de medidas, especialmente las relacionadas con los hijos menores, siendo una de las más importantes la atribución de su guarda y custodia; identificándose ésta con el ejercicio de las funciones de la patria potestad que requieren de la convivencia, el cuidado y la compañía del hijo. Permitirá al progenitor que la disfrute desarrollar un mayor grado de afectividad y afianzar de distinto modo su relación con el hijo. La motivación para realizar este trabajo se fundamenta en la problemática jurídica que gira en torno a la guarda y custodia de los hijos, y concretamente a la guarda y custodia compartida. Es un tema que se encuentra a la orden del día en los despachos de abogados derivado de las separaciones y divorcios. Muchos progenitores incluso deciden solicitar este régimen con base a sus propios intereses, por ejemplo para tratar de evitar el pago de la pensión de alimentos, sin ni siquiera tener bien claro qué supone, en qué consiste y las posibles consecuencias que conlleva.

Existen diferentes modalidades de guarda y custodia, en nuestra sociedad ha destacado la guarda y custodia exclusiva o individual, opción preferente por los Tribunales durante un largo período de tiempo en el que existían unos roles muy marcados, siendo la madre quien se encargaba del mantenimiento del hogar y el cuidado de los hijos y el padre quien proveía para ello los medios económicos necesarios. Con el acceso de la mujer al mundo laboral, entre otros factores se han ido rompiendo dichos roles y se ha ido produciendo una evolución progresiva, legalmente iniciada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, que en sus modificaciones en varios preceptos del Código Civil contemplaba expresamente la posibilidad de atribución de la guarda y custodia compartida. Este sistema permite a ambos progenitores participar de una forma activa y equitativa en el cuidado y la educación de sus hijos, repartiendo los tiempos de convivencia en períodos similares de tiempo y fomentando la relación con los hijos de ambos progenitores, intentando que la ruptura conyugal tenga en éstos el menor impacto posible e intentando recrear la situación que más se asemeje a la vida de la que disfrutaban anteriormente evitando menoscabos psicológicos y evolutivos en su personalidad. Existen ciertos principios generales sobre los que gira la institución de la guarda y custodia compartida: el principio de igualdad de los progenitores, el principio de coparentalidad, el principio de corresponsabilidad parental y el principio de superior interés del menor. Todos son relevantes pero este último siempre deberá ser tenido en cuenta ante cualquier

decisión que deba tomarse, especialmente las relacionadas con el derecho de familia y con la guarda y custodia; deberá primar sobre el interés de los progenitores así como sobre cualquier otro. Observaremos también la postura de los derechos autonómicos, pudiendo considerar que se encuentran más avanzados que el derecho estatal en lo que a custodia compartida se refiere. Analizaremos también las ventajas e inconvenientes que presenta esta institución, así como sus criterios de atribución, que no se prevén legalmente. Se generan además ciertos problemas prácticos, especialmente en lo relacionado a los aspectos económicos en ámbitos como la pensión de alimentos, la atribución de la vivienda familiar y los gastos generados por los hijos.

1. LA PATRIA POTESTAD

1.1 Concepto y contenido

La minoría de edad comprende el lapso de tiempo desde el día de nacimiento hasta la fecha en que el menor cumple los dieciocho años. Se corresponde con un estado civil que acusa restricciones en la capacidad de obrar, dándose la necesidad de completarla.¹

Tal como dispone el artículo 154 del Código Civil Español, *"los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental"*.

Esta institución podría definirse como el conjunto de deberes derechos y poderes, atribuido a los padres respecto de sus hijos menores o en situación de capacidad de obrar limitada, para procurar la protección y salvaguarda de sus intereses, a fin de asegurar su libre desarrollo y formación como individuo conforme a su dignidad y personalidad, y los derechos que le son inherentes².

El Tribunal Supremo ya en la Sentencia de 30 de abril de 1991³ consideró que la patria potestad está configurada como un conjunto de derechos que la ley confiere a los progenitores sobre los hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto al sostenimiento y educación de los menores, y que dicha institución está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos

¹ SERRANO ALONSO E. *Introducción al Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, 2007, Pág. 192

² GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Págs. 26 y 27.

³ (Ref. CJ 2486/1991)

Dentro de la patria potestad se engloban deberes y facultades como son:

- Velar por los hijos menores o incapacitados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; en éste ámbito de actuación no debe olvidarse la creciente autonomía jurídica de los menores y su capacidad para tomar decisiones a partir de ciertos elementos como la madurez y la edad⁴.
- Representar a los hijos menores o incapacitados y administrar sus bienes, salvo los supuestos en los que los menores pueden actuar por si, en función de lo determinado en la ley, en su edad y/o en sus condiciones de madurez.

Representa así una función social, integrada por un conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, es irrenunciable e indisponible y tiene como fundamento el deber de velar por ellos, tanto en el orden personal como patrimonial. Está integrada por el conjunto de facultades que la ley otorga a los progenitores para que puedan cumplir sus deberes para sus con sus hijos, en orden a cuidarlos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral⁵.

La expresión "*velar por los hijos*" comprende el cuidado, vigilancia y control del menor sometido a la patria potestad; implicando así una finalidad tuitiva que impregna el ejercicio y cumplimiento del resto de deberes y facultades. Se puede concebir como un deber que conservan los padres, aun cuando no sean titulares de la guardia y custodia. Los padres también deben prestar alimentos, que comprenden el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y los gastos de educación y desarrollo. Dicha educación no será solo a nivel intelectual, sino también religioso o moral, comprendiendo todo lo necesario para el pleno desarrollo de la personalidad del menor⁶.

A los progenitores como titulares de la patria potestad les corresponde asimismo la representación legal de los menores no emancipados o incapacitados, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, por encontrarse limitada como ya hemos visto su capacidad de obrar. No debemos olvidar que la patria potestad se deberá ejercer siempre en beneficio de los hijos, no pudiendo los progenitores disponer de las facultades que se derivan de ésta a su voluntad. Es por ello por lo que deben

⁴ FUENTE NORIEGA, M. "La Responsabilidad Parental. Régimen Jurídico Básico y la Mediación" en *Curso de Experto en Mediación de Conflictos*. Universidad de Oviedo e ICAO, 2012/13 (inédito).

⁵ TAPIA PARREÑO J., *Custodia compartida y Protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo general del poder judicial), Madrid, 2009. Pags. 128 y 129.

⁶ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Págs. 31 y 32.

ejercerlas diligentemente, siempre buscando la protección del menor. Podemos considerar que éste "interés del menor" se configura como un límite a la actuación de los padres, al ejercicio de la patria potestad⁷. Resulta relevante el artículo 156 del Código Civil⁸.

Podemos considerar que su ejercicio sería la puesta en práctica del conjunto de facultades y deberes integradores de su contenido. A pesar de que puede ejercerla el progenitor custodio, en la mayoría de los supuestos de separación o divorcio, continúa siendo compartida entre ambos progenitores.

La patria potestad se extingue por: muerte de los padres o del hijo, por la adquisición de la mayoría de edad, por emancipación o por adopción del hijo. Cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial fundada en el incumplimiento de los deberes que ésta conlleva, dictada en causa criminal o matrimonial. En este sentido a modo ilustrativo cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2012 de 10 de febrero, en la que se refleja la facultad discrecional del Juez pero reglada a su vez, debiendo siempre tener en cuenta el interés del menor. En este supuesto concreto la falta de relación del padre con su hija no acredita la conveniencia de la privación de la patria potestad, al no concurrir un interés para la menor que deba producirla. También la Sentencia del Tribunal Supremo 1127/2003 de 27 de noviembre, que considera que la ruptura de la convivencia entre un padre y su hija se debe a la ocultación de la madre de su paradero, por lo que la falta de relación no es imputable al demandado y la Sentencia del Tribunal Supremo 415/2000 de 24 de abril⁹.

⁷ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Pág. 33

⁸ Art. 156 CC: *"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro (...) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio"*.

⁹STS 415/2000 de 24 de abril. Fundamento Jurídico 1º, párrafos 4 y 5: *"La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 Nov. 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender*

2. LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1 Concepto

La guarda y custodia se identifica con el ejercicio de aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia, cuidado y compañía con el hijo¹⁰. Su ejercicio se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico que va a permitir al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el hijo¹¹.

Parte de la doctrina considera que pese a la dificultad no es imposible lograr una definición aproximada del término custodia, pudiendo definirse como *"aquél poder jurídico, legitimación, reconocido a los padres (ambos o uno sólo) que ostentan la titularidad y ejercicio de la función parental, que comporta el derecho a tener consigo al menor, bien de manera permanente o alterna, y los deberes relacionados con el desarrollo de la vida cotidiana del mismo, relativas a sus necesidades personales, materiales y jurídicas del mismo mientras esté en su compañía"*¹².

Implica así atender las necesidades ordinarias del día a día con base a una convivencia y comunicación continúa que no implica necesariamente una situación privilegiada del progenitor custodio frente al otro, el cual puede, no solo seguir ostentando la titularidad de la Patria Potestad, sino su ejercicio en un régimen de coparticipación y corresponsabilidad, participando en la tomas de decisiones y en el cuidado del menor de diversas formas, en atención a las circunstancias, y buscando fórmulas que faciliten una amplia comunicación y periodos de convivencia¹³.

La distinción entre guarda y patria potestad realmente cobra sentido cuando ambos progenitores no conviven con el hijo, por ejemplo en los casos de crisis matrimonial. En dichos supuestos no es posible que de manera natural, a partir de la convivencia, los dos realicen materialmente las funciones que comprende la patria potestad¹⁴.

los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses"

¹⁰ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág.36

¹¹ SARAVIA GONZÁLEZ A.M., *La Jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida* (Consejo General del P.J), Madrid, 2007. Pág. 196.

¹² GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. *Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres*. Aranzadi, Navarra, 2015. Pág. 65

¹³ FUENTE NORIEGA, M. "La Responsabilidad Parental. Régimen Jurídico Básico y la Mediación" en *Curso de Experto en Mediación de Conflictos*. Universidad de Oviedo e ICAO, 2012/13 (inédito).

¹⁴ GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw Hill, Madrid, 1997. Pág. 74 citado por PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág.37

Así, tras la ruptura matrimonial resulta necesario decidir con cuál de los progenitores van a vivir los hijos comunes y qué relaciones van a tener con sus padres. El convenio regulador pactado o la sentencia fijarán la distribución de tiempo en la que el menor va a estar en compañía de cada progenitor. Este término se empleó por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (LEC 2000), no obstante era expresión común en las sentencias y convenios reguladores anteriores. Las expresiones utilizadas habitualmente por el Código Civil eran: "*tener consigo, cuidado y educación*"¹⁵.

2.2 Modalidades de guarda y custodia

Existen distintas modalidades de guarda y custodia pudiendo ser exclusiva, partida y compartida o alternada.

La guarda exclusiva es aquella en la que la convivencia se atribuye a uno sólo de los progenitores, el otro progenitor tiene un derecho de visitas del menor, salvo que se vea privado de éstas por concurrir alguna causa grave. Se le otorga así la guarda a uno de ellos, quien convive con los hijos, se le conoce como custodio, mientras que al no custodio se le concede un régimen de visitas, comunicaciones y estancias más o menos amplio. Este régimen tiene como finalidad fomentar las relaciones con los hijos, manteniendo latente la corriente afectiva preexistente, procurando así que a los menores no les afecte gravemente la separación parental.

En la mayoría de casos suele ser de fines de semana alternos y la mitad de los períodos vacacionales con cada uno de los padres. Con este sistema da la sensación de que uno de los progenitores gana, quedándose con los hijos y el que pierde se limita a pasar la correspondiente pensión alimenticia y a verlos cuando corresponda¹⁶, siendo el sistema más usual en nuestro país, aunque nos encontramos en plena evolución en aras de fomentar la custodia compartida, que actualmente ya no se considera una situación excepcional, en los casos en que resulte beneficioso para el superior interés del menor, debiendo valorar individual y exhaustivamente las circunstancias de cada familia y cada caso. Esto se debe a que las medidas que resultan beneficiosas para ciertos menores pueden ser perjudiciales para otros.

La guarda partida se identifica con los casos en que los hijos se distribuyen entre ambos progenitores, asignando la guarda de unos hijos a uno de ellos y la de los otros

¹⁵ TAPIA PARREÑO J., Custodia compartida y Protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo general del poder judicial), Madrid, 2009. Pags. 138 y 139.

¹⁶Ibidem. Págs 138 y 139.

al otro. Esta modalidad no suele utilizarse en la práctica, puesto que el Código Civil español aboga por el principio de no separar a los hermanos, siempre que sea posible¹⁷.

El sistema de guarda o custodia compartida se ha incrementado en la práctica judicial desde el año 2005 con la reforma del Código Civil introducida por la Ley 15/2005. Se corresponde con aquel modelo de guarda y custodia en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica, rotatoria o alternada del cuidado, atención y educación de los hijos menores¹⁸. La convivencia del menor con los progenitores se reparte entre ambos durante los períodos de tiempo que se hayan establecido, generalmente éstos suelen tener una duración similar¹⁹ aunque esto debido a las diferentes circunstancias de los progenitores, como por ejemplo los horarios laborales no siempre resulta posible.

Debe tenerse muy presente que cualquier decisión que se tome sobre los menores y concretamente en relación a la guarda y custodia deberá respetar el superior interés del menor. Este principio cobra especial relevancia en estas materias, debiendo primar sobre cualquier otro interés, incluso el de sus progenitores.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.1 Concepto y contenido

Se entiende por guarda o custodia compartida, alternada o sucesiva: *"aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos de tiempo más o menos determinados"*²⁰

Así la guarda y custodia compartida se identifica con aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, surgida tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre

¹⁷ TAPIA PARREÑO J., Custodia compartida y Protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo general del poder judicial), Madrid, 2009. Pág. 139

¹⁸ PÉREZ UREÑA, *El interés del menor y la custodia compartida*, Revista de Derecho de familia nº26, 2005. Pag. 275 citado por PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág.42

¹⁹ TAPIA PARREÑO J., *Custodia compartida y Protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo general del poder judicial), Madrid, 2009. Pág.139.

²⁰ LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Pág. 286

como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, siempre basada en el respeto y la colaboración, con objeto de facilitar a los hijos comunes una comunicación equitativa y frecuente con ambos progenitores; y distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades familiares de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de conflictos y desacuerdos que puedan surgir en el futuro²¹.

En consonancia con autores como CRUZ GALLARDO²² se puede considerar que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos, sino que implica también un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor de edad. En la guarda y custodia compartida, los padres se alternan en la convivencia y el cuidado de los niños en función del tiempo señalado en el convenio regulador aprobado judicialmente o la sentencia correspondiente. Es por ello que ambos padres serán guardadores, pero no de manera simultánea como antes de la ruptura conyugal, sino de forma alterna y sucesiva²³.

Uno de los objetivos más importantes de esta modalidad de guarda y custodia es tratar de mantener la normalidad tras la ruptura, de modo que los padres se alternen el cuidado de los hijos y continúen tomando las decisiones en común sobre ellos²⁴, para así intentar crear el menor perjuicio posible en los menores, que en múltiples ocasiones se ven afectados por la separación de sus progenitores. Las funciones inherentes a la patria potestad se realizarán en igualdad de condiciones sobre los menores por ambos progenitores²⁵, pudiendo no obstante corresponder de forma exclusiva al progenitor que en ese momento esté desempeñando las funciones de guardador, o mantener un ejercicio conjunto, con independencia de cuál de los padres sea el guardador en cada momento²⁶.

Podemos diferenciar conceptos como la custodia compartida jurídica y la custodia compartida física. La primera hace referencia a que ambos progenitores comparten el

²¹ ORTUÑO MUÑOZ P. Citado por ROMERO COLOMA A. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011, pág. 23

²² CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012

²³ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Pág. 85

²⁴ PICONTO NOVALES T. *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012

²⁵ LAFORET S. *Amores compartidos: la experiencia directa de la custodia compartida*, Holo, Madrid, 2011. Pag. 22

²⁶ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Pág. 86

derecho y la obligación de tomar las principales decisiones sobre el menor, en lo concerniente a su educación, cuidados de la salud, y otros aspectos. La segunda se refiere al hecho de tener al niño en su compañía, éste pasa una parte considerable de tiempo a cargo de cada uno de los progenitores, repartiéndose entre ellos asimismo las tareas de su cuidado diario. Si bien es cierto que la custodia compartida física se puede considerar que engloba la jurídica.²⁷

Ahondando más en el concepto de custodia compartida y siguiendo a autores como PINTO ANDRADE C.²⁸ y a modo ilustrativo es posible diferenciar distintos sentidos del término custodia compartida.

La Jurisprudencia actual, como por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril, STS 200/2014 de 25 de abril, STS 576/2014 de 22 de octubre y STS 449/2015 de 15 de julio,²⁹ entre muchas otras considera que la guarda y

²⁷ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Pág. 47

²⁸ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág.42,43,44 y 45: Pueden también tener cabida los términos custodia compartida en sentido estricto y custodia compartida en sentido amplio. La primera se refiere a la noción general que tenemos de dicho concepto. Se parte así de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de los cónyuges y de los hijos ante la Ley, así como de la corresponsabilidad parental de los progenitores. Lo realmente característico de esta custodia es que trata de procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que en la realidad se ha perdido con la ruptura conyugal. Los progenitores se alternan así el cuidado de los hijos sin coincidir físicamente, pero se ven obligados a tomar decisiones ordinarias y cotidianas en común. Se trataría así de intentar que los menores continuasen con el régimen de vida más similar al que tenían anteriormente, con la salvedad de que los padres ya no viven juntos. La custodia compartida en sentido amplio es el concepto habitualmente utilizado en la práctica, englobaría la ya citada custodia compartida en sentido estricto (casos de alternancia horaria, diaria y semanal) como la custodia repartida por períodos más o menos amplios (casos de alternancia quinquenal, mensual, trimestral o semestral). Se excluyen los supuestos de custodia exclusiva a favor de uno de los cónyuges, otorgando al otro un amplio régimen de visitas. Esto se debe a que esta modalidad de guarda y custodia implica algo más que ser un mero receptor o visitante. No debemos olvidar que el concepto de "custodia" se asocia a la idea de crianza y cuidado de los menores en sus aspectos diarios y cotidianos.

²⁹ Así a modo ilustrativo la citada Sentencia STS 449/2015 sostiene en su Fundamento Jurídico Sexto: "*La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014 (Rec. 2983/2012).*

custodia compartida no se trata de una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, pues permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

3.2 Análisis normativo de la guarda y custodia en España

3.2.1 Evolución normativa española

La regulación de la guarda y custodia de los hijos menores en España ha sufrido distintas modificaciones desde la Ley de matrimonio civil de 1870. Las diversas reformas legales han ido adaptándose a la evolución de la familia en la sociedad, aunque todavía queda mucho camino por recorrer para que la regulación respete de forma absoluta los derechos de todas las personas implicadas en las materias del derecho de familia.

Siguiendo a GETE ALONSO Y CALERA Y SOLÉ RESINA³⁰ resulta interesante contemplar los cambios que se han ido produciendo en la legislación estatal, y en tal sentido la Ley de matrimonio civil de 1870 establecía que en caso de separación matrimonial, si los padres no llegaban a un acuerdo, los hijos quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente. Si ambos eran culpables, bajo la potestad del tutor que se nombrase. No obstante las madres conservaban el derecho de cuidado de sus hijos menores. En los casos de nulidad matrimonial y a falta de acuerdo siendo ambos cónyuges de buena fe, los hijos varones mayores de tres años se quedaban bajo el cuidado del padre, y las hijas bajo el cuidado de la madre. En el caso de que solo hubiera un cónyuge de buena fe, los hijos quedarían bajo su cuidado, independientemente de su sexo.

Posteriormente la Ley de divorcio de 1932 atribuye el cuidado de los hijos hasta los cinco años a su madre y la ulterior Ley de 24 de abril de 1958, *de modificación del*

(...) Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal".

³⁰GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Págs. 94 y 95.

Código Civil, mantenía el criterio de otorgar el cuidado de los hijos al cónyuge inocente, y en el caso de que ambos fuesen culpables decidía el Juez, que podría nombrar un tutor, aunque en la mayoría de casos los hijos menores de siete años quedaban bajo los cuidados de la madre. Una vez superados los siete años, en los casos en que ambos padres eran de buena fe, los hijos pasaban al cuidado de su padre y las hijas al de su madre.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de Modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio*, introdujo la novedad del establecimiento de la Patria Potestad conjunta, ejercida por ambos progenitores, manteniendo la regla de que el cuidado de los hijos menores de siete años se atribuía a la madre.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, *sobre Modificación de la regulación del Matrimonio y Determinación del Procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio*, rompe con el esquema de culpabilidad de las leyes anteriores, dando relevancia al acuerdo entre los cónyuges o progenitores, permitiendo que éstos realizasen pactos sobre el cuidado de los hijos en el convenio regulador. No obstante mantiene la regla de que los menores de siete años queden bajo el cuidado de su madre.

El artículo 90 en la redacción dada por esta Ley establecía que en el convenio regulador habría de determinarse la persona a cuyo cuidado habrían de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, su ejercicio y el régimen de visitas correspondiente. Por su parte el artículo 92 CC recogía la posibilidad de que la patria potestad fuese ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos correspondiera a uno u a otro.

Si bien no se contemplaba de manera expresa la guarda y custodia compartida, tampoco se excluía, existiendo la posibilidad de pactarla en el convenio regulador correspondiente. No obstante al no estar recogido en la normativa fueron muy escasas las resoluciones judiciales que acordaron este tipo de guarda. La Ley 11/1990 de 15 de octubre *sobre Reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo*, en su modificación del artículo 159 contemplaba que si los padres no decidiesen de común acuerdo, decidiría el Juez siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarían éstos.

Se fue produciendo un cambio a partir de esta Ley, aunque la atribución de la guarda a la madre era la opción predominante en los tribunales, paulatinamente se fue ampliando el régimen de visitas correspondiente a los progenitores varones.

3.2.2 La Ley 15/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Esta Ley supuso un gran cambio en el ordenamiento jurídico español y en la Jurisprudencia preexistente hasta su publicación. Ha sido una de las reformas más importantes en el ámbito del Derecho de Familia desde 1981, ha supuesto un importante debate social y una controvertida tramitación parlamentaria.

La vía que abre esta reforma adquiere notable importancia, teniendo en cuenta que muchas de las resoluciones jurisprudenciales que han negado la atribución de la custodia compartida, incluso en supuestos en los que resultaba un sistema beneficioso se han basado en la circunstancia de que el Código Civil únicamente contemplaba como opción expresa la guarda exclusiva o individual, sin mencionarse el ejercicio alternativo por ambos. Si bien la nueva normativa no impone esta modalidad, sino que simplemente abre al Juzgador y a los progenitores formas nuevas y diferentes de repartir el tiempo de permanencia con los hijos, resultando beneficioso en determinados supuestos y bajo circunstancias concretas³¹.

Analizando su Exposición de motivos debe destacarse que la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los progenitores y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas. Se pretende así reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. Siendo ellos mismos quienes pueden en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar la decisión pertinente.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, esta Ley establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

Por último la Exposición de motivos de dicha Ley considera que los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de

³¹ CAMPUZANO TOMÉ H. *La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*. Aranzadi Civil, revista quincenal, N°3 2004. Pág. 2482

forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

A efectos del presente estudio resultan especialmente relevantes las modificaciones que introduce la presente Ley en los artículos 90³² y 92³³ del Código Civil.

Con base en el artículo 90 CC, en los casos en que se produzca divorcio de mutuo acuerdo mediante la elaboración de un convenio regulador, deberá reflejarse en el mismo la decisión de los progenitores acerca del cuidado de los hijos, de la atribución de la patria potestad y su ejercicio, así como de la guardia y custodia y el régimen de visitas en caso de que se solicite la guarda exclusiva a favor de uno de ellos del cónyuge no custodio, así como del cónyuge al que no le corresponda la compañía en cierto tiempo en los casos de custodia compartida.

En relación con la custodia compartida propiamente dicha se pronuncia el artículo 92 del mismo texto legal, también modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio:

(...) "5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los

³² Artículo 90 del Código Civil: "**1.** El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: **a)** El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos (...)"

³³ Artículo 92: "**1.** La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. **2.** El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. **3.** En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. **4.** Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

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

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores".

Es por todo ello por lo que esta reforma ha supuesto un cambio muy relevante en el ordenamiento jurídico español. Esto se debe a que permite a los padres solicitar o acordar la custodia compartida, debiendo siempre en última instancia decidiendo el Juez con base en el superior interés del menor, puesto que las peticiones de los padres pueden no coincidir con dicho principio tan relevante. Asimismo se impone el carácter preceptivo del informe del Ministerio Fiscal, aunque éste no es vinculante. Si bien en su primera redacción con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 el párrafo 8 del artículo 92 contenía la expresión "Informe favorable". Ya en el Encuentro de Abogados, Fiscales, Secretario y Jueces de Familia organizado por el Consejo General del Poder judicial y celebrado en noviembre de 2005 se consideró: *"El informe desfavorable del Ministerio Fiscal no impedirá, en todo caso, al Juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, pues de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez.*

Posteriormente la exigencia se ha declarado inconstitucional por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 185/2012 de 17 de octubre³⁴, con el fin de preservar la

³⁴ Dispone la STC en su Fundamento jurídico Primero: "Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales. La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no

función jurisdiccional de los jueces, ya que si el informe que hubiera de emitir el Fiscal tuviera que ser favorable para poder conceder dicha modalidad de custodia, actuaría como condicionante de la actividad judicial, quedando además la potestad abierta de que el Juez declare esta medida a instancia de una de las partes, es decir sin acuerdo de las mismas, con informe del Ministerio Fiscal cuando así se proteja adecuadamente el interés del menor.

Hasta esta reforma los obstáculos para la aplicación de la custodia compartida derivaban, por un lado de la normativa civil, ya que el legislador de 1981 no planteó esta modalidad de guarda, sino que primaba la guarda exclusiva con un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, dándose en ocasiones una paradoja puesto que se consideraba que no procedía una custodia compartida pero sí un régimen amplísimo de visitas, si bien no es lo mismo puede considerarse cierta contradicción en este sentido. Entre jueces y abogados, incluso en los propios padres existía una fuerte conformidad con tal situación, considerando que la madre era la guardadora idónea. Asimismo se consideraba que en la aplicación práctica esta figura generaba falta de estabilidad.

Paulatinamente comenzaron a aparecer pronunciamientos favorables que propiciaron el cambio, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero. Así la Jurisprudencia se fue cuestionando si realmente era beneficioso en todos los casos que la guarda de los menores se otorgara exclusivamente a su madre³⁵. En un principio se empezó a aceptar excepcionalmente, postura que ha ido evolucionando aunque todavía no se otorga tanto como se debiera en algunos casos, pues existen muchos tribunales aún reticentes pero ha pasado de considerarse excepcional a normal y deseable, siempre con base en el superior interés del menor.

forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios".

La misma Sentencia en su hecho tercero, párrafo sexto considera: *"A juicio de la Sala, supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Exigencia que entiendo contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público".*

³⁵ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Págs. 48, 49 y 50.

3.2.3 El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental y otras medida a adoptar tras la ruptura de la convivencia

Este Anteproyecto de 19 de julio del 2.013 a pesar de no estar vigente pretendía avanzar en el terreno de la guarda y custodia compartida. Una de sus principales novedades es la exigencia de presentación por parte de los progenitores en los casos de ruptura matrimonial o fin de la convivencia, un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, que debe incorporarse al proceso judicial. Se considerará así un instrumento con el fin de plasmar la forma en la que los progenitores tienen pensado ejercer sus responsabilidades parentales, recogiendo los compromisos asumidos por cada uno para con los hijos, en lo relativo a su guarda y custodia y a su cuidado y educación.

Propone la modificación del artículo 90³⁶ que quedaría redactado de manera considerablemente distinta a su redacción actual. Si bien jurisprudencialmente la custodia compartida ya no se considera excepcional, el Anteproyecto apoya dichos planteamientos, dejando a criterio del tribunal la opción más beneficiosa para cada menor debido a las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en algunos derechos autonómicos, no considera la guarda y custodia compartida como régimen preferente.

Contiene una prevención de introducción del artículo 92 bis en el Código Civil, tal como se desprende de su Exposición de motivos: *"tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y preferencias por la custodia monoparental el actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la*

³⁶ "1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener al menos los siguientes extremos:

a) Plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, si los hubiera, como corresponsabilidad parental, con inclusión de acuerdos sobre:

- 1º La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.
- 2º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.
- 3º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.
- 4º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo.
- 5º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación.

guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero si en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia (...)."

Suscitó mucha polémica en los grupos sociales afectados, existiendo protestas de las asociaciones de padres y madres divorciados. En su momento se dijo que se valorarían las opiniones de los implicados pero no se dieron avances en la materia. Uno de los extremos más conflictivos del Anteproyecto es la regulación que propone con relación a la guarda y custodia en las situaciones de violencia doméstica³⁷. En contraposición entre otras con la Asociación de Abogados de Familia, que en su Informe de 30 de octubre de 2013 sostiene que la exclusión de la guarda y custodia en casos de violencia doméstica o de género no debería ser automática, debiendo el Juez valorarlo en cada caso.

Es también punto de conflicto la posibilidad de que el Juez pueda otorgar la guarda y custodia compartida considerando que es el régimen más beneficioso para el menor, sin que ninguno de los progenitores lo haya solicitado. En este sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 23 de septiembre de 2013³⁸. Se pronuncia en la misma línea el Informe del Consejo de Estado de 24 de julio de 2014.

Resulta interesante recoger la opinión de algunos autores como GETE Y CALERA Y SOLÉ RESINA³⁹, que consideran que el Anteproyecto no avanza de un modo significativo hacia un modelo de custodia compartida, que sería lo deseable, sino que se limita a reconocer expresamente este modelo, sin favorecerlo, y a adaptar las

³⁷ En las situaciones de violencia doméstica el Anteproyecto considera que: *"el régimen de guarda y custodia de los hijos y de estancia, comunicación y relación de éstos con el progenitor que no vive con ellos o con otras personas se excluye, de acuerdo con los apartados 5 a 7 del artículo 92 bis, en los supuestos de delito de violencia doméstica o de género o contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos"*.

³⁸ El Informe del Consejo General del Poder Judicial de 23 de septiembre de 2013 dispone: *"Puede originar situaciones problemáticas, habida cuenta de que, en contra del criterio jurisprudencial anterior, la custodia compartida podrá ser establecida por el Juez sin que ninguno de los progenitores lo solicite, sin tener en cuenta que en ese dato deja entrever la falta de credibilidad de aquellos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso". "Por el contrario, es previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda y custodia compartida agudice las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la ruptura de convivencia en aspectos tan trascendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos". Concluye que "si el prelegislador considera que en algunas situaciones la guarda conjunta debería ser aplicada en algún caso, pese al criterio contrario de ambos progenitores, sería preciso mantener la excepcionalidad que recoge el vigente artículo 92.8, de manera que tal opción solo fuese factible cuando únicamente de ese modo se protegiera adecuadamente el interés del menor"*.

³⁹ GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Pág. 110.

soluciones judiciales ya consolidadas. Es por ello por lo que el Anteproyecto se sitúa por detrás de la doctrina jurisprudencial que evoluciona hacia la generalización de este sistema. En la opinión de estas autoras, en el caso de que se tramite manteniendo los principios que presenta actualmente, supondría la pérdida de la oportunidad de dotar al ordenamiento español de la coherencia necesaria en esta materia y de adaptarlo a los principios generales y los derechos fundamentales que se reconocen en los instrumentos internacionales.

A criterio de las mencionadas autoras, la custodia compartida debería contemplarse como el régimen general a aplicar en beneficio del interés superior del menor. Esto se debe a que es el que mejor atiende sus derechos de relación con ambos progenitores y al modelo de la potestad como una auténtica función inexcusable, que comporta una obligación de cuidado y atención en el sentido más amplio a los hijos y es objeto de corresponsabilidad parental. Si bien consideran que cualquier otra opción sería preferible si en el caso concreto atiende en mayor medida al interés del menor, pero la custodia compartida debe pasar de ser la excepción a ser la regla general, fomentando así la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsables en beneficio del menor⁴⁰.

3.2.4 Los derechos autonómicos

En esta materia la regulación de los derechos podríamos considerar que se encuentra más avanzada que la regulación estatal, puesto que algunos consideran la guarda y custodia compartida como regla general y opción preferente.

No obstante tal regulación en los procesos contenciosos contrasta en cierto modo con la realidad social aun vigente, pudiendo derivar fácilmente en situaciones carentes de sentido, por ejemplo en el caso de que ambos progenitores estén de acuerdo en una custodia individual y la autoridad judicial les impone la custodia compartida⁴¹.

3.2.4.1 El derecho catalán

En la época de la Segunda República el Gobierno de la Generalitat presentó al Parlamento un Proyecto de Ley de la autoridad paterna que no llegó a culminar su tramitación. La Ley 12/1996 fue la que reguló por primera vez en el ordenamiento jurídico catalán las relaciones de potestad entre los progenitores y los hijos.

⁴⁰ *Ibíde.* Pág. 110

⁴¹ PICONTÓ NOVALES T. *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012. Págs.48 y 88.

Posteriormente la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia de Cataluña reguló por primera vez en el derecho catalán los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial. A su vez se derogó el Código Civil de Familia de Cataluña, por la actual Ley 25/2010 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 29 de julio. Resulta destacable su artículo 233-10, relativo al ejercicio de la guarda y custodia.

Este precepto dispone que la guarda se ejercerá de la forma que acuerden los cónyuges o progenitores en el plan de parentalidad, salvo que dicho acuerdo resulte perjudicial para los hijos. A falta de acuerdo será la autoridad judicial quien determine la forma de ejercicio de la guarda, siempre ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. En el caso de que sea más beneficioso para el hijo una guarda individual, con base en su superior interés podrá otorgarse ésta. Asimismo sostiene que la modalidad de guarda adoptada no altera el contenido de la obligación de alimentos, pero se ponderará el tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores y los gastos asumidos por éstos. Recoge también la posibilidad de encomendar la guarda a los abuelos u otros parientes.

Si bien es cierto que coincide con la concepción del Código Civil español, en caso de falta de acuerdo ya que será el Juez quien decida el sistema más adecuado con base en el superior interés del menor, la opción preferente a diferencia de la regulación estatal, es la custodia compartida, al referir dicho artículo *"ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales"*.

3.2.4.2 El derecho aragonés

El Código Civil de Aragón refunde la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, estuvo vigente hasta el 23 de abril de 2011.

En la actualidad, resulta destacable el artículo 80 del Código Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Dicho precepto dispone que cada uno de los progenitores de forma separada, o ambos de común acuerdo podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida, o bien por uno solo. En los casos de custodia compartida se fijará un régimen de convivencia con cada uno de los padres, siempre teniendo en cuenta la situación familiar de cada caso, garantizando a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en una situación de igualdad. En los casos en que proceda la custodia individual o exclusiva, se fijará el

régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor, garantizando así el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

No obstante la opción preferente a adoptar por el Juez será la custodia compartida, en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente con base en el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, y atendiendo además a circunstancias como: la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión siempre que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años, la aptitud y voluntad de los progenitores con el fin de asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores, así como cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Para adoptar la decisión más conveniente el Juez está facultado para recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los hijos menores.

En los supuestos en que alguno de los progenitores no considere que la custodia compartida es la opción más beneficiosa para el menor, tratando de obtener la custodia individual, esto no resultará base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor. Asimismo no procederá atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida cuando esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, habiéndose dictado resolución judicial motivada en este sentido. Tampoco en los casos en que se aprecien indicios de violencia doméstica o de género.

Al igual que ocurría en el derecho catalán, la opción preferente a adoptar por el Juez en el derecho aragonés será la custodia compartida, considerándose la custodia individual o guarda exclusiva como opción subsidiaria, en los supuestos en que sea más conveniente para el interés de los menores.

3.2.4.3 El derecho de Navarra

Navarra cuenta con la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, *de custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres*. Hace especial hincapié en que deben valorarse una serie de condiciones en el otorgamiento de la custodia, sea individual o compartida. No establece diferencias entre la ruptura matrimonial o no matrimonial. Pretende adecuarse a la realidad social actual, abogando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no medie

acuerdo de los padres tenga su base en el interés de los menores y en la igualdad de los progenitores.

La guarda y custodia de los hijos las regula su artículo 3 que dispone que en el caso de ruptura de la convivencia los padres podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores sea ejercida por ambos o por uno de ellos. Si sólo uno realiza la solicitud el Juez deberá oír al Ministerio Fiscal y recabar los dictámenes que considere oportunos, pudiendo otorgar bien la custodia compartida o individual, según considere más conveniente para el interés de los menores. Para ello atenderá a una serie de factores como son: la edad de los hijos, la relación existente entre los padres y su actitud para cooperar entre sí, el arraigo social y familiar de los hijos, su opinión, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, los pactos que puedan existir entre los padres, entre otros.

La decisión buscará conciliar todos los intereses en juego, siendo prioritarios los de los menores. En caso de otorgar la custodia compartida, se fijará el régimen de convivencia con cada uno de los padres, adaptado a su situación familiar. Si por el contrario otorga la custodia individual fijará el régimen oportuno de visitas, estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio.

La legislación Navarra al contrario que ocurre en los demás casos no determina ningún modelo de guarda y custodia como preferente, sino que establece un marco de igualdad de condiciones respecto a la guarda y custodia individual y a la guarda compartida.

3.2.5.3 El derecho valenciano

La Comunidad valenciana cuenta con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de *Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*. Se ha cuestionado la constitucionalidad de esta Ley, entró en vigor el 5 de mayo de 2011, pero el Tribunal Constitucional declaró la suspensión de su vigencia desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno del Estado, por providencia de 19 de julio de 2011. No obstante por auto de 22 de noviembre de 2011 se levantó tal suspensión considerando que no se acreditaba la gravedad e irreversibilidad en la aplicación de la norma, no existiendo todavía pronunciamiento sobre el fondo.

Al igual que los demás derechos Forales, se atribuye la guarda compartida de manera general, incluso habiendo oposición de uno de los progenitores o malas relaciones. No hay que olvidar que esta fórmula puede no funcionar, especialmente cuando existe oposición por parte de algún progenitor, que puede no poner de su parte y en los

supuestos en que la entre ellos no es buena. No obstante considera que se podrá otorgar la guarda exclusiva cuando así lo aconseje el superior interés del menor.

Es en su artículo 5 donde se contempla que a falta de acuerdo entre los progenitores, la autoridad judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal, atribuirá como regla general a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos menores de edad. No será obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Previamente se tendrán en cuenta algunos factores y circunstancias como: la edad de los hijos, su opinión en los casos de suficiente madurez o más de doce años, la dedicación a la familia de los progenitores, así como el tiempo dedicado a la educación y crianza de los hijos, los informes sociales, médicos y psicológicos procedentes así como el arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores. También se tendrán en cuenta las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores, su disponibilidad para mantener un trato directo con los hijos menores de edad y cualquier otra circunstancia relevante a tales efectos.

No obstante en los casos en que sea necesario para garantizar su superior interés y a la vista de informes sociales, médicos y psicológicos la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos, esto es la guarda individual o exclusiva. Se deberá en estos supuestos establecer un régimen de relaciones familiares que garantice el contacto con los hijos de ambos progenitores, se fijarán las comunicaciones, estancias y visitas.

Todo ello sin perjuicio de que se pueda establecer un control periódico por la autoridad judicial, que podrá determinar un nuevo régimen de convivencia en función de las circunstancias.

3.2.6.4 El derecho del País Vasco

En el País Vasco encontramos la reciente Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Es en su artículo 9 donde plasma las cuestiones referidas a la guarda y custodia de los hijos.

Considera así que cada uno de los progenitores, bien por separado o de común acuerdo podrán solicitar al Juez, en interés de los menores que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o bien por uno solo de ellos. La solicitud se acompañará de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo aspectos como la determinación de los períodos

de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y demás parientes.

Establece que la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos, no supondrán obstáculo ni motivos suficientes para no otorgar la custodia compartida, siempre en interés del menor. Si una parte lo solicita el Juez adoptará la custodia compartida, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor atendiendo a ciertas circunstancias como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores, sus actitudes y su vinculación afectiva con éstos, el número de hijos y su edad, su opinión si tienen suficiente juicio o son mayores de doce años, el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos, así como el respeto mutuo en sus relaciones personales y su actitud, el arraigo social, escolar y familiar de los hijos así como las conciliaciones de la vida laboral y familiar y la ubicación de sus residencias habituales. Se tendrá también presente cualquier otra circunstancia que resulte relevante a tales efectos.

Las partes podrán aportar, o bien el Juez solicitar de oficio informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas en relación a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los hijos menores.

En los supuestos en que se adopte la custodia compartida se fijará un régimen de convivencia con cada progenitor, con base en las circunstancias de los progenitores. No obstante, el Juez podrá otorgar la guarda y custodia individual o exclusiva cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes procedentes, pudiendo fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor, garantizando así las relaciones paterno filiales y familiares.

Al igual que los demás derechos forales en el País Vasco se puede considerar que se fomenta la custodia compartida, o al menos se le otorga un marco de igualdad, si bien el artículo no lo contempla expresamente se puede desprender de expresiones como "la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos, no supondrán obstáculo ni motivos suficientes para no otorgar la custodia compartida (...)". No obstante ésta, al igual que las demás modalidades de guarda se condiciona al superior interés del menor y a la opción que resulte más beneficiosa.

3.3 Los principios generales y rectores de la custodia compartida

Existen ciertos principios que se consideran rectores de la custodia compartida. Se identifican con: el principio del interés del menor, el principio de igualdad entre los

progenitores, el principio de coparentalidad y el principio de corresponsabilidad parental.

3.3.1 El principio del interés del menor

Este principio tan relevante deberá ser comprendido en tres vertientes: como derecho sustantivo del menor cuando se adopte una medida que le concierne, sus mejores intereses se hayan evaluado y se hayan ponderado los intereses existentes; como un principio general de carácter imperativo, pudiendo ser interpretadas las disposiciones jurídicas de más de una forma y optando por la interpretación que proteja de mejor modo los intereses del menor y como norma de procedimiento, para así asegurad el respeto completo y efectivo de todos los intereses del menor⁴².

Se plasmó en la Convención de Derechos del niño de 1989⁴³ y en la Declaración de Derechos del niño de 1959. Resultan relevantes a estos efectos La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo las posteriores Leyes que la modificaron parte de sus preceptos: la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Ésta última modificó la redacción del artículo 2 de la citada Ley de 1996 que considera que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen. En aplicación de las normas que le afecten y de las medidas que les afecten adoptadas por instituciones, Tribunales u órganos legislativos deberá primar tal interés sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A efectos de la interpretación y aplicación de este principio se tendrán en cuenta entre otros: la protección del derecho a la vida y desarrollo del menor; sus deseos, sentimientos y opiniones; la conveniencia de que viva y se desarrolle en un entorno estable y adecuado; la preservación de su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación sexual e idioma.

Debe considerarse el punto de referencia a través del que giran las medidas a adoptar en relación con la custodia compartida. Vincula al Juez a la hora de resolver cualquier medida respecto a la guarda en cualquier clase de proceso, con independencia del

⁴² GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Pág. 102

⁴³ Su artículo 3 dispone: *“En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

tipo de filiación. Uno de los efectos más destacables en el ámbito procesal radica en la amplia discrecionalidad judicial para adoptar de oficio todo tipo de medidas, siempre en beneficio del menor⁴⁴. Es un principio controvertido ya que la doctrina no llega a un acuerdo en su significado, considerando que puede aplicarse tanto afirmando los derechos de los niños como negándolos, siempre pensando en su protección pero esto en ocasiones puede generar problemas, ya que debe conjugarse con su autonomía.⁴⁵

Nuestro ordenamiento jurídico lo recoge además en los artículos 39.3 y 39.4 de la Constitución, es un principio constitucional clave para la protección jurídico-social de los menores. Se identifica con un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción alcance y aplicación corresponde a los operadores jurídicos. A su vez está recogido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor de 1996. Existen también referencias tanto de forma directa como indirecta, en el Código Civil en diversas materias como pueden ser: nacionalidad, crisis matrimonial, alimentos entre parientes, patria potestad, guarda y acogimiento, tutela y adopción entre otras.

Podemos observar que las leyes aluden constantemente a este principio, esto se debe a tres razones fundamentales: la situación de vulnerabilidad ante la que se encuentran los menores; la imposibilidad de dirigir sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad; y la necesidad de que las circunstancias que les rodean sean favorables, ya que es una etapa vital para su desarrollo humano ⁴⁶

Al ser el menor un sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección; este principio debe aplicarse a la totalidad de conflictos en los que éstos se vean involucrados.⁴⁷ Se puede concebir también como un estándar jurídico pues resulta innegable observar que se desenvuelve en un ámbito con carga metajurídica y ética, que es el Derecho de la persona y de la familia. Esto conlleva que la moral social y sus valores tengan relevancia en la determinación del interés del menor en cada caso concreto. No solo se refiere a elementos materiales sino también a elementos morales, afectivos y psicológicos⁴⁸. Para un civilista relevante como RIVERO⁴⁹ también resulta muy difícil dar un concepto de interés del menor, considerando en una primera

⁴⁴ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Págs. 54 y 57.

⁴⁵ PUENTE ALCUBILLA V. *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2011, Pág. 66

⁴⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ I. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012, Pág. 90

⁴⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ I. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012. Pág. 91

⁴⁸ ASENSIO SÁNCHEZ M.A. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012. Pág. 48

⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ F. *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 62

aproximación: *“el interés del menor se refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación del perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo)”*.

Se identifica también como "favor filii" y constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia⁵⁰.

Este principio ha pasado de ser una garantía institucional a obtener una garantía constitucional; todos los actos relacionados con los menores deben hacerse respetando siempre su interés, debiendo éste primar sobre otras decisiones; si los progenitores o representantes legales realizan actos que no respeten dicho interés cabrá considerar que se están extralimitando de sus funciones.

Cabe tener muy presente que en ocasiones los progenitores actúan con cierto egoísmo en relación con las posibilidades de guarda y custodia se refiere, solicitando la modalidad que más se ajusta a sus intereses, incluso en algunos supuestos tratando de herir al otro cónyuge sin darse cuenta de que a quien realmente están perjudicando en vez de protegiendo es al menor. No hay que olvidar en este sentido que la parentalidad debe ser ejercida en interés superior del niño, esto es que la principal preocupación de los padres debería ser el bienestar y el desarrollo saludable del hijo, debiendo educarlos de forma que puedan tener un buen desarrollo escolar y social⁵¹.

3.3.2 El principio de igualdad de los progenitores

El artículo 14 de la Constitución Española consagra como principio fundamental la igualdad de todos los españoles ante la Ley y el principio de no discriminación por razón de sexo. Se desprende que se ampara también la igualdad de los progenitores en este sentido. También la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ya que sienta las bases sobre las que la Ley 15/2005 puede efectivamente desarrollar su función promocional de la igualdad parental reflejándola al interior y al exterior de la familia. Siguiendo su artículo 3: *"el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil"*.

⁵⁰SARAVIA GONZÁLEZ A.M., *La Jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida* (Consejo General del P.J.), Madrid, 2007. Pág. 236.

⁵¹FUENTE NORIEGA, M. "La Responsabilidad Parental. Régimen Jurídico Básico y la Mediación" en *Curso de Experto en Mediación de Conflictos*. Universidad de Oviedo e ICAO, 2012/13 (inédito).

En la actualidad la incorporación de la mujer al mundo laboral y las previsiones legislativas de la corresponsabilidad parental respecto al cuidado del hogar y de los hijos, tiene como fruto el creciente fomento del principio de igualdad en nuestro ordenamiento.

Al igual que ocurría con el principio de corresponsabilidad parental, la guarda y custodia compartida es la máxima expresión del principio de igualdad entre los progenitores. Esto se debe a que éstos, una vez sobrevinida la crisis matrimonial partirán de una situación de equiparación e igualdad entre ambos, dejando de lado la concepción anterior que atribuía a la madre la guarda exclusiva, considerando que ésta estaba mejor capacitada y poseía mejores aptitudes al respecto. La guarda y custodia compartida lleva a la plena igualdad de derechos y oportunidades para la mujer, equiparándola al hombre teniendo presentes los roles compartidos por ambos progenitores⁵² y rompiendo totalmente el esquema preexistente de la mujer como persona que se ocupa del hogar y de los hijos.

3.3.3 El principio de coparentalidad

Este principio se encuentra muy ligado al principio de corresponsabilidad parental, se identifica con el derecho que tienen los menores a seguir manteniendo una relación equilibrada y continuada tanto con su padre como con su madre, tras la crisis matrimonial y por consiguiente la ruptura de la convivencia.

Resulta destacable en este sentido la Exposición de motivos de la ya citada Ley 15/2005⁵³. Las crisis matrimoniales producidas con anterioridad a la reforma de 2005, incluso actualmente en algunos casos suponían en su mayoría la atribución de la guarda y custodia de forma exclusiva a uno de los cónyuges o progenitores, concretamente a la madre. Esto en la mayoría de supuestos tiene como consecuencia que la relación del menor con el cónyuge no custodio, figura que suele coincidir con el padre, salvo excepciones, se distanciase y cambiase totalmente, pasando a ser éste un progenitor de carácter secundario. El menor incluso puede relacionarlo con

⁵² LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Págs. 372 y 373

⁵³“En el antiguo modelo de separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos, que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse”.

determinados períodos de tiempo, generalmente de ocio, pero no lo identifica con otras decisiones ni ámbitos de su vida, por no estar presente en tales momentos.

En la actualidad se ha ido evolucionando, considerando que mantener la relación y los vínculos afectivos con ambos progenitores en igualdad de condiciones es un derecho del menor, además de resultar muy beneficioso en la mayoría de los casos. Es por ello por lo que la posibilidad de que se otorgue la guarda y custodia compartida garantiza el principio de coparentalidad, ya que el menor convivirá con ambos padres, teniendo una buena relación con ambos e interviniendo éstos en todos los ámbitos y esferas de su vida. En relación con esto se pronuncia también la Exposición de Motivos de la ya citada Ley 15/2005⁵⁴.

3.3.4 El principio de corresponsabilidad parental

El principio de corresponsabilidad parental en términos amplios se identifica con en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos⁵⁵. Podría considerarse una especie de concreción del principio de igualdad entre los progenitores, con base en el ámbito de las responsabilidades parentales.

La realidad de este principio se plasma en el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos una vez producida la crisis matrimonial. A pesar de que la convivencia entre ambos progenitores no continúa, éstos siguen siendo responsables del cuidado y crianza de sus hijos menores, derivándose de dicho cuidado las mismas obligaciones para ambos.

La aplicación de este principio en el régimen de la custodia compartida no implica que ambos progenitores compartan idénticos períodos de convivencia con los hijos, si bien esto se favorece. Lo que realmente significa es que comparten de manera igualitaria el cuidado y la atención que les otorgan, así como el ejercicio de las demás funciones integradoras de la patria potestad, de forma similar a su ejercicio durante la vigencia de la vida matrimonial.⁵⁶ Se pueden observar referencias a este principio en los textos legales que reconocen y regulan la guarda y custodia compartida. La ya referida Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 dispone que el objeto de la Ley es: "*hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con los menores*

⁵⁴"Cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés".

⁵⁵ LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Pág. 349

⁵⁶ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 504

continúa, a pesar de la separación o divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad". Asimismo el artículo 68 del Código Civil español, modificado por la citada Ley dispone que "los cónyuges deben compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendiente, descendientes y otras personas a su cargo".

Este principio y los valores que de él se derivan se ha intentado fomentar con el Anteproyecto de Corresponsabilidad parental, anteriormente referenciado, como elemento ilustrativo entre otros muchos, fomenta que los padres adopten "un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental".

3.5 Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida goza de una serie de ventajas pero también tiene algunos inconvenientes. Es un régimen de convivencia idóneo para reforzar los principios de corresponsabilidad parental y coparentabilidad, estableciendo además un equilibrio saludable de la relación familiar entre las figuras paterna, materna y el hijo menor de edad.

Podemos afirmar que parte de estas ventajas se derivan de que su fundamento teórico reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin al matrimonio pero no a los vínculos familiares; es por ello que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevinida la crisis matrimonial deberán ser iguales a los que tenían anteriormente⁵⁷.

Siguiendo a autores como CRUZ GALLARDO⁵⁸ podemos considerar que los niños criados bajo un régimen de custodia compartida gozan de:

- Lazos afectivos estables y estrechos con ambos progenitores y ambas familias: se conserva una estrecha relación familiar que compromete tanto al padre como a la madre en el desarrollo de las tareas educativas, el cuidado y la atención de los hijos menores de edad, permitiendo así que éstos conciban ambas figuras, paterna y materna en un plano de igualdad. Asimismo al haber un reparto de tiempo se salvaguarda la relación con la familia extensa relativa a cada progenitor. En la guarda exclusiva esto puede resultar complicado, ya que el cónyuge no custodio suele intentar aprovechar el mayor tiempo de su derecho de visitas con el menor,

⁵⁷ CAMPUZANO TOMÉ H. *La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*. Aranzadi Civil, revista quincenal, N°3 2004. Pág. 2482

⁵⁸ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Págs. 488 y 489

por lo que éstos podrían ir perdiendo una relación tan importante como es por ejemplo la de los abuelos.

- Mejora y sana la relación con los progenitores: impide en cierto modo que alguno de los cónyuges o progenitores adopte el rol de ganador o perdedor en la ruptura matrimonial, esto se debe a que ambos gozan de los mismos deberes y derechos para con los hijos. Además proporciona una visión de conjunto sobre el desarrollo educativo del hijo menor de edad. Se pretende así que la vida familiar se asemeje en cierta medida a la que existía con anterioridad a la crisis conyugal.
- Mayor estabilidad física y emocional de los hijos menores de edad: la convivencia sucesiva o alternada con ambos progenitores, al asemejarse dentro de lo posible a la vida anterior del menor, garantiza su estabilidad emocional y física y atenúa en la medida de lo posible la aparición de secuelas negativas en los hijos menores de edad que provoca la ruptura conyugal causada por el alejamiento de los progenitores y la ansiedad que puede conllevar el sentirse culpables de la separación.

La coparentalidad y el contacto familiar sucesivo es muy positivo también para los progenitores, sin olvidar que el interés que debe primar es el del menor, puesto que se reduce el sentimiento de fracaso y permite una mejor relación entre ellos.

- Mayor capacidad de adaptación a su entorno y mejores aptitudes sociales: la convivencia alterna o sucesiva con ambos progenitores, facilita al hijo menor una visión del mundo exterior más amplia, ayudándole a su vez en el desarrollo de su personalidad.

Existen también otros beneficios como pueden ser:

- Disminución de la posibilidad de padecimiento por parte del hijo menor de edad el síndrome de alienación parental: uno de los progenitores hace ver al menor aspectos negativos sobre el otro, terminando éste por sentir rechazo a estar con él.
- Mayor rendimiento escolar: en el rendimiento escolar se plasman en múltiples ocasiones si existen problemas emocionales en el menor.
- No cabe la alteración de la residencia y el entorno del menor por mero capricho de alguno de los progenitores.
- Existen menos posibilidades de que los menores sean sustraídos por alguno de los progenitores, ya que pasan tiempo con ambos ejerciendo éstos las funciones relativas a la patria potestad.
- Se encuentran menos expuestos a problemas en la vida adolescente y adulta: por haber tenido un desarrollo físico y emocional estable sin que la separación

les afecte demasiado por seguir teniendo presentes ambas figuras paterna y materna.

Se pueden enumerar una serie de ventajas de este régimen de guarda y custodia compartida como por ejemplo: se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo el modelo de convivencia que más se asemeja a la forma de vivir de los hijos desde su nacimiento; se evitan sentimientos negativos en los hijos: miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc; se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de sus progenitores, permitiendo una mayor aceptación de la nueva situación y se evitan fenómenos de manipulación por parte de los progenitores; se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad y de la responsabilidad parental; No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores, por lo que no se sienten vencedor y vencido, sino que se encuentran en igualdad de condiciones.; se da una equiparación entre ambos progenitores para conciliar su vida personal y profesional, teniendo ambos tiempo libre para ello; Se favorece la adopción de acuerdos y el trato entre los progenitores en beneficio del menor, debiendo adoptar acuerdos comunes.⁵⁹

El inconveniente más frecuente que se suele plantear es la inestabilidad a la que el menor puede verse sometido⁶⁰, debido al cambio de residencia y de entorno, aunque esto se minimiza en la medida de lo posible cuando los progenitores tienen domicilios cercanos; es por ello por lo que éste es un criterio a tener en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia compartida. Cada una de las ventajas puede ser contra argumentada sobre la base de la inestabilidad física, afectiva y emocional que la custodia compartida puede provocar en algunos casos. Se ha llegado a considerar que en algunas ocasiones algunos niños pueden convertirse en "niños maleta" que se limitan a ir de una casa a otra con carencia absoluta de estabilidad. No obstante existen autores como DELGADO DEL RÍO G⁶¹. que consideran que éste es uno de los argumentos más socorridos contra el sistema de guarda y custodia compartida, que no deja de ser un prejuicio; considera que todo consiste en hallar el punto de equilibrio, de equidistancia entre los diferentes intereses en juego, de tal forma que sean los menores quienes resulten lo menos perjudicados posible.

⁵⁹ A estos efectos STS 758/2013, de 19 de octubre y STS 96/2015 de 16 de febrero.

⁶⁰ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Págs. 490 y 491.

⁶¹ DELGADO DEL RIO G. *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010. Págs. 330 y 331.

Desde la psicología se ha observado que el desarrollo del menor podría verse comprometido por la inestabilidad derivada de la alternancia de la convivencia. Incluso en algunos casos más graves se podría dar una tendencia a desarrollar un desdoblamiento de la personalidad para complacer los deseos de ambos progenitores⁶². También desde un punto psicológico se ha comprobado que por el contrario otros niños son más estables que en el régimen de custodia monoparental; son alegres, inteligentes y felices. Resulta lógico que también tengan se sientan desorientados, tristes o infelices en algunas ocasiones, como cualquier persona. Pero son queridos y cuidados por sus dos progenitores, sin sufrir la ausencia de ninguno de ellos⁶³.

Se debe tener siempre presente que cualquier régimen de guarda y custodia y a su vez cualquier decisión que se tome frente a los hijos menores puede tener consecuencias no deseadas, por lo que deberá tenerse muy en cuenta su superior interés, y si éste se salvaguarda con un sistema de custodia compartida deberá otorgarse tal modalidad.

Asimismo en los casos en que existe conflictividad parental tampoco resulta adecuada esta modalidad de custodia, si bien es cierto que este régimen obliga en la medida de lo posible a mantener una cierta armonía y grado de comunicación, en los casos de gran conflictividad esto puede resultar perjudicial para el menor, por ejemplo en los casos en que éste presencie dichos problemas y conflictos, ya que podría incluso pensar que se deben a él y que en cierto modo tiene la culpa.

Otra desventaja⁶⁴ notable es el mal uso que pueden hacer de ella algunos progenitores, intentando a través de ésta obtener beneficios del otro cónyuge sobre los efectos derivados de la ruptura matrimonial, como podrían ser las pensiones de alimentos, compensatorias, el uso de la vivienda familiar y otros extremos que veremos más adelante. Es por ello por lo que el Juez debe garantizar que el establecimiento de la guarda y custodia compartida y sus cuestiones patrimoniales conexas, se acuerden de conformidad al principio de protección del cónyuge más débil, llevándose a cabo la negociación en igualdad de condiciones⁶⁵.

⁶² LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Págs. 484 y 485.

⁶³ LAFORET S. *Amores compartidos: la experiencia directa de la custodia compartida*, Holo, Madrid, 2011. Pág. 24

⁶⁴ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 491

⁶⁵ LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Págs. 495 y 496

El menor también puede transformarse en un arma arrojada de los padres, cuando se hallen en situaciones problemáticas, viéndose éstos inmersos en los conflictos de sus progenitores. Otra desventaja es que en caso de incumplimiento de las medidas inherentes a la guarda y custodia compartida, ésta se transformaría en una fuente inagotable de conflictos judiciales. Además aquél progenitor que no entregase al hijo en la fecha convenida, por ejemplo, generaría en el otro una actuación similar a modo de venganza.⁶⁶

4. El ejercicio de la guarda y custodia compartida

4.1 Criterios y presupuestos de atribución de la guarda y custodia compartida

Existen requisitos legales para el otorgamiento de la custodia compartida, recogidos en el ya citado artículo 92 del Código Civil. Se identificarían con el acuerdo de los padres en la propuesta de convenio regulador o durante el procedimiento, o bien la solicitud de uno sólo cuando el Juez considere que sólo de este modo se protege el interés del menor. El informe del Ministerio Fiscal es preceptivo aunque no necesariamente debe ser favorable, y se oirá a los menores con suficiente juicio, se valorarán las alegaciones vertidas por las partes en la comparecencia y la prueba practicada, así como las relaciones de los padres entre sí y con los hijos.

Los jueces deben argumentar suficientemente sobre el tipo de custodia que consideren más beneficiosa, así como el rechazo al otorgamiento casi automático a uno de los progenitores (generalmente a la madre) de la custodia exclusiva de los hijos. Siguiendo al Tribunal Supremo en Sentencia 94/2010, de 11 de marzo de 2010⁶⁷, el mejor interés del menor no consiste en evitar por ejemplo que los menores cambien de domicilio, puesto que lo normal es que se adapten a dicha situación. Tampoco consiste en perpetuar sin más el entorno de la vida de los menores, por tratarse de una situación transitoria. Ni en considerar determinante que la madre esté generalmente en mejores condiciones o más capacitada para ejercer la guarda de los hijos, creencia que se ha seguido en nuestro país durante muchos años y que no es acertada. Este Tribunal no comprende por qué la Ley no ha establecido unos criterios

⁶⁶ LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Pág. 496

⁶⁷ "No pueden admitirse criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso (...) Uno, la que se denomina "deslocalización" de los niños, cuando ésta es una de las consecuencias de este tipo de guarda". (...) "Puesto que la guarda compartida no consiste en un premio o un castigo al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión ciertamente compleja, en la que se debe tener en cuenta (...) el interés del menor".

por los que se guíen los jueces para poder determinar el régimen más adecuado a cada caso, siempre teniendo en cuenta el interés del menor⁶⁸.

Ante la falta de baremos o criterios en la legislación vigente, tal como considera la Sentencia del Tribunal Supremo 623/2009 de 8 de octubre⁶⁹, la práctica jurisdiccional ha ido señalando un conjunto de criterios o condiciones a valorar por los Jueces de familia a la hora de tomar decisiones sobre la modalidad de guarda más conveniente a cada caso, en especial sobre la procedencia o no de la custodia compartida⁷⁰. Resulta relevante a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª 382/2007 de 20 de febrero que fija como criterios a tener en cuenta: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y el carácter de los hijos compatibles con los de sus padres; estilos educativos similares o compatibles; edad de los hermanos y número de hermanos; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; que no existe excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres⁷¹ y que acepten este tipo de custodia; que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de la custodia compartida.

⁶⁸ PICONTO NOVALES T. *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012. Pág. 66

⁶⁹ STS 623/2009. Fundamento Jurídico Quinto: *"Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. (...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (...)*

⁷⁰ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág.75

⁷¹ En este sentido cabe citar la STS 495/2013, 19 de julio y su FJ 2º: *"esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa (...) ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos", añadiendo que " para el desarrollo afectivo*

Los criterios que recoge el Tribunal Supremo citados por ejemplo en Sentencia 623/2009 de 8 de Octubre, citada por la STS 681/2007 de 1 de Octubre se identifican con: *"la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos de los menores; el cumplimiento de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; sus acuerdos; la ubicación de sus domicilios; horarios y actividades"*, entre otros. Además se tendrá en cuenta: la capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad; la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común; la baja conflictividad de los padres; la relación previa existente de los padres con sus hijos; la proximidad de los domicilios de los padres; la disponibilidad de los padres para mantener trato directo con sus hijos en el período alterno que les pudiera corresponder; contar con medios económicos materiales suficientes; la edad de los hijos; la voluntad de los menores en los casos en que se les de audiencia; el resultado de los informes exigidos legalmente (el informe del Ministerio Fiscal, y el informe técnico en caso de que se considere oportuno)⁷².

El criterio más utilizado por los jueces y tribunales y que más sentido tiene de todos a mi juicio, es la relación que los padres mantenían con el hijo previamente a producirse la ruptura o crisis matrimonial. En este sentido se debe intentar averiguar si anteriormente existió una separación prolongada, en la que el menor estuvo bajo el cuidado de uno de sus progenitores, para tener esto en cuenta de cara a la estabilidad del menor centrándose en su superior interés⁷³. Si bien a este respecto cabe citar entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo 571/2015 de 14 de octubre, de cara a entender qué puede ocurrir en los casos en que debido a la crisis conyugal y las

y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores". La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos "tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos", sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre. Por consiguiente, como dice el informe del Ministerio Fiscal, "la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado". La solución aplicada en la resolución recurrida ha tenido en cuenta un solo parámetro, y no otros que aparecen como hechos probados, "imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, para aproximarle al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

⁷² PICONTÓ NOVALES T. *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012. Pág. 67

⁷³ *Ibidem*. Pág. 68

desavenencias entre los progenitores, uno de ellos (generalmente el varón) abandona el domicilio familiar⁷⁴.

Resulta muy lógico que se utilice este criterio, puesto que en ocasiones alguno de los progenitores utiliza la guarda y custodia compartida con el fin de dañar al otro progenitor, utilizando así al hijo para obtener su beneficio propio. Lo peor de que se den supuestos de este tipo es que en la mayoría de ocasiones, el progenitor que actúa de esa forma realmente no está interesado en obtener la custodia compartida del menor, puesto que no se encuentra preparado para hacerse cargo de él y en ocasiones son los menores los que pagan estos comportamientos de sus progenitores.

Cabe analizar un poco alguno de los criterios expuestos⁷⁵: Respecto a la relación de los progenitores entre sí ⁷⁶ y con los hijos, podría considerarse una premisa indispensable. Los progenitores deben intentar dejar a un lado sus diferencias personales, y actuar frente a los hijos con un grado considerable de consenso, ya que es uno de los pilares para que la custodia compartida pueda tener éxito⁷⁷. Si bien esto no supone reproducir la situación familiar anterior a la ruptura matrimonial, sino facilitar un mínimo de entendimiento para la eficacia en los cuidados y las atenciones que se otorgan a los hijos menores de edad. Las relaciones de los padres debieran ser fluidas y tener siempre un proyecto de educación y formación común, con líneas de actuación bien definidas favoreciendo así un desarrollo equilibrado del menor de edad.⁷⁸

Como ejemplo ilustrativo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 335/2007 de 5 de marzo que deniega la custodia compartida por existir una mala relación entre los progenitores, que puede llegar a vulnerar el superior interés del menor. El Tribunal Supremo exige "*respeto mutuo*" para conceder este régimen, por ejemplo en su Sentencia 619/2014 de 30 de octubre. Por el contrario en otras resoluciones como la STS 96/2015 de 16 de febrero no considera la conflictividad existente de tal entidad como para la denegación de la custodia compartida. La proximidad geográfica entre

⁷⁴STS 571/2015: "*En la sentencia recurrida se considera la custodia compartida como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina y la jurisprudencia lo vienen considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible (...) Esta Sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor*".

⁷⁵ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Págs. 76,77,78 y 79.

⁷⁶ Resulta interesante como ejemplo ilustrativo la SAP Las Palmas de 26 de julio de 2007

⁷⁷ A este respecto cabe citar: SAP de Segovia, Sección 1ª, 25/2007 9 de Febrero, la SAP de Burgos Sección 2ª, 3/2007 de 8 de enero, la SAP de las Palmas, Sección 3ª 16/2007 de 26 de enero, la SAP de Murcia, Sección 1ª 43/2007 de 5 de febrero, SAP Madrid, Sección 22ª 225/2006 de 4 de abril, entre otras.

⁷⁸ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Págs. 496, 497 y 498.

los domicilios⁷⁹ de ambos progenitores es un requisito material, que garantiza una mínima estabilidad física y del entorno del menor. Existe unanimidad en la doctrina sobre la notable influencia de la distancia geográfica del lugar de residencia de los progenitores, en la idoneidad de la custodia compartida⁸⁰.

La similitud en los modelos educativos sirve para evitar en la medida de lo posible que el tránsito entre los domicilios no resulta traumático y sea lo más llevadero posible para el menor, ya que en caso contrario podrían perderse referentes importantes y estabilidad.

Se deben tener en cuenta también la disponibilidad profesional de los padres para mantener el trato directo con sus hijos durante el periodo alterno correspondiente; a estos efectos deberán valorarse y tenerse en cuenta sus horarios laborales, ya que existen algunas profesiones que requieren desplazamientos de ciudad o comunidad autónoma relativamente frecuentes, incluso continuos no siendo esto beneficioso para el menor, que en dichos supuestos tendría que quedarse a cargo de terceros.

Ejemplos de denegación por estos motivos los encontramos en las Sentencias de la Audiencia Provincial Sección 18ª de Barcelona 382/2007 de 18 de julio y SAP de Barcelona Sección 12ª 638/2007 de 23 de octubre.

Otros criterios que también se deberían valorar respecto a la estabilidad del menor, sería por ejemplo su rendimiento escolar, ya que en este ámbito se reflejan en muchas ocasiones problemas emocionales, también las relaciones con sus compañeros. Asimismo y como ya he citado antes habrá de estarse a los verdaderos intereses que tienen los progenitores al solicitar esta medida por si existieran intereses escondidos.

Existen también criterios de denegación de este régimen como por ejemplo⁸¹: la distancia notable entre las viviendas de los progenitores, por ejemplo los casos en que se encuentran en ciudades distintas alejadas, incluso en comunidades autónomas diferentes; la falta de estabilidad y regularidad de hábitos y costumbres, que conlleva una inestabilidad física del menor; la falta de colaboración y acuerdo mostrado por los progenitores, el fracaso, la intransigencia y el enfrentamiento de los padres, entre

⁷⁹ Así lo ha considerado reiterada Jurisprudencia, como la SAP de Barcelona, Sección 18ª 759/2006 de 14 de diciembre: *"en principio la distancia entre ambas poblaciones no es excesiva (...) no sería en principio un obstáculo insalvable a la custodia compartida. Sin embargo no se estima oportuno establecerla, pues se obligaría al menor a realizar continuos desplazamientos de población"*. También resulta ilustrativa la SAP de Oviedo de 31 de mayo de 2007 en la que se produjo un cambio de domicilio sobrevenido.

⁸⁰ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 500

⁸¹ ROMERO COLOMA A. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011. Págs. 74,76,77,78,79 y 81.

otros. Parte de la Jurisprudencia es partidaria de que en ocasiones puede resultar perjudicial para el menor cambiar de domicilio o de costumbres dentro del mismo.

Nuestra Jurisprudencia ha reiterado que esté régimen debe concederse en los casos en que se vislumbra que entre los progenitores existen vías de acuerdo, armonía y espíritu de colaboración con el fin de satisfacer de la mejor manera las necesidades de los hijos comunes; la posición social y económica de uno de los progenitores, en cuanto a mejor expectativa para el equilibrio y bienestar del estado de los hijos; la solicitud de un sistema de reparto concreto, siendo preferente el arbitrio judicial.

En múltiples ocasiones se da una paradoja que carece totalmente de sentido, no se otorga la guarda y custodia compartida pero sí un régimen de visitas muy amplio y flexible, por lo que a efectos prácticamente se trata de una custodia compartida, aunque con distinto nombre. Esta es una muestra clara de la reticencia al cambio de algunos Juzgados. En esta línea resuelve como ejemplo ilustrativo siguiendo a CAMPUZANO TOMÉ⁸² la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18ª (Rec. 438/2003) de 26 de abril 2004, el padre solicitaba la custodia compartida con base en la relación de afectividad que seguía manteniendo con su hijo tras la ruptura, haciéndole la comida, recogiendo de la guardería así como la buena relación de los progenitores. Pero aún así el Tribunal consideró que las circunstancias no eran idóneas, otorgando un amplio régimen de visitas. Si bien es cierto que en un principio esto resolvía en cierto modo que las relaciones de afectividad con el progenitor no custodio se mantuvieran, hoy en día con la concepción de custodia compartida actual y las consideraciones del Tribunal Supremo, las resoluciones en este sentido no resultarían tan comprensibles. Cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015 de 21 de octubre de 2.015⁸³.

Se puede plantear además el supuesto de si puede solicitarla solo un progenitor o que ocurre en el caso de que no la solicite ninguno de ellos. Nuestro Código Civil en su redacción actual no contempla la posibilidad de que la autoridad judicial otorgue la custodia compartida sin que sea solicitada por ninguno de los progenitores, aunque

⁸² CAMPUZANO TOMÉ H. *La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*. Aranzadi Civil, revista quincenal, N°3 2004. Pág. 2486

⁸³STS 585/2015: *"En la resolución recurrida se menciona la corta edad de los menores, para justificar que no se adopte el sistema de custodia compartida, pero al tiempo reconoce que el sistema adoptado tiene un amplio régimen de visitas que es prácticamente similar al de custodia compartida. Es decir, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas, tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida"*.

esto se prevé en el Anteproyecto de corresponsabilidad parental y otras medidas. Es por ello por lo que el Juez únicamente podrá decidir a favor de la custodia compartida cuando exista acuerdo de los padres, o cuando habiéndolo solicitado uno sólo de ellos sea la única forma de proteger el interés del menor. No obstante en la legislación autonómica la situación es distinta, ya que todas las regulaciones forales que hemos estudiado permiten que el Juez otorgue este tipo de guarda sin que necesariamente haya habido petición por ninguno de los progenitores.

4.2 Supuestos especiales en los que no procede tal atribución. Referencia a los supuestos de violencia de género.

Tal como se desprende del artículo 92.7 de Código Civil no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Extremo que se contempla también en la normativa autonómica, no cabría asimismo cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes o la prueba practicada indicios fundados de esta clase de violencia, extremo que también se contempla en la normativa autonómica. Tales consideraciones se extienden también a la guarda exclusiva.

En este sentido la Jurisprudencia contempla varias posturas. Puede no concederse por existir un proceso penal en curso, tal como ocurre en las SAP de Baleares, Sección 4ª 403/2014 de 29 de octubre. Para el caso de que exista ya una condena penal como ejemplo ilustrativo cabe citar la SAP de Madrid, sección 22ª 118/2015 de 3 de febrero, en la que se considera que la hija menor tiene una mayor estabilidad con su madre teniendo en cuenta además la condena penal de su padre.

En los supuestos en que el Juez considere que existen indicios fundados deberá actuar de acuerdo con el artículo 49.2 bis⁸⁴ LEC.

En lo relativo a la violencia de género, la Ley vigente en España es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de

⁸⁴Artículo 49.2 bis LEC: "tras verificar que concurren los requisitos del Art. 87 ter 3 LOPJ, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente (...)"

Género Sus artículos 65⁸⁵ y 66⁸⁶ regulan las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores en estos supuestos, así como las posibles medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los hijos menores. Se posibilita así al Juez para suspender el ejercicio de tales medidas, debiendo pronunciarse sobre la forma de su ejercicio en caso de no proceder dicha suspensión.

4.3 Modalidades del ejercicio de la guarda compartida

No existe un modelo general de custodia compartida que obligue a los padres a repartir la convivencia por períodos iguales con cada uno de ellos, esto es una creencia errónea. Cada situación familiar es distinta y deben ser los progenitores, o el Juez en su caso quienes atendiendo a las circunstancias personales deberán establecer el modelo de custodia más conveniente en cada caso. Deberán valorarse circunstancias ya citadas como la proximidad geográfica de sus residencias, sus obligaciones laborales y disponibilidad horaria y la edad de los menores entre otras⁸⁷. Existen múltiples modalidades recogidas por la doctrina y Jurisprudencia y se permite adoptar cualquiera de ellas, siempre que medie acuerdo de las partes y éste sea aprobado por la autoridad judicial o sea el Juez quien lo determine tras la solicitud por alguna de las partes. Algunas de ellas⁸⁸ pueden ser:

- Custodia compartida simultánea: pese a la separación los progenitores permanecen en el mismo domicilio junto con sus hijos. Si bien esta modalidad

⁸⁵ Artículo 65 LO 1/2004: "El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución"

⁸⁶ Artículo 66 LO 1/2004: "El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución".

⁸⁷ CAMPUZANO TOMÉ H. *La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*. Aranzadi Civil, revista quincenal, N°3 2004. Pág. 2483

⁸⁸ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Págs. 510,511,512,513 y 514.

en la práctica no suele utilizarse, puesto que la crisis matrimonial en la mayoría de los casos trae consigo la ruptura de la convivencia y la separación.

- Custodia compartida a tiempo parcial, sin cambio de domicilio de los hijos: los hijos continúan disfrutando de la vivienda familiar, los progenitores la ocuparán en el tiempo que les corresponda. Esta fórmula está reservada para progenitores con un muy buen trato, amplia tolerancia y disponibilidad económica que les permita tener cada uno su vivienda aparte de la de los menores. La ventaja de esta modalidad es que los hijos continúan manteniendo su espacio vital y su inconveniente principal el coste económico que provoca.
- Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos: es la modalidad más igualitaria, su dificultad aumenta cuando los progenitores residen en distintas poblaciones.
- Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores: atribuye mayor tiempo de convivencia a uno de los progenitores que podría considerarse progenitor principal, mientras que el otro sería el progenitor secundario.

Existen diversos modelos temporales de guarda compartida, algunos de ellos son⁸⁹:

- Alternancia horaria en el mismo día: el menor estaría por ejemplo con un progenitor por las tardes desde la salida del colegio durante unas horas determinadas, en que será reintegrado en el domicilio correspondiente, normalmente el materno. Suele aplicarse en casos de niños muy pequeños. En el caso de los bebés se debe respetar el acuerdo alcanzado de forma especial. Lo normal será que el padre acuda al domicilio donde se encuentra el menor, permaneciendo con él unas horas para así evitar trastornos del sueño, desórdenes en la alimentación y cambios en el humor que desestabilicen al bebé al ser tan pequeño debe tener fijada una rutina y costumbres⁹⁰. A modo ilustrativo podemos citar la SAP de Barcelona Sección 18ª 228/2007 de 16 de marzo⁹¹ y la SAP de Baleares, Sección 5ª 369/2006 de 26 de julio⁹² entre otras.

⁸⁹ ROMERO COLOMA A. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011. Págs. 163,164 y 165.

⁹⁰ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Págs.516 y 517

⁹¹ *SAP de Barcelona 228/2007 de 16 de marzo: "los niños pernoctarán entre semana con la madre, el padre los recogerá en el colegio a la hora de comer, la madre los reintegrará al colegio por la tarde y el padre los recogerá del colegio. Los fines de semana alternos".*

⁹² *La Sentencia citada dispone "El menor estará con el padre todas las tardes de lunes a jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas que lo reintegrará al domicilio materno, fines de semana alternos".*

- Alternancia diaria o cada dos días: el menor pernoctaría dos días a la semana con la madre y dos días a la semana con el padre, y los fines de semana de forma alterna. En los casos en que existe cambio alterno de residencia no es aconsejable en menores que no superen el año de vida para su correcto desarrollo. A modo ilustrativo podemos citar la SAP de Barcelona, Sección 18ª 102/2007 de 20 de febrero⁹³ y la SAP de Gerona, Sección 1ª 408/2006 de 3 de noviembre⁹⁴.
- Alternancia semanal⁹⁵: es la fórmula más adecuada para niños mayores de cinco años aproximadamente. En esta edad el niño ya puede adquirir cierta conciencia del reparto del tiempo entre ambos progenitores, empezando a entender el concepto de la custodia compartida. A modo ilustrativo podemos citar la SAP de Alicante, Sección 6ª 200/2006 de 8 de mayo⁹⁶ y la SAP de Barcelona, Sección 18ª 471/2007 de 1 de octubre⁹⁷.
- Alternancia quinquenal⁹⁸: el niño convive quince días seguidos con cada uno de sus progenitores, pasando con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana. Esto se debe a que aun habiendo custodia compartida sigue existiendo régimen de visitas a favor del progenitor al que no le corresponde la guarda durante ese tiempo. A modo ilustrativo cabe citar la SAP de Barcelona, Sección 18ª 618/2007 de 5 de octubre⁹⁹.
- Alternancia mensual: el niño convive un mes con cada uno de sus padres, pasando con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana estableciéndose así el régimen de visitas. A modo ilustrativo cabe citar la SAP de Oviedo, Sección 5ª 406/2006 de 29 de noviembre¹⁰⁰.
- Períodos lectivos: los niños pasan con uno de sus progenitores los días lectivos, y con el otro los no lectivos y las vacaciones.

⁹³ La Sentencia citada dispone: "los menores permanecerán y pernoctarán los lunes y martes con la madre, y los miércoles y los jueves con el padre, fines de semana alternos"

⁹⁴ La Sentencia citada dispone: "los hijos permanecerán con el padre los martes y los jueves desde la salida de la escuela hasta el día siguiente, y fines de semana alternos (...) y con la madre los lunes y miércoles desde la salida de la escuela hasta el día siguiente (...)".

⁹⁵ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 517

⁹⁶ La Sentencia citada dispone: "Los hijos menores alternarán los tiempos de estancia con cada progenitor por períodos semanales, produciéndose la entrega los domingos a las 20:00 (...)".

⁹⁷ La Sentencia citada dispone: "La menor permanecerá con cada uno de los progenitores por semanas alternas, y una tarde intersemanal con el otro (...)".

⁹⁸ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 518

⁹⁹ La Sentencia citada dispone: "Ambos progenitores ostentarán la guarda y custodia alternada de la menor por períodos de 15 días (...)".

¹⁰⁰ La Sentencia citada dispone: "la menor convivirá con cada progenitor un mes. El progenitor que no conviva con la menor tiene el derecho de visitarla los fines de semana alternos (...)".

Existe una tabla elaborada por la institución estadounidense "Children's Rights Council" a modo ilustrativo, que establece un modelo orientativo de alternancia de períodos de convivencia con base en la edad del menor¹⁰¹.

Edad	Frecuencia de contacto con ambos padres
Menos de un año de edad	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de sus padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

5. Problemas prácticos y aspectos económicos del ejercicio de la guarda compartida

5.1 La procedencia de la pensión de alimentos

La contribución que cada progenitor debe efectuar en cumplimiento de su obligación de alimentos respecto a sus hijos, en principio no aumenta o disminuye en función del régimen de custodia. Lo que necesariamente cambia es la forma en que se hace efectivo el pago, puesto que en los casos de guarda compartida parte de los gastos habituales se afrontan directamente, en contraposición con la custodia individual en que se hacen efectivos mediante el pago de la citada pensión. Carece así de fundamento considerar que el sistema de custodia compartida exime de la responsabilidad de alimentos¹⁰².

Si bien es cierto que la custodia compartida suele acordarse en supuestos de progenitores con cierto nivel económico, pues deben tener suficiente sustento para el mantenimiento de los hijos en el período correspondiente, existiendo así cierta proporción y equilibrio entre ellos. La opción más habitual es que ambos progenitores se hagan cargo de la alimentación de los hijos en el período correspondiente que

¹⁰¹ LAFORET S. *Amores compartidos: la experiencia directa de la custodia compartida*, Holo, Madrid, 2011. Pág. 90

¹⁰² GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. *Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres*. Aranzadi, Navarra, 2015. Pág. 140

éstos se encuentren a su cargo, sin imponer el pago de alimentos al otro progenitor no guardador¹⁰³.

No obstante existen diversos casos en que el reparto del tiempo entre los progenitores no es igualitario, esto puede deberse a múltiples factores como pueden ser: la edad de los niños, su comodidad, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad de sus padres, etc. O bien que las posibilidades económicas de los padres son muy dispares, es por ello por lo que ante estas situaciones de relativa desigualdad sea posible fijar una pensión de alimentos, para ello se deberá tener en cuenta las diferencias de ingresos que pudieran existir entre los progenitores así como su nivel económico¹⁰⁴.

A este respecto LATHROP GÓMEZ¹⁰⁵ considera que *"existen situaciones que aconsejan la situación de una pensión alimenticia. Sucede así en los casos en que uno de los progenitores tiene una situación económica más consolidada que el otro, o en aquellas hipótesis en las que la asunción de los gastos asociados a las actividades y costumbres cotidianas del hijo sólo durante determinados meses del año, hacen demasiado gravoso el régimen de mantenimiento directo del padre o madre que en ese período convive con el menor. En estos casos puede disponerse una pensión alimenticia que reequilibre las situaciones patrimoniales de los progenitores, atendiendo a las circunstancias del caso y siempre que el interés del hijo lo justifique"*.

Nuestro Código Civil no prevé expresamente ningún efecto del sistema de custodia sobre la pensión de alimentos, sino que se limita a establecer en su artículo 93.1 que el Juez deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos adoptando las medidas convenientes para asegurar su efectividad. Sin embargo el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental previamente citado propone una nueva redacción de tal artículo, teniendo en cuenta la necesidad de que se atienda al tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores, considerándolo así como un criterio para poder cuantificar la pensión de alimentos.

5.2 Contribución a los gastos de los hijos menores

¹⁰³ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Pág. 86

¹⁰⁴ DELGADO DEL RIO G. *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010. Pág. 185

¹⁰⁵ LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008. Pág. 531

Como se ha visto anteriormente, la opción más usual y lógica es que cada progenitor haga frente a los gastos de subsistencia y de baja relevancia, por lo tanto escasa cuantía que se generen en el tiempo en que el menor se encuentra bajo su guarda.

Si bien otros gastos ordinarios de cierta importancia y cuantía más elevada como la educación (no se considera extraordinario porque aunque supone un gasto importante a principio de curso no es imprevisible), el vestido y el ocio deberán afrontarse conforme a lo dispuesto en la resolución judicial, que reflejará el modo de contribución de ambos progenitores, pues es preferible distribuir éstos gastos entre ellos conforme a su capacidad económica, de lo contrario podría darse el supuesto de que siempre el mismo se hiciera cargo¹⁰⁶.

Los gastos extraordinarios son aquellos imprevisibles e inespecíficos que surgen durante la vida del menor. En caso de que se adopte el sistema anterior, en el que cada progenitor afronta los gastos ordinarios en función de los períodos de tiempo que pase el menor en su compañía, éstos habrán de ser satisfechos por mitades por ambos progenitores si poseen la misma capacidad económica o similar. En caso contrario tal reparto se fijará por el Juez correspondiente, pudiendo en ocasiones tener distinto porcentaje como por ejemplo 60% y 40% si existe de disparidad de ingresos entre ambos progenitores. Podrían considerarse gastos extraordinarios por ejemplo los que deriven de una enfermedad y no estuvieran cubiertos por la seguridad social (ortodoncia, logopedia, audífonos). Así como por ejemplo y a modo ilustrativo los campamentos de verano.

Sin embargo parte de la doctrina considera que salvo que exista otro acuerdo por parte de los progenitores, el sistema más conveniente es la creación de un fondo común, en el que ambos progenitores ingresen en una cuenta mancomunada que se abra al efecto la cantidad necesaria para la atención de los gastos ordinarios y extraordinarios del menor, actuándose el importe a ingresar anualmente con las variaciones experimentadas por el IPC¹⁰⁷. Este sistema no está bien visto por algunos Tribunales, que lo conciben como una fuente permanente de conflictos y malos entendidos que podrían repercutir negativamente en los menores, tal como se desprende de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª 54/2007 de 26 de febrero, entre otras. Sin embargo otras Sentencias con la de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª 112/2003 de 10 de abril de 2.003 son favorables a dicho sistema de creación de un fondo común respecto a los gastos extraordinarios, ya que cada padre y madre se verían obligados a aportar una suma determinada, fijada

¹⁰⁶ CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012. Pág. 528

¹⁰⁷ PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009. Págs. 185 y 186.

proporcionalmente a su realidad económica y a las necesidades no habituales de los hijos.

5.3 La atribución de la vivienda familiar y su problemática.

La vivienda familiar genera mucha conflictividad, con la atribución de la guarda exclusiva a favor de uno de los progenitores, que generalmente solía ser la madre, se atribuía la vivienda a los hijos, y por lo tanto al progenitor guardador, si bien no ocurre lo mismo con la custodia compartida. En ocasiones incluso los progenitores son partidarios de solicitar la custodia exclusiva o individual, aun sabiendo que no es el régimen más beneficioso de los menores para así poder disfrutar asimismo de la vivienda familiar.

Es por ello por lo que las disposiciones legales han tendido cada vez más a evitar establecer una regla general, sosteniendo que deberá ser el Juez quien decida caso por caso sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, con base en los principios del interés superior del menor y del interés del progenitor más necesitado de protección¹⁰⁸.

Nuestro Código Civil en su artículo 96 dispone que en defecto de pacto entre los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Sienta así una regla general de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio en los supuestos de custodia individual, no refiriéndose a los supuestos de custodia compartida, debiendo en éstos decidir la autoridad judicial, pero perite así la atribución a cualquiera de los dos progenitores.

La regulación que propuso como ejemplo ilustrativo el Anteproyecto de corresponsabilidad parental (que no se encuentra vigente) en modificación del citado precepto del Código Civil, puede considerarse que resulta demasiado extensa, además no sienta criterios o reglas generales orientadoras para la autoridad judicial. Ni siquiera mantiene el criterio de atribución preferente del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio en los casos de custodia exclusiva o individual; admitiendo incluso expresamente que pueda atribuirse también al progenitor que no ostenta la custodia de los hijos, novedad relevante respecto a la regulación vigente.

Se previó una solución "ideal" consistente en atribuir a los hijos la vivienda familiar y que fueran los progenitores, guardadores en cada momento quienes entrasen y saliesen del domicilio. Pero es un sistema complicado, ya que exige una capacidad económica por parte de los progenitores de un cierto nivel, permitiéndoles así el

¹⁰⁸ GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Pág. 129

mantenimiento de tres viviendas: las suyas propias y además la vivienda familiar en la que residen junto a los menores. Además las relaciones entre ellos tienen que ser buenas, puesto que aunque no deban pasar tiempo conviviendo juntos utilizarían la misma vivienda para estar en compañía de los hijos, por lo que podrían generarse múltiples conflictos.

Algunos autores como DELGADO DEL RÍO¹⁰⁹ consideran que esta solución puede tener más inconvenientes que ventajas. Ello se debe los conflictos que fácilmente se pueden producir, por lo que para este autor la solución más favorable es atribuir a uno de los progenitores el uso del domicilio, encargándose el otro de procurarse otra vivienda en la que residir el resto del año, tanto en los períodos en los que les corresponda la guarda del hijo como en los que no lo tenga consigo. Esta opción favorece en cierta manera la posibilidad de que ambos progenitores puedan estabilizar sus vidas nuevamente y disponer de una vivienda fija, siempre y cuando puedan ofrecer a los hijos dos viviendas adecuadas en las que convivir, similares a la vivienda familiar. En estos casos, para fijar dicha atribución no se estaría al cónyuge custodio como se hace en los casos de atribución de una custodia exclusiva, sino que habría de atenderse al criterio subsidiario del interés más necesitado de protección, que contempla también el artículo 96 del Código Civil.

Todo esto se funda en que no es lógico que el menor deba residir en un domicilio de peores características del que residía hasta la ruptura matrimonial, pudiendo ser beneficiario junto al progenitor más desfavorecido económicamente del uso de la que fue la vivienda familiar¹¹⁰. A este respecto resulta ilustrativa la SAP de Barcelona, Sección 18ª 133/2008 de 21 de febrero¹¹¹.

6. CONCLUSIONES

Primera.- Ante una crisis matrimonial una de las cuestiones más relevantes y delicadas dentro de las medidas que tal situación conlleva es la atribución del derecho de guarda y custodia sobre los hijos comunes menores. Se deberá determinar así, bien por acuerdo de los progenitores aprobado por la autoridad judicial, bien por

¹⁰⁹ DELGADO DEL RIO G. La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente, Thomson Reuters, Navarra, 2010. Págs. 190 y 191.

¹¹⁰ ROMERO COLOMA A. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011. Pág. 184

¹¹¹La SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 dispone: "*la atribución del derecho de uso de forma exclusiva a uno de los progenitores con custodia compartida, sólo estará justificado cuando su situación económica le impida cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y ésta no quede garantizada con las aportaciones económicas del otro progenitor o de otra forma*".

decisión de ésta cuál de los progenitores será el idóneo para el cuidado diario de sus hijos, plasmado en la convivencia.

Segunda.- El acceso de la mujer al mundo laboral supuso un gran cambio social, dando lugar así a nuevas modalidades de organización familiar que debían responder a tal realidad. Paulatinamente se han ido superando los roles preexistentes de la madre que se ocupa del cuidado del hogar y de los hijos y del padre que sostenía económicamente con su trabajo a la familia.

Tercera.- Hasta la promulgación de la Ley 15/2005, el modelo de guarda y custodia utilizado por los Tribunales españoles mayoritariamente era el de guarda exclusiva o individual a favor de uno de los progenitores, normalmente la madre, disfrutando el progenitor no custodio un régimen de visitas, más o menos amplio para poder mantener su relación con los menores; normalmente fines de semana alternos y mitad de las vacaciones. Este puede suponer en algunas ocasiones un deterioro profesional y personal del progenitor custodio, así como entorpecer la relación de los hijos con su padre, pudiendo afectar negativamente al desarrollo de los menores.

Cuarta.- La Ley 15/2005 introduce específicamente la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, ya que anteriormente muchos Tribunales eran reticentes, por no existir una regulación expresa. Este modelo se identifica con aquél en que sobrevenida la crisis conyugal, el reparto de las obligaciones inherentes al menor se comparten de manera similar entre ambos progenitores. Existen diversas modalidades doctrinales y jurisprudenciales estableciendo en todo caso unos tiempos de convivencia que garanticen el contacto y mantenimiento de una relación continuada de los hijos con cada progenitor, sin perjuicio de la ruptura de la convivencia entre éstos.

Quinta.- La guarda y custodia compartida puede entenderse como el sistema familiar posterior a la ruptura familiar que con base en el principio de corresponsabilidad parental permite a ambos progenitores participar de forma activa y equitativa en el cuidado personal y la educación de sus hijos, así como vivir en su compañía durante períodos de tiempo. No se puede considerar que resulte beneficiosa en todos los casos, habrá de estar al supuesto concreto, teniendo en cuenta ciertos criterios de atribución y las circunstancias familiares existentes. Entre otros aspectos a destacar valorar de la procedencia de una guarda compartida destacan: la relación existente entre los progenitores, la distancia entre sus domicilios, su disponibilidad horaria y la edad del menor diarias.

Sexta.- Este sistema de guarda compartida supone la expresión y cumplimiento de varios principios en torno a los que gira, concretamente: el principio de igualdad de los progenitores, el principio de corresponsabilidad parental y el principio de coparentabilidad; teniendo en cuenta que ambos progenitores comparten los deberes y obligaciones derivados del cuidado, atención y educación de los hijos menores. Asimismo las decisiones que les afectan son tomadas conjuntamente por ambos progenitores, debiendo primar en cualquier decisión que les afecte el principio de superior interés del menor. Esto se debe a que su interés prevalece sobre cualquier otro, incluso el de los progenitores.

Séptima.- Un extremo muy relevante para la atribución de esta modalidad de guarda es el tiempo que los progenitores dedicaban al menor antes de producirse la ruptura, a su cuidado, crianza y educación. Esto se debe a que en cierta medida no resulta lógico otorgar la guarda compartida en casos en los que uno de los progenitores casi no participaba anteriormente en los aspectos inherentes a los hijos; al igual que no resultaría lógico privar a un menor del contacto y convivencia con un progenitor con el que compartía muchas de sus actividades

Octava.- La Ley 15/2005 influyó positivamente en las Comunidades Autónomas con derechos forales, como Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra y el País Vasco, que promulgaron sus propios textos legislativos tratando de subsanar algunas lagunas que suponía la aplicación práctica de la Ley estatal. Tales legislaciones autonómicas contemplan la guarda y custodia compartida como opción preferente frente a la individual en los casos de Aragón y Valencia, en Cataluña se reconoce como norma general el carácter compartido de la responsabilidad parental, supuesto similar al que ocurre en el País Vasco. En la legislación Navarra no se considera opción preferente, pero se establece un marco de igualdad entre la custodia compartida y la guarda individual, debiendo el Juez decidir con base en el superior interés del menor. Aunque esto puede ser un arma de doble filo, puesto que otorgar la custodia compartida en determinadas circunstancias familiares puede ser una fuente inagotable de conflictos, especialmente en los casos en que los progenitores no están conformes ni concienciados para ejercitarla, debiendo ponderar bien todos los extremos y con base siempre en el superior interés del menor.

Novena.- Con el paso de los años se ha producido una importante evolución jurisprudencial, siendo cada vez más numerosas las resoluciones en las que se otorga el régimen de guarda y custodia compartida, pero continúan existiendo problemas

prácticos, como por ejemplo: los tiempos de convivencia con los hijos y su articulación, la procedencia en determinados casos de la pensión de alimentos típica de la guarda individual que en casos de desigualdad económica está presente; la atribución del uso de la vivienda familiar, que se atribuye en algunas ocasiones al progenitor más desfavorecido y la contribución de cada progenitor a los gastos ordinarios y extraordinarios de los menores, siendo la regla general este sentido que ambos se harán cargo en el período de convivencia que les corresponda y los gastos extraordinarios por mitades. A mi juicio, algunos padres deberían ser más tolerantes y tener actitudes menos egoístas, anteponiendo el interés de sus hijos ante el suyo propio, ya que a pesar de que las relaciones entre ellos no sean tan buenas como se esperaba, deben pensar en el bienestar de los hijos, y muchos de esos conflictos pueden solucionarse tratando de acercar posturas, incluso acudiendo a métodos como la mediación en vez de la vía judicial.

Décima.- La situación actual ha mejorado mucho, habiéndose producido una notable evolución legislativa así como Jurisprudencial. Con el paso del tiempo se han ido adecuando, tanto la legislación como la Jurisprudencia a la realidad social existente; pasando así de considerar la custodia exclusiva como la modalidad de guarda que se otorgaba en la práctica en la mayoría de los casos, siendo la custodia compartida excepcional, a considerar esta última como una medida de lo más normal que además resulta beneficiosa en muchos supuestos, ya que permite que los hijos puedan relacionarse con ambos progenitores, derecho que les ampara, aun en situaciones de crisis familiar, así como desarrollar su personalidad y su educación junto a su padre y a su madre. No obstante aún queda mucho camino por recorrer.

Undécima.- Por último y a mi juicio se podría considerar que la actual concepción de custodia compartida en algunos supuestos y debido en ocasiones al deterioro progresivo de las relaciones entre los progenitores responde más bien a una custodia alternada. Por ejemplo la alternancia semestral se asemeja en cierto modo a una custodia exclusiva otorgada a ambos progenitores durante tal período de tiempo. No obstante las decisiones en relación con ellos se tomarían de forma consensuada, por lo que no es una guarda exclusiva pero aún se conservan algunos de sus rasgos. La decisión de que sea verdaderamente compartida no deja de ser de los padres y sus actuaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y Revistas:

ASENSIO SÁNCHEZ M.A. *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012

CAMPUZANO TOMÉ H. *La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*. Aranzadi Civil, revista quincenal, Nº3 2004.

CRUZ GALLARDO B. *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012

DELGADO DEL RIO G. *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010

FUENTE NORIEGA, M. "La Responsabilidad Parental. Régimen Jurídico Básico y la Mediación" en *Curso de Experto en Mediación de Conflictos*. Universidad de Oviedo e ICAO, 2012/13 (inédito).

GETE-ALONSO Y CALERA M. SOLÉ RESINA J. Custodia compartida, derechos de los hijos y de los padres. Aranzadi, Navarra, 2015. Págs. 26 y 27.

LAFORÉ S. Amores compartidos: la experiencia directa de la custodia compartida, Holo, Madrid, 2011

LATHROP GÓMEZ F. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.7

PICONTÓ NOVALES T. *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012

PINTO ANDRADE C. *La Custodia Compartida*, Bosh, Barcelona, 2009.

PUENTE ALCUBILLA V. *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2011

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011

RAVETLLAT BALLESTÉ I. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012

RIVERO HERNÁNDEZ F. *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007

ROMERO COLOMA A. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011

SARAVIA GONZÁLEZ A.M., *La Jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida* (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 2007.

SERRANO ALONSO E. *Introducción al Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, 2007.

TAPIA PARREÑO J., *Custodia compartida y Protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo general del poder judicial), Madrid, 2009.

Recursos electrónicos:

www.boe.es

<http://dialnet.unirioja.es/>

www.consultorjuridico.wke.es

www.noticias.juridicas.com

www.poderjudicial.es

www.rae.es

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Siguiendo el orden de aparición en el trabajo:

STS de 30 de abril de 1991 (Referencia Cendoj: 2486/1991)

STS 625/2012 de 10 de febrero (Recurso.1269/2010) (Ref. CJ. 12836/2012)

STS 1127/2003 de 27 de noviembre (Rec.1127/2003) (Ref. CJ 11313/2004)

STS 415/2000 de 24 de abril (Rec.995/1995) (Ref. CJ 86246/2000)

STS 257/2013 de 29 de abril (Rec.2525/2011) (Ref. CJ.37196/2013).

STS 200/2014 de 25 de abril (Rec.2983/2012) (Ref. CJ: 51101/2014).

STS 576/2014 de 22 de octubre (Rec.164/2014) (Ref. CJ: 145489/2014).

STS 449/2015 Sala Primera de 15 de julio (Rec.530/2014) (Ref. CJ: 99695/2015)

STC 185/2012 de 17 de octubre (Rec.8912/2006) (Ref. CJ: 153054/2012).

STS 94/2010 de 11 de marzo de 2010 (Rec.54/2008) (Ref. CJ 5294/2010)

STS 623/2009 de 8 de octubre (Rec.1471/2006) (Ref. CJ 192180/2009)

STS 94/2010 de 11 de marzo (Rec.54/2008 – Ref. CJ 5294/2010)

SAP de Barcelona, Sección 18ª 382/2007 de 18 de julio (Rec.705/2006) (Ref. CJ 127472/2007)

STS 623/2009 de 8 de octubre (Rec.1471/2006) (Ref. CJ 192180/2009)

STS 681/2007, de 1 de octubre (Rec.681/2007) (Ref. CJ 165754/2010)

STS 495/2013, 19 de julio (Rec.2964/2012) (Ref. CJ 118670/2013)

STS 571/2015 de 14 de octubre (Rec.772/2014) (Ref. CJ 14383/2015)

SAP 335/2007 de Madrid de 5 de marzo (Rec.1150/2006) (Ref. CJ 150496/2007)

STS 619/2014 de 30 de octubre (Rec.1359/2013) (Ref. CJ 152551/2014)

STS 96/2015 de 16 de febrero (Rec.890/2014) (Ref. CJ 10275/2015)

SAP de Segovia, Sección 1ª, 25/2007 de 9 de febrero (Rec. 445/2006) (Ref. CJ 94215/2007)

SAP de Burgos, Sección 2ª, 3/2007 de 8 de enero (Rec. 287/2006) (Ref. CJ 88221/2007)

SAP de Las Palmas, Sección 3ª 16/2007 de 26 (Rec. 753/2006) (Ref. CJ 39270/2007).

SAP de Murcia Sección 1ª, 43/2007 de 5 de febrero (Rec. 376/2006) (Ref. CJ 93808/2007).

SAP de Madrid, Sección 22ª 225/2006 de 4 de abril (Rec. 106/2006) (Ref. CJ 58716/2006)

SAP de Barcelona, Sección 12ª 638/2007 de 23 de octubre (Rec.484/2007) (Ref. CJ 219267/2007).

SAP de Barcelona, Sección 18ª de 26 de abril de 2004 (Rec.438/2003) (Ref. CJ 96325/2004).

STS 585/2015 de 21 de octubre de 2.015 (Rec.1768/2014) (Ref. CJ 153872/2015).

SAP de Baleares, Sección 4ª 403/2014 de 29 de octubre (Rec.395/2014) (Ref. CJ 219087/2014)

SAP de Madrid, sección 22ª 118/2015 de 3 de febrero (Rec.529/2014) (Ref. CJ 17135/2015).

SAP de Barcelona, Sección 18ª 759/2006 de 14 de diciembre (Rec. 405/2006) (Ref. CJ 247281/2006)

SAP de Barcelona, Sección 18ª 228/2007 de 16 de marzo (Rec.939/2006) (Ref. CJ 14719/2007).

SAP de Baleares, Sección 5ª 369/2006 de 26 de julio (Rec.257/2006) (Ref. CJ 115510/2006).

SAP de Barcelona, Sección 18ª 102/2007 de 20 de febrero (Rec.1002/2005) (Ref. CJ 1474/2007).

SAP de Gerona, Sección 1ª 408/2006, de 3 de noviembre (Rec.542/2006) (Ref. CJ 232283/2006).

SAP de Alicante, Sección 6ª 200/2006 de 8 de mayo (Rec.105/2006) (Ref. CJ 112709/2006)

SAP de Barcelona, Sección 18ª 471/2007 de 1 de octubre (Rec.776/2006) (Ref. CJ 219795/2007).

SAP de Barcelona, Sección 12ª 618/2007 de 5 de octubre (Rec.526/2007) (Ref. CJ 219247/2007).

SAP de Oviedo, Sección 5ª 406/2006 de 29 de noviembre (Rec.358/2006) (Ref. CJ 175043/2006).

SAP de León, Sección 2ª 54/2007 de 26 de febrero (Rec.279/2006) (Ref. CJ 88928/2007).

SAP de Castellón, Sección 3ª 112/2003 (Rec.349/2002) (Ref. CJ 69447/2003).

SAP de Barcelona, Sección 18ª 133/2008 de 21 de febrero (Rec.518/2007) (Ref. CJ 27936/2008).