



UNIVERSIDAD
DE ALMERÍA

LA CUSTODIA COMPARTIDA

Trabajo Fin de Grado de Derecho

05/06/2019

Autor: Ana María Herrera López.

Tutor: Alba Paños Pérez.

RESUMEN: LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La custodia compartida, basada en la corresponsabilidad parental, se incorpora a través de la Ley 15/2005 en el Código Civil. En la redacción del texto civil esta figura tiene un carácter excepcional. Sin embargo, las diferentes legislaciones autonómicas y la jurisprudencia en esta materia consideran la custodia compartida como la medida más beneficiosa para el interés del menor. El presente estudio se va a centrar en la evolución de la custodia compartida en España, tanto en el plano legislativo como jurisprudencial, delimitando cuáles son las ventajas y desventajas de esta figura.

ABSTRACT: SHARED CUSTODY.

The joint custody, based on parental co-responsibility, is incorporated through Law 15/2005 in the Civil Code. In the civil wording, this kind of custody has an exceptional character. However, the different regional laws and the jurisprudence in this matter consider joint custody as the most beneficial measure for the interest of the child. The present study will focus on the evolution of joint custody in Spain, both in the legislative and jurisprudential, defining what are the advantages and disadvantages of this measure.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	4
2. ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	5
2.1. DELIMITACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD.	5
2.2. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.	7
2.3. HISTORIA Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	9
3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.	13
3.1. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL.	14
A) Custodia compartida consensuada por ambos progenitores.	15
B) Custodia compartida contenciosa a instancia de una de las partes.	16
3.2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA. ..	19
3.3. BREVE REFERENCIA AL ANTEPROYECTO.	23
3.4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.	24
4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	25
4.1. INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	29
5. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.	31
5.1. VIVIENDA FAMILIAR.	31
5.2. PENSIÓN DE ALIMENTOS.	34
5.3. DISTANCIA DE DOMICILIO.	38
5.4. RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES Y CON EL MENOR.	42
5.5. DISPONIBILIDAD DE LOS PROGENITORES.	44
6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.	46
6.1. VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.	46
6.2. DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.	49
7. CONCLUSIONES.	50
8. REPERTORIO JURISPRUDENCIAL.	52
9. ÍNDICE LEGISLATIVO.	55
10. BIBLIOGRAFÍA.	56

ABREVIATURAS.

Art. – Artículo.

AP – Audiencia Provincial.

CC – Código Civil.

CCCat – Código Civil Catalán.

CE – Constitución Española.

FJ – Fundamento Jurídico.

LJV – Ley de Jurisdicción Voluntaria.

LOPJM – Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

MF – Ministerio Fiscal.

ONU – Organización de las Naciones Unidas.

TC – Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Supremo.

TSJ – Tribunal Superior de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN.

Al producirse la disolución de un matrimonio o la ruptura de una pareja de hecho, en la que hay menores, una de las principales cuestiones que surgen es la relativa a la guarda y custodia de esos menores. Tradicionalmente, esta cuestión se resolvía con la atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores, generalmente a la madre, lo que dejaba a los padres en un segundo plano respecto al cuidado de sus hijos.

En los últimos años, el avance hacia la igualdad de la sociedad española y la incorporación de la custodia compartida, objeto de estudio en este trabajo, en nuestro Código Civil han provocado una revolución en esta materia. La figura de la custodia compartida, incorporada con la Ley 15/2005, provoca un cambio en la tendencia tradicional llegando, como veremos a largo de este proyecto, a imponerse como la modalidad de responsabilidad parental preferida por los órganos judiciales. En cualquier caso, al estar en una materia de Derecho de Familia, en la que se afecta a menores, el principio rector es la protección del interés superior del menor.

No obstante, la regulación de la custodia compartida en nuestro texto civil ha sido objeto de diversas críticas por considerarse muy escueta, lo que ha propiciado que diversas Comunidades Autónomas elaboren sus propios textos legislativos en esta materia y, a su vez, que los propios tribunales hayan tenido que ir estableciendo los criterios para determinar la conveniencia de la custodia compartida, así como, para tratar de resolver los problemas prácticos que se presentan con la misma.

En este trabajo, trato de exponer cómo ha evolucionado el papel de la custodia compartida en nuestro territorio tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial. Para ello, a lo largo de estas páginas, iré recogiendo las reformas legislativas más importantes en relación con la custodia de menores y los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en torno a esta materia, que serán muestra del cambio de dirección del criterio tradicional de atribución general de la custodia exclusiva.

Antes de adentrarme de lleno en la figura de la custodia compartida explicaré algunas consideraciones generales sobre la guarda y custodia, distinguiéndola de la patria potestad y delimitando sus tipos. Igualmente, me detendré en cada una de las reformas más importantes en la evolución de esta materia, hasta llegar a la regulación de la custodia compartida.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

2.1. DELIMITACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD.

En primer lugar, para determinar qué se entiende por guarda y custodia debemos diferenciar dicho término de lo que se denomina como patria potestad. Nuestra legislación no recoge expresamente una definición de guarda y custodia, pero podemos acudir a la Sentencia de 19 de octubre de 1983¹ en la que el Tribunal Supremo determinó que la guarda y custodia consiste en el deber de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, entendiendo la misma como parte integrante de la patria potestad. Atendiendo a ello, podemos decir que existe una clara vinculación entre ambas figuras.

No obstante, cada una de estas figuras está dotada de “fisonomía jurídica propia”², existiendo una serie de elementos que permiten diferenciar la guarda y custodia de la patria potestad.

Por un lado, la patria potestad, regulada en el Título VII del Código Civil bajo la rúbrica “De las relaciones paterno-filiales” (arts. 154 a 180 CC), se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que, debido a la filiación, surgen entre padres e hijos.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de mayo de 1993³ definió la patria potestad como:

“un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad”.

En consecuencia, podemos decir que el origen de la patria potestad se encuentra en la propia relación paterna filial, sin importar si los progenitores están unidos en matrimonio o no.

En cuanto al concepto general de guarda y custodia se entiende como aquella facultad doméstica de los progenitores respecto de sus hijos que comprende todas las tareas derivadas del desempeño diario. Existen dos tendencias en la doctrina respecto a la noción de guarda y custodia: de un lado, un concepto restringido⁴, que entiende el

¹ STS (Sala 1ª). Sentencia de 19 octubre de 1983. Considerando segundo: “la Patria Potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones estas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y si, de acuerdo con el art. 170 CC, antes citado, cabe la privación total o parcial de la Patria Potestad por sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde, como hace la recurrida, la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante, del de potestad”. *Aranzadi RJ\1983\5333*.

² LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 54.

³ STS (Sala 1ª). Sentencia de 22 Mayo de 1993. FJ 4. *Aranzadi RJ\1993\3977*.

⁴ En este sentido, ECHARTE FELIÚ, A.M., considera que “la guarda y custodia no es más que la convivencia física habitual con el menor, perteneciendo siempre a ambos progenitores el deber de tener a sus hijos en su compañía”. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000.

contacto directo, físico y continuo con el hijo como el elemento esencial de la guarda y custodia y, de otro lado, un concepto más amplio⁵, que va más allá del mero cuidado o protección física del hijo, incluyendo la educación y formación integral de éste⁶.

En relación con la definición del término guarda y custodia, RAGEL SÁNCHEZ⁷, expresa que la palabra “guarda” se identifica con persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa, lo que significa estar bajo su protección o defensa, mientras que la palabra “custodiar” significa guardar con cuidado y vigilancia. A través de esa definición, observa el autor que las palabras guarda y custodia son muy similares y, al ir juntas, nos indican que la guarda o cuidado está reforzada.

En consonancia con lo expuesto, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980⁸, determina que el “derecho de custodia” comprende “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

El art. 154 CC⁹, referido a la patria potestad, esboza las funciones que comprende la guarda y custodia. El guardador debe actuar conforme a los deberes y facultades que, según dicho precepto, corresponden a quien ejerce la patria potestad: velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Toda ruptura matrimonial o de pareja de hecho en la que se vean afectados menores lleva consigo una modificación de la situación de los padres respecto con sus hijos puesto que se produce una ruptura de la unidad familiar. Ello es así porque por lo general, la disolución del matrimonio lleva consigo el desplazamiento de la vivienda familiar de uno de los cónyuges. Sin embargo, en ningún caso, la separación, nulidad y el divorcio eximen a los padres de sus obligaciones paterno-filiales¹⁰.

A pesar de la ruptura matrimonial, como regla general ambos progenitores conservan la titularidad de la patria potestad, pero no ocurre lo mismo con la guarda y custodia. Ésta figura ha de ser observada con detenimiento una vez que se produce la ruptura matrimonial y, como consecuencia, se interrumpe, la convivencia de los

⁵ Este concepto más amplio es apoyado por RAGEL SÁNCHEZ, L.F., quien entiende “la guarda y custodia como la convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos”. “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001, p. 289.

⁶ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 58.

⁷ “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm.15 Enero-Diciembre 2001, p.282.

⁸ Artículo 5 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980: “A los efectos del presente Convenio: a) El «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) El «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

⁹ Artículo 154 CC: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. (...)Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes”.

¹⁰ Artículo 92.1. CC: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

progenitores, pues es entonces cuando los padres deben acordar cómo van a organizarse para facilitar la guarda y custodia de los hijos, o lo que es lo mismo, la convivencia, cuidado y asistencia de éstos.

Es conveniente dejar claro, tal y como expresa RAGEL SÁNCHEZ¹¹, que para que un progenitor tenga la guarda y custodia, ha de ejercer la patria potestad, lo que no significa que todo progenitor que pueda ejercer la patria potestad tenga la guarda y custodia. Ello es así ya que la guarda y custodia se considera parte integrante de la patria potestad – al menos durante la convivencia de los padres –, de manera que todo progenitor que tenga la guarda y custodia ostentará a su vez la patria potestad.

En las situaciones normales de convivencia entre los progenitores, la guarda y custodia se encuentra oculta por la patria potestad ejercida por ambos padres, pero ello no quiere decir que la guarda y custodia no exista entonces. En estos casos, lo que ocurre es que la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra “embebida por la patria potestad dual”¹², pues entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad, se incluye “tenerlos en su compañía” y “educarlos y procurarles una formación integral” (154.1 CC).

En cambio, cuando observamos distintas situaciones de convivencia, podemos comprobar que la relación entre ambas figuras es diferente, pues la guarda y custodia se separa de la patria potestad. Entonces, surge la necesidad de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia, que estaba hasta entonces integrada en la patria potestad. Hay distintos tipos de custodia, regulados en los artículos 90 y siguientes del Código Civil como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

Así vemos que la guarda y custodia que, en un principio hemos definido como parte integrante de la patria potestad, sigue siendo una de las funciones implícitas en dicha figura, empero a raíz de la separación de los progenitores, la guarda y custodia pasa a ser un derecho deber independiente, que va referido al cuidado y estancia con los hijos.

Actualmente, podemos encontrar distintos modelos de guarda y custodia en nuestro ordenamiento: guarda y custodia compartida, exclusiva o ejercida por un tercero. A continuación, pasaré a explicar cada uno de ellos con más detenimiento.

2.2. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

A) Guarda y custodia compartida.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el artículo 92 CC¹³ incluyendo en el apartado quinto, la posibilidad de otorgar la custodia compartida a ambos progenitores. Este sistema de guarda y custodia compartida permite que, cuando se produzca la

¹¹ “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001, pp.287-288.

¹² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001, p.284.

¹³ Artículo 92.5 CC: “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”.

ruptura de la relación sentimental entre ambos progenitores, tanto el uno como el otro puedan ejercer, en igualdad de condiciones y de derechos, la custodia legal de sus hijos menores. Esta modalidad se caracteriza principalmente, por la posibilidad de pasar ambos progenitores el mismo o similar período de convivencia con los hijos.

Más adelante, trataré a fondo sobre esta nueva modalidad de custodia.

B) Guarda y custodia exclusiva, unilateral o individual de uno de los progenitores.

Se trata de aquella modalidad por la que se atribuye la convivencia en exclusivo a uno de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene derecho de comunicación y estancias, salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de las mismas¹⁴.

Tradicionalmente, la guarda y custodia exclusiva – generalmente a la madre – ha sido la modalidad que se ha venido estableciendo hasta la llegada de la Ley 15/2005, que introdujo la figura de la custodia compartida.

C) Guarda y custodia ejercida por una tercera persona.

El Código civil, en sede de medidas provisionales, recoge la posibilidad de que los hijos sean encomendados a la guarda de personas distintas de sus progenitores. El artículo 103.1º.II CC determina que: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

Se trata de una situación excepcional que se produce por el desinterés, imposibilidad o bien la incapacidad de los padres para cumplir las obligaciones parentales, lo que aconseja delegarles en una tercera persona, y, en su defecto, en una institución idónea.

En esta modalidad de guarda y custodia, el guardador no tendría la patria potestad, que si coexiste con la guarda y custodia de los progenitores. Esa diferencia entre la guarda y custodia de los padres y la guarda y custodia ejercida por un tercero es reflejada en la redacción de nuestro Código Civil. Así, podemos observar como el legislador utiliza para referirse a la guarda y custodia de los hijos a cargo de sus progenitores términos más cálidos y tiernos, como son “tener consigo” y “tenerlos en su compañía” (art. 94)¹⁵ o “quedar al cuidado” (art. 159)¹⁶ expresiones más afectivas que las que emplea cuando el guardador es un tercero¹⁷. Entonces se habla de que los

¹⁴ Artículo 94 CC: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. (...)”.

¹⁵ Artículo 94 CC: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

¹⁶ Artículo 159 CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”.

¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001, p.290.

menores “son encomendados” (art. 103.1º.II) o “se encuentran bajo su guarda” (art. 229)¹⁸.

2.3. HISTORIA Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Originariamente, la Ley de Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870 y el Código Civil de 1889, otorgaban la custodia del menor tras la separación rigiéndose por un principio de culpabilidad. Se consideraba que la separación era causal – se exigía la expresión de causa justa para solicitarla – y que dicha causa tenía un responsable, que como consecuencia se vería privado de la guarda y custodia de sus hijos. De esta manera, la guarda se atribuía atendiendo a la conducta de los progenitores antes de que se diese lugar a la crisis matrimonial, obteniendo la guarda y custodia de los hijos el progenitor que resultaba de “buena fe o inocente” en la ruptura del matrimonio¹⁹.

Atendiendo al criterio originario para tomar la decisión judicial sobre la guarda y custodia, podemos apreciar que la obtención o pérdida de la misma se entendía como un premio o castigo²⁰, en función de la conducta de los progenitores.

El legislador español en la redacción originaria del artículo 70 CC ordenaba ponderar, además de la culpabilidad de los cónyuges, también el sexo y edad de los hijos; quedando los hijos menores de tres años bajo el cuidado materno hasta que cumplieran dicha edad.

En la Segunda República, se promulga la Ley del Divorcio del año 1932, la cual en su art. 17.2 establecía que “si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”. De tal manera que esta primera Ley del Divorcio – a pesar de su pronta derogación con el régimen franquista en 1939 –, constituyó el origen para que la Ley de 24 de abril de 1958 extendiera la edad límite de los menores bajo el cuidado de la madre desde los tres años hasta los siete años.

A partir del año 1981, se realizan diversas reformas de las que voy a destacar las siguientes:

1. La Ley 11/1981 de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

La reforma se centró en los criterios de atribución y ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, refiriéndose, expresamente, a los casos de no convivencia entre los progenitores.

En cuanto a la patria potestad, se reformaron los arts. 154²¹ y 156²² CC, produciéndose un importante cambio: la titularidad y ejercicio de la patria potestad se

¹⁸ Artículo 229 CC: “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

¹⁹ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 82.

²⁰ DELGADO SÁEZ, J., “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”, en *Derecho de Familia: Nuevos retos y realidades*. Dykinson, 2016, p. 104.

otorga a ambos padres. Así, conforme al principio de igualdad, ambos progenitores, ejercerían los derechos y deberes respecto de sus hijos que antes eran privativos, generalmente, de la madre.

A pesar de este paso hacia la igualdad entre hombres y mujeres, la Ley 11/1981 de 13 Mayo, reflejaba la idea de que la madre se encontraba en mejores condiciones para el cuidado de sus hijos. Así, en su artículo 159 CC²³, referido a la facultad del Juez para la determinación de la guarda de los hijos, contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.

2. La Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación o divorcio.

Se trata de una reforma muy importante por dos aspectos:

Por un lado, vuelve a introducir el divorcio – sólo conocido durante la II República – como causa de disolución de la relación conyugal. El legislador se decantó por regular un divorcio a partir de una situación de separación que haya durado un tiempo razonable y siempre que se demostrase el cese efectivo de la convivencia de las partes o la violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

Por otro lado, esta reforma introduce el concepto del interés superior del menor en el párrafo segundo del artículo 92 CC: “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”.

Así, se dispone un modelo de guarda y custodia en el que la determinación del progenitor custodio de los hijos ya no se hará en función del tradicional criterio de culpabilidad, sino que será el Juez quien decida guiándose por el principio del interés superior del menor.

No obstante, el artículo 159 CC continuaba en vigor, por lo que se mantenía la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos menores de siete años.

3. La Ley 11/1990 de 15 de Octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

²¹ Artículo 154 CC en la redacción de la Ley 11/1981. “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre” (...).

²² Artículo 156 CC en la redacción de la Ley 11/1981. “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. (...) 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”.

²³ Artículo 159 CC en la redacción de la Ley 11/1981: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

La llegada de esta reforma elimina el criterio de preferencia materna recogido hasta entonces en el artículo 159 CC, un criterio que había generado un importante debate sobre su constitucionalidad a la luz del artículo 14 CE²⁴.

En el preámbulo de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se deja claro el objeto de la misma: “La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de Igualdad”. Con tal fin, el legislador modificó el texto del art. 159 CC determinando que será el Juez quien decida, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado.

Desde la promulgación de esta Ley de 1990, este cambio legislativo se ha ido mencionando en numerosa jurisprudencia reflejando que se ha superado el antiguo criterio legal que entendía a la mujer como el progenitor más idóneo para el cuidado de los hijos menores de siete años. Así, a través de reiterada jurisprudencia ha ido adquiriendo firmeza la idea de que tanto el padre como la madre tienen el mismo “derecho-deber” de asumir la guarda y custodia de los hijos²⁵.

Un ejemplo de esa jurisprudencia, sería la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1999²⁶, en la que se expresa lo siguiente:

“se invoca la infracción del artículo 159 del Código Civil, en relación con el artículo 154 del mismo y artículos 14 y 32 de la Constitución, al fundamentarse el fallo en una supuesta preferencia de la madre sobre el padre para ejercer la guarda y custodia, en cuanto que se razona en la sentencia que «...lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno», pero el artículo 159 no establece distingo entre el padre y la madre, «...el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad», en contra de la redacción anterior que establecía una presunción «*iuris tantum*» respecto a la madre”.

4. La Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La llegada de esta ley produce la desaparición de todo vestigio de inocencia o culpabilidad de los cónyuges, se eliminan las causas legales por las que se permite la acción de separación y se entiende la misma como una situación propia y autónoma frente al divorcio.

En cuanto a la figura del divorcio, reintroducida por la Constitución de 1978 y desarrollada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ve ampliado su ámbito y eficacia por la Ley 15/2005, de 8 de julio: no es necesario alegar causa alguna, se consagra el derecho

²⁴ Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁵ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 91.

²⁶ STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 471/1999 de 22 mayo. FJ 2. *Aranzadi RJ 1999\3358*.

a no continuar casado y surge el llamado “divorcio express” cuyo único requisito es que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. A partir de ese momento, para poner fin al matrimonio es suficiente con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio, sin que el otro cónyuge pueda oponerse a la petición por motivos personales y sin que el Juez pueda rechazar tal petición, salvo por motivos procesales.

Una de las novedades legislativas más relevantes introducidas con esta reforma es el reconocimiento legal expreso de la custodia compartida, recogida en el artículo 92.5 CC²⁷. Hasta entonces, solo se había atribuido excepcionalmente por algunos tribunales. En dicho precepto, no se utiliza expresamente el término de “custodia compartida” sino que se habla de un “ejercicio compartido de la guarda y custodia” o “guarda conjunta”.

Para LLAMAS POMBO²⁸, este “ejercicio compartido de la guarda y custodia” consiste precisamente en un régimen alternativo de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor, por semanas, meses o número de días alternos, en una u otra vivienda.

La Ley 15/2005, tal y como se dispone en su exposición de motivos, pretende reforzar “la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar 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 una decisión con ese contenido”.

Además, esta reforma establece la mediación como un recurso voluntario alternativo para la solución de los asuntos familiares mediante acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral. Tratando, así, de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia y garantizando la protección del interés superior del menor.

5. En 2015 podemos destacar: la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Respecto a la primera, la LJV, el legislador trata de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una norma autónoma y especial en esa materia, para satisfacer así, la necesidad de poder acudir a una ordenación legal adecuada y razonable sobre jurisdicción voluntaria.

El objetivo principal de la LJV es desjudicializar dicha materia. Ello lo consigue sacando determinados actos y cuestiones de la órbita del Juez para atribuirlos a otros

²⁷ Artículo 92.5 CC: “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”.

²⁸ LATHROP GÓMEZ, F., “Prólogo”, en *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 28.

funcionarios (Letrados de la Administración de Justicia, Notarios o Registradores de la Propiedad y Mercantiles). De esta manera, el Juez se libera del conocimiento de ciertas cuestiones lo que le permite centrarse en otros asuntos de carácter jurisdiccional²⁹.

El Título III de la LJV se centra en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. En concreto, voy a resaltar únicamente dos, pues son lo que considero más relevantes respecto a este trabajo: por un lado, el de intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y, por otro lado, el utilizado para el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

Por último, la Ley 26/2015, de 28 de julio, se crea con el objetivo de servir de modelo para las CCAA en el desarrollo de su legislación en materia de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta Ley da lugar a reformas no sólo en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) y en la Ley de Adopción Internacional.

Con la promulgación de la Ley 26/2015 se producen diversas modificaciones del Código civil, entre algunas de ellas, destaca la delimitación de la competencia de la Entidad Pública para determinar mediante resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores bajo tutela o guarda.

Además, esta última Ley mencionada modifica la LOPJM, delimitando por primera vez la noción de “superior interés del menor”, tema que abarcaremos en el epígrafe cuarto de este trabajo con detenimiento. Este superior interés del menor se recoge, tras la reforma producida por la Ley 26/2015, en el art.11.2 LOPJM, como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores e igualmente el resto de principios rectores recogidos en dicho apartado (por ej. su integración familiar y social, el carácter educativo de todas las medidas que se adopten, el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual...) van encaminados a mantener la salvaguarda del interés más necesitado de protección: interés del menor.

De acuerdo con ello, “los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral” (art. 11.3 LOPJM).

3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

La guarda y custodia compartida nace para dar respuesta a una nueva realidad social de corresponsabilidad de los progenitores con respecto a sus hijos. A grandes rasgos, se trata de una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental que permite a aquellos progenitores separados o divorciados, ejercer la custodia legal de sus hijos,

²⁹ PÉREZ GÓMEZ, R., “La nueva ley de jurisdicción voluntaria. Estructura e ideas generales sobre su nuevo contenido”, en *Revista de Derecho vLex*, núm.136, septiembre 2015.

en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Ello se traduce en períodos de tiempo más o menos equitativos de convivencia del menor con cada uno de sus progenitores.

De esta manera, podemos decir que la custodia compartida permite a ambos progenitores mantener las mismas atribuciones paterno-filiales que venían ejerciendo con anterioridad a la ruptura e igualmente, mantiene la responsabilidad y vinculación continuada de ambos padres en las decisiones relacionadas con el bienestar de sus hijos, en las cuestiones de educación, cuidado médico, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso³⁰.

Hay que dejar claro que la custodia compartida existe con igual fuerza aunque no se verifique una alternancia frecuente de la residencia del hijo con ambos progenitores³¹. Este modelo de responsabilidad parental lo que pretende es que ambos padres compartan todas las tareas que implica la esfera personal de cuidado del hijo, lo que no tiene porqué llevar consigo vivir con él por períodos más o menos similares.

3.1. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL.

Con la Ley 15/2005 se produce la incorporación de esta figura en nuestro ordenamiento, concretamente en el artículo 92 CC. Este precepto ha sido objeto de diversas críticas en atención a la denominación utilizada por el legislador, quien de hecho llega a utilizar tres términos distintos para referirse a la figura que regula:

1. “Ejercicio compartido de la guarda y custodia” (En el apartado quinto).
2. “Guarda conjunta” (En el apartado séptimo).
3. “Guarda y custodia compartida” (En el apartado octavo).

Ninguna de estas denominaciones ha sido acogida de manera favorable por la doctrina, pues muchos autores consideran que se tratan de denominaciones erróneas y que no se ajustan a la figura que están regulando³². En efecto, la guarda no es conjunta y tampoco es compartida³³, únicamente se produce una alternancia entre ambos padres en la convivencia con sus hijos. Ese razonamiento lleva a la doctrina a entender que lo más lógico sería hablar de “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la denominación más utilizada generalmente es la de “custodia compartida”, por ello, dicho término es el que utilizo en este trabajo para referirme a esta nueva modalidad de ejercicio de responsabilidad parental.

³⁰ ROMERO COLOMA, A.M., *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Reus S.A, Madrid, 2011, p. 20.

³¹ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 59.

³² Entre estos autores, encontramos a ROMERO COLOMA, A.M., quien considera evidente que la guarda y custodia de los hijos, cuando los progenitores están separados y/o divorciados, no puede ser, literalmente, compartida. *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, Reus S.A, Madrid, 2011, p. 37.

³³ LLAMAS POMBO, E., entiende que la guarda de los hijos no es ningún derecho o prerrogativa que se pueda “compartir”, sino que constituye más bien una parte del *officium* inherente a la patria potestad. LATHROP GÓMEZ, F., “Prólogo”, *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 25.

³⁴ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 41.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 92 CC podemos distinguir dos supuestos para el otorgamiento de la custodia compartida: el primero se refiere a los casos en los que existe acuerdo entre los progenitores, que puede ser un acuerdo inicial, recogido en el convenio regulador o, sobrevenido por haberse producido durante el desarrollo del procedimiento (art. 92.5 CC); el segundo modelo es aquel en el que la petición de esta modalidad de custodia la solicita uno sólo de los padres con oposición del otro (art. 92.8 CC).

A continuación, explico detalladamente cada uno de estos supuestos.

A) Custodia compartida consensuada por ambos progenitores.

Actualmente, en nuestro ordenamiento se recoge la posibilidad de acordar la custodia compartida de los hijos por los progenitores, éstos pueden solicitarla a través de la propuesta en el convenio regulador o llegando ambos progenitores a un acuerdo durante el proceso de disolución del matrimonio.

En concreto, es el artículo 92.5 CC el que concede esta mayor autonomía de la voluntad a los progenitores, al determinar que: “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 convenio regulador, considerado como la primera fuente normativa en la situación de disolución matrimonial, se ha de presentar junto con la demanda de separación o divorcio.

El art. 92.5 CC³⁵ determina, además, que el Juez, en el caso de que no se oponga a la petición de custodia compartida de los progenitores, adoptará las cautelas necesarias para su eficaz cumplimiento, evitando separar a los hermanos.

Aunque el artículo 92.5 CC no se pronuncia sobre cómo debe ser el contenido de la propuesta de custodia compartida en el convenio regulador, parece conveniente que los progenitores detallen en el mismo las condiciones del régimen de guarda y custodia compartida, en el que fijen, entre otros aspectos, los períodos de convivencia o el destino de la vivienda que, aun pudiendo ser flexible, fije un marco en el que se deben llevar a cabo las relaciones entre los menores y sus progenitores³⁶.

Como podemos observar la reforma de 2005 otorga una mayor autonomía de la voluntad a los progenitores en materia familiar, pues les permite elegir el régimen de guarda y custodia que tendrán sobre sus hijos menores. Esta posibilidad de autorregulación de los progenitores no es infinita, sino que se encuentra limitada por tratarse de una materia indisponible, gobernada por el principio de prevalencia del interés del menor³⁷ – principio de gran importancia en esta materia y sobre el que me extenderé más adelante – .

³⁵ Artículo 92.5 CC: “(...). 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”.

³⁶ HERRERA DE LAS HERAS, R., “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia”, en *Actualidad Civil*, Nº 10, tomo 1, Mayo 2011, p. 1137.

³⁷ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 99.

A pesar de que el art. 92.5 CC puede dar lugar a confusión al utilizar la expresión “se acordará”, ello no quiere decir que el Juez esté siempre obligado a decretar la custodia compartida simplemente porque los padres así lo soliciten. De hecho, es preciso que el convenio regulador sea sometido a la autoridad judicial para su aprobación, pues tal y como dispone el art. 90.2 CC: “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

En consonancia con lo anterior, la mayoría de la doctrina entiende que el acuerdo de los progenitores no es una imposición al Juez, sino que éste podrá estimar su improcedencia en aquellos supuestos en los que considere que las medidas acordadas por los padres lesionan, o pudieran lesionar, el interés de los hijos menores³⁸.

En el propio artículo 92 CC se establecen una serie de pautas a tener en cuenta por el Juez, para valorar, atendiendo en todo momento al interés del menor, si ha de ser admitida o no la propuesta de custodia compartida acordada por los padres. Estas pautas se recogen en el apartado 6 del precepto citado, según el cual, antes de ser acordado el régimen de guarda y custodia, el Juez debe:

1. Recabar informe del Ministerio Fiscal.
2. 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.
3. Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.
4. Valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

También con carácter previo a la adopción de la decisión el art. 92.9 CC, permite al Juez recabar dictamen de especialistas sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Atendiendo a todo lo anterior, podemos decir que es cierto que los progenitores han visto aumentada su autonomía de la voluntad y tienen una mayor capacidad de decisión sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos, pero siempre será una libertad limitada por tratarse de una materia de Derecho de Familia, especialmente delicada por la presencia de menores, en la que rige en todo caso la búsqueda del beneficio del menor.

B) Custodia compartida contenciosa a instancia de una de las partes.

Se trata de aquellos casos en los que las posturas de los progenitores difieren, de manera que sólo uno de ellos insta la adopción de la custodia compartida, pudiendo el

³⁸ HERRERA DE LAS HERAS, R., “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia”, en *Actualidad Civil*, Nº 10, tomo 1, Mayo 2011, p. 1138.

Juez adoptarla sin necesidad de que el otro progenitor se muestre a favor. La adopción de la custodia compartida en este caso, gira, una vez más, en torno al interés superior del menor.

Esta situación viene recogida en el art. 92.8 CC que dispone lo siguiente: “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 favorable³⁹ 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”.

La Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 20 de Febrero de 2007⁴⁰ aplicó el citado art. 92.8 CC, en virtud del cual concedió la custodia compartida instada por el padre con oposición de la madre, presentando el Ministerio Fiscal un informe favorable y entendiendo el tribunal que esta medida era la más beneficiosa para los menores.

En el apartado anterior sobre la custodia consensuada he comentado algunos de los elementos necesarios para el otorgamiento de la custodia compartida, dichos elementos regulados en el art. 92.6 y 9 CC son igualmente necesarios para otorgar la custodia compartida cuando sólo uno de los progenitores la solicita. Además, junto a esos elementos comunes, debemos de tener en cuenta una serie de circunstancias comunes que excluyen la custodia compartida.

El artículo 92.7 CC hace referencia a esa serie de circunstancias que implican la no procedencia de la custodia compartida:

1. “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”.

El hecho de que se utilice la dicción “estar incurso”, lo que puede entenderse como equivalente a “estar imputado”, no impide al Juez de Familia que la mera presentación de una denuncia sea circunstancia suficiente para que no considere procedente la adopción de la custodia compartida⁴¹.

2. “Cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

La concurrencia de estas circunstancias del apartado séptimo del art. 92 CC y, a su vez, la de los elementos citados en los apartados sexto y noveno del mismo precepto han de ser observadas por el Juez a la hora de adoptar la decisión a favor o en contra

³⁹ Se declara inconstitucional y nula la exigencia de informe “favorable” del MF por STC de 17 de octubre de 2012. *Aranzadi RTC\2012\185*.

⁴⁰ SAP de Barcelona (Sección 18º). Sentencia núm.102/2007 de 20 febrero. FJ 3: “(...) es de concluir afirmando que, en el supuesto de autos, habiendo el Ministerio Fiscal informado en el acto de la vista de la apelación a favor de la custodia compartida, se cumple el presupuesto procesal, de pertinente aplicación, previsto en el artículo 92.8 CC, y, por tanto, el Tribunal estima que debe acordarse la guarda y custodia compartida de los dos hijos de los progenitores hoy en litigio a favor de éstos, en el bien entendido que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior (...)”. *Aranzadi JUR\2007\101427*.

⁴¹ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 71.

respecto al otorgamiento de la custodia compartida, con independencia de que se trate de una custodia compartida consensuada o contenciosa.

En torno al artículo 92.8 CC se originó un gran debate que puso en cuestión la constitucionalidad del requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal, declarándose la supresión del término “favorable” de la redacción del precepto.

- La inconstitucionalidad de la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

Como he citado anteriormente, el art. 92. 8 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, establecía que para que el Juez acordara la custodia compartida, solicitada por sólo uno de los progenitores, era necesaria la aprobación del Ministerio Fiscal a través de un informe “favorable”. Esta exigencia implicaba una limitación a la libre actuación del Juez a la hora de decidir sobre el otorgamiento de la custodia compartida, puesto que si el informe en cuestión no era emitido o su sentido era desfavorable a la solicitud de la custodia compartida, el Juez no podía otorgar esta modalidad de guarda y custodia. En cambio, el Juez sí podía decidir no conceder la custodia compartida a pesar de que el informe del Ministerio Fiscal fuese favorable.

Así vemos que se otorgaba al informe del Ministerio Fiscal un carácter vinculante, obligando al Juez a atenerse al contenido de dicho informe. La problemática giraba en torno al adjetivo “favorable”, pues sólo cuando el informe tenía tal sentido el Juez podía adoptar la custodia compartida, lo que suponía, incluso en aquellos casos en los que el resto de circunstancias aconsejaban la custodia compartida como la medida más favorable y respetuosa para el interés del menor, la imposibilidad de que el Juez adoptara esa modalidad de custodia por no ser considerada adecuada según criterio del Fiscal.

Atendiendo a la problemática suscitada por el precepto citado, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria por Auto de 13 de septiembre de 2006 planteó una cuestión de inconstitucionalidad alegando que el octavo apartado del art. 92 del CC vulnera los derechos constitucionales de los art. 117.3⁴², 24⁴³ y 39 CE⁴⁴ al exigir que el informe del fiscal sea “favorable” para fijar la guarda y custodia compartida cuando es uno solo de los cónyuges el que la solicita.

La cuestión de inconstitucionalidad fue resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/2012 de 17 de octubre, donde declara “inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por

⁴² Artículo 117.3 CE: “3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

⁴³ Artículo 24 CE: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
(...)”.

⁴⁴ Artículo 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad
(...)”.

la Ley 15/2005, de 8 de julio”. El Tribunal Constitucional entiende que el art. 92.8 CC permite al Juez acordar la custodia compartida “únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable”. En cambio, “tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla”. Es entonces, según el Tribunal Constitucional, donde se produce la quiebra, en términos constitucionales, de la razonabilidad de la norma enjuiciada en relación con los arts. 24, 39 y 117 CE.

El Tribunal Constitucional inicia su análisis reconociendo que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiere “una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos”. Sin embargo, ese papel de defensor legal de los intereses del menor, no justifica el límite que sufre la función jurisdiccional por haberse otorgado en el precepto 92.8 CC un “poder de veto al Ministerio Fiscal”⁴⁵.

Por tanto, a día de hoy, para que el Juez pueda adoptar la custodia compartida sigue siendo necesario que el Ministerio Fiscal emita un informe, pero éste ya no será vinculante. De esta manera, el Juez puede ejercer la potestad de juzgar “con plena libertad de criterio, solamente sometido al imperio de la ley y el Derecho, sin interferencia alguna”⁴⁶.

3.2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Como podemos comprobar, a través de lo expuesto en el epígrafe anterior, la regulación de la custodia compartida en nuestro Código Civil no es muy exhaustiva, ello ha motivado a varias Comunidades Autónomas, con derechos forales reconocidos⁴⁷, a elaborar sus propios textos legislativos para regular esta materia. De esta manera, si se tiene la competencia civil correspondiente y se ostenta, de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía, de forma exclusiva, en las Comunidades Autónomas con legislación en materia de custodia compartida no se aplicará el Código Civil, sino únicamente su propia normativa⁴⁸.

Por ello, en España podemos diferenciar dos grupos de CCAA: por un lado, aquellas que se rigen por una normativa foral propia en materia de custodia compartida, y, por otro lado; la mayoría de las CCAA que se rigen por lo que prevé el Código Civil español. Concretamente, son cinco las CCAA que, desde el año 2010, se han

⁴⁵ STC. Sentencia núm. 185/2012 de 17 octubre. FJ 5: “(...) no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal”. *Aranzadi RTC\2012\185*.

⁴⁶ STC. Sentencia núm. 116/1997 de 23 junio. FJ 1. *Aranzadi RTC\1997\116*.

⁴⁷ En España, únicamente tienen reconocido derecho foral civil propio: Cataluña, Baleares, Aragón, País Vasco, Galicia y Navarra.

⁴⁸ CORDERO CUTILLAS, I., y FAYOS GARDÓ, A., “La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2014, p. 8.

manifestado legislativamente acerca de la custodia compartida. En orden cronológico, encontramos: Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco.

A diferencia de la idea que se desprende de nuestro Código civil de una custodia compartida a otorgar sólo en casos excepcionales, quedando relegada como un recurso a adoptar en segundo plano frente a la aplicación general de la tradicional custodia exclusiva, los textos legales propios de estas cinco CCAA, atendiendo a la demanda social de una corresponsabilidad parental real en el cuidado de los hijos, invierten la idea que se extrae del Código Civil estatal.

De manera que, las legislaciones autonómicas han impulsado la custodia compartida pues eliminan la excepcionalidad de su aplicación, dotando a esta nueva modalidad de guarda y custodia conjunta de un carácter preferente. Además, parece que los legisladores autonómicos ponen un mayor empeño en regular la custodia compartida, puesto que realizan una reforma de todo el conjunto de efectos que siguen a la ruptura de la convivencia de los progenitores regulando aspectos como la fijación de la pensión del menor o la atribución del domicilio familiar⁴⁹.

Sin embargo, la aparición de estas legislaciones no ha estado libre de polémica, llegando a producirse entre algunas de esas leyes autonómicas modificaciones e incluso declaraciones de inconstitucionalidad. Así, vemos las siguientes:

En 2016, la normativa de la Comunidad Valenciana que regulaba la custodia compartida, Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, fue declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional. Esta CCAA, a pesar de tener un pasado histórico en el que si poseía un derecho foral propio, ya no es uno de los territorios que goza de derecho foral civil propio y, por ende, al regular la custodia compartida, estaría invadiendo competencias estatales. En concreto, determinó el TC, que invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE⁵⁰).

No obstante, el Tribunal Constitucional⁵¹ deja claro que la declaración de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011, en relación a la fijación de un determinado régimen de custodia para los hijos, se fundaron en la recta aplicación del beneficio y protección del interés del menor.

⁴⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., “La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p.78.

⁵⁰ Artículo 149.1.8 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁵¹ STC. Sentencia núm. 192/2016 de 16 noviembre. FJ 5. *BOE-A-2016-12362*.

Recientemente, en Aragón con la Ley 6/2019, de 21 de marzo⁵², se modificó el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprobaba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia (denominada “Ley de custodia compartida”). La modificación se centró en eliminar el carácter preferente de la custodia compartida, bajo la consideración de que ninguna forma de custodia debe establecerse como preferente, sino que el régimen de custodia se ha de otorgar atendiendo al interés del menor en cada caso concreto.

En este sentido, alguna autora⁵³, ya había considerado que la técnica legislativa empleada por Aragón no era la más acertada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia exclusiva, constituye una presunción legal de que un régimen parental es mejor que otro. De esta manera, no se puede proteger adecuadamente el interés superior del menor, puesto que para ello, es necesario atender a las circunstancias del caso concreto.

La Ley 6/2019, de 21 de marzo, únicamente modifica el art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, el cual con anterioridad a la reforma disponía que: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores (...)”. Sin embargo, tras la reciente reforma la redacción del art. 80.2 de la Ley de custodia compartida aragonesa ha recogido la idea de no adoptar un carácter preferente por ningún régimen de custodia, disponiendo lo siguiente: “El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores (...)”.

Tanto antes como después de la reforma, el precepto citado continúa su redacción recogiendo una serie de factores a los que el juzgador debe atender para determinar el régimen de guarda y custodia. Estos factores, en la redacción actual del mencionado precepto, son:

- “a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

⁵² Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia. *Boletín Oficial de Aragón*.

⁵³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., “La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p.80.

f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.

g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

Estos factores coinciden tanto en la redacción original como posterior del artículo 80.2 de la Ley de custodia compartida de Aragón, la única diferencia es que con la reforma se añade un factor más a observar por el Juez, concretamente, el citado en la letra f).

Más reciente aún es la derogación de la Ley de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres. La derogación de la ley de Navarra en materia de custodia se produce con la incorporación de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

La Ley 3/2011, de 17 de marzo, había sido criticada por ser demasiado neutra en su redacción, su neutralidad era tal que se consideró adecuado cambiar el nombre originario de “ley de custodia compartida” para denominarse “ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres”. A pesar de regular las dos modalidades de custodia, no dejaba de ser una mera declaración de intenciones, pues no acababa de decantarse por ninguna de ellas de modo especial, ya que dejaba en manos del Juez la decisión sobre la concreta modalidad de custodia en interés de los menores⁵⁴.

No obstante, la Ley de Navarra al menos equiparaba ambos modelos de guarda y custodia, sin mostrar una preferencia por la custodia exclusiva – como hace el Código Civil español – ni tampoco por la custodia compartida. Esa equiparación la hacía en aras de dejar al Juez una mayor libertad a la hora de decidir, aunque, como es lógico, siempre limitado por la protección del interés superior del menor.

En cuanto a las legislaciones autonómicas vigentes en materia de custodia compartida, conviene destacar la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, en el que se preveía que la custodia compartida de los hijos se otorgase como régimen preferencial y no como una segunda opción⁵⁵. En concreto, el art. 233-8.1 CC Catalán muestra esa inclinación hacia la custodia compartida como régimen parental preferido al determinar que: “La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos (...). En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”⁵⁶.

⁵⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., “La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p.88.

⁵⁵ LÓPEZ MARTÍNEZ, R., “Legislación sobre custodia compartida en España: Situación actual”, en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, 2016, p. 183.

⁵⁶ En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia núm.240/2014 de 8 de abril. FJ 2: “Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación como indica el Preámbulo de la ley al afirmar que el libro II abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos

Una característica de la regulación catalana en materia de custodia compartida es que, a diferencia de la ley aragonesa y valenciana, no declara expresamente la aplicación preferente de dicha modalidad de custodia, pero sí se puede extraer de lo dispuesto en el CCCat, la consideración de la custodia compartida como régimen de responsabilidad parental preferido.

En esa línea, el art. 233-10.2 CCCat, respecto al ejercicio de la guarda, considera que en caso de no existir acuerdo de los padres, la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda, atendiéndose al “carácter conjunto de las responsabilidades parentales”. Sin embargo, este precepto continúa indicando, con objeto de mantener la protección del interés del menor, que “la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”. De esta manera, el legislador obliga al juzgador a observar las circunstancias del caso para proteger el interés del menor, evitando, así, aun manteniendo la custodia compartida como régimen preferible, que ésta sea aplicada de forma automática en todos los casos.

El País Vasco fue la última CA en sumarse a este impulso de regulación de la custodia compartida a través de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Igualmente, esta Ley fomenta la aplicación de la custodia compartida, pues en su art. 9.2 indica que: “La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”. De esta manera, vemos que el legislador le da un papel prioritario a la custodia compartida pero manteniendo, en todo caso, la protección del interés del menor.

Para concluir este epígrafe creo conveniente exponer lo dispuesto por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en Sentencia de 29 de abril de 2013 (Sentencia núm. 257/2013), donde determina en el fundamento jurídico cuarto que:

“La redacción del artículo 92 CC no permite concluir que (la custodia compartida) 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”.

Atendiendo a ello, vemos que las cinco legislaciones autonómicas expuestas en este epígrafe van en la misma dirección que el TS en materia de guarda y custodia de menores: la consideración de la custodia compartida como un régimen deseable, cuya aplicación no ha de ser entendida como excepcional.

3.3. BREVE REFERENCIA AL ANTEPROYECTO.

Me parece conveniente dedicar parte de este trabajo para tratar, aunque sea brevemente, el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que fue aprobado el 24 de julio de 2014. A pesar de que fue aprobado hace ya más de cinco años, este

individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos”. *Aranzadi JUR* 2014\135526.

Anteproyecto no se ha puesto en práctica, por lo que aún no se ha producido ninguna de las modificaciones contenidas en el mismo.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se dispone que en materia de guarda y custodia de los hijos, se realizan “los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigidices y las preferencias por la custodia monoparental del actual, pero sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando no en interés de los progenitores sino de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro y quien regule los distintos aspectos y contenidos de las relaciones parentales”.

De esta manera, teniendo en cuenta todo lo expuesto en el epígrafe anterior sobre las legislaciones autonómicas, podemos ver como el Anteproyecto sigue de alguna manera el ejemplo de esas CCAA pioneras en la regulación de la custodia compartida, otorgando a la misma una mayor visibilidad. Igualmente, tal y como establece en su Exposición de Motivos, toma como referencia la Sentencia del TS de 29 de abril de 2013 mencionada anteriormente, donde se califica la custodia compartida como “normal e incluso deseable”.

El Anteproyecto propone, entre otras muchas reformas, la del artículo 92 CC e incluye el artículo 92 bis CC. A través de este último precepto pretende en el segundo párrafo del primer apartado del mismo, proteger el interés superior del menor, indicando que “la guarda y custodia compartida podrá ser acordada, aun cuando no medie acuerdo entre los padres, si uno de ellos lo solicita o, excepcionalmente, si ninguno lo pide, cuando de este modo se proteja adecuadamente el interés superior de los hijos”.

La aplicación práctica del Anteproyecto de Ley paliaría las deficiencias de la actual regulación sobre la custodia compartida, no obstante, parece que aún tenemos que esperar para que se suplan esas deficiencias a través de una verdadera reforma. Por lo que, como viene sucediendo, serán los órganos judiciales los que van a ir elaborando una serie de criterios jurisprudenciales que traten suplir, de alguna manera, esa necesidad de regulación homogénea y extensa acerca de la custodia compartida en nuestro país.

3.4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

Nuestro Código Civil carece de una lista detallada donde se recojan las circunstancias que se han de tener en cuenta a la hora de decidir sobre la conveniencia o no de un régimen de custodia compartida. En este sentido, algunos autores entienden que no pueden establecerse fórmulas generales que permitan crear un régimen legal de custodia compartida, pues cada caso y situación familiar es específica y concreta⁵⁷.

Por ello, la jurisprudencia se ha visto obligada a ir estableciendo los criterios que han de ser observados por el Juez para determinar si procede o no la adopción de la modalidad de custodia compartida. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de octubre de 2009⁵⁸ sienta doctrina sobre esta materia⁵⁹ y, a través del estudio del derecho

⁵⁷ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 73.

⁵⁸ STS (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia núm. 623/2009 de 8 octubre. FJ 5. *Aranzadi RJ*2009\4606.

⁵⁹ Algunos de los pronunciamientos judiciales que utilizan estos criterios son: STS (Sala 1ª) Sentencia núm. 94/2010 de 10 de marzo. FJ 4. *Aranzadi RJ*2010\232; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia

comparado, elabora una lista donde recoge los criterios a tener en cuenta para el otorgamiento de la custodia compartida:

1. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
2. Los deseos manifestados por los menores competentes;
3. El número de hijos;
4. 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;
5. Los acuerdos adoptados por los progenitores;
6. La ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
7. El resultado de los informes exigidos legalmente
8. 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.

No obstante, posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013⁶⁰, vuelve a reproducir estos criterios pero eliminando dos (los mencionados en los nº 5 y 6), sentando doctrina nuevamente respecto a esta materia. Igualmente, estos criterios jurisprudenciales han sido reiterados en multitud de resoluciones posteriores⁶¹, para decidir sobre la conveniencia de la custodia compartida en cada caso.

Como vemos, todos estos criterios, como no podía ser de otro modo, están encaminados a proteger el principio rector en esta materia: el interés superior del menor.

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor o *favor filii* es la consideración primordial a la que se atiende cuando se toma cualquier decisión en la que estén involucrados menores, por ejemplo, a la hora de decidir sobre cuál será el régimen de guarda y custodia de un

núm. 961/2011 de 10 enero. FJ 3. *Aranzadi RJ\2012\3642*; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 154/2012 de 9 marzo. FJ 3. *Aranzadi RJ\2012\5241*; entre otras.

⁶⁰ STS (Sala 1ª) Sentencia núm. 257/2013 de 29 abril. FJ 2: “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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. *Aranzadi RJ\2013\3269*.

⁶¹ e.g.: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 200/2014 de 25 abril. FJ 4. *Aranzadi RJ\2014\2651*; STS (Sala 1ª) Sentencia núm. 616/2014 de 18 de noviembre. FJ 4. *Aranzadi RJ\2014\5718*; STS (Sala 1ª) Sentencia núm. 52/2015 de 16 de febrero. FJ 2. *Aranzadi RJ\2015\553*.

menor. En la toma de estas decisiones, se atenderá siempre al beneficio del menor con independencia de que se trate de un régimen de custodia exclusiva o compartida, de un procedimiento de mutuo acuerdo entre los progenitores o contencioso, o de una filiación matrimonial o extramatrimonial.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de septiembre de 1996⁶² indica que el interés superior del menor debe entenderse “como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto”. En todo caso, el interés del menor ha de ser el criterio de referencia de las actuaciones relativas a los hijos y siempre prevalece sobre cualquier otro interés⁶³, incluido el de sus progenitores.

A lo largo del tiempo, este principio ha sido consagrado como un principio universal en numerosos cuerpos legislativos:

En el ámbito internacional, la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, establece en su artículo 3.1 que: “En todas las medidas concernientes a los 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”.

En el ámbito comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 24.2 lo siguiente: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

En el Derecho español, el principio del interés del menor aparece recogido de forma reiterada en diferentes disposiciones legales, entre ellas, encontramos:

En primer lugar, el texto constitucional, donde se consagra una protección integral de los niños, concretamente en su artículo 39.2, 3 y 4 CE⁶⁴.

Igualmente, el Código civil recoge en varios preceptos el principio de prevalencia del interés del menor, que vincula al Juez en todo lo relativo al otorgamiento del régimen de guarda. Así, el tenor literal de los apartados cuarto y octavo del artículo 92 CC determinan que:

⁶² STS (Sala de lo Civil) Sentencia de 17 de septiembre de 1996. FJ 2. *Aranzadi RJ 1996\6722*.

⁶³ Artículo 2 de Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor: “4. (...) En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

⁶⁴ Artículo 39 CE: “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

- “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” (art. 92.4 CC)

- “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” (art. 92.8 CC).

Asimismo, es conveniente destacar el párrafo segundo del artículo 92 CC⁶⁵ en el cual se dispone que el Juez debe velar por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído. Así, aparece consagrado el principio del interés superior del menor, junto con su derecho a ser oído, como directrices principales a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de los hijos. Ambos derechos tienen un mismo fundamento, esto es, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, la audiencia del hijo no es sino una especie de derivación de su interés supremo⁶⁶.

No obstante, para algunos autores⁶⁷, el derecho del menor a ser oído conserva su autonomía en el ordenamiento legal recibiendo una protección especial, llegando al punto que su inobservancia puede causar la nulidad de determinadas actuaciones procesales sin necesidad de que se invoque el *bonum filii* como fundamento jurídico directo.

Por su parte, el artículo 154 CC recoge el principio de titularidad conjunta de la patria potestad expresando que “se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Y el artículo 159 CC en referencia a aquellos casos de desacuerdo y no convivencia de los progenitores, determina que será el Juez quien decida, “siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. Este último precepto, también hace referencia al derecho del menor a ser oído al señalar que “El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Dentro de nuestro ordenamiento, respecto a la consagración del principio del interés del menor, destaca la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), cuya redacción actual es la dada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Primordialmente, es de gran importancia el contenido del art. 2 LOPJM en la nueva redacción, que dice así:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las

⁶⁵ Artículo 92.2. CC: “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”.

⁶⁶ CABALLERO RIBERA, M. y BO JANÉ, M., “El nuevo derecho del menor a ser oído ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, p. 1488.

⁶⁷ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 111.

instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

El principio de interés superior del menor se introduce como una cláusula general, siendo considerado un concepto jurídico indeterminado y abstracto, que adquiere un verdadero significado una vez que es aplicado al caso concreto. La imprecisión de este término hace que sea necesario concretar, en cada caso, en qué consiste el interés superior del menor.

En general, un concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y adoptar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una solución que excluya a otras posibles⁶⁸. De esta manera, el concepto de “interés del menor” será determinado por el mismo menor, los padres, y a su vez, por el Juez y el Ministerio Fiscal, con la intervención de los técnicos especialistas, observando toda la casuística que rodea a un determinado proceso, es decir, se configurará su significado en el momento de aplicarlo al caso en cuestión.

En este sentido, se pronuncia el Auto del TC (Sala 1ª) de 1 de febrero de 2001 (Auto nº 28/2001), al expresar en su fundamento jurídico quinto que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados”.

Actualmente, según lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU en la Observación general Nº 14, elaborada en mayo de 2013, el interés superior del menor debe entenderse como un concepto triple, disponiendo literalmente lo siguiente:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. (...)

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. (...)

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles

⁶⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? De la mediación familiar”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2017, p.2.

repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. (...) los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”’.

4.1. INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Antes de nada, a la hora de determinar los criterios normativos para la interpretación del interés superior del menor, debemos de tener en cuenta que en la Unión Europea coexisten dos tipos de ordenamientos jurídicos: por un lado, los continentales, y por otro lado, los anglosajones.

El sistema continental, del que España forma parte, utiliza cláusulas generales, por su parte, los sistemas anglosajones combinan éstas con el establecimiento de una serie de criterios normativos tratando de compensar, así, la indeterminación del principio. Nuestro sistema de cláusula general requiere, en primer lugar, de la búsqueda del significado y contenido del concepto “interés del menor”, y, luego, es necesario comprobar en qué circunstancias se da el valor que ha pretendido captar la norma dando especial importancia a los datos del caso concreto. Así vemos que en nuestro sistema, se remite al Juez o a la administración la tarea de determinar, para cada caso, en qué consiste tal interés. En cambio, en el sistema anglosajón se identifica el contenido del concepto a través de una lista de criterios normativos preestablecidos⁶⁹.

Centrándome únicamente en el ámbito jurídico español, el artículo 2 LOPJM, en su apartado segundo establece una serie de criterios generales que deben tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan considerarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. Los criterios generales que encontramos en el precepto citado son:

“a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. (...)

⁶⁹ BELLOSO MARTÍN, N., “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? De la mediación familiar”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2017, pp. 21 - 22.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Este precepto continúa indicando en su apartado tercero que para ponderar los criterios anteriores se deben utilizar elementos generales como la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, entre otros.

Atendiendo a todo lo anterior, podemos apreciar que a pesar del reconocimiento legal del interés del menor en nuestro ordenamiento y en las normas internacionales, no se han establecido unos criterios concretos para determinar dicho interés (como si se ha producido en aquellos ordenamientos que siguen el denominado sistema anglosajón). Esto ha dado lugar a que sean los propios tribunales quienes han ido estableciendo una serie de criterios jurisprudenciales al determinar el interés superior del menor atendiendo a cada caso en concreto.

Los órganos judiciales españoles han interpretado el interés del menor relacionándolo con diferentes asuntos que trataban sobre filiación, alimentos y vivienda, acogimiento y adopción, derecho de visitas, guarda y custodia y custodia compartida. De entre todas esas materias, voy a centrarme en la relativa a la guarda y custodia y custodia compartida, pues es la más relevante en relación con este trabajo.

El Tribunal Supremo⁷⁰ ha expresado reiteradamente la idea de que “lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.

Igualmente, cabe destacar, tal y como señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en la Sentencia de 19 de julio de 2013 (Sentencia núm. 495/2013), que “se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 CC ni la LOPJM, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar” (FJ 2). Esa normalidad familiar se busca para el beneficio de los menores y tiene el objetivo de evitar a éstos un perjuicio en su desarrollo personal.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en Sentencia de 25 de abril de 2014 (Sentencia núm. 200/2014), señala en el cuarto fundamento de derecho que la medida de la custodia compartida “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 alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial”⁷¹.

⁷⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 961/2011 de 10 enero. FJ 4. *Aranzadi RJ\2012\3642*.

⁷¹ Se refiere a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de abril de 2013, citada anteriormente en este trabajo en el epígrafe: “3.4. Criterios jurisprudenciales”, en la que se recogen los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta para determinar la conveniencia de la custodia compartida.

Para concluir este epígrafe, es conveniente resaltar que el Tribunal Supremo aboga por un sistema de custodia compartida, como expresa en su Sentencia de 4 de febrero de 2016⁷² al determinar la procedencia de la custodia compartida por su correspondencia respecto al interés superior del menor, considerándola como una medida normal e incluso deseable en cuanto permite la efectividad del derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores.

5. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Actualmente, la regulación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento estatal deja muchos cabos sueltos, lo que obliga a los tribunales a resolver todas las cuestiones que se plantean en la práctica de un régimen de guarda y custodia conjunto atendiendo a las circunstancias del caso concreto. A través de las resoluciones del Tribunal Supremo, que se ha visto obligado a actuar como legislador, se van ir estableciendo una serie de criterios jurisprudenciales muy amplios que tratan de ayudar a cada Juez a decidir sobre determinadas cuestiones delicadas, que conlleva el establecimiento de una custodia compartida.

Me refiero a criterios muy amplios puesto que tratan de regular, en la medida de lo posible, la plasticidad de una realidad muy variada y cambiante como es la del Derecho de Familia y, aún más teniendo en cuenta que con la custodia compartida, se está estableciendo un modelo de responsabilidad parental, que va a afectar no sólo a los padres, sino que también al menor, cuyo interés ha de ser especialmente protegido.

Entre los problemas prácticos que suelen presentarse con la custodia compartida y de los que se reclama una mayor regulación en los textos legislativos, encontramos los siguientes: el destino de la vivienda familiar, la distribución de la pensión de alimentos, la distancia de los domicilios, las relaciones entre los progenitores y con los menores y la disponibilidad horaria de los padres. Seguidamente voy a tratar con mayor detalle cada uno de ellos.

5.1. VIVIENDA FAMILIAR.

Tradicionalmente, ha existido una aplicación generalizada de la custodia monoparental, de manera que en las situaciones de crisis matrimoniales la vivienda familiar se adjudicaba al progenitor sobre el que recaía la custodia de los hijos. Sin embargo, la aparición de un nuevo régimen de convivencia familiar en el que los hijos menores disfrutaban más o menos del mismo tiempo con ambos progenitores – custodia

⁷² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 33/2016 de 4 febrero. FJ 2: “(...) esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable. 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”. *Aranzadi RJ\2016\494*.

compartida – , ha hecho que el tradicional criterio de atribución de la vivienda familiar a favor del único cónyuge custodia sea inservible⁷³.

Encontramos distintas soluciones⁷⁴ para decidir sobre el destino de la vivienda familiar en aquellos casos en los que se establece la custodia compartida:

1. Rotación de los progenitores en la vivienda familiar durante los períodos de tiempo en los que deban tener a los hijos en su compañía, de manera que los hijos permanecen constantemente en la vivienda. Esta medida, conocida como “casa nido”, implica la existencia de tres domicilios: la vivienda familiar en la que permanecen los hijos y las dos viviendas en las que habitarán cada uno de los progenitores durante los períodos que no estén con sus hijos.

No obstante, en la práctica esta solución parece ser la más complicada de adoptar. Ello es así, ya no sólo por el factor económico – han de mantener en uso continuo tres viviendas – sino que, igualmente, para su puesta en práctica requiere que entre los progenitores el nivel de conflictividad sea cero, lo que parece difícil si tenemos en cuenta que son personas que han pasado por una crisis matrimonial que finalmente ha acabado en un divorcio o separación, lo que irremediamente deja algunos reproches y malestar entre ambos. En cualquier caso, a pesar de la buena relación que pudieran tener los progenitores, esta medida podría generar y aumentar el grado de conflictividad entre ambos, pues se plantearían problemas como la limpieza de la casa nido e igualmente se dificultaría a los progenitores a rehacer su vida sentimental, pues deberían de decidir si llevar a su nueva pareja consigo a dormir durante los períodos correspondientes en la casa nido, lo que por otro lado, puede resultar incómodo para el menor y molestar al otro progenitor.

2. Se atribuye el uso exclusivo de la vivienda al progenitor que tenga más necesidad de ella, siendo los hijos los que tienen que cambiar de domicilio, permaneciendo únicamente en la vivienda familiar durante los períodos que les correspondan pasar con el progenitor usuario. Se trata de la medida que más ha calado en la jurisprudencia, y como explicaré a continuación, es conveniente que su aplicación venga acompañada del establecimiento de un límite temporal de uso de la vivienda.

3. La no atribución del uso de la vivienda familiar, conviviendo los hijos con sus progenitores en dos viviendas distintas a la que era considerada como el domicilio familiar. Es la medida más extrema, pues conlleva la desvinculación total de los menores de su vivienda familiar.

El legislador en la reforma introducida con la Ley 15/2005, de 8 de julio, a través de la cual incorpora en nuestro sistema normativo la custodia compartida, parece olvidar la necesidad de otorgar una pauta para decidir sobre la atribución de la vivienda familiar cuando resulta conveniente la aplicación de esta nueva modalidad de custodia.

⁷³ SÁNCHEZ AGUIRRE, C., “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida”, en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, diciembre 2015, p. 91.

⁷⁴ CHAPARRO-MATAMOROS, P., “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida” (Capítulo V), en *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, noviembre 2018, pp. 340-371.

En nuestro Código Civil, los artículos 96⁷⁵ y 103.2⁷⁶ indican los criterios que debe seguir el juzgador para determinar el uso de la vivienda familiar, pero únicamente se refieren a los casos de custodia exclusiva.

De manera que, a pesar de haberse producido la incorporación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento, ésta incorporación no ha sido acompañada de una regulación expresa sobre la adjudicación de la vivienda familiar en esos casos. Por ello, será el Tribunal Supremo quien establezca, en las situaciones de custodia compartida, un criterio general para decidir sobre esta materia.

Tal criterio se recoge en la Sentencia de 24 de octubre de 2014 (Sentencia núm. 593/2014) del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su fundamento jurídico tercero donde expresa lo siguiente:

“Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver <<lo procedente>>. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”.

Atendiendo a ambos factores, el tribunal considera necesario “imponer una limitación temporal en la atribución del uso” de la vivienda familiar. Así, se evita que uno de los cónyuges se asiente de manera permanente en el domicilio familiar, lo que implica que el otro cónyuge se vea excluido del mismo.

En este caso concreto, la sentencia de apelación había atribuido en un primer momento el uso de la vivienda a la madre, no propietaria, por tiempo indefinido. Sin embargo, el Tribunal Supremo falla fijando un límite temporal de dos años desde la fecha de la sentencia de casación, período de tiempo suficiente para que la progenitora consiga una estabilidad laboral y económica que le permita acceder a una vivienda

⁷⁵ Artículo 96 CC: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

⁷⁶ Artículo 103.2ª CC: “Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

digna donde convivir con su hijo en los períodos correspondientes. De esta manera se armonizan, según el Tribunal, “los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los períodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda”.

Siguiendo este criterio de limitación temporal del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida, vuelve a pronunciarse el Tribunal Supremo en numerosos supuestos, como ocurre en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de junio de 2016 (Sentencia núm. 434/2016). En ella, la Sala 1ª del Alto Tribunal, atendiendo en todo momento al interés superior del menor, estima conveniente mantener en el uso de la vivienda familiar a la madre durante un año más. En el fundamento jurídico primero se declara lo siguiente:

“Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”.

Conforme a esta línea jurisprudencial, la Sentencia de 12 de mayo de 2017 (Sentencia núm. 294/2017) del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), considera adecuado limitar el uso de la vivienda, que había sido otorgado con carácter indefinido a la madre y sus hijas en la sentencia de divorcio en la instancia. La Sala 1ª, en el fundamento de derecho segundo, considera que al acordarse la custodia compartida, ya no existe una única residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se puede hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida, a los menores y al padre o madre que con ellos convivan, pues ya la residencia no es única. Por lo que, de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, se considera procedente, atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre, un límite temporal del uso de la vivienda de tres años a computar desde el dictado de la sentencia.

Más reciente es el caso recogido en la Sentencia de 10 de enero de 2018 (Sentencia núm.7/2018), en la que el Tribunal Supremo, reiterando la doctrina mencionada, determina en el tercer fundamento jurídico, que no debe otorgarse con carácter indefinido el uso de la vivienda a la madre, pues al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad. Siendo esto así, la Sala 1ª fija el período de dos años computables desde la sentencia, con el fin de facilitar a la madre y la menor, la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

5.2. PENSIÓN DE ALIMENTOS.

Antes de adentrarme en cómo se distribuye la obligación de alimentos de los hijos entre los progenitores, creo conveniente determinar en qué consiste tal obligación. El artículo 142 CC da respuesta a esa cuestión y expresa que:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

La jurisprudencia sobre esta materia ha creado el concepto de “mínimo vital”, que trata de evitar en casos de graves dificultades económicas la suspensión o extinción de la obligación de alimentos, salvaguardando así el interés superior del menor, cuyas necesidades básicas han de ser siempre cubiertas. Este mínimo vital se suele situar entre los 100 y 180 euros por hijo al mes.

El mínimo vital se entiende como mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del alimentista en condiciones de suficiencia y dignidad⁷⁷. En este sentido, la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) en Sentencia de 4 de marzo de 2014 (Sentencia núm. 49/2014) desestima el recurso de apelación en el que se solicitaba una reducción de la pensión de alimentos, expresando que:

“no se puede olvidar las necesidades ordinarias propias de la edad de los menores de 14 y 9 años y que la cantidad fijada en 200 euros mensuales está cercana a lo que se ha venido considerado mínimo vital o de subsistencia, sin que los 150 euros interesados (...) puedan cubrir las necesidades de los menores”(FJ 3).

Esta obligación de prestar alimentos recae sobre los padres, tal y como dispone el texto constitucional, pues éstos “deben prestar asistencia de todo orden a los hijos” (art. 39.3 CE). No obstante, el artículo 143 CC⁷⁸ recoge quienes son todos los obligados a cumplir esta prestación de alimentos.

En todo caso, como establece el art. 146 CC, la cuantía de los alimentos debe ser proporcional al caudal o medios de quien los da (alimentante) y a las necesidades de quien los recibe (alimentista). Asimismo, los alimentos pueden ser modificados: reduciéndose o aumentándose proporcionalmente en función del aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (art. 147 CC).

En la práctica, la obligación de alimentos se materializa en los casos de separación o divorcio en los que la guarda y custodia se atribuye a favor de uno sólo de los progenitores, mientras que el progenitor no custodio, es quien debe abonar una pensión de alimentos a favor del menor en una cuenta bancaria designada por el progenitor custodio, que también debe contribuir a cubrir las necesidades del menor

⁷⁷ SAP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 45/2014 de 29 enero. FJ ÚNICO, 4º párrafo. *Aranzadi JUR\2014\107658*.

⁷⁸ Artículo 143 CC: “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

directamente⁷⁹. Como vemos la distribución de la pensión de alimentos en los casos de custodia exclusiva parece clara, sin embargo, no ocurre lo mismo cuando hablamos de un régimen de custodia compartida.

Ante un régimen de custodia compartida de menores la pensión alimenticia subsiste, pues se trata de una obligación inherente a la relación paterno-filial que se mantiene incluso cuando los progenitores no ostenten o sean excluidos de la patria potestad⁸⁰. Igualmente, la obligación de alimentos queda a salvo cuando se produce la separación, nulidad o divorcio de los padres, no sirviendo éstos hechos como excusa (art. 92.1 CC). De esta manera, es fácil apreciar la fuerte protección normativa que rodea a la prestación de alimentos del menor lo que enlaza con la necesaria protección del interés prevalente en materia de Derecho de Familia: el interés superior del menor.

Hay que decir que en el ordenamiento estatal no hay referencias directas a la obligación de alimentos en caso de custodia compartida, sin embargo diferentes legislaciones autonómicas, como he expuesto anteriormente en este trabajo, si han tratado de regular los pormenores de este tema en sus textos legislativos. Así, podemos destacar entre otras, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En la línea de proteger la obligación de alimentos en todo caso – y con ello salvaguardar el interés del menor – la Sentencia de 1 de julio de 2013 (Sentencia núm.43/2013) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) determina, en el fundamento jurídico cuarto, que:

“no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos– de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, toda vez que debe procurarse un equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios, y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos/hijas sea idéntico”.

No encontramos en nuestro ordenamiento jurídico estatal reglas previstas exclusivamente para los alimentos en el sistema de custodia compartida. No obstante, el artículo 93 CC se refiere a la obligación de alimentos sin especificar el régimen de guarda y custodia establecido:

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento

⁷⁹ MECO TÉBAR, F., “La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida”, en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, p. 176.

⁸⁰ Artículo 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

Artículo 111 CC: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: (...)

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

De manera que en la jurisprudencia vamos a encontrar las diferentes formas en las que se ha ido fijando la pensión de alimentos y la evolución de la misma en casos de custodia compartida.

Atendiendo a todo lo expuesto, queda claro que ninguno de los progenitores puede verse excusado de prestar alimentos a sus hijos por el establecimiento de una custodia compartida, pues como se ha entendido por la jurisprudencia⁸¹, el ejercicio compartido de la guarda y custodia es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

En cuanto a la evolución de la forma en la que los órganos judiciales han distribuido entre los progenitores la obligación de alimentos en casos de custodia compartida:

En un principio, se decidía generalmente que cada uno de los progenitores debe encargarse de los gastos directos (alimento, vestido, ocio, etc.) de sus hijos durante los períodos en los que éstos estén bajo su guarda. Al mismo tiempo, ambos progenitores deben ingresar la cantidad de dinero proporcional que haya sido pactada en una cuenta bancaria común, ello con objeto de satisfacer otros gastos habituales de los hijos (material escolar, actividades extraescolares) y los gastos extraordinarios. Así, vemos que en la custodia compartida no es un único cónyuge el que debe abonar al otro una pensión alimenticia – como ocurre en la custodia exclusiva –, sino que ambos progenitores han de contribuir de forma igualitaria respecto a los gastos de sus hijos.

De acuerdo con tal forma de distribución de pago de los alimentos se pronunció el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en Sentencia de 14 de octubre de 2015 (Sentencia núm. 571/2015) en la cual otorga un sistema de custodia compartida, determinando en el cuarto fundamento jurídico que: “A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal (...). Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%”.

Sin perjuicio de que esta fórmula jurisprudencial sea idónea para situaciones en las que los progenitores tienen un nivel de ingresos igual o similar, no lo es tanto para aquellos casos en los que los padres tienen distintos niveles de ingresos. Me refiero a casos en los que esta diferencia de estabilidad económica entre los progenitores no permitiría considerar equilibrada ni adecuada la distribución al 50% de los gastos del

⁸¹ SAP de Barcelona (Sección 12ª) Sentencia núm. 26/2007 de 12 enero. FJ 2. *Aranzadi JUR\2007\178637*.

sostenimiento de sus hijos, pues el progenitor con una menor cantidad de ingresos se vería gravemente perjudicado.

En respuesta a estas situaciones de desigual nivel económico de los padres se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) dando lugar a un cambio de jurisprudencia en su Sentencia de 11 de febrero de 2016 (Sentencia núm.55/2016), en el sexto fundamento jurídico, expresando que:

“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 CC), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.

El Juzgado yerra y la Audiencia lo corrige cuando aquel limita temporalmente la percepción de alimentos a dos años, pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo”.

Así, el Tribunal Supremo trata de suplir la falta de determinación por el legislador respecto a esta materia. En este caso concreto, al no tener la madre ingresos económicos y para que el interés superior de las menores no se vea dañado, se establece que el padre abone, junto con la pensión correspondiente para sus hijas, una pensión de alimentos a la madre para que ésta pueda pagar los gastos de alojamiento y manutención de las niñas.

El pago de la pensión de alimentos a la madre se mantiene sin establecer un límite concreto de tiempo fijado en sentencia, sino que se mantendrá tal pensión hasta que la progenitora encuentre trabajo. Ello es así, a juicio del Tribunal Supremo, porque la “limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del CC”.

Atendiendo a todo lo expuesto sobre la pensión de alimentos, parece claro que, una vez más, es el Juez quien debe determinar lo procedente atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

5.3. DISTANCIA DE DOMICILIO.

La distancia entre los domicilios de los progenitores ha sido uno de los obstáculos más relevantes para el otorgamiento de la custodia compartida, llegando en muchas ocasiones a denegarse la misma por esta causa, a pesar de que el resto de condiciones aconsejarán un régimen de responsabilidad parental compartido.

Al no haber sido regulado por el legislador el peso de la distancia de los domicilios a la hora de decidir sobre la adopción de la custodia compartida, nos vemos obligados a acudir a los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Con carácter general, la jurisprudencia ha venido considerando que no es conveniente establecer una custodia compartida en aquellos casos en los que los domicilios están situados a más de

40 kilómetros de distancia. Entre los motivos jurisprudenciales que se pueden extraer para desaconsejar la custodia compartida por esta causa encontramos⁸²:

a) Las horas de descanso del menor que se verían alteradas cuando tuviera que estar con el progenitor que más alejado viviera de su centro escolar, ya que éste tendría que madrugar más y sus horas de descanso se reducirían notablemente.

b) La asistencia del menor a otro tipo de actividades (ocio, deportivas o académicas). La distancia entre los domicilios de los progenitores limitaría la posibilidad de que el menor atendiera a este tipo de actividades, pues si una vez finalizadas éstas a las siete u ocho de la tarde, tiene que desplazarse 40 km hasta llegar a casa, el menor sufriría una alteración en su descanso. De manera que, se enlaza este punto con el anterior por producirse una reducción en las horas de descanso del menor.

c) Imposibilidad real del menor de estar en su entorno, sin largos viajes constantes. La distancia de los domicilios constituye un inconveniente para el menor pues no podría estar por ejemplo, con sus compañeros de clase, quienes habitualmente vivirán en un radio próximo al centro escolar. Este punto se agrava conforme los menores van alcanzando edades más adolescentes, lo que repercutiría en su desarrollo social.

Conforme a estos motivos se deriva el fallo de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) en Sentencia de 5 de mayo de 2015 (Sentencia núm. 273/2015) que deniega el establecimiento de una custodia compartida, a pesar de que el menor mostró el deseo de la adopción de la misma. En este caso, estima la Sección 4ª de la AP de Vizcaya que:

“Los progenitores del menor residen en distintos municipios (Zalla y Barrica) que distan unos 50 km y, lo que es más importante, el menor sigue sus estudios en el Instituto de Plencia, municipio próximo a Barrica con conexión directa, así, la fijación del régimen de guarda compartida supondría que las horas de descanso del menor en los períodos de estancia con el padre se reducirían notablemente pues para asistir a clase que comienza a las 8,20 h. tendría que salir de casa a una hora muy temprana (...). Y el problema de la distancia se plantearía igualmente para la asistencia del menor a otro tipo de actividades” (FJ 2).

No obstante, podemos encontrar casos en los que se ha denegado la custodia compartida estando los domicilios de los progenitores muy cerca como ocurre en la Sentencia de 27 de mayo de 2013 de la AP de Alicante⁸³, en la que el padre vivía en San Miguel de Salinas y la madre en Torrevieja. La distancia entre los domicilios en ese supuesto era únicamente de 13 km, pero el tribunal entiende que esa distancia es un factor en cierta manera distorsionador en el régimen de vida de los menores, ya no por la distancia, sino por el lugar donde van a desarrollar su vida social, pues parece más razonable que se centralice en una población y no en dos. Además, en este caso concreto, los menores mostraban un mayor arraigo en Torrevieja, donde desarrollan actividades extraescolares.

⁸² FRÍAS RODRÍGUEZ, I., “Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Julio-Diciembre 2016, p.116.

⁸³ SAP de Alicante (Sección 9ª) Sentencia núm.289/2013 de 27 mayo. FJ 1. *Aranzadi JUR\2013\275506*.

El fundamento de la denegación de la custodia compartida por la distancia de los domicilios, ya sea una distancia superior o inferior a 40 km, reside en el principio de protección del interés superior del menor, pues se trata, en todo caso, de buscar la medida que permita al menor continuar con una rutina lo más parecida posible a la que estaba acostumbrado cuando convivía con sus dos progenitores y aún no se había producido la crisis matrimonial o disolución de la pareja de hecho.

En defensa del interés superior del menor, el Tribunal Supremo deniega la custodia compartida a un padre debido a la distancia entre su domicilio en Cádiz y el de la madre, con la que el menor convive, en Granada. La Sala 1ª del TS⁸⁴ entiende que no puede establecerse una custodia compartida, puesto que respetando escrupulosamente el interés del menor, hay que tener en cuenta tanto la corta edad del menor como el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores. Una distancia que hace inviable el sistema de custodia compartida incluso con alternancia semanal, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria.

Igualmente, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) deja clara la importancia del principio del interés del menor denegando, en protección del mismo, la custodia compartida en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Sentencia núm.748/2016) en la que manifiesta en el segundo fundamento jurídico que:

“El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida – por ser el más adecuado para el interés del menor – no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable”.

Es más, entiende la Sala 1ª que, en el presente caso, al tenerse en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, resulta que “aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio”.

Sin perjuicio de todo lo anterior, se ha considerado que la proximidad o lejanía de los domicilios es un factor que se ha de ponderar pero que no es determinante ni excluyente para la aplicación de la custodia compartida. De manera que, la distancia entre los domicilios habrá de tenerse en cuenta para no atribuir la guarda y custodia compartida en aquellos casos en los que se pueda ver perjudicado el interés superior del menor, esto es, – como he expuesto anteriormente – cuando afecta a sus períodos de sueño, a la posibilidad de realizar actividades extraescolares, a desenvolverse en un entorno real que le permita desarrollarse socialmente o a cualquier otra circunstancia que suponga un perjuicio real para el menor.

⁸⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 115/2016 de 1 marzo. FJ 3. *Aranzadi RJ\2016\736*.

Teniendo todo esto presente, podemos encontrar diversas sentencias a favor de la custodia compartida incluso cuando los progenitores viven en diferentes ciudades:

Un ejemplo, sería la Sentencia de 24 de enero de 2013 (Sentencia núm. 22/2013) de la AP de Alicante (Sección 4ª) que estima procedente la custodia compartida en un caso en el que el padre reside en Alicante y la madre se había trasladado a Elche, existiendo entre ambos domicilios una distancia de treinta minutos aproximadamente. El tribunal entiende, en el segundo fundamento jurídico, que:

“Es obvio que tal separación física no es desde luego lo más recomendable para afrontar las exigencias de la custodia compartida, pero en el caso presente estas dificultades han de matizarse en función de las siguientes consideraciones: en primer lugar, el hecho de que la distancia entre las dos ciudades siendo sin duda una inconveniencia no llega a ser tan grande que pueda considerarse como un obstáculo insalvable para el funcionamiento del régimen, a cuyo efecto han de ponderarse factores que son notorios, en particular las buenas comunicaciones existentes; en segundo lugar, la circunstancia de que la distancia ha sido impuesta por decisión unilateral de aquella parte que ahora se opone al régimen en contraste con el hecho de que los traslados a los que el menor se verá sometido por razón de su escolarización han sido incluso más frecuentes en el periodo de tiempo en que ha estado residiendo con su madre en Elche pero asistiendo todavía a la guardería en Alicante”.

También la AP de Valencia (Sección 10ª), en Sentencia de 11 de diciembre de 2013 (Sentencia núm. 823/2013) estima procedente la custodia compartida a pesar de la distancia de los domicilios por existir, como se manifiesta en el primer fundamento jurídico, diversos factores que aconsejan tal modalidad de guarda y custodia:

“como son la edad de la hija y el deseo claramente manifestado por la misma de pasar más tiempo con su progenitor, el que se haya venido aplicando un régimen de visitas amplio con buenos resultados, las buenas relaciones de la hija con el progenitor, la aptitud de ambos progenitores para el desempeño de las funciones parentales, considerando la perito judicial que es el sistema que más conviene al interés de la menor, y que los inconvenientes prácticos derivados de la distancia entre los domicilios resultan compensados con las ventajas de que la hija esté con ambos progenitores”.

Por tanto, parece que la jurisprudencia cuando trata el problema de la distancia de los domicilios de los progenitores comprueba, en primer lugar, si dicha distancia puede llegar a perjudicar el interés del menor en cuestión y, en función de si dicho interés se ve dañado o no, declara si es adecuado el establecimiento de la custodia compartida. Es claro que una distancia muy lejana entre los domicilios de los progenitores, como puede ser en distintas Comunidades Autónomas⁸⁵ o países⁸⁶, va a

⁸⁵ STS (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia 566/2017 de 19 octubre. Se deniega la custodia compartida por existir una distancia de 500 km entre Salamanca y Alicante. FJ 7: “se ha infringido en la sentencia recurrida el art. 92 del CC en cuanto no se tiene en cuenta el interés del menor, dado que establece el sistema de custodia compartida, que es incompatible con una distancia tan amplia entre residencias de los progenitores”. *Aranzadi RJ*2017\4485.

⁸⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 229/2018 de 18 abril. FJ 2: “teniendo en cuenta que el padre vive en Pamplona y la madre en Tokio con los dos hijos del matrimonio. (...) Lo primordial (...) es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés, (...) demanda que lo más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante

favorecer que el criterio del juzgador en el caso concreto se incline hacia una denegación de la custodia compartida, no obstante siempre han de ponderarse el resto de circunstancias que aconsejan el establecimiento de una guarda y custodia compartida junto con el interés del menor.

5.4. RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES Y CON EL MENOR.

Cuando se decide sobre cuál será régimen de responsabilidad parental que va a regir las relaciones de los progenitores respecto con sus hijos es necesario atender a la relación que tienen los progenitores entre sí, y, además, la relación de cada uno de los padres con sus hijos.

En el otorgamiento de un sistema de custodia compartida tiene gran importancia la relación existente entre los progenitores, pues como ha considerado algún autor⁸⁷, este requisito personal es la premisa indispensable para el éxito de un régimen de guarda y custodia compartido. El buen ejercicio de la custodia compartida, modalidad inspirada por el principio de corresponsabilidad parental, requiere que los progenitores dejen a un lado sus diferencias personales para poder actuar con relación a sus hijos de la manera más adecuada y beneficiosa posible para éstos.

En consecuencia, hay que analizar en cada caso si las relaciones entre los progenitores excluyen, por su conflictividad, la posibilidad de adoptar la custodia compartida. En relación a ello, destaca la Sentencia de 22 de julio de 2011 (Sentencia núm. 579/2011) en la que el Tribunal Supremo (Sala 1ª) determina en el cuarto fundamento jurídico que: “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

Atendiendo al pronunciamiento del Tribunal Supremo, no parece lógico entender que el hecho de que los progenitores no tengan una buena relación entre sí, sea causa suficiente para denegar el establecimiento de una custodia compartida, y más cuando esta modalidad de responsabilidad parental se ha entendido por el mismo tribunal como una medida “normal e incluso deseable”⁸⁸.

En este sentido, encontramos la Sentencia de 16 de octubre de 2014 (Sentencia núm. 566/2014) del Tribunal Supremo (Sala 1ª) en la que tras examinar la relación entre los padres, expresa que la “tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal”, por lo que, no ve impedimento en establecer un régimen de custodia compartida.

En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2014 (Sentencia núm. 619/2014) siguiendo la línea de la protección del menor no ve conveniente un régimen de custodia compartida. En esta resolución, la Sala 1ª declara en el fundamento jurídico sexto que:

algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado”. *Aranzadi RJ\2018\2177*.

⁸⁷ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 76.

⁸⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 257/2013 de 29 abril. FJ 4. *Aranzadi RJ\2013\3269*.

“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Por ello, a pesar de la aptitud de ambos padres, el Tribunal Supremo deniega la custodia compartida en este caso, por considerarla una medida perjudicial para el menor teniendo en cuenta la situación de conflictividad existente entre los progenitores.

No obstante, reiterando esos mismos argumentos – que llevan al órgano judicial a denegar la custodia compartida en el caso anterior –, el Tribunal Supremo declara conveniente la aplicación de la custodia compartida en diferentes resoluciones. Como ocurre en la Sentencia de 12 de mayo de 2017⁸⁹, en la que se determina, tras reproducir lo dispuesto en el FJ 6 de la STS de 30 de octubre de 2014, que: “ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos”.

De todo lo expuesto, puede extraerse que a la hora de determinar si es procedente adoptar un sistema de custodia compartida, el juzgador no puede buscar que las relaciones entre los progenitores sean idílicas, sino que basta con que no sean obstaculizadoras⁹⁰ del ejercicio de la custodia compartida y que, en ningún caso, perjudiquen el interés del menor.

Además, no debemos olvidar que nos encontramos ante una situación de divorcio, separación o supuestos similares, lo que complica que la relación entre los padres sea buena. Por lo que, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo⁹¹, para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo.

Por último, respecto a la importancia de las relaciones entre los progenitores en el otorgamiento de la custodia compartida quiero hacer una breve referencia a los supuestos de relaciones entre los padres en las que existe violencia.

En referencia a este tema, es claro el artículo 92.7 CC, al negar la posibilidad de adoptar la guarda conjunta cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por haber atentado 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. Igualmente, tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

⁸⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 296/2017 de 12 mayo. FJ 2. *Aranzadi RJ\2017\2053*.

⁹⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 751/2016 de 22 diciembre. FJ 5: “las relaciones sin ser idílicas no son obstaculizadoras, máxime cuando la búsqueda sistemática del enfrentamiento por una de las partes, no puede ser causa de denegación del sistema de custodia compartida, al perjudicar el interés del menor, que precisa de atención y cuidado de ambos progenitores”. *Aranzadi RJ\2016\5999*.

⁹¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 96/2015 de 16 febrero. FJ 6. *Aranzadi RJ\2015\564*.

El Tribunal Supremo (Sala 1ª) en la Sentencia de 4 de febrero de 2016 (Sentencia núm. 36/2016), considera en el segundo fundamento jurídico que, en este caso concreto, los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, tienen una evidente repercusión en los hijos, pues “viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno (...) les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada”.

Como bien continúa exponiendo la Sala, una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura – que como hemos visto no es óbice para el establecimiento de la custodia compartida si no perjudica el interés del menor –, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

Por otro lado, como he dicho al inicio de este apartado, a la hora decidir sobre la conveniencia o no del régimen de custodia compartida es necesario atender no sólo a la relación de los progenitores entre sí, sino también a la de cada uno de ellos con sus hijos. Esta relación puede ser susceptible de excluir la constitución del régimen de custodia compartida, de la misma forma que determina la atribución de la guarda exclusiva al otro progenitor⁹².

Uno de los criterios jurisprudenciales – sobre los que ya he tratado en este trabajo en el punto 3.4 – determina que los tribunales para establecer la custodia compartida deben observar la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor. En atención a esta práctica, se ha denegado la custodia compartida solicitada por el padre, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 14 de junio de 2013 (Sentencia núm. 225/2013) por considerarse que: “la realidad vivida hasta el momento impone establecer que las menores se encuentra vinculadas a su madre, persona encargada hasta la actualidad de atenderlas y velar por sus necesidades”.

Asimismo, teniendo en cuenta la práctica de los progenitores respecto con sus hijos, en la Sentencia de 1 de octubre de 2013⁹³ se determina que el hecho de que la madre se haya ocupado del menor, antes de la ruptura, con carácter prioritario al desempeño por el padre de las funciones parentales es un factor a tener en consideración, pero no es determinante para excluir una custodia compartida puesto que se han de valorar el resto de las circunstancias que concurren.

5.5. DISPONIBILIDAD DE LOS PROGENITORES.

Otro de los problemas prácticos que dificultan el establecimiento de una custodia compartida es la disponibilidad de los progenitores, esto es, el tiempo físico del que disponen los progenitores para dedicar a sus hijos. Este problema práctico está muy vinculado con el punto que acabo de tratar acerca de las relaciones de cada uno de los

⁹² PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 77.

⁹³SAP de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 675/2013 de 1 octubre. FJ 2. *Aranzadi JUR\2013\355890*.

progenitores con sus hijos, pues en función de la disponibilidad horaria de los padres, esas relaciones se verán afectadas para bien o para mal.

Como sabemos, uno de los atractivos de la custodia compartida es la posibilidad de que el menor pueda disfrutar de similares períodos alternos de tiempo con cada uno de sus progenitores, algo que difícilmente puede conseguirse si los padres no cuentan de una adecuada disponibilidad horaria. No obstante, los tribunales generalmente permiten que, en momentos puntuales, esta indisponibilidad horaria se solvete a través de la ayuda de otros familiares como abuelos o tíos del menor, pero ello no debe convertirse en la práctica habitual, pues el progenitor no puede abandonar sus funciones parentales.

En cualquier caso, lo fundamental será que se tenga toda la logística familiar perfectamente organizada y preparada, ante la llegada de cualquier imprevisto (enfermedades del niño, días no lectivos, etc.) que pueda desbaratar la organización previamente planteada, algo que es sumamente habitual cuando estamos al cuidado de un menor⁹⁴. Así, a pesar de que el horario laboral de uno de los progenitores sea superior al del otro, ello no implica directamente que no pueda establecerse una custodia compartida.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Girona, (Sección 1ª), en Sentencia de 30 de Abril de 2014 (Sentencia núm.138/2014), en la cual se niega la custodia exclusiva solicitada por la madre, manteniéndose el régimen de custodia compartida. En esta resolución, se considera como normal que en determinadas circunstancias y momentos, los progenitores necesiten ayuda de terceras personas para que les asistan en la guarda de los hijos. Concretamente, en el cuarto fundamento jurídico, se expresa que: “aunque el padre no pueda recoger a la hija del colegio, ello no impide que la mayor parte del resto del día pueda dedicarse a su hija, siendo irrelevante (...) que en determinados momentos necesite la ayuda de terceros”.

En contra, observando la disponibilidad horaria de cada uno de los progenitores, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) deniega la custodia compartida en la Sentencia de 30 de octubre de 2018 (Sentencia núm.593/2018), por considerar que el horario laboral del padre es difícilmente compatible con un verdadero sistema de custodia compartida, por lo que lo más beneficioso para el menor, en ese caso concreto, sería otorgar la custodia exclusiva a la madre.

En una resolución más reciente de 7 de Febrero de 2019 (Sentencia núm. 52/2019), la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª), ante la actuación de un padre, que en los períodos que le correspondían dejaba al menor al cuidado de los abuelos, determina la modificación del régimen de custodia compartida que se estaba siguiendo hasta ese momento y otorga la custodia exclusiva a la madre. Este cambio de régimen de guarda y custodia del menor es posible puesto que se ha producido una modificación de las circunstancias que ya no presentan como conveniente un régimen de custodia compartida.

Si bien es cierto que, generalmente, los tribunales permiten la ayuda de terceros en el cuidado de los hijos, pero – como he expresado antes – debe tratarse de momentos puntuales, lo que no ocurría en este caso. En el presente caso, el padre dejaba

⁹⁴ FRÍAS RODRÍGUEZ, I., “Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Julio-Diciembre 2016, p. 115.

sistemáticamente al hijo con los abuelos, de tal manera que eran éstos los que parecían compartir la custodia del menor con la madre. En el tercer fundamento jurídico se expresa que la desatención del padre respecto al cuidado de su hijo, que deja en manos de los abuelos paternos, puede permitirse en casos puntuales en los que se vea obligado a pedir ayuda a los abuelos, pero lo que no es posible es que sean éstos los que cuiden y se encarguen directamente de su nieto ya que las funciones que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento.

6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

En relación a las ventajas e inconvenientes de la custodia compartida, la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 20 de febrero de 2007⁹⁵, elabora una lista en la que recoge tanto las ventajas como los inconvenientes de esta modalidad de responsabilidad parental conjunta.

A continuación, trataré detenidamente sobre las ventajas y desventajas de la custodia compartida, entre ellas las recogidas en la sentencia de la AP de Barcelona.

6.1. VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

a) Se garantiza a los hijos, mediante períodos de tiempo similares, la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores. Esto permite al menor, a diferencia de lo que ocurre con la custodia exclusiva, mantener la referencia de dos modelos adultos.

La continuidad de la presencia de ambas figuras parentales, a pesar de la ruptura de las relaciones de la pareja, convierten a la custodia compartida en el modelo de convivencia que más se asemeja a la forma de vivir de los hijos cuando convivían con ambos progenitores, por lo que la ruptura resulta menos traumática para los menores.

b) Permite al menor seguir unido a toda su familia extensa. Al existir una relación igualitaria con ambos progenitores, el menor puede seguir unido tanto a sus familiares (primos, tíos, abuelos) paternos como maternos.

El mantenimiento de las relaciones del menor con su familia extensa favorece la estabilidad psicológica del mismo. En este sentido, la Ley 43/2003⁹⁶, indica que los abuelos disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y su desarrollo.

Asimismo, las relaciones con los abuelos y otros familiares extensos dotan al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno. Todo ello, son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

c) En relación con lo anterior, parece claro que la custodia compartida es una medida beneficiosa para el menor, a través de la cual se atenúa el perjuicio psicológico

⁹⁵ SAP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia núm. 102/2007 de 20 febrero. FJ 3. *Aranzadi JUR\2007\101427*.

⁹⁶ Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Exposición de motivos.

que pueda sufrir por la alteración que se produce en su núcleo familiar. Se evitan determinados sentimientos negativos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc. Estas sensaciones aparecen generalmente en los menores cuando se produce la ruptura de pareja entre sus progenitores.

La custodia compartida puede paliar esos sentimientos negativos en los menores ya que éstos no sufrirían una pérdida de contacto físico con ninguno de sus padres, tratando ambos progenitores de mantener al menor en la rutina de una vida lo más parecida posible a la que estaba acostumbrado con anterioridad a la separación.

d) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto.

Esta ventaja puede ser de gran importancia a la hora de facilitar la reorganización de las relaciones familiares y, en particular, en la adaptación del menor a las nuevas relaciones sentimentales que inicien sus padres con otras personas⁹⁷. Normalmente, los menores respecto a las parejas de sus progenitores muestran una actitud hostil, pues suelen considerarlas como una figura amenazante. Esa hostilidad se ve atenuada con un sistema de custodia compartida ya que el menor no ve deteriorada la relación individual que mantenía con cada uno de sus progenitores, como sí sucede en la custodia monoparental respecto al padre no custodio.

e) Se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.

Por regla general, cuando se produce una crisis matrimonial o de pareja, entre la relación existente de los padres suelen quedar rencores y reproches, que pueden influir en el menor haciéndole creer que debe elegir a uno solo de sus progenitores o que uno de sus progenitores es “el bueno” y el otro “el malo”.

f) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus 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. Por lo que podemos decir, que la custodia compartida es el sistema que más se apega a los principios de corresponsabilidad familiar y derecho a la coparentalidad⁹⁸.

De manera que la custodia compartida permite la equiparación de ambos padres en cuanto al ejercicio de las funciones parentales. Ello es beneficioso tanto para el menor, como para los progenitores, pues se evita, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que surge cuando debe abonarse la pensión alimenticia, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

g) A tenor de lo dicho en el párrafo anterior, la custodia compartida presenta ventajas en el ámbito económico.

⁹⁷ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 483.

⁹⁸ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 473.

La atribución generalizada de la custodia exclusiva a la madre, comportaba que los padres quedaran en un segundo plano en cuanto a las funciones de responsabilidad parental, teniendo como única obligación el pago de una pensión para la manutención del menor a la madre. En muchas ocasiones, esas obligaciones económicas no eran cumplidas. Sin embargo, con la implantación de un sistema de custodia compartida, que permite la alternancia de estancias similares de los padres con los menores, ambos progenitores se ven implicados de igual manera en la vida diaria de sus hijos, y en consecuencia, se consigue una mayor concienciación tanto de la madre como del padre, acerca de todos los gastos que pueden derivarse del sostenimiento económico de un hijo: vestimenta, material escolar, alimentos, medicamentos, etc.

h) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

Cuando uno de los progenitores solicita la custodia exclusiva, generalmente, tratará de demostrar que el otro progenitor “no es un buen padre/madre”. En cambio, cuando se solicita una custodia compartida, ya sea consensuada entre los progenitores o contenciosa, ambos progenitores se consideran igualmente aptos para encargarse de la crianza de sus hijos.

i) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

En la custodia ejercida de manera unilateral, el progenitor custodio puede verse desbordado pues el cuidado de un menor exige mucho tiempo y sacrificio, y más aún, si se trata de niños de edades muy tempranas. Sin embargo, la custodia alternada garantiza a ambos progenitores que puedan disfrutar de tiempo con sus hijos y, a su vez, disfrutar de tiempo libre para ellos, facilitándoles, además, la posibilidad de rehacer sus vidas⁹⁹ tras una amarga situación como puede ser un divorcio o separación matrimonial.

j) Por último, en la custodia compartida no hay ni vencedores ni vencidos. El ejercicio de esta modalidad de custodia, basada en la corresponsabilidad parental, exige a los padres una mayor cooperación, por lo que el sistema de guarda compartida facilita la adopción de acuerdos, lo que se puede traducir en un ejemplo de buena conducta para el menor.

El sistema de guarda y custodia compartida coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos¹⁰⁰.

⁹⁹ MORERA VILLAR, B., *Tesis doctoral: Guarda y custodia compartida*, Valencia, 2014, p. 106.

¹⁰⁰ SAP de Girona (Sección 2ª) Sentencia núm. 352/2009 de 13 octubre. FJ 3. *Aranzadi AC\2010\205*.

6.2. DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Respecto a los inconvenientes de la custodia compartida la AP de Barcelona en la Sentencia de 20 de febrero de 2007, únicamente señala tres:

“posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores” (FJ 3).

a) En primer lugar, la desventaja principal que se atribuye a la custodia compartida es la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio.

En base a este inconveniente, la AP de Murcia¹⁰¹ desestima la solicitud de custodia compartida por considerar que los menores tienen la necesidad de contar con un espacio de referencia físico estable, pues los continuos cambios provocan en los mismos una situación de inseguridad e inestabilidad que repercute de forma negativa en su desarrollo emocional.

No obstante, la custodia compartida no debe entenderse como una guarda <<pendular>> en razón de la cual los hijos cambian constantemente de domicilio; se trata de permitir al menor tener una relación personal con uno y otro progenitor por períodos de tiempo determinados, de forma que se respete un ritmo de vida normal y un regular cumplimiento de los deberes escolares y de otras obligaciones análogas¹⁰².

b) El segundo inconveniente que menciona la AP de Barcelona se refiere a los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares.

El menor ve trastocado su núcleo familiar e incluso, en muchas ocasiones, se produce la integración de nuevas personas (parejas sentimentales de los progenitores), lo que muchos menores entienden como una amenaza.

c) Otra desventaja de gran importancia deriva de las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. Se trata de cuestiones tan simples como las reglas en casa o los horarios de llegada, que son especialmente importantes para niños pequeños, pues una gran diferencia en la actuación de cada uno de los progenitores en esas cuestiones rutinarias puede generar inestabilidad en el menor.

De igual forma, los progenitores han de ponerse de acuerdo respecto a las pautas educativas de los menores, éstas deben ser lo más similares posibles para mantener un rendimiento escolar adecuado del menor.

Así, vemos que el buen ejercicio de la guarda y custodia compartida requiere que los padres adopten una actitud de respeto mutuo, dejando a un lado sus diferencias,

¹⁰¹ SAP de Murcia (Sección 1ª) Sentencia núm. 320/2006 de 4 de septiembre. FJ 2. *Aranzadi JUR\2006\252257*.

¹⁰² LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 492.

lo que en algunos casos es complicado puesto que son personas que han pasado por una crisis matrimonial que ha dado lugar a la ruptura de la relación.

d) Por último, y ampliando la desventajas recogidas en la Sentencia de la AP Barcelona, se ha considerado como desventaja de la custodia compartida la consideración de los menores como arma arrojadiza de los padres, algo que ya ocurría en las situaciones de custodia unilateral.

A veces los progenitores están muy influenciados por sentimientos de rencor o culpa, impidiéndoles entender de forma neutral las necesidades de los hijos, llegando a utilizarlos como arma arrojadiza para dañar a la expareja, sin ser conscientes del daño que se les infringe a los hijos con estas aptitudes¹⁰³.

7. CONCLUSIONES.

Tras realizar el presente estudio sobre la guarda y custodia compartida puedo extraer las siguientes conclusiones:

I. En primer lugar, conforme avanzaba en la realización de este estudio, cada vez veía más urgente y necesaria la elaboración de una regulación estatal sobre la custodia compartida. Me refiero a una regulación profunda y detallada, que no se conforme con un mero reconocimiento legal de la custodia compartida como una de las posibilidades de régimen parental, sino que trate de regular en profundidad el otorgamiento de esta modalidad de custodia compartida y todos sus pormenores (destino de la vivienda familiar, distribución de la pensión de alimentos, entre otros). Para ello, el legislador estatal podría tomar como referencia a las legislaciones autonómicas de las CCAA que elaboraron sus textos legislativos propios sobre esta materia.

Además, la elaboración de una legislación estatal más profunda sobre la custodia compartida eliminaría la segmentación que existe a día de hoy entre la justicia de los territorios españoles, fomentando una homogeneización en el fallo de las resoluciones jurisprudenciales a nivel estatal en materia de guarda y custodia.

II. Dentro de los problemas prácticos de la custodia compartida, en cuanto al destino del domicilio familiar, considero que de los tres modelos propuestos como solución: casa nido, atribución de la vivienda al progenitor que más lo necesite y no atribución de la vivienda familiar; el modelo más adecuado sería el segundo, que atiende al interés más necesitado de protección.

A mi parecer el denominado sistema de casa nido, se trataría de un sistema idílico, pues exige una excelente relación entre los progenitores y un nivel económico suficiente para poder mantener en uso tres domicilios. Así que, como expuse en este punto del trabajo, este sistema en la práctica presentaría más problemas que soluciones.

Asimismo, la solución mediante la cual se opta por no atribuir la vivienda no me parece una medida acertada, únicamente veo adecuada su aplicación en casos muy concretos y extremos, pues con ella se desvincula de manera radical a los menores del

¹⁰³ ZAMORA SEGOVIA, M.L., “Efectos psicosociales de la desestructuración familia”, *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 214.

lugar en el que han venido desarrollando su vida diaria. Por ello, el impacto que la nueva situación de ruptura familiar tenga en los hijos podría verse incrementado al abandonar por completo la vivienda familiar.

En mi opinión, la medida más adecuada y, por tanto, la que debería aplicarse con carácter general, es la atribución de la vivienda al progenitor más necesitado de protección, pero esa atribución debe venir acompañada de un límite temporal de uso. De esta manera, se protege el interés del menor, pues aseguramos su estancia en un domicilio adecuado durante los períodos que le corresponda con el progenitor más desfavorecido económicamente y, a su vez, se motiva al progenitor para que busque un trabajo que le permita pagar su propio domicilio.

III. Desde mi punto de vista, el sentido que se desprende del CC respecto a la aplicación de los distintos modelos de guarda y custodia debería ser invertido, es decir, la custodia compartida debería entenderse como la modalidad de aplicación general y la custodia exclusiva quedar para casos excepcionales. Con ello, no quiero decir que la custodia compartida deba aplicarse automáticamente en todos los supuestos, sino que se le valore como el modelo de custodia más adecuado, permitiendo al Juez decidir, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y, en todo caso, protegiendo el interés superior del menor. Si bien la custodia compartida es la medida más deseable, hay determinados casos en los que esta modalidad de guarda y custodia no es viable, son casos excepcionales en los que el interés del menor reclama una custodia exclusiva.

Cuando la relación entre los progenitores es tan conflictiva que impide la realización de acuerdos y de llevar una organización entre ellos, la atribución de una custodia compartida no sería lógica e incluso perjudicaría el interés del menor, pues éste sufriría las continuas desavenencias de sus padres. Del mismo modo, la custodia compartida dejaría de ser conveniente cuando los padres viven en CCAA muy distanciadas o en países diferentes, puesto que los continuos desplazamientos de domicilio perjudicaría a los menores que verían continuamente alterada su rutina: se les dificultaría la posibilidad de mantener un círculo de amigos, su rendimiento escolar se vería afectado, etc. Otro inconveniente, expuesto en este trabajo, es el de la conciliación laboral de los progenitores con el cuidado de sus hijos, en mi opinión, no debe ser óbice para la atribución de una custodia compartida siempre que puedan dejar al menor con alguien de confianza durante las horas en las que estén trabajando.

Por último, a mi juicio, aunque existan determinados casos en los que no proceda la aplicación de la custodia compartida, ésta ha de ser considerada como la modalidad de guarda y custodia más beneficiosa y de aplicación general frente a la custodia exclusiva. Entre los diferentes beneficios que presenta el régimen parental compartido – *vid.* epígrafe 6.1 –, permite al menor disfrutar de ambos progenitores durante similares períodos de tiempo y palia el choque psicológico que pudiera tener sobre el menor la ruptura de su familia nuclear, lo que no se consigue con ninguna otra modalidad de guarda y custodia.

8. REPERTORIO JURISPRUDENCIAL.

- STC. Sentencia núm. 116/1997 de 23 junio. *Aranzadi RTC\1997\116*.
- Auto TC (Sala Primera). Auto núm. 28/2001 de 1 febrero. *Aranzadi RTC\2001\28AUTO*.
- STC. Sentencia núm. 185/2012 de 17 octubre. *Aranzadi RTC\2012\185*.
- STC. Sentencia núm. 192/2016 de 16 noviembre. *BOE-A-2016-12362*.
- STS (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia de 19 octubre de 1983. *Aranzadi RJ\1983\5333*.
- STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 22 mayo de 1993. *Aranzadi RJ\1993\3977*.
- STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 septiembre de 1996. *Aranzadi RJ 1996\6722*.
- STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 471/1999 de 22 mayo. *Aranzadi RJ 1999\3358*.
- STS (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia núm. 623/2009 de 8 octubre. *Aranzadi RJ\2009\4606*.
- STS (Sala 1ª). Sentencia núm. 94/2010 de 10 de marzo. *Aranzadi RJ\2010\2329*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 961/2011 de 10 enero. *Aranzadi RJ\2012\3642*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 579/2011 de 22 julio. *Aranzadi RJ\2011\5676*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 154/2012 de 9 marzo. *Aranzadi RJ\2012\5241*.
- STS (Sala 1ª). Sentencia núm. 257/2013 de 29 abril. *Aranzadi RJ\2013\3269*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 495/2013 de 19 julio. *Aranzadi RJ\2013\5002*
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 200/2014 de 25 abril. *Aranzadi RJ\2014\2651*
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 566/2014 de 16 octubre. *Aranzadi RJ\2014\5165*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 593/2014 de 24 octubre. *Aranzadi RJ\2014\5180*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 619/2014 de 30 octubre. *Aranzadi RJ\2014\5268*

- STS (Sala 1ª). Sentencia núm. 616/2014 de 18 de noviembre. *Aranzadi RJ\2014\5718*;
- STS (Sala 1ª). Sentencia núm. 52/2015 de 16 de febrero. *Aranzadi RJ\2015\553*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 96/2015 de 16 febrero. *Aranzadi RJ\2015\564*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 571/2015 de 14 octubre. *Aranzadi RJ\2015\4746*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2016 de 4 febrero. *Aranzadi RJ\2016\494*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2016 de 4 febrero. *Aranzadi RJ\2016\260*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 55/2016 de 11 febrero. *Aranzadi RJ\2016\249*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 115/2016 de 1 marzo. *Aranzadi RJ\2016\736*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 434/2016 de 27 junio. *Aranzadi RJ\2016\2876*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 748/2016 de 21 diciembre. *Aranzadi RJ\2016\5998*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 751/2016 de 22 diciembre. *Aranzadi RJ\2016\5999*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 294/2017 de 12 mayo. *Aranzadi RJ\2017\2203*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 296/2017 de 12 mayo. *Aranzadi RJ\2017\2053*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 566/2017 de 19 octubre. *Aranzadi RJ\2017\4485*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 7/2018 de 10 enero. *Aranzadi RJ\2018\74*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 229/2018 de 18 abril. *Aranzadi RJ\2018\2177*.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 593/2018 de 30 octubre. *Aranzadi RJ\2018\4742*.

- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 43/2013 de 1 julio. *Aranzadi RJ\2013\6389*.
- SAP de Murcia (Sección 1ª). Sentencia núm. 320/2006 de 4 septiembre. *Aranzadi JUR\2006\252257*.
- SAP de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 26/2007 de 12 enero. *Aranzadi JUR\2007\178637*.
- SAP de Barcelona (Sección 18º). Sentencia núm. 102/2007 de 20 febrero. *Aranzadi JUR\2007\101427*.
- SAP de Girona (Sección 2ª). Sentencia núm. 352/2009 de 13 octubre. *Aranzadi AC\2010\205*.
- SAP de Alicante (Sección 4ª). Sentencia núm. 22/2013 de 24 enero. *Aranzadi JUR\2013\185176*.
- SAP de Alicante (Sección 9ª). Sentencia núm. 289/2013 de 27 mayo. *Aranzadi JUR\2013\275506*.
- SAP de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 225/2013 de 14 junio. *Aranzadi JUR\2013\272012*.
- SAP de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 675/2013 de 1 octubre. *Aranzadi JUR\2013\355890*.
- SAP de Valencia (Sección 10ª). Sentencia núm. 823/2013 de 11 diciembre. *Aranzadi JUR\2014\82407*.
- SAP de Valencia (Sección 10ª). Sentencia núm. 45/2014 de 29 enero. *Aranzadi JUR\2014\107658*.
- SAP de Almería (Sección 2ª). Sentencia núm. 49/2014 de 4 marzo. *Aranzadi JUR\2014\169213*.
- SAP de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 240/2014 de 8 de abril. *Aranzadi JUR\2014\135526*.
- SAP de Girona (Sección 1ª). Sentencia núm. 138/2014 de 30 abril. *Aranzadi JUR\2014\185359*.
- SAP de Vizcaya (Sección 4ª). Sentencia núm. 273/2015 de 5 mayo. *Aranzadi JUR\2015\178879*.
- SAP de A Coruña (Sección 3ª). Sentencia núm. 52/2019 de 7 febrero. *Aranzadi JUR\2019\89587*.

9. ÍNDICE LEGISLATIVO.

- Constitución Española de 1978.
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (30 marzo 2010).
- Observación general Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013).
- Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.
- Ley del Divorcio del año 1932.
- Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del CC.
- La Ley 11/1981 de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación o divorcio.
- Ley 11/1990 de 15 de Octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- 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.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia.
- Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado en 2014.

10. BIBLIOGRAFÍA.

BELLOSO MARTÍN, N., “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? De la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* (Nº 10, 2017).

CABALLERO RIBERA, M. y BO JANÉ, M., “El nuevo derecho del menor a ser oído ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (Nº 6, 1996).

CHAPARRO-MATAMOROS, P., “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida” (Capítulo V), *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Valencia, Tirant lo Blanch, noviembre 2018, pp. 340-371.

CORDERO CUTILLAS, I., y FAYOS GARDÓ, A., “La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, (Nº1, 2014), pp. 4-12.

DELGADO SÁEZ, J. “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”. *Derecho de Familia: Nuevos retos y realidades*. Dykinson, 2016, pp. 103-113.

- ECHARTE FELIÚ, A.M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada 2000.
- FRÍAS RODRÍGUEZ, I., “Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (Nº 9, Julio-Diciembre 2016).
- HERRERA DE LAS HERAS, R., “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia”, *Revista de Actualidad Civil* (Nº 10, tomo 1, mayo 2011).
- IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, LA LEY, 2008.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, R., “Legislación sobre custodia compartida en España: Situación actual”, *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, (Nº 22, 2016), pp. 179-192.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N., “La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Nº 5, agosto 2016).
- MECO TÉBAR, F., “La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Nº 3, agosto 2015).
- MORERA VILLAR, B., *Tesis doctoral: Guarda y custodia compartida*, Valencia, 2014.
- PÉREZ GÓMEZ, R., “La nueva ley de jurisdicción voluntaria. Estructura e ideas generales sobre su nuevo contenido”, *Revista de Derecho vLex* (Nº 136, Septiembre 2015).
- PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Barcelona, Bosch, 2009.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “La guarda y custodia de los hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución* (Nº 15, Enero-Diciembre 2001).
- ROMERO COLOMA, A.M., *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid, Reus S.A, 2011.
- SÁNCHEZ AGUIRRE, C., “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Nº 3 ter, diciembre 2015).
- ZAMORA SEGOVIA, M.L., “Efectos psicosociales de la desestructuración familia”, *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Madrid, Dykinson, 2016.