



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018/2019

La custodia compartida: Análisis de los criterios jurisprudenciales

The joint custody: Analysis of the case-law criteria

Realizado por la alumna Andrea Lombas Prieto

Tutorizado por la profesora doña Marta Ordás Alonso

Índice

Resumen	4
Palabras clave	4
Abstract.....	5
Key Words.....	5
Objeto del trabajo	6
Metodología.....	7
I. La custodia compartida en la actualidad	8
1. Concepto y regulación	8
2. Modalidades de custodia compartida	15
3. Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida	18
II. Criterios relevantes para el establecimiento de la custodia compartida	20
1. El interés superior del menor.....	20
a. El derecho del niño a ser oído.....	27
b. Derecho del niño a la cohabitación en el entorno familiar y tener asistencia y apoyo	29
2. Las relaciones interpersonales entre los progenitores	31
a. La mediación.....	33
b. La conflictividad entre los progenitores	35
3. Las relaciones interpersonales entre padres e hijos	38
4. Vivienda	40
5. Empleo.....	43
6. Capacidad económica	44
7. Los propios hijos	47
8. Intervención de terceras personas.....	49
Conclusiones.....	51
Bibliografía.....	53

Jurisprudencia.....	57
Tribunal Constitucional	57
Tribunal Supremo	58
Tribunales Superiores de Justicia	70
Audiencias Provinciales	74
Juzgados de Primera Instancia.....	99

Resumen

El cuidado de los hijos es un deber que se manifiesta desde su nacimiento, es por ello que debido a la nulidad, separación, divorcio o ruptura de la relación “more uxorio” de sus progenitores, se deberá buscar un sistema que garantice el mantenimiento del bienestar que los hijos menores tenían previamente, siendo la situación nueva lo más similar posible a la anterior. Con esta finalidad nace la custodia compartida, como un método para que los padres puedan tener los mismos derechos y deberes en cuanto al cuidado de su hijo, y que este, a su vez, se pueda beneficiar del cuidado de sus dos padres. En las siguientes páginas se tratará tanto la regulación que hay en nuestro país respecto a ello, así como la labor de los tribunales, que deberán valorar las consideraciones prioritarias de cada uno de los menores, estudiando los criterios que considere sean determinantes para la búsqueda del mejor modelo al que se someterá esa familia.

Palabras clave

Custodia compartida, interés superior del menor, crisis matrimoniales, criterios jurisprudenciales

Abstract

Children's care is a duty that begins in the moment they are born, thus, due to the marriage annulment, separation, divorce or breakup of the parents' relationship, that is why there must be necessary to look for a solution that maintains the kids' welfare as similar as it was before the breakup. As a result, the joint (or shared) custody rises up as a method that establishes the same rights and duties for both parents in their child's care, who, at the same time, can benefit from the care of both of them. On the following pages there will be an explanation about the specific regulation that Spain has developed about it, in addition to the work done by the courts, which have to appreciate the most important considerations about each of the minors, for what they will have to consider the relevant criteria for the search of the best prototype in relation with each family.

Key Words

Shared (or joint) custody, greatest interest of children, marital crisis, case-law criteria

Objeto del trabajo

Con el presente trabajo se ha querido profundizar en el estudio de una de las figuras más empleadas hoy en día tanto por la jurisprudencia como por los propios padres a través de un acuerdo mutuo en lo que se refiere al cuidado de los hijos comunes: la custodia compartida.

Una vez que se llega a la situación por la cual los progenitores deciden vivir por separado, los hijos sufrirán por ello, pues su vida hasta dicho momento cambiará radicalmente. De ahí que se vea necesaria la instauración de un régimen de guarda y custodia compartida (cuando las condiciones sean propicias para ello) puesto que será, en cierta forma, el sistema que más se asemeje a la vida que tuvieron previamente, ya que les permitirá disfrutar de sus dos progenitores de igual forma, siendo estos partícipes de la vida de su hijo en todo momento, sin que por ello uno tenga más influencia de forma cotidiana que el otro, que sería lo que sucedería en el supuesto de que se estableciera un régimen de custodia monoparental con derecho de visitas para el cónyuge no custodio.

Este sistema de custodia compartida no contiene regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, más allá de lo previsto respecto a los convenios reguladores que podrán acordar los cónyuges entre sí, o en lo que se refiere a la normativa foral que sí lo regula con mayor profundidad; es por ello que su desarrollo viene dado por doctrina y jurisprudencia, siendo necesaria la labor de los jueces en lo que a esta materia se refiere, la cual se ha visto incentivada a raíz de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, puesto que previamente a su entrada en vigor, la tendencia de los tribunales era la atribución de custodias monoparentales, sin embargo, esta Ley supone el cambio de perspectiva para los tribunales, los cuales, desde su entrada en vigor, son más propensos al establecimiento de diversas modalidades que difieren de la custodia monoparental cuando ello favorece a los menores.

EL desarrollo de esta figura por la Jurisprudencia ha ido estableciendo una serie de criterios a tener en cuenta para su adopción, más allá del expreso “interés superior del menor” o “favor filii”, pues no solo este servirá para la determinación de este modelo como el correcto en cada momento, por eso, se han podido concretar una serie de aspectos, que se tratarán en la parte central del trabajo y que, cada uno, servirá para ofrecer un punto de vista al juez que le ayudará a tomar su decisión final.

Metodología

A lo largo de todo el proceso que rodea la creación de este trabajo, desde la documentación hasta la propia redacción como tal, he seguido un método de búsqueda de información de todo aquello que me llamaba la atención y que consideraba que podía ser útil para la inclusión en este.

En primer lugar, respecto a la elección del tema, busqué en bases de datos como *Aranzadi* o *Dialnet* respecto a varios campos dentro del Derecho civil, decantándome finalmente por la custodia compartida, entre otras cosas, por tratarse de un tema de actualidad sobre el cual había mucha jurisprudencia y doctrina.

Una vez elegido el tema del cual quería que versara el trabajo me dispuse a informarme sobre el asunto de forma general para poder hacerme una idea de cómo quería organizar el trabajo.

En cuanto a cada uno de los apartados de los que se compone este escrito, en un primer momento, pretendía exponer el planteamiento general del trabajo, así como la regulación y aspectos generales del tema en cuestión, para, una vez hecho esto, pasar al desarrollo de cada una de las siguientes secciones que lo desarrollan, refiriéndose cada una de ellas a los criterios empleados mayormente por la jurisprudencia para la instauración o no de esta modalidad de guarda y custodia.

El estudio de la jurisprudencia ha servido para poner un punto de realidad dentro de lo dispuesto por las diferentes doctrinas contrastadas, puesto que permite ver la aplicación que se da en la vida real en los tribunales, más allá de los estudios dispuestos por cada uno de los juristas que se haya encargado de la elaboración de las diversas teorías.

Se ha constatado la información obtenida de diferentes sitios y recursos que pone a nuestra disposición la Biblioteca de la Universidad de León, como *Aranzadi* o *Dialnet*, pero también mediante el acceso a otras recopilaciones de datos, como el *Diario la Ley* o a través del centro de documentación judicial o *CENDOJ* para la búsqueda de la jurisprudencia que aparece a lo largo del documento.

I. La custodia compartida en la actualidad

1. Concepto y regulación

La custodia desde un punto de vista generalizado, es un concepto que se refiere a dos aspectos, el primero relacionado con la tenencia de algo o alguien y el segundo como el ejercicio de las acciones que llevarán a cabo los padres respecto a sus hijos¹. Nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, el Derecho civil lo relaciona con la atención y el cuidado del menor que se tiene en compañía, que se ejercerá a través de una convivencia de carácter más o menos permanente, aunque dicha permanencia se verá afectada por la rotura de la relación de los progenitores, entonces será el momento en el que, ya sean los propios padres a través de un acuerdo consensuado o los tribunales en su defecto quienes decidan el establecimiento de un régimen de guarda y custodia en favor de los hijos².

Respecto a la guarda y custodia, LATHROP GÓMEZ³ lo define desde varios puntos de vista: “En primer lugar, en sentido restringido, la guarda y custodia de los hijos consiste en el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia. Más ampliamente, en cambio, se entiende que este instituto comprende el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo”⁴.

PÉREZ CONTRERAS indica que se pueden distinguir entre dos tipos de custodia, refiriéndose en primer lugar a aquella que venga determinada por el juez o una norma, que no tiene porqué corresponderse con la realidad o, en segundo lugar, la custodia que se venga desarrollando efectivamente, es decir, la que corresponde a aquella persona que

¹ RAMÍREZ GONZÁLEZ, M.: “¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida? Errores frecuentes en su conceptualización”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1 2015, págs. 30-31.

² CASTILLO MARTÍNEZ C.M.: “Particularidades en las decisiones sobre el régimen de visitas”, *Práctica de Tribunales*, núm. 134, 2018, págs. 9-10.

³ LATHROP GÓMEZ F.: “Aspectos generales de la guarda y custodia compartida”, en *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, págs. 1-3.

⁴ Otra definición nos la muestra CAMPO IZQUIERDO quien entiende lo que es la custodia teniendo en consideración los deberes de la patria potestad que dispone el artículo 154 CC, de la siguiente forma: “Un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad”. Vid. CAMPO IZQUIERDO A.L.: “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009, págs. 1-2.

en realidad es quien se encarga del cuidado de los hijos, siendo un supuesto muy común que el ejercicio del cuidado dependa de los abuelos en vez de los padres⁵.

Con respecto a ello, el menor tiene derecho a mantener vínculos con sus progenitores por igual, de ahí que dicha responsabilidad y ejercicio de la patria potestad frente al mismo deba ser llevada a cabo por cada uno de ellos de la misma forma, entendiéndose por ello la modalidad de custodia compartida como la manera más justa y equitativa para que tanto los padres como los hijos puedan disfrutar de su derecho como familia⁶. Esto ha primado a lo largo del tiempo por disposición normativa pasando de un momento inicial donde se consideraba como la opción excepcional (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) a formalizarse como la opción preferente (y que así se puede apreciar por la actuación de la jurisprudencia⁷ y en las propias legislaciones forales donde se recoge expresamente).

De manera general, el Derecho civil común no dispone definiciones que se refieran a ella, por lo que será que habrá que acudir tanto a lo dispuesto por la doctrina, como por la jurisprudencia que se encarguen de delimitar lo que es este supuesto cada día más empleado. Así, por ejemplo HERNANDO RAMOS⁸ la conceptualiza como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”⁹.

⁵ PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm.116, 2006, págs. 508-509.

⁶ Los distintos tribunales se han encargado de dar una definición lo más aproximada de lo que se entenderá por custodia compartida, como, por ejemplo la Sentencia núm. 138/2007, de 9 de marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en cuyo fundamento jurídico cuarto establece: “Es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la 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”.

⁷ Ejemplos de jurisprudencia donde se puede apreciar la aplicación del derecho foral pueden ser la STSJ de Aragón, Sección 1ª, núm.1291/2018 de 11 de diciembre, STSJ de Cataluña, Sección 1ª, núm.159/2019 de 25 de marzo o STSJ de Navarra, Sección 1ª, núm. 194/2012 de 23 de enero.

⁸ HERNANDO RAMOS S.: “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009, págs. 1-2.

⁹ En palabras de LATHROP GÓMEZ, la custodia compartida es “un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”. En “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009, págs. 8-10. O según ZABALGO JIMÉNEZ define en un primer momento lo que es la custodia de forma general para posteriormente referirse a su modalidad compartida, tal que así: “La

El origen de la custodia compartida es la búsqueda de una forma eficiente de educar a los hijos una vez que se ha producido la disolución del matrimonio, de tal forma que ambos progenitores, poseedores de la patria potestad, puedan intervenir en la crianza de sus descendientes.

Es un método que busca la equidad para los guardadores, siendo así que sus derechos de guardar y tener a los menores en su compañía sean lo más igualitarios posibles, dependiendo siempre de otros factores que se tendrán en cuenta a la hora de estipular la necesidad de una custodia que puedan ejercer ambos, es por ello que en la jurisprudencia actual se prefiere frente a la exclusividad del cuidado por uno de los progenitores. Esta igualdad viene favorecida por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984 que indica que los cónyuges gozarán de responsabilidades de índole civil así como en cuanto a la igualdad de derechos propiciada en conjunción con el bienestar del hijo, ya sea durante el matrimonio como una vez disuelto.

La atribución de esta modalidad se promueve siempre que genere más beneficios para el menor que es quien se verá mayormente afectado por el régimen que se imponga tras el cese de la convivencia y la disolución del matrimonio de sus padres¹⁰. Tal es así que el artículo 92.8 CC establece la imperante necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor para el establecimiento de esta (de igual forma se podrá entender el mismo razonamiento si se decide que la guarda y custodia sea exclusiva para uno de los progenitores)¹¹. Si se tiene en consideración, por tanto, lo dispuesto por este artículo 92 CC, esta modalidad solo se podrá adoptar en dos ocasiones, siendo la primera por mutuo acuerdo de los progenitores o en su defecto, cuando la pida uno de ellos y se cumplan los requisitos de este octavo apartado, así que, en principio no se prevé la posibilidad de una

custodia desde el punto de vista de los procesos de familia significa el cuidado cotidiano del menor, la atención diaria de los niños en todos sus aspectos, llevarlos y recogerles del colegio, asistir a las tutorías y realizar el seguimiento escolar necesario, hacer los deberes, acudir a las revisiones médicas, encargarse de su alimentación y vestido, hacerles la comida, la cena, etc. En definitiva, cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida. Y la custodia compartida supone que ambos progenitores asumen por igual la realización de todas las funciones anteriormente indicadas”. Esto se encuentra en “La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* núm. 9088, 2017, págs. 1-4.

¹⁰ MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales”, *La Ley Derecho de Familia*, Editorial La Ley, 2015, págs. 6-7.

¹¹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “La necesidad de una completa regulación...”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, 2016, págs. 10-14.

adopción de oficio¹². Sin embargo, cuando se acude a los tribunales por la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los padres, es decir, a través de un procedimiento contencioso, el juez o tribunal, una vez estudiadas las circunstancias del caso en particular y teniendo siempre presente el principio “favor filii”, podrá instaurar el régimen que considere más beneficioso para la familia, teniendo siempre en cuenta el artículo 92.8 CC que indica la necesidad de la instauración del mismo cuando lo quiera al menos uno de los miembros de la pareja aportando un informe favorable por parte del Ministerio Fiscal, pudiendo acordarlo entonces el juez, incluso aun teniendo la oposición del otro¹³.

Hasta hace relativamente poco, los tribunales eran más propensos a la concesión de una custodia monoparental, normalmente a favor de las mujeres, impidiéndose por ello un reparto equitativo de las responsabilidades a cada uno de los progenitores, puesto que el papel que se atribuía al progenitor no guardador era meramente residual, además, este tampoco podía disfrutar del cuidado de su hijo más allá del tiempo limitado establecido por el juez¹⁴. Por ello se vio necesario el establecimiento de un sistema que abogara por la igualdad, permitiendo al niño poder disfrutar de la compañía de sus dos progenitores y, a su vez, que estos tuvieran la misma responsabilidad (o la más similar posible)¹⁵, actuación y participación en la crianza de su hijo hasta que este alcanzara la mayoría de

¹² Así aparece reflejado en la STS, Sección 1ª núm. 2246/2013 de 29 de abril en su fundamento jurídico segundo: “Pues bien, el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes”, con los demás requisitos exigidos. (...) En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”. Reiterada en STS, Sección 1ª, núm. 1877/2016 de 15 de junio o la SAP de Zamora, Sección 1ª, núm. 127/2018 de 16 de marzo.

¹³ LÓPEZ JARA, M. en “Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

¹⁴ HERRERA DE LAS HERAS, R. en “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida” *Actualidad civil*, núm. 10, 2011, págs. 2-6.

¹⁵ Hoy en día, la jurisprudencia promulga la imperiosa necesidad de no confundir custodia compartida con reparto igualitario del tiempo de cada uno de los padres, como así lo dice la STS Sección 1ª, núm. 50/2019 de 17 de enero en su fundamento jurídico primero: “Considera la sala que el hecho de que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores, sin que se haya probado por el apelante que la alternancia semanal pueda resultar más beneficiosa para aquellos. Recuerda también la sala de apelación que este fue el régimen adoptado por los padres tras la ruptura y fue el mismo que se adoptó en la pieza separada de medidas provisionales”. Otros ejemplos son la SAP de Madrid Sección 22ª, núm. 3601/2019 de 12 de marzo o la SAP de Barcelona Sección 18ª, núm. 3675/2019 de 28 de febrero.

edad, por ello que sea necesario indicar la no imposición de una distribución temporal equitativa cuando no sea necesario¹⁶.

Nuestro ordenamiento no ha recogido regulación para esta cuestión hasta la reforma del Código Civil, introducida por 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, siendo necesario indicar que la labor de la jurisprudencia siempre ha estado presente ya que, al no estar incluida esta en la normativa legal correspondiente, no se recogían circunstancias en las que se tuviera que aplicar la misma, pero no por ello había una prohibición que excluyese su adopción, de tal manera que todo dependía de la labor de los tribunales.

De forma introductoria, a lo largo de los años, la jurisprudencia ha promovido el establecimiento de esta medida mediante la concurrencia de varios criterios, como se puede observar por ejemplo en la Sentencia núm. 5969/2009 del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 8 de octubre¹⁷, pionera en la indicación de estas cuestiones a tener en cuenta aplicando lo dispuesto por el Derecho comparado, de tal manera que concentra los aspectos más comunes que, además, han sido tenidos en cuenta por varias áreas en ámbitos psicológicos y pedagógicos en cuanto a su influencia respecto a los menores¹⁸.

La jurisprudencia actual pues, ha sido muy favorecedora de esta responsabilidad dual por parte de los progenitores, sin embargo esto no siempre ha sido así puesto que antes de la introducción de la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, los tribunales se decantaban en la mayoría de las ocasiones por una custodia monoparental atribuida a la

¹⁶ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS J.A.: “El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016, págs. 1-6.

¹⁷ Esta sentencia, recoge en su fundamento jurídico quinto estas cuestiones tomando como base el derecho comparado: “Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. También se recogerá próximamente debido a la importancia que presenta.

¹⁸ VALBUENA NAVARRO, A.: “El continuum de la custodia compartida”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015, págs. 103-105.

madre en mayor proporcionalidad, de tal forma que si instauraban un régimen de guarda y custodia compartida, esto era un caso excepcional¹⁹.

Esta responsabilidad se puede distribuir de una manera muy diversa²⁰, siendo lo más común el reparto de carácter semanal, aunque no por ello se descarta la presencia de un reparto con otra distribución del tiempo, más o menos excepcional dependiendo del caso²¹. Es necesario recalcar que la adopción de la distribución que se considere apropiada deberá fundamentarse por los elementos que suscitan importancia en el caso concreto, por ejemplo, la edad o madurez de los niños, lo que puede determinar que el periodo que están con cada progenitor sea más o menos amplio, pero esto, como otros conceptos que se puedan apreciar influyen totalmente en el criterio del juzgador encargado del caso en cuestión, sin embargo, se podrán tener en cuenta otras ideas, como, la que propone la Federación Española de Padres y Madres separados, quienes recomiendan los periodos dependiendo de la edad que tenga el niño en cada momento, como, por ejemplo, la preferencia de un régimen de días alternos para niños de entre 1 y 2 años o, por otra parte, a partir de 9 años, se recomienda un reparto por semanas²².

A pesar de que la jurisprudencia optara por llevar a cabo este sistema, en los primeros tiempos en los que se motivó su adopción no había regulación concreta para el establecimiento de la misma, con lo que se entendió necesaria la concurrencia de un conjunto de criterios uniformes para la aplicación de este régimen, lo que se produjo por vez primera en el ámbito de las Comunidades Autónomas con derecho foral, pioneras por ello en legislar este aspecto y, en particular, en Aragón, Cataluña o Navarra donde la

¹⁹ PÉREZ GALVÁN, M.: “La guarda y custodia compartida entre los tribunales antes y después de 2005”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm. 11, 2016, págs. 2-7.

²⁰ Ejemplos de sentencias de distribución de tiempos variada: en primer lugar, podemos encontrar reparto por quincenas alternas como en la SAP de Ourense, Sección 1ª, núm. 228/2019 de 15 de marzo; en cuanto al reparto semanal, que suele ser el más habitual, como la SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 5755/2014 de 21 de mayo o la STS, Sección 1ª, núm. 615/2015 de 16 de febrero o la STS, Sección 1ª, núm. 4165/2015 de 14 de octubre o la SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 307/2019 de 9 de abril o la SAP de Córdoba, Sección 1ª, núm. 185/2019 de 19 de marzo; en los casos en los que los niños son muy pequeños, se puede dar un reparto por horas, como así dice el Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Sabadell núm. 13/2014 de 21 de julio, o la SAP de Pontevedra, Sección 3ª, núm. 182/2019 de 11 de febrero donde no se impide este sistema a pesar de que el niño sea muy pequeño; el reparto también podrá hacerse por días, como la SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 5798/2019 de 29 de mayo o la SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 5802/2019 de 29 de mayo o la SAP de Gerona, Sección 1ª, núm. 182/2019 de 27 de marzo.

²¹ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS J.A.: “El reparto de los tiempos de estancia...”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, 2016, págs. 7-10.

²² Un ejemplo del necesario criterio que se tendrá en cuenta para la distribución de los periodos es la flexibilidad de los padres y así se aprecia de nuevo la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, núm. 615/2015 de 16 de febrero en su fundamento jurídico séptimo: “El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores”.

práctica era bastante más habitual que en la zona de Derecho civil común, donde en principio solo se concedía en aquellos casos en los que hubiera pleno acuerdo por parte de los progenitores, si no, los menores serían tenidos en la compañía y cuidados por uno solo de los padres²³. Hoy en día, cada una de las Comunidades con privilegios forales se ha encargado de darle una regulación concreta²⁴, siendo el modelo prioritario, enfatizando en la labor del juez navarro pues tendrá libertad absoluta para instaurar el régimen que así considere, a diferencia de las comunidades restantes que imponen su primacía en caso de que no hubiera acuerdo entre los cónyuges²⁵.

Dejando a un lado el derecho propio de cada Comunidad Autónoma, en lo que respecta al Derecho común, en la actualidad, sin embargo, a pesar de haber contado con un Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, posteriormente, por la publicación del Decreto de disolución de las Cortes en el BOE el 27 de octubre de 2015, así como la convocatoria para las elecciones generales venideras, se imposibilitó que llegara a ver la luz²⁶; es por ello que se siguen aplicando los criterios mejor considerados por la jurisprudencia junto a la inevitable actuación a favor del interés del menor. Este Anteproyecto propugnaba la corresponsabilidad parental independientemente del régimen que se atribuyera y las características que este tuviera, de ahí la importancia otorgada al interés superior del menor, para lo que el juzgador correspondiente debía valorar aspectos como la comunicación fluida y efectiva entre los padres, así como la implicación frente a su hijo o la distancia entre el domicilio y el centro escolar al que el menor acuda²⁷.

²³ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016, págs. 2-6.

²⁴ Aparece recogida la preferencia por la custodia compartida en los artículos 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo), 233.8.1 y 233.10.2 del Código Civil de Cataluña recogido en la Ley 25/2010 de 29 de julio, así como el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 de 30 de junio del País Vasco. Por otra parte el artículo 5.2 de la Ley 5/2011 de 1 de la Generalitat Valenciana recogía este modelo como el preferente más allá de los derechos forales, aunque esta Ley ha sido declarada inconstitucional por la STC núm. 192/2016 de 16 de noviembre por considerar que invade la competencia exclusiva del Estado, aunque el Tribunal indica que conforme al principio de seguridad jurídica, aquellas situaciones que se hubieran resuelto con anterioridad a esta sentencia se mantendrán en base a lo dispuesto por esta norma).

²⁵ Así lo recoge el artículo 3.3 de la Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo.

²⁶ MUÑOZ NARANJO A.: “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015, pág. 40.

²⁷ LÓPEZ MARTÍNEZ, R.: “Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual”, *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, núm.22, 2016, pág. 182.

En el ámbito de la Unión Europea existen varias normas que promulgan este modelo como el preferente, por ejemplo, el Reglamento de la Unión Europea 1347/2000 que estipula que la responsabilidad atribuida a los progenitores deberá cumplirse en virtud a lo establecido por una resolución judicial o un acuerdo con efectos jurídicos que favorezcan la situación del menor; por otra parte, la Recomendación del Comité de Ministros de Europa de 28 de febrero de 1984 en su quinto principio premia la responsabilidad conjunta de los progenitores.

De lo dispuesto por nuestro ordenamiento o por las directrices emitidas por la Unión Europea a través de las diferentes normas vinculantes, como reglamentos y directivas, o no vinculantes como recomendaciones, puede ser diferente a lo establecido en otras partes del mundo, ya que cada ordenamiento jurídico es diferente y no tiene por qué estar regulado de la misma forma en todas partes, pudiendo traer a colación en este caso, por ejemplo, las diferencias que pueda haber entre un país que se base mayormente en el derecho consuetudinario respecto a otro cuya base sea el derecho positivo.²⁸

2. Modalidades de custodia compartida

Como ya se ha podido apreciar, la custodia compartida es un modelo que, aunque en auge, carece de regulación propiamente dicha en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que su instauración así como las características que se emplearán para su mejor efectividad dependerán plenamente del órgano judicial encargado de conocer el asunto (cuando no hubiera acuerdo entre las partes intervinientes). Es por ello, que se podrán determinar tantos modelos diferentes entre sí como se puedan imaginar, pues se amoldarán tanto a las necesidades de la familia como a las circunstancias del caso particular y, no por ello menos importante, a aquello que el juzgador considere que sea lo más oportuno y beneficioso para el menor²⁹.

Hay que tener en cuenta que los convenios reguladores, previstos en el artículo 90 CC fueron introducidos con la intención de darles a los cónyuges la posibilidad de que pudieran resolver su situación sin la necesidad de solventarlo ante la autoridad judicial, suponiendo una clara manifestación de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho

²⁸ LÓPEZ MARTÍNEZ, R.: “Legislación sobre custodia...”, *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, 2016, págs. 182-183.

²⁹ MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda...”, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, págs. 6-7.

de familia, y que, en defecto de acuerdo por parte de los cónyuges, ello dependerá del juzgador correspondiente en cada caso particular, resolviendo de todas formas, con respecto al llamado “contenido mínimo” de este mismo artículo e intentando dar respuesta a todo lo que pueda afectar a la vida de estas personas a partir de la disolución de la pareja³⁰.

Para poder apreciar de manera efectiva cuál puede ser el modelo que corresponda al caso en cuestión, se podrán tener en cuenta una serie de principios que propicien el establecimiento de la custodia compartida en alguna de sus variantes³¹, siendo necesarios los siguientes:

- En primer lugar, es imprescindible determinar la corresponsabilidad parental, de tal forma que haya una equitativa distribución entre los derechos y los deberes que cada uno de ellos ejercerá en el cuidado de sus hijos.
- En segundo lugar, no debe haber preferencia en relación a la imposición de la custodia a favor de uno sin algún tipo de justificación que lo impulsara, es decir, se propugnará por la igualdad de estos, para que la determinación de las responsabilidades frente a sus hijos no tenga en principio ningún tipo de discriminación subjetiva, más allá de aquellas que por motivos lógicos, como el trabajo impidieran que se pudiera cumplir este principio.
- Por último, el desarrollo de una buena relación, un sistema de coparentalidad³² que permita que se puedan continuar las relaciones del menor con cada uno de sus padres³³.

Los padres que lleguen a un acuerdo y elaboren un convenio regulador podrán optar por la elección de un modelo personalizado, pudiendo basarse en alguno de los siguientes, pues son los más habituales; respecto a los cuales también podrán disponer los tribunales los cambios que estimen necesarios³⁴:

³⁰ FERNÁNDEZ RAMALLO P.: “Eficacia de los convenios matrimoniales no sometidos a autorización judicial”, *Abogados de Familia*, núm. 29, 2004, págs. 1-11.

³¹ GARCÍA GÓMEZ, V.: “Estudio sobre la custodia compartida”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, núm. 1, 2016, pág. 5.

³² A este y a otros criterios se hace referencia en la SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 1398/2019 de 20 de febrero.

³³ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida: criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.9, 2016, págs. 117-118.

³⁴ Las siguientes modalidades han sido obtenidas a través de un estudio llevado a cabo por GARCÍA RIVAS F.J. en “Guarda y custodia compartida: la ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, págs. 96-99; en base a la generalidad de sistemas que se

- Simultaneidad en cuanto al ejercicio de la guarda y custodia, lo que podría ser posible cuando los progenitores todavía no hubieran abandonado la vivienda familiar o porque por cualquier motivo no pretendieran abandonarla, lo que no por ello quiere decir que siga existiendo la relación entre ambos, sino que, entre otras cosas, por el beneficio de sus hijos consienten en mantener la convivencia para que sea una situación lo más favorable para el menor.
- Ejercicio de la custodia de manera parcial manteniéndose los menores en todo momento en el domicilio familiar, lo que puede entenderse en principio como una situación de comodidad y estabilidad para los hijos, pues serían los padres los que tendrían que ir alterando su estancia allí cuando correspondiera, sin embargo, esto trae un inconveniente en lo que se refiere a la economía pues exige una gran capacidad económica por parte de cada uno de los progenitores, ya que no solo tendrían que hacerse cargo de los gastos de la vivienda mientras están en ella sino que también tienen que disponer de una segunda residencia para cuando sea el turno del otro progenitor de estar en la vivienda común³⁵. Esta modalidad ha sido denominada también “bird’s nest custody” (o custodia de nido de pájaro)³⁶
- Ejercicio de la custodia de manera parcial, pero siendo los menores los que cambiaran de residencia cada vez que fuera el turno del otro progenitor de estar con sus hijos, que, en la actualidad, supone el modelo mayormente acordado si se opta por un sistema de carácter compartido. Para que esta opción sea posible hay que tener en cuenta muchos factores, sobre todo el tiempo, tanto el que los hijos pasarán con cada uno de los progenitores, como la prolongación de las estancias que estarán con cada uno, así como la distribución de las mismas³⁷.

han ido aplicando a lo largo del tiempo en España. También escribe sobre ello de igual manera HERRERA DE LAS HERAS, R. “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida” *Actualidad civil*, núm. 10, 2011, págs. 2-6.

³⁵ Un ejemplo de aplicación de esta modalidad se puede ver en el fallo de la SAP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 385/2019 de 13 de marzo: “Se establece, como régimen de guarda y custodia de la menor Tamara, el de guarda compartida. -La menor permanecerá en el domicilio familiar, sito en CALLE000, núm. NUM000. NUM001 de DIRECCION000, en el que se turnarán ambos progenitores, en las semanas y perdidos vacacionales en que les corresponda aquella guarda y custodia, de modo y manera que no tenga que ser -la menor la que esté rotando entre los domicilios del padre y la madre en aquellos periodos, sino éstos los que roten y se turnen en la entrada y salida del domicilio donde permanecerá la menor”. Otro ejemplo se observa en la SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm.688/2019 de 7 de marzo.

³⁶ Así lo denomina MONTSERRAT QUINTANA A. en “La custodia compartida en la nueva ley 15/2005, de 8 de julio”, *Práctica de Tribunales*, núm. 26, 2006, págs. 4-6.

³⁷ Un ejemplo puede ser la SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 1919/2019 de 7 de marzo, o la SAP de Madrid, Sección 24ª núm. 3782/2019 de 21 de febrero.

3. Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida

Cuando no haya convenio regulador por parte de los progenitores, deberá ser el órgano judicial el que determine qué es lo mejor para el bienestar tanto de la familia, como principalmente, de los niños, es por ello que a la hora de valorar cada uno de los modelos que podrá instaurar en el caso concreto, deberá apreciar las ventajas e inconvenientes que todos ellos manifiestan.

La jurisprudencia al hacer su labor en cada una de sus resoluciones, estipula, dependiendo de su criterio y de lo que consideren mejor para el menor, si la implantación de este tipo de guarda y custodia puede ser más o menos beneficioso en el caso concreto, es por ello que en muchas sentencias fundamentará el órgano judicial los motivos que le han llevado a optar por aplicar la custodia compartida o a rechazarla de pleno.

Un buen ejemplo de ello nos frece la SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 1/2007 de 20 de febrero en su fundamento jurídico tercero, ya que enumera una serie de aspectos que podrán considerarse ventajosos para la instauración de esta modalidad, en contraste con las desventajas a las que también se refiere.

En primer lugar, hace referencia a los inconvenientes, donde indica la inestabilidad que pueden provocar en los hijos los constantes cambios de domicilio, problemas en cuanto a la adaptación o integración en sus nuevos ambientes ya sean familiares o de otra índole, así como las dificultades que puedan tener los progenitores para tratar cuestiones de aspecto cotidiano de manera similar.

Por otra parte, trata en mayor medida los beneficios que este sistema puede aportar a las familias, quedando en segundo plano los inconvenientes. Algunas de las ventajas que trata son las siguientes:

- Los hijos podrán disfrutar de sus padres de la misma forma, independientemente de la desaparición de vínculo entre aquellos, de tal forma que la ruptura resultará menos traumática y más asequible para los niños que, en cierta forma no habrán visto un cambio más brusco del evidente en su vida diaria.
- Desaparecen sentimientos de abandono en los hijos así como culpa o lealtad respecto a alguno de los padres en cuestión.
- Los hijos pueden aceptar esta nueva situación de una manera más abierta y siendo partícipes de ella.

- Los padres ejercen sus labores en igualdad de condiciones frente a su hijo, de tal forma que no se genera cierta discriminación en cuanto a pensiones alimenticias o compensatorias, contribuyendo en igual medida en los gastos que surjan.
- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores para el cuidado de los hijos.
- Los progenitores podrán a su vez disfrutar de su vida personal y profesional en igualdad de condiciones.
- Los padres tienen que cooperar para el mejor desarrollo de este sistema, lo cual puede ser beneficioso como modelo educativo a la vista del hijo³⁸.

³⁸ GARCÍA GÓMEZ, V.: “Estudio sobre la custodia...”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, 2016, págs. 13-15.

II. Criterios relevantes para el establecimiento de la custodia compartida

Una vez que los padres no han podido llegar a un acuerdo para el establecimiento de un régimen que afectará a sus hijos, el juez tendrá la palabra y podrá establecer, en este caso, la custodia compartida cuando al menos uno de los progenitores así lo haya solicitado. Es por ello que tanto en lo que se refiere a este modelo como a cualquier otro, deberá aplicar una serie de criterios³⁹ que, aunque no vienen definidos en el ordenamiento jurídico, normalmente suelen tenerse en cuenta los mismos a lo largo de los diferentes órganos judiciales españoles⁴⁰.

1. El interés superior del menor

El interés superior del menor es el criterio rector a valorar en los asuntos de derecho que afectan a menores no solo se ensalza en nuestro ordenamiento jurídico, sino que su interés en estos asuntos alberga una gran envergadura en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

En el ámbito de derecho internacional, se recoge este principio en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 que disponía que los Estados no podían separar a los padres de los niños contra la voluntad de aquellos y, en el caso de que fuera concedida la custodia a uno de ellos, se promovía

³⁹ En estos casos, hay sentencias que enumeran algunos de ellos, como pueden ser, por ejemplo la STS núm. 2246/2013, Sección 1ª de 29 de abril que indica en su fundamento jurídico tercero: “En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Así se vio previamente también en las STS núm. 963/2010, Sección 1ª de 11 de marzo, o STS 5969/2009, Sección 1ª de 8 de octubre, o STS núm. 4824/2011, Sección 1ª, de 7 de julio, o STS núm. 4082/2013, Sección 1ª de 19 de julio.

⁴⁰ CASADO CASADO, B.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, *Diario la Ley* núm. 9177, 2018, págs. 10-12.

el contacto entre el hijo y el progenitor no guardador, favoreciendo el mantenimiento de relaciones personales entre ambos de forma constante, siempre que esto no fuera contrario al interés superior del niño. A su vez, en su artículo 3.1 indica la afectación que tendrá el niño en todos aquellos asuntos que le conciernan⁴¹.

También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace mención de ello en su artículo 24, indicando la importancia de la opinión expresada por los menores en los asuntos que les conciernan, siendo el concepto de interés superior del menor una “consideración primordial”. Por otra parte, las Observaciones Generales números 12 y 14, aprobadas por el Comité General de Derechos del Niño de la ONU establecen los elementos que caracterizan este derecho y las reglas que deberán apreciarse para su correcta interpretación⁴².

En Derecho español se recoge, en primer lugar en la norma suprema, la Constitución, pues el artículo 39 estima la protección que deberán ejercer no solo los padres de los niños, sino también la que se produce por parte de los convenios internacionales que velan por sus derechos.

Este concepto también aparece en el Código Civil desde 1981 especificándose como un criterio que se tendrá en cuenta respecto al ejercicio de la patria potestad, aunque no tenía la denominación que se mantiene hoy en día, siendo entonces el “beneficio del hijo”⁴³.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor disciplina el interés del menor en su artículo 2, que se vio modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como por la Ley Orgánica, de 8 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuya exposición de motivos se promulga la prioridad de dicho interés del menor, desarrollando también este concepto jurídico indeterminado en relación a tres vertientes, que han sido tomadas en consideración por lo dispuesto en un primer momento por la Observación 14^a de la ONU:

⁴¹ ORTEGA GUERRERO, I.: “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.2 núm. 3, 2002, pág. 88.

⁴² SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA P. /COMPANY CARRETERO F. J.: “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, núm. 7, 2017, págs. 2-4.

⁴³ GARCÍA GÓMEZ, V.: “Estudio sobre la custodia...”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, 2016, págs. 7-8.

- La evaluación de los diferentes criterios que se apreciarán a la hora de tomar una medida que le afecte le da el aspecto de derecho sustantivo, pues requiere de la necesidad de ponderar muchos aspectos para llegar a una determinada solución.
- La interpretación que se le pueda dar en cada caso concreto, dependiendo de lo que convenga al menor determinado lo convierte en un principio general cuyo carácter es estrictamente interpretativo.
- Es una norma de procedimiento desarrollada por la LO 1/1996⁴⁴.

En nuestro Derecho, este término prima en la adopción de todas aquellas decisiones que puedan afectarle de una forma u otra, como es en este caso respecto a lo que concierne en cuanto a guarda y custodia⁴⁵, de tal forma que deberá ser el primer criterio a considerar y el más importante respecto a la toma de decisiones⁴⁶.

⁴⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.: “El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 7, 2015, págs. 1-2.

⁴⁵ Así se pueden apreciar en diferentes Sentencias. Sirva de ejemplo la STS, Sección 1ª núm. 5707/2009 de 28 de septiembre en su segundo fundamento jurídico: “Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores”, o por otra parte en la STC núm. 141/2000 de 29 de mayo en su fundamento jurídico quinto: “Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño”.

⁴⁶ La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 5969/2009 de 8 de octubre de 2009 no solo hace referencia al interés superior del menor como criterio ponderante del Código Civil, sino que hace un análisis de la corriente seguida por el resto de países de nuestro entorno, también en su fundamento jurídico quinto: “Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Cód de Familia de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en

De forma general, los ordenamientos consuetudinarios, como los anglosajones desarrollan un conjunto de criterios normativos que ayudan a solventar la indeterminación de este concepto jurídico, a diferencia de lo que sucede en el resto de ordenamientos donde se prefiere la utilización de cláusulas de ámbito general a juicio del juzgador en cada caso concreto. Podemos encontrar ejemplos de esta segunda clase no solo en España, sino también en otros lugares de nuestro entorno, donde se sobrepone la actuación judicial, pues a través del ejercicio de la jurisprudencia se aprecian cuáles son aquellos criterios que actúan en la toma de decisiones en estos procesos, es por ello, que esto aunque favorece la independencia del poder judicial, trae consigo resoluciones de todo tipo, tal es así que si un mismo supuesto fuera juzgado por distintos magistrados tendría soluciones diferentes, muchas veces obedeciendo al criterio personal del juez pues al no tener una regulación concreta, este deberá tener en cuenta otra serie de aspectos, como las creencias o la perspectiva de este, pero sin olvidar por ello el criterio del cual estamos

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”.

⁴⁶ En este aspecto destaca la STS, Sección 1ª, núm. 3347/2013 de 17 de junio, pionera en apreciar los factores de importancia en cuanto al interés superior del menor, y como así dispone en su fundamento jurídico segundo: “Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre”. Otro ejemplo de ello puede ser la STS, Sección 1ª, núm. 2246/2013 de 29 de abril, que indica en su fundamento jurídico cuarto: “El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

hablando, es decir, el interés superior del menor⁴⁷. La contraparte a ello es la aplicación de los criterios preestablecidos en los ordenamientos principalmente anglosajones⁴⁸, los cuales no se encuentran exentos de dificultades a la hora de proceder a su aplicación, pues a pesar de que sirvan como orientación más concreta de la labor del juez, estos principios no tienen por qué ser compatibles con la realidad social del momento, haciendo efectiva la carencia en cuanto al cumplimiento de las necesidades de los menores afectados por esta situación⁴⁹.

Para la concreción del interés superior del menor, este concepto al no estar expresamente determinado por la normativa jurídica hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de manera parcial el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se concreta este concepto jurídico antes indeterminado en su artículo 2. Esto no quiere decir que la labor de los tribunales quede relegada, pues deberán apreciar todo aquello que conviene a los hijos menores de edad para lo que se tendrán en cuenta una serie de factores que afectan en cierta forma y directamente al menor⁵⁰.

⁴⁷ Como así dispone la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 5969/2009 de 8 de octubre de 2009 en su quinto fundamento jurídico: “Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican”. También se puede apreciar en la Sentencia de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 1291/2016 de 29 de marzo, en su fundamento jurídico tercero le da la importancia dicha: “La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo”. Sentencias posteriores como la STS, Sección 1ª, 963/2010 de 11 de marzo en su fundamento jurídico segundo también se remite a la citada de 2009.

⁴⁸ Algunos de estos principios se recogen la “Children Act” de 1989 como pueden ser: *welfare principle*, que sería en este ordenamiento algo comparable al interés superior del menor, *no delay principle*, que indica el perjuicio al que se somete al niño en el caso de que se alargue la toma de decisiones o *no order principle*, que estipula la abstención por parte de los tribunales en cuanto al establecimiento de alguna medida siempre que no se demuestre que su adopción beneficiaría más que por su ausencia.

⁴⁹ ORTEGA GUERRERO, I.: “El principio del interés superior del niño...”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2002, pág. 92-102.

⁵⁰ En este aspecto destaca la STS, Sección 1ª, núm. 3347/2013 de 17 de junio, pionera en apreciar los factores de importancia en cuanto al interés superior del menor, y como así dispone en su fundamento jurídico segundo: “Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar,

Todo ello tiene su concreción en la aplicación de una serie de criterios que, aunque no recogidos de manera expresa en norma alguna, ciertos autores han resaltado la tendencia al cumplimiento de los mismos por lo que se ha podido apreciar en la jurisprudencia reciente, de ahí la necesidad de destacar de nuevo la labor del juez, pues al no recogerse una normativa concreta que determine estos asuntos, no deberán ser aplicados los criterios por la mera repetición, sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodean al caso particular, así como a los miembros de la familia, aunque ello no quiere decir que algunas de estas tendencias sean erróneas, son simplemente la concreción de la mayoría de soluciones que se han tomado en los distintos casos en particular, y algunas de las mismas son las siguientes:

- El cuidado de los hijos más pequeños suele ser atribuido de forma preferente en la gran mayoría de los casos a la madre, exceptuando aquellas situaciones excepcionales, en que esta tenga algún tipo de enfermedad, incapacidad, adicción... esta tendencia tiene su sentido en base a lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño en su sexto principio, que recoge expresamente que no se deberá separar al pequeño de corta edad de la madre⁵¹.
- La situación estable del hijo de forma continua, o lo que es lo mismo, la predilección por la continuación de un *status quo* similar al anterior de la disolución del matrimonio, en cualquier tipo de ámbito, dentro del colegio o en cualquier entorno social... atribuyendo el cuidado de estos a aquella persona con la que compartieron la mayor parte del tiempo, de forma diaria y continua, lo que ha sido origen de una conexión mayor⁵².

sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre⁵¹. Otro ejemplo de ello puede ser la STS, Sección 1ª, núm. 2246/2013 de 29 de abril, de la que ya se habló previamente, para lo que se reiterará el fundamento jurídico cuarto.

⁵¹ Ejemplos en la jurisprudencia: SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 1057/2019 de 6 de marzo, SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, núm. 705/2019 de 28 de febrero o la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 618/2019 de 13 de febrero.

⁵² La alteración del *status quo* viene motivada por la jurisprudencia en la SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm. 687/2019 de 1 de marzo.

- La propia salud del menor así como el bienestar⁵³ que deberá mantener para su desarrollo en la actualidad y con vistas al futuro⁵⁴.

Dentro de los criterios apreciados para la concesión de uno u otro modelo, habrá que apreciar además aquello que concierna al propio menor en particular, es decir, sus intereses personales y su voluntad de llevar su vida por el rumbo que pretenda, siendo lo más destacable en cuanto a ello los derechos fundamentales, pues aunque todavía no tenga capacidad de obrar, sigue siendo titular de derechos y obligaciones y es por ello que será necesario tener esto en cuenta. Un ejemplo de ello puede ser en cuanto a las creencias religiosas de los progenitores⁵⁵, ya que, estas pueden no ser compartidas por el niño y al estar este amparado por el derecho a la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución ello impide la imposición por parte de aquellos de esta religión en concreto, lo que puede ser un factor de importancia para la atribución de la custodia entre los padres⁵⁶.

⁵³ Ejemplos en la jurisprudencia: SAP de Vitoria, Sección 1ª, núm. 258/2019 de 25 de febrero o SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 64/2019 de 22 de febrero o la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 606/2019 de 11 de febrero.

⁵⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.3, 2010, págs. 7-11.

⁵⁵ Por ejemplo, la Sentencia, Sección 2ª, núm. 629/1999 de la Audiencia Provincial de Almería de 14 de junio indica en su fundamento jurídico tercero que: “El que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del artículo 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna, y por tanto la ilegalidad del acuerdo si no estuviera fundado en otra causa diferente que supusiera un perjuicio para la educación y cuidado de las menores”. Otro ejemplo puede ser la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, Sección 6ª, núm. 117/2019 de 25 de enero, en cuyo fundamento jurídico segundo indica lo siguiente: “También se ha sostenido que además de los criterios derivados de la opinión del menor y de la preservación de su identidad religiosa, en los casos en que aún no se haya formado esta, la solución más adecuada es la formación en los valores de ambos progenitores, excluyendo, sin embargo, la adscripción efectiva de los menores a una confesión religiosa hasta que alcancen suficiente madurez para tomar esa decisión por sí mismos, puesto que impediría la posibilidad de una formación plural que respete el derecho de ambos progenitores a educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, es decir, a guiarlos en el ejercicio de su libertad religiosa hasta que puedan ejercerlo plenamente. No compartimos esta tesis. La no profesión de una religión también es una manifestación de libertad religiosa. No es una decisión neutra. Es una decisión mediante la que se ejercita el derecho a la libertad religiosa en la misma medida e intensidad, con similares consecuencias en cuanto a la formación, que cuando se decide profesar una religión. Por otra parte, la adscripción formal a una religión no excluye la posibilidad de una formación plural, puesto que no excluye el derecho de cada uno de los progenitores de educar a los hijos según sus respectivas convicciones, que pueden ser distintas y aun opuestas y compartir un espacio en la formación del menor si se hace con el debido respeto a las convicciones del otro progenitor. Ni siquiera se determina con esa adscripción a una religión, en éste caso a la católica mediante el rito o sacramento del bautismo, que tiene distinta relevancia para quien profesa la religión y para quien no lo hace, el modo en que el titular de la patria potestad que postula la adscripción a la religión vaya a cumplir las obligaciones religiosas que para un católico se derivan de ese acto, rito o sacramento, cuyo carácter social y cultural tampoco debe ser omitido”.

⁵⁶ LIÑÁN GARCÍA M. A.: “La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Anales de Derecho*, núm. 32, 2014, págs. 13-16.

El criterio personal del juez puede verse modificado por una serie de circunstancias que atañan a buscar el mejor resultado para lo que sucederá con el menor, de ahí la importancia de tener presentes otros aspectos.

a. El derecho del niño a ser oído y escuchado

A tenor de lo establecido en el artículo 322 CC se presume que la capacidad de obrar se obtendrá con plenitud cuando se alcance la mayoría de edad. Sin embargo, ciertas normas de nuestro ordenamiento permiten a los menores aún sin haber adquirido la completa capacidad de obrar que a una determinada edad cuando sean conscientes de los aspectos que les rodean, puedan dar su punto de vista, el cual será tenido en cuenta, lo que se dará en principio a los mayores de 12 años y a los menores de esa edad pero que tuvieren suficiente juicio, como así lo dispone el artículo 92.2 CC y en el ámbito estrictamente procesal los artículos 770.4 LEC respecto a los procesos contenciosos y 777.5 LEC cuando se refiera a los procesos de mutuo acuerdo⁵⁷.

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor concreta dicho derecho del niño a ser oído y escuchado ya sea en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento independientemente de la índole de este, en el cual esté directamente implicado⁵⁸. Por otra parte, en el ámbito internacional, la Convención de los Derechos del

⁵⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho privado y Constitución*, núm.19, 2005, págs. 178-182.

⁵⁸ El fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 1161/2018 de 19 de julio da una amplia explicación de la necesidad de audiencia de los menores, de la cual se puede extraer lo siguiente: “La práctica actual de la audición al menor está encaminada, en definitiva, a evitar el automatismo de la regulación anterior, y se impone al juez la obligación de velar por que se cumpla y garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida que les pueda afectar. Se establece que esa audición no es obligatoria en los supuestos de mutuo acuerdo, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor el que puede invocar y acreditar esa necesidad y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición. En efecto, la doctrina mayoritaria ha concluido que la obligatoria audiencia, sin excepciones (en todo caso), del menor mayor de 12 años, o de inferior edad pero con suficiente juicio, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, era en la mayoría de los casos, aparte de una diligencia de prueba innecesaria por existir acuerdo de los progenitores y debe presumirse que ambos actúan en interés de los hijos comunes, contraproducente y perjudicial para el menor, al que se obligaba a acudir al juzgado para oír su opinión sobre cuestiones decididas por sus padres de mutuo acuerdo, ocasionándole una indebida implicación o inmersión en la ruptura convivencial de sus padres y, a veces, incluso, un conflicto de lealtades al trasladarse al menor la percepción de haber sido su voluntad el factor relevante para la decisión adoptada sobre el mismo”.

Niño garantiza que los niños en condiciones de tener un propio juicio puedan expresar su opinión de forma libre, lo que se hará según lo dispongan los Estados⁵⁹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que este derecho puede verse influenciado por las presiones externas que puedan ejercer los progenitores sobre el hijo, así como la pérdida de autoridad de alguno de ellos u otros factores como la inseguridad de este o sus propios deseos personales, pero no se pretende escuchar a los niños solo por las necesidades e inquietudes que tuvieran, sino que habrá que apreciar las formas adecuadas por las que se podrá materializar lo que este pida, de tal forma que no derive en un perjuicio para el mismo sino en que, de nuevo, se beneficie su interés ante todo y eso es lo que tendrá que cuestionar el juez a través de la libre valoración de la que se sirve en el proceso a la hora de determinar lo que es mejor para el menor, y siempre teniendo en cuenta otras pruebas además de su testimonio, como los informes psicosociales, por ejemplo.

Cuando el menor ejerce su derecho a ser oído, no actúa como parte, de tal forma que no tiene por qué apoyar o desmentir la tesis de demandante o demandado, pues este derecho consiste simplemente en expresar su opinión, por tanto, se deduce que tampoco actuará como testigo, ya que no debe dirimir el conflicto que haya surgido. Esta opinión es la que servirá para que el juez formule lo que considere conveniente para la resolución del proceso de disolución matrimonial que se le haya planteado y el destino del niño en cuestión, es por ello que sus manifestaciones son muy importantes para la toma de decisiones correspondientes al juzgador⁶⁰.

Aunque la audiencia al menor es importante, su ausencia no implica la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues dependerá su intervención de si el juez lo considera o no oportuno⁶¹, a diferencia de aquellas ocasiones en las que la audiencia al menor sea imperativa, siendo considerado en estos casos tanto por la mayor parte de la doctrina como por el Tribunal Constitucional⁶², quienes lo equiparan con la audiencia a las partes en el proceso judicial, sí pudiendo ser objeto de vulneración entonces.

⁵⁹ ORTEGA GUERRERO, I.: “El principio del interés superior del niño...”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2002, págs. 92-102.

⁶⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Tutela judicial efectiva...”, *Derecho privado y Constitución*, 2005, págs. 194-198.

⁶¹ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Tutela judicial efectiva...”, *Derecho privado y Constitución*, 2005, págs. 194-198.

⁶² Por ejemplo, en la STC núm. 221/2002 de 25 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico quinto se afirma lo siguiente: “A estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un

b. Derecho del niño a la cohabitación en el entorno familiar y tener asistencia y apoyo

La explicación de todo el sistema de medidas provisionales o definitivas es la justificación para que los hijos menores de edad crezcan en un entorno familiar y saludable de tal manera que puedan desarrollarse y recibir una educación eficiente y así no se vean perjudicados por la situación que ha surgido entre sus padres, es por ello que es necesaria la colaboración por parte de estos en las vidas de sus hijos, permitiendo que puedan desarrollar sus capacidades y recibiendo todo el apoyo por parte de ambos al igual que el resto de los niños que cohabitan con sus dos padres bajo la unión matrimonial.

Lo que se propugna muchas veces para la estabilidad del menor es la interrelación de la custodia final que se conceda con la vivienda familiar, de tal forma que sea el niño el que por su propio interés se beneficie de la convivencia en el que ha sido su hogar hasta ese momento, dependiendo de los padres la distribución que se haga en la misma con el paso del tiempo.

Es importante también tener en cuenta otros factores como el entorno religioso, racial y cultural del menor que fortalezcan la identidad cultural y religiosa que se hubiera forjado hasta ese momento, pudiendo apreciarse en algunas Sentencias en España, refiriéndose solamente a la identidad religiosa sobre todo en relación con los Testigos de Jehová⁶³.

Evidentemente, para garantizar el apoyo de los progenitores, así como la sostenibilidad y estabilidad del niño, no se atribuirá ningún tipo de responsabilidad sobre este a aquel progenitor del que se tuviera constancia que hubiera maltratado tanto al menor como al otro cónyuge, ya fuera esta actuación de manera física o psicológica, sin perjuicio por ello de que, sí se pudiera establecer un régimen de visitas cuando no se

caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE”.

⁶³ ORTEGA GUERRERO, I.: “El principio del interés superior del niño...”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2002, págs. 97-98.

considerara perjudicial para el menor en un punto de encuentro concreto y bajo la supervisión del equipo de psicólogos y demás profesionales.

Otra cuestión a tener en cuenta en lo que se refiere a la estabilidad del menor es el mantenimiento de la unión entre hermanos, de nuevo, si fuera beneficioso para ellos, como así dispone el artículo 92.5 CC.

Los niños también tendrán derecho a la comunicación y a las visitas que pudieran hacer otros familiares, como es el caso de los abuelos, según lo dispuesto por el artículo 160.2 CC que indica que no podrán impedirse este tipo de relaciones sin justa causa. Es más, la actuación que puedan tener otros miembros de la familia en el cuidado del menor puede afectar al establecimiento del modelo concreto, como puede ser un caso por el que alguno de los progenitores no sea un buen modelo de conducta para el niño y por ello el cuidado que pueda tener sobre él sea perjudicial para el desarrollo del mismo, en cuyo caso, se podrá establecer un sistema de custodia a favor de los abuelos también, o encargarse el mero cuidado de los menores a estos⁶⁴.

⁶⁴ En fecha reciente, la SAP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 440/2019 de 21 de mayo, en el fundamento jurídico cuarto establece la ayuda que ejercen los abuelos como motivo muy positivo para implantar la custodia compartida: “Dicho con otras palabras, cuando hablamos de custodia compartida, uno de los factores a valorar positivamente es la disponibilidad de los propios padres de los progenitores. La ayuda de los abuelos, lejos de ser un estorbo para fijar el concreto sistema de custodia es un importante aliciente. Así lo tiene establecido de forma reiterada la jurisprudencia. Por ser la más reciente, viene muy a cuento la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 211/2019, de 5 de abril. En ella se concede la custodia monoparental a un padre porque, entre otras circunstancias, los abuelos paternos ofrecen una mejor atención al menor. Y es que, si los abuelos pueden suponer un apoyo familiar fundamental en situaciones normales, más importancia cobran todavía en los momentos difíciles. No solo cuidan de los nietos, sino que preservan su estabilidad emocional. Y desde luego no puede sostenerse aquí que el padre haya delegado total y permanentemente en los abuelos sus obligaciones. Es cierto que, en buena medida, son su sostén económico y afectivo, pues sigue viviendo con ellos. Pero esta misma circunstancia acontece con la madre. También ella cuenta con la inestimable ayuda de sus progenitores. Es más, al nacer el hijo, de común acuerdo, los hoy litigantes alternaron semanalmente la custodia del menor valiéndose de los abuelos paternos y maternos. Tal episodio, hasta cierto punto lógico e inevitable, pues la madre y el padre contaban solo con 19 años y estaban estudiando, ha facilitado también un importante arraigo del menor en ambas familias. Es decir, hablamos de entornos familiares propicios, positivos. Entornos donde la presencia de los progenitores es constante y donde los abuelos ofrecen una estabilidad económica y afectiva que garantiza sin duda el bienestar del menor. No sustituyen a los padres, pero son un apreciado complemento. Estamos, como se ve, ante situaciones parejas, que no serán iguales pero que guardan cierta identidad de razón. Y ante acontecimientos paralelos no puede hacerse de peor condición al padre por el hecho de que conviva y se haga ayudar de sus propios padres. Téngase en cuenta, además, que Argimiro es autónomo. Cuenta con una flexibilidad horaria que le facilita conciliar mejor su vida familiar. En fin, en la medida en que el padre, Argimiro, no ha declinado sus deberes parentales, que personal y diariamente atiende con la colaboración de sus propios padres, no existe objeción para implantar un sistema de custodia compartida”.

2. Las relaciones interpersonales entre los progenitores

En principio se podría pensar que los padres buscarían su propio beneficio, lo que vendría con la guarda exclusiva, puesto que acaban de pasar por la disolución de la relación con la otra persona, sin embargo, ambos pueden estar dispuestos al diálogo si dicha ruptura ha sido amistosa y las desavenencias no han sido muy graves, de tal forma que pueda ser favorable la cooperación por el bienestar de su hijo e instaurar así un régimen a favor de ambos.

Se deduce del propio concepto de custodia compartida que para que esta pueda ser eficiente en su aplicación, la relación entre los padres debe ser al menos cordial y una muestra de respeto del uno frente al otro puesto que consiste en el reparto de responsabilidades entre ambos para el cuidado de sus hijos en común, ya que estos son unos meros espectadores de lo sucedido entre aquellos, de forma que, por ello no tienen por qué ver diezmada su calidad de vida por el hecho de que sus padres ya no quieran estar juntos.

Este modelo de cuidado de los niños a pesar de que deba ser acordado por el juez cuando no haya acuerdo por los padres, no tiene ello que ser una obligación para aquellos padres que o no se soportan o tienen una aptitud predominante el uno respecto del otro, pues, además de generar perjuicios para su hijo, también lo generarán contra la otra persona que fue su cónyuge, de ahí que sea necesaria una actitud cooperante por parte de ambos cónyuges, favoreciendo el crecimiento acorde de su hijo conforme al cumplimiento de responsabilidades por los dos padres⁶⁵.

La jurisprudencia y la doctrina han tenido en cuenta que para que los progenitores tengan una relación personal adecuada para el establecimiento de este tipo de custodia⁶⁶, esta deberá ser al menos armoniosa, una relación de cordialidad, en cierta forma aceptable

⁶⁵ Así lo dispone la STS, Sección 1ª, núm. 437/2016 de 11 de febrero en su tercer fundamento jurídico: “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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”.

⁶⁶ La jurisprudencia ha determinado en varias sentencias la necesidad de que la relación entre los progenitores sea buena por el propio beneficio del menor, como así lo disponen entre otras, las STS, Sección 1ª, núm. 2926/2013 de 7 de junio, o STS, Sección 1ª, núm. 5641/2013 de 29 de noviembre o, STS, Sección 1ª, núm. 5966/2013 de 17 de diciembre.

y suficiente para la toma de las decisiones referentes al menor⁶⁷, cumpliendo con una actitud tolerante y cooperativa entre ambos, no teniendo por qué llegar a ser amistad, pues es comprensible que si se ha producido la crisis de pareja es que ha debido de haber algún tipo de conflicto o problema entre ambos y por ello es complicado, sobre todo en los primeros meses cuando la situación es conflictiva y tensa, que la relación sea especialmente buena, lo cual se irá enfriando con el paso del tiempo, normalmente, lo que favorecerá la comunicación entre ambos y en beneficio del menor⁶⁸.

Hay que tener en cuenta que si la relación nunca llega a tener una comunicación respetable y adecuada para poder establecer un régimen a favor de ambos, no se instaurará la custodia compartida⁶⁹, por la mayor cantidad de perjuicios frente a beneficios que se pueden causar al menor, todo ello se daría a raíz de los continuos roces y peleas que pudieran darse entre los progenitores, generando una posición egoísta donde denota en mayor medida el conflicto perenne entre los padres que el bienestar y la calidad de vida del menor⁷⁰.

⁶⁷ UREÑA CARAZO, B.: “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016, págs. 3-6.

⁶⁸MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda...”, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, págs. 7-8.

⁶⁹ Ejemplos de ellos podrán ser las siguientes sentencias donde la mala relación entre los padres es tan acusada que su único contacto es a través de mensajería telefónica, así aparece en la STS Sección 1ª, núm. 4099/2016 de 21 de septiembre en su fundamento jurídico quinto: “Aplicada la referida doctrina al caso de autos, debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor” o en la STS, Sección 1ª, núm. 5687/2015 de 30 de diciembre, como así expresa en su fundamento jurídico primero: “Todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps”.

⁷⁰ Se tendrá en cuenta en todo caso el interés del menor antes que la conflictividad entre los padres como así indica la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, núm. 1845/2012 de 9 de marzo, que así dice en su fundamento jurídico cuarto: “En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró 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». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de la menor la custodia materna en atención no solo al informe psicológico emitido, sino también en atención al interrogatorio de las partes. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que la sentencia de primera instancia y por confirmación, la sentencia aquí recurrida, consideraran que «era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». La decisión está basada, por tanto, en el interés de la menor en atención a la prueba practicada”. También se puede apreciar en la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, 4342/2014 de 30 de octubre en su fundamento jurídico sexto: “En la sentencia recurrida se parte de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés

El artículo 92, en sus apartados 5 y 6 se refiere a los requisitos necesarios para la instauración de este modelo, siendo necesario el consentimiento de al menos uno de los dos cónyuges, junto a un informe emitido por el Ministerio Fiscal y la audiencia de los hijos con suficiente capacidad de juicio. Sin embargo, el apartado 7 de ese mismo artículo 92 establece una serie de prohibiciones para la no imposición de este régimen que será debido a dos circunstancias: que uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal originado por vulnerar los derechos fundamentales de su cónyuge o descendientes, o en segundo lugar, cuando el juez advierta el posible riesgo de que hubiera violencia doméstica fundada.

Teniendo en cuenta los dos tipos de situaciones que se pueden generar respecto a la relación entre los progenitores, ya sea buena, lo que permitirá el desarrollo de una buena comunicación entre ambos así como el cuidado eficiente de su hijo, se podrá cuestionar la aplicación de otros métodos de resolución de conflictos que exijan la cooperación común o, por otro lado, que sea inviable la relación entre ambos y no se pueda llevar a cabo siquiera este modelo por como pueda perjudicar al hijo en el caso de que no se hablaran entre ellos o incluso que hubiera riesgos extremos de violencia.

a. La mediación

En el supuesto de que se diera la buena relación entre los padres para poder establecer este tipo de custodia, es muy probable que el conflicto pueda ser resuelto de forma extrajudicial para así evitar acudir a un proceso de mayor coste y más lento respecto a las ventajas que ofrecen en este sentido los métodos de resolución extrajudicial de conflictos.

En este caso, la mediación, de uso cada vez más frecuente en la práctica española cobra especial importancia puesto que facilita la elección de un modelo favorable para ambos progenitores, de tal forma que determinen lo que consideren conveniente tanto

del menor, lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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”. Se puede ver también en la SAP de Toledo, Sección 2ª, núm. 231/2019 de 1 de marzo.

para los hijos como respecto al resto de cuestiones que surgen con la disolución del matrimonio.

En general, sin entrar al caso que nos atañe de manera concreta, es un método de resolución de conflictos de manera flexible y sometida a los deseos que expresen las partes de intentar resolver sus problemas de una manera distante al procedimiento judicial usual. Se encuentra regulada a través de la Directiva 2008/52/CE, así como por la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles que se encarga de definir este proceso en su primer artículo⁷¹, de la cual se podrá esgrimir una serie de aspectos que aparecen en todo tipo de mediación, independientemente de la materia a tratar, así como otro tipo de caracteres que se podrán utilizar para su diferenciación con la actuación judicial.

La mediación es un método alternativo en los casos en los que no hubiera conflictos entre los padres, pues aunque podrían resolver las cuestiones pertinentes gracias a un convenio regulador, este método extrajudicial de resolución de conflictos presenta varias ventajas por varios motivos, en primer lugar, es un método opcional o facultativo, de tal manera que serán aquellos sometidos a ello quienes elijan acudir al mismo porque consideren que es lo que mejor puede generar una solución para su conflicto, de tal forma que se propiciará un correcto diálogo entre las partes pues ambos están dispuestos a ello, pero no solo eso, sino que, aunque en principio se presupone que no tiene porque haber ningún problema mayor, hay un mediador cuya labor consiste en calmar las posiciones de ambas partes y elegir aquello que mejores condiciones plantee, entendiéndolo por ello que esta persona actuará en todo momento con una actitud positiva, con la motivación de resolver el conflicto de la mejor forma posible, lo que permita que, finalmente, se pueda llegar a un consenso entre las dos partes y que se sientan ambos conformes, de tal forma que, ya sea en materia de custodia o no, ambos progenitores tengan un papel lo más igualitario posible entre sí⁷².

⁷¹ Artículo 1 de la ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

⁷² MEDINA SUÁREZ, I.: “Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias”, *Apuntes de Psicología*, vol. 34, núm. 2-3, 2016, págs. 277-280.

Es posible que los menores puedan participar en aquellos asuntos que les conciernan y que sean resueltos a través de la mediación, como así lo indican algunas leyes autonómicas, como la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria, que permite la intervención de los mismos en aquellas materias en las que puedan disponer del objeto del conflicto que ha originado este proceso⁷³.

b. La conflictividad entre los progenitores

Como ya se ha reiterado, para que la custodia compartida sea posible la relación de los padres deberá ser cuanto menos cordial, sin embargo, esto en muchas ocasiones no sucede porque la relación entre ellos esté muy deteriorada y como resultado, incluso pueda devenir en muchos signos de violencia tanto en el ámbito doméstico como en el aspecto más concreto de la violencia de género.

La doctrina se ha pronunciado en base a este problema y a su afectación de graves perjuicios para la aplicación de la custodia compartida.

Así UREÑA CARAZO⁷⁴ quien se define como “una firme defensora de la custodia compartida desde mucho antes de su regulación legal en el Código Civil español” entenderá su inapropiada aplicación en aquellos casos “en los que se lesiona gravemente el interés de los menores, entre ellos, el de la existencia de un alto grado de agresividad y violencia intrafamiliar”⁷⁵.

⁷³ LAUROBA LACASA M.E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018, págs. 18-20.

⁷⁴ UREÑA CARAZO B.: “La conflictividad entre los progenitores...”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, 2016, págs. 1-2.

⁷⁵ También lo tratan otros autores como PÉREZ-SALAZAR RESANO quien dispone que “Tal vez debemos aceptar que la custodia compartida puede ser una medida adecuada en situaciones diversas que deben ser examinadas en cada caso pero que admiten cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, si ambos son capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. No creo que sea preciso un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres”. En “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009, págs. 1-3. O, por otra parte, TARDÓN OLMOS trata en un primer momento la forma en la que la violencia podrá afectar a las vidas de los menores, afirmando que “Nadie puede sostener en la actualidad, con un mínimo de fundamento, que los menores, niños y niñas integrados en entornos familiares en los que se producen situaciones de violencia de género no son también víctimas de esa violencia, cuya exposición va a tener sobre ellos, como mínimo, un impacto negativo en su vida, bienestar y desarrollo emocional y psicológico” dictaminando posteriormente que se prevén penas como la inhabilitación o la suspensión de la patria potestad o la suspensión de la custodia compartida como resultado de este tipo de comportamientos”. En “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *La Ley Derecho de familia* núm. 12, 2016, págs. 1-2.

Respecto a la jurisprudencia, destaca la STS, Sección 1ª, núm. 4924/2011 de 22 de julio, que ha sido apreciada posteriormente por los distintos tribunales en cuanto a materia de conflictividad extrema que se pueda dar en la relación parental⁷⁶, dándole la importancia prevalente al interés superior del menor, de tal manera que todo aquello que afecte negativamente a este deberá tenerse en cuenta a la hora de la toma de decisiones por parte del juzgador. También hace hincapié en ello la STS, Sección 1ª, núm. 4240/2014 de 16 de octubre⁷⁷ aunque desde el punto de vista del conflicto entre los padres, puesto que determina que por la existencia del mismo no podrá ello significar la completa negación a este tipo de custodia, evidentemente, siempre que este no sea enormemente tenso como para impedir su buen resultado⁷⁸.

Se deberá tener en cuenta la literalidad del artículo que recoge este aspecto de violencia en el matrimonio, que es el artículo 92.7, refiriéndose solo a los tipos delictivos que vulneren el derecho a la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual⁷⁹. La jurisprudencia estipula que más allá de los delitos tipificados contra estos derechos se podrá tener en una cuenta una interpretación extensiva⁸⁰, pero

⁷⁶ Esta, en su fundamento jurídico cuarto indica que: “En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (...) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí 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”.

⁷⁷ En dicha sentencia se afirma lo siguiente en su fundamento jurídico segundo: “En la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores”.

⁷⁸ MARTINEZ SANCHÍS, N.: “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, págs. 410-415.

⁷⁹ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género: Cuestiones controvertidas ex art 92.7 CC”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, núm.4, 2016, págs. 92-105.

⁸⁰ Algunos ejemplos de esta jurisprudencia se refieren a las amenazas, como la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, núm. 2005/2011 de 7 de abril, en su fundamento jurídico tercero: “Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta”. Otro ejemplo, puede ser la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, núm. 188/2016 de 4 de febrero, que afirma en su fundamento jurídico segundo: “Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o

apreciando siempre el grado de afectación al propio menor y cuál será su interés en el caso concreto, apreciando además que la interpretación podrá darse desde el punto de vista del otro apartado de dicho artículo y es que el juez tenga constancia a través de indicios fundados del ambiente violento⁸¹.

Dentro del caso específico hay que concretar aún más en lo que se refiere a la violencia de género, un tipo de maltrato habitual producido por el varón a la mujer, que fuera su pareja, de tal manera que también altere su vida diaria, regulado este tipo penal de manera expresa en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Como todo ello debe girar en torno al bienestar del propio menor, la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dispone que el ambiente en el que se desarrolle su vida debe ser adecuado dentro del entorno familiar y debe ser completamente ajeno a cualquier situación violenta⁸².

En aquellos supuestos en los que debido a la gravedad del asunto, cuando uno de los progenitores (la mujer en el caso de violencia de género) no pueda cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de poseer la patria potestad sobre el menor y, respecto a la otra parte, este debido a las circunstancias recogidas en el artículo 92.7 CC legalmente no pueda hacerse cargo de los hijos menores, se prevé la posibilidad de encomendar la custodia de los menores a un tercero, que en muchos casos serán o los abuelos o una institución del Estado que se haga cargo de los niños.

Lo más común es que junto a la propia pena que traiga consigo la comisión del delito en particular, como pena accesoria se aplique la privación o inhabilitación para el ejercicio de la guarda y custodia, aunque ya venga recogida en el Código Civil, lo que no supondrá la privación o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, aunque esto también podrá producirse si así lo dispone el Código Penal o norma de esta índole aplicable.

la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

⁸¹Un ejemplo de jurisprudencia por la que ambos padres estaban incurso en procesos penales respectivamente contra el otro y que, ante ello se decide el establecimiento de la custodia compartida es en la SAP de Huesca, Sección 1ª, 19/2019 de 27 de febrero.

⁸² PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género...”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 2016, págs. 87-92.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental proponía en su artículo 95 bis 5 una serie de modificaciones necesarias para su adopción con la interrupción de la convivencia, extendiendo lo dispuesto por el Código Civil actual en el artículo antes mencionado no solo a la custodia compartida entre ambos progenitores, sino también a la exclusiva y al derecho de visitas respecto al progenitor que ha cometido el delito⁸³.

El procedimiento de guarda y custodia respecto de los menores, podrá ser revisable en el caso de que hubiera una resolución que finalizara el proceso penal a través de una sentencia absolutoria firme, como así lo dispone la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado⁸⁴, y por la cual la jurisprudencia ha entendido que tanto el sobreseimiento libre, la sentencia absolutoria o el archivo definitivo podrán ser motivo de causa de revisión del régimen que se hubiera acordado en un primer momento, siguiendo lo dispuesto por el artículo 90.3 CC que permite la modificación de forma judicial de las medidas que se hubieran tomado en instancias anteriores cuando se hubiera producido alguna circunstancia modificativa de las mismas⁸⁵, y así ha aparecido aplicado en algunas sentencias no solo de juzgados menores, sino también del Alto Tribunal como la STS, Sección 1ª, núm. 1638/2016 de 13 de abril de 2016⁸⁶.

3. Las relaciones interpersonales entre padres e hijos

Para la atribución de cualquier modelo de guarda y custodia esto es un factor de importancia a tener en cuenta, puesto que la relación previa que hubiera entre los progenitores y los hijos puede favorecer la toma de decisiones del juez.

⁸³ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género...”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 2016, págs. 92-95.

⁸⁴ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género...”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 2016, págs. 103-105.

⁸⁵ PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género...”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 2016, págs. 92-105.

⁸⁶ Esto se recoge en su fundamento jurídico quinto: “No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil. Por lo expuesto debemos estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, acordando el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios”.

Es necesario determinar la aptitud de cada uno de los padres en el cuidado de los hijos en la época previa a la mala situación del matrimonio, pues el hecho de que anteriormente el comportamiento de unos u otros fuera necesariamente bueno o malo afecta en gran medida a cómo será tras todo el proceso, no difiriendo en gran parte de su actuación anterior⁸⁷.

También es importante destacar las relaciones propias en cuanto a contacto más o menos estrecho entre el progenitor y el hijo⁸⁸, las rencillas que se formaran, si estas eran muy habituales, o si se veían influenciadas por la actuación del otro progenitor, pudiendo incurrir esto en el nacimiento de un sentimiento de rechazo por parte del niño, haciendo muy dificultosa la custodia para ambos padres⁸⁹.

Respecto a la cercanía que pudiera tener cada uno de los cónyuges con sus hijos⁹⁰, esta es un factor influyente en la dedicación y el tiempo que empleara cada uno de los padres con las actividades de los hijos, aquello que les preocupara, sus inquietudes, es decir, quien fuera mayormente su confidente o quien tuviera mayor relación emocional y afectiva con el menor⁹¹.

A pesar de la preferencia que pudiera tener el menor por cualquiera de sus padres, habrá que tener en cuenta la actuación propia de cada uno de ellos así como la disponibilidad generada por las labores propias de los empleos de cada uno⁹², de tal forma que se pueda optar por el modelo de custodia compartida en vez de la guarda exclusiva.

⁸⁷ MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda...”, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, págs. 7-8.

⁸⁸ Un ejemplo puede ser la SAP de San Sebastián Sección 2ª, núm. 23672019 de 8 de febrero.

⁸⁹ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 9, 2015, págs. 166-169.

⁹⁰ Ello se puede apreciar en sentencias como SAP de Barcelona, Sección 18ª, 1439/2019 de 21 de febrero o la SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 1173/2019 de 7 de febrero.

⁹¹ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 166-169.

⁹² Frente a esto, aparecen sentencias como la STSJ de Aragón, Sección 1ª, núm. 17/2014 de 10 de enero en su fundamento jurídico sexto: “Ciertamente, la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el artículo 80.2.2 e) del CDFA. (...)Es más, según resulta de lo expuesto al lado de las anteriores consideraciones en la propia resolución, lo que resulta es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar de quien es hoy su pareja estable, y evidencia su interés en hacer más compatible su trabajo con el cuidado de la niña mediante el cambio reciente de destino. Y, es más, consta que la propia menor está "bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional,

Es necesario afirmar el ejercicio de la patria potestad, no ve su inicio con la ruptura del matrimonio sino con el nacimiento del menor, haciendo efectivo en ese momento el desarrollo de la misma por parte de ambos, y teniendo en cuenta para la solución que tomará el juez, la distribución de la corresponsabilidad entre ambos desde que el niño entró en sus vidas⁹³.

4. Vivienda

El tema de la vivienda es controvertido pues es un factor latente para el mantenimiento de la habitualidad del niño en su vida diaria, siendo necesaria la mayor constancia posible y los cambios menores que se puedan efectuar respecto al niño, de ahí que la preferencia sea la estancia del menor en la que ha sido hasta el momento de la ruptura de la pareja la vivienda habitual y que sean los padres los que vayan rotando conforme los periodos de tiempo que deban compartir con su hijo, aunque el artículo 96 CC confirma el criterio personal del juez en todo caso.

Estas disposiciones se tendrán en cuenta siempre en relación con el concepto de propiedad⁹⁴, lo que no por ello quiere decir que esto sea un factor que conecte atribuya necesariamente la vivienda a uno de los cónyuges en concreto, lo que también se traía a colación por parte del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio⁹⁵.

como a nivel educativo y de crianza. A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno de sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus respectivos entornos (...) sin que exista problema alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores (...)"

⁹³ PINTO ANDRADE, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española...", *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 166-169.

⁹⁴ SÁNCHEZ AGUIRRE C.: "El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3, 2015, págs. 91-95.

⁹⁵ La modificación que propone este Anteproyecto de Ley con respecto al artículo 96 recoge en su párrafo segundo lo siguiente: "Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos", y en su párrafo sexto lo siguiente: "Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común,

Al carecer de regulación propia para la atribución de la misma en los conflictos resueltos por custodia compartida, normalmente se atribuirá esta en interés prevalente del propio menor pues serán aquellos miembros de la familia a quienes afectará más el régimen que se establecerá⁹⁶, para ello se tendrá en cuenta el artículo 96 CC el cual indica el destino tanto de la vivienda como el resto del ajuar doméstico según lo que hayan acordado los padres en el convenio regulador correspondiente y es cuando por falta de este acuerdo entre los padres cuando actuará el juez, siempre en beneficio de los menores, pues el uso de la vivienda irá destinado en la mayoría de los casos al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, es decir, en supuestos de custodia exclusiva, por lo que será necesaria una mayor profundidad en el estudio por parte del juez en casos de custodia compartida ya que esto no lo prevé esta norma de manera concreta.

De todas formas, al ser un factor de importancia para decidir si se establece o no este modelo u otro alternativo, se tendrán en cuenta los domicilios propios de cada uno de los cónyuges y las circunstancias accesorias a estos, por ejemplo las distancias respecto a los lugares de interés del menor⁹⁷, como el colegio, los lugares de actividades extra-escolares

se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial”.

⁹⁶ Un ejemplo es la sentencia núm. 3882/2018 de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1ª, de 20 de noviembre, como así lo afirma en su fundamento jurídico segundo: “La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”. Por otra parte, la SAP de Bilbao, Sección 4ª, núm. 912/2019 de 7 de marzo atribuye la vivienda a uno de los progenitores pues considera que esto no es contrario al interés del menor. Otro ejemplo es la SAP de San Sebastián, Sección 2ª, núm. 234/2019 de 18 de febrero, por la que se dictamina que es el padre el propietario de la vivienda y es la madre la que se beneficia de la misma al tener la custodia exclusiva, por lo que se establece un sistema de pago de los gastos del inmueble.

⁹⁷ Un ejemplo es la SAP de Albacete, Sección 1ª, núm. 1135/2003 de 2 de diciembre que afirma en su segundo fundamento de derecho: “La sentencia ha de confirmarse por sus propios fundamentos, pues en ella se tuvo en cuenta, para resolver que fuera la madre quien entregara la niña en las visitas, que dicha madre ahora apelante se marchó del pueblo en el que residía a la provincia de Almería, en el ejercicio de su derecho a fijar libremente su domicilio (que nadie discute y que no puede dar lugar a una discriminación en su contra), por lo que, como consecuencia de la distancia entre el domicilio de los padres, hizo precisa una modificación de las medidas hasta entonces vigentes, en consecuencia para beneficiar a la menor y evitar su desarraigo del lugar de origen se modificó el régimen de visitas anteriormente establecido en la separación conyugal, con un menor número de visitas, ya que la distancia es mayor y con la obligación de

así como la distancia entre los propios domicilios de ellos mismos, pues se pueden encontrar cerca o en ciudades diferentes, lo que impediría el establecimiento de la custodia compartida como modelo preferente⁹⁸. La jurisprudencia ha actuado de forma bastante unánime y no está por la labor de establecer este modelo cuando la distancia entre los domicilios de los padres es bastante lejana⁹⁹, en base a varios criterios:

- El tiempo de descanso que tendrá el menor cuando se encuentre en el lugar más alejado, debiendo necesitar más tiempo del día para acudir al colegio y reduciendo por tanto los periodos de reposo¹⁰⁰.
- Limitación de otras actividades no obligatorias y mayormente de ocio, de tal forma que los hábitos de los menores se vean alterados y vengan motivados por un cambio no solo en el horario escolar sino también en el tiempo en el que se tarda en realizar cada tarea, lo que puede desorientar al niño¹⁰¹.

la madre, que es la que cambio de domicilio a su hija, de reintegrarla para que tenga lugar el derecho de visita”.

⁹⁸ MARTÍN MOLINA, A.A.: “Cuestiones actuales sobre la custodia compartida”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol.15, 2017, pág. 4.

⁹⁹ Ejemplos en sentencias de Audiencias Provinciales, como la núm. 1157/2014 de Valencia, Sección 10ª, de 6 de marzo, que dice en su fundamento jurídico tercero: “A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre no solo por el contundente informe del gabinete sino asimismo, por las razones fundamentadas expuestas por la Sra. Juez de instancia en su acertado y pormenorizado fundamento donde da cumplida explicación del porqué no se estima beneficioso acordar una custodia compartida; en efecto: si bien, en principio, ambos están capacitados para la custodia, no lo es menos que concurren circunstancias que desaconsejan una custodia compartida en el caso de autos, dada la distancia entre ambos domicilios, nada menos que 47’5 kilómetros, a todas luces más que suficiente para desaconsejarla, pues, no obstante las comprensibles alegaciones de la parte recurrente acerca del tiempo que se emplea en el transporte escolar así como las grandes distancias en otras capitales, lo que debe atenderse es al caso concreto de autos; a la real posibilidad que la menor tiene de estar en su entorno sin largos viajes constantes cuando viva con el padre, pues no solamente es la gran distancia que existe, y que será gravosa para la menor cuando desde el domicilio paterno tenga que desplazarse temprano al colegio, sino, asimismo, que de esta forma queda desdibujado para la menor su entorno que, quiérase o no, está formado por sus compañeros y compañeras de colegio que obviamente viven en su entorno de Paterna, lo que si ya ahora, con su corta edad, no es beneficioso, mucho menos lo será a medida que vaya creciendo”. O la SAP núm. 548/2014 de Albacete, Sección 1ª, de 27 de marzo, en cuyo fundamento jurídico cuarto: “La Sala considera que en este momento no es adecuado establecer dicho régimen esencialmente por la distancia de los domicilios de los padres. En la actualidad los niños viven y estudian en Albacete, en un colegio muy cerca de su domicilio, mientras que el Sr. Luis Francisco reside en Pozohondo, localidad sita a 40 km. de Albacete, y creemos que someter a unos niños tan pequeños a un recorrido diario de 80 km. en semanas alternas para acudir a su colegio no es lo mejor, ni mucho menos la única forma de proteger adecuadamente sus intereses”. También la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 982/2015 de 5 de mayo. En contraposición, incluso cuando la distancia no sea muy lejana, la jurisprudencia ha desaconsejado esta modalidad cuando los padres vivan en poblaciones diferentes, como, la SAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 1005/2008 de 26 de junio o la SAP de Alicante, Sección 9ª, núm. 2135/2013 de 27 de mayo o la SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 3507/2015 de 27 de marzo.

¹⁰⁰ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida...”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2016, págs. 115-117.

¹⁰¹ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida...”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2016, págs. 115-117.

- Rendimiento escolar, ya sea por no realizar las actividades correspondientes, porque se le olvide el material en el otro domicilio, lo que afectará negativamente¹⁰².
- Dificultad para estar y disfrutar de su entorno, al no acabar en ningún momento de acostumbrarse a este lugar alejado por los cambios constantes en los periodos establecidos por la resolución judicial que le impedirían su propio desarrollo social en el ámbito próximo al centro escolar junto a sus compañeros¹⁰³. Un ejemplo puede ser que sus amigos acudan a visitarlo a la vivienda habitual de uno de los padres y que la otra no la conozcan o quede muy lejos, lo que podrá hacer que la relación se deteriore. Dentro de este aspecto también se tendrá en cuenta que se podrá generar desarraigo frente a otros parientes incluso si hay proximidad en la familia¹⁰⁴.

Como conclusión, hay que destacar que los menores deberán gozar de las mismas facilidades en las viviendas de cada uno de los progenitores, de tal manera que esto no suponga mayor alteración para su propio entorno del que ya supone por su propio pie, siendo necesario que los padres ofrezcan estas comodidades para los niños en la misma medida, no habiendo grandes diferencias en cuanto a la lejanía a sus lugares de interés, las características de las habitaciones... pero también, hay que valorar las posibles situaciones conflictivas que se podrán generar en cada uno de estos ambientes, con la presencia de otras personas extrañas para los niños y que puedan alterar su bienestar en lo que se pretende que sea su hogar.

5. Empleo

En la gran variedad de empleos a los que se pueden dedicar los padres, hay que destacar que no todos tienen los mismos horarios de trabajo y las conciliaciones y reducciones para el cuidado de hijos dependerán por tanto de las horas y la distribución de las mismas dentro de la empresa o administración a que pertenezcan.

¹⁰² PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 162-165.

¹⁰³ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida...”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2016, págs. 115-117.

¹⁰⁴ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 162-165.

No solo por ello se tendrá en cuenta la gestión en cuanto al cuidado eficiente del hijo sino a la capacidad de poder llevar a cabo la educación de la manera esperada por el juez cuando establece la custodia compartida en interés del menor, sino que también hay que apreciar que no todos los trabajos suponen el llegar a casa tras la jornada diaria, pues algunos exigen la permanencia continuada en otras ciudades por las condiciones que sus propias actividades requieren, o porque el centro de trabajo se encuentre en un lugar alejado del núcleo familiar y requiera de transporte diario, semanal o con mayor prolongación en el tiempo.

Es por tanto necesario tener en cuenta la disponibilidad de cada uno de los padres para guardar y tener en compañía a sus hijos ya que en estos casos especiales, posiblemente la custodia compartida no sea la mejor alternativa sino que podrá ser más efectivo el establecimiento de un régimen de visitas particular¹⁰⁵, todo ello sin perjuicio de que pudieran emplear la ayuda de terceras personas para el tiempo que dure la jornada laboral, sin embargo, esto no es la base de la custodia en cualquiera de sus modalidades, pues quien deberá responsabilizarse y adoptar el cuidado de los hijos será el progenitor en cuestión¹⁰⁶.

6. Capacidad económica

GUILARTE MARTÍN-CALERO explica la capacidad económica de cada uno de los padres como cuestión a tener en cuenta para la interposición de la custodia compartida o de otro modelo distinto. Para ello indica que será necesario tener ciertos medios materiales que posibiliten el soporte de los diferentes gastos que traerá consigo el cuidado de los hijos siendo eficaz el tipo de custodia del que se está hablando en aquellas situaciones en la que ambos progenitores tienen ingresos, independientemente de si son similares o no pues el mantenimiento de los hijos dependerá de que ambos soporten tanto los gastos ordinarios como extraordinarios¹⁰⁷. Un ejemplo de ello puede ser la SAP de Badajoz, Sección 3ª, núm. 376/2019 de 26 de febrero por la cual se estudian los ingresos

¹⁰⁵ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida...”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2016, pág. 115.

¹⁰⁶ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 172-173.

¹⁰⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución...”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, pág. 16.

de los que una vez fueron cónyuges indicando que el hecho de que no haya desequilibrio económico es un punto a favor para la atribución de responsabilidades a ambos¹⁰⁸.

Dependerá de la estabilidad en términos económicos tanto el trabajo de cada uno de los padres como la obtención del dinero propiamente dicho a través de otras vías, pudiendo ponerse una pensión compensatoria a favor de la persona que se vea más perjudicada para hacer frente a la nueva situación de separación, nulidad o divorcio a la que se enfrenta¹⁰⁹. Con respecto a esto último, la falta de capacidad económica de uno de los padres (o de ambos incluso) no impide, por supuesto, que puedan ver a sus hijos y encargarse de su cuidado, puesto que hay medidas para que esto se solvete, es por ello, que con este criterio se trata de ensalzar una vez más la labor de los tribunales en el estudio

¹⁰⁸ Esta sentencia indica en su fundamento jurídico tercero: “Efectivamente, como señala la recurrente y tiene establecido el Tribunal Supremo, la guarda y custodia compartida no exime del pago de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges. En este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016 y 30/2019, de 17 de enero de 2019. Ahora bien, este Tribunal tiene que tomar su decisión con las pruebas que obran en las actuaciones, que no son otras que las que han sido valoradas por la sentencia de instancia, resolución que hace una valoración en su conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica, de la prueba practicada y con la que este Tribunal coincide. Hay que recordar que actualmente el demandado tiene un trabajo a tiempo parcial en una gran superficie comercial por el que recibe un salario de unos 400 euros mensuales. No nos consta otra cosa. Es cierto que hasta el 5 de octubre de 2017 estuvo empleado con un salario neto de entre 1.200 y 1.300 euros, sin que conste acreditado que dejó dicho empleo voluntariamente. Tampoco constan esos gastos poco ordinarios y suntuarios. Se trata de gastos anteriores a la pérdida de su empleo en octubre de 2017. Los extractos bancarios terminan en julio de 2017. Por otro lado, es la propia actora. Por otro lado, es la propia actora, doña Celia, la que señala en su demanda inicial al interesar la guarda y custodia compartida por semanas justificando la petición, “debido a la situación de precariedad económica del padre” (sic). Las ayudas sociales que percibe el demandado, como se acreditó en la documental aportada con la contestación a la demanda y en la vista oral, para la adquisición de ropa y libros de texto de sus hijos, mantenimiento básico de su vivienda (luz, agua y alquiler) por parte del Ayuntamiento de DIRECCION000, acreditan una situación económica nada boyante. En contrario, la recurrente admite unos ingresos mensuales de 450 euros, muy similares a los del padre, por la limpieza en una vivienda. Pero debemos destacar que la actora tiene una actividad, la limpieza, donde existe un altísimo porcentaje de actividad no declarada. Tan es así que pese a tener supuestamente un único empleo y a tiempo parcial firmó el 20 de septiembre de 2017 un documento con su ex marido para modificar el régimen de visitas entre semana acordado en el auto de medidas provisionales de 31 de julio de 2017, con la finalidad de suprimir las dos visitas intersemanales por las tardes a las que tenía derecho doña Celia porque no las podía efectuar “por motivos laborales. En cualquier caso, en el supuesto de que se modificaran sensiblemente las circunstancias económicas actuales, como ya se indica en la sentencia recurrida, cabe acudir al procedimiento de modificación de medidas”. Y en su fundamento jurídico quinto: “No existe una situación de desequilibrio económico como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho tercero. Realizando ese juicio prospectivo, estamos hablando de una persona joven, 34 años de edad cuando la demanda se presenta, con una estabilidad laboral superior a la del otro cónyuge como se colige fácilmente al comparar el historial laboral de los dos progenitores aportado en las actuaciones. La cualificación profesional no nos consta, pero por el tipo de empleos desarrollados, debe ser similar, con una dedicación pasada y presente a la familia también similar. En suma, estamos hablando de situaciones económicas comparables en las que no se puede decir que el divorcio suponga un importante desequilibrio económico para la actora y recurrente, estando en su plenitud laboral, pudiendo continuar su formación si así lo desea”. Finalmente en el fallo, el tribunal desestima el recurso interpuesto por la parte actora, manteniendo el régimen de custodia compartida que inicialmente se había acordado.

¹⁰⁹ Otro ejemplo en la jurisprudencia puede ser la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 618/2019 de 13 de febrero donde se justifica la estabilidad económica del padre para la instauración de un régimen de guarda y custodia compartida.

de cada uno de los rasgos que podrán tener en cuenta para la instauración de uno u otro régimen.

En el caso de atribución de pensión alimenticia para el cuidado de los hijos, como la Ley 15/2005 no dice nada al respecto al igual que sucede con el tema de la vivienda, la jurisprudencia ha llegado a diferentes criterios en los procesos contenciosos donde los progenitores no concuerdan una manera justa de repartición de los gastos relativos al menor, es por ello, que el juzgador deberá aprobar la medida que estime pertinente en cuanto a sostenimiento de los menores¹¹⁰, en cuyo caso, el juez correspondiente para la determinación de la manutención tendrá en cuenta la situación económica de cada uno de los progenitores así como la mejoría o el empeoramiento de esta desde que se ha producido la disolución del régimen matrimonial¹¹¹.

Hay distintas formas de afrontar los gastos que variarán en cada caso concreto y PÉREZ SALZAR RESANO recoge algunos de ellos, siendo el más común la apertura de una cuenta corriente donde ambos padres aportarán una cantidad determinada, a su vez, haciéndose cargo propiamente de los gastos que correspondan a los periodos en los que estén los hijos en su compañía. También existe la posibilidad de la atribución de una pensión compensatoria al cónyuge que se encargue de la asunción de los gastos ordinarios.

¹¹⁰ Un ejemplo puede ser la sentencia núm. 1031/2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª de 24 de abril y así dice en su segundo fundamento jurídico: “Por lo que se refiere a los gastos, cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de la hija cuando la tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia”. Otro ejemplo puede ser la sentencia núm. 137/2009 de la Audiencia Provincial de León Sección 2ª, de 25 de febrero en cuyo fundamento jurídico segundo se tendrá en cuenta el establecimiento de una medida propuesta por el padre para la regulación a través de una cuenta bancaria, que rechaza el tribunal en dicho fundamento: “De ahí que, ante la falta de acuerdo de ambos litigantes, este Tribunal, aún con sus defectos, prefiere el sistema en su día establecido y que pasa porque sea la madre la que, con la cantidad que le abona su exmarido y la proporcional que ella ha de aportar, atienda a los gastos ordinarios de sus hijos y que, dada la edad de éstos, las cantidades barajadas y el régimen de custodia establecido, serán la inmensa mayoría de los que los niños tengan o puedan tener en un futuro próximo. Pareciendo razonable que ambos padres así se lo expliquen a sus hijos y que su padre se limite a alimentarlos, en el sentido estricto de la palabra, mientras se encuentren con él”.

¹¹¹ PÉREZ SALAZAR RESANO, M.: “La guarda y custodia compartida...”, *Diario la Ley*, 2009, págs. 1-6.

7. *Los propios hijos*

Serán factores determinantes para el establecimiento de uno u otro modelo de custodia el número de hijos que haya en primer lugar, y en base a ello, la relación personal que tengan todos entre sí y con respecto a sus padres, lo que será necesario para poder distinguir la separación de los mismos o que permanezcan unidos (aunque se suele preferir este segundo supuesto cuando no sea perjudicial para ellos en su mayoría)

También influye la edad de los hijos¹¹², puesto que como ya se dijo previamente, una edad corta hace preferible la custodia exclusiva por parte de la madre. Aunque la edad no se tendrá en cuenta solo para esto, sino también para la determinación de los periodos de alternancia cuando haya custodia compartida.

Es cierto que en los niños de corta edad, la custodia de manera alterna puede ser perjudicial para su propia estabilidad y desarrollo, sin embargo, si la jurisprudencia determina que será más beneficiosa para ellos, no habrá impedimento en así instaurarla¹¹³, por ejemplo, es afirmativa la imperiosa necesidad de la madre de manera biológica en los primeros años de vida del niño, pero también es cierto que cuando son más pequeños empiezan a desarrollar sus capacidades, entre ellas la memoria o la confianza, de forma que si solo es la madre la que se encarga del cuidado exclusivo de los mismos, la figura del padre quedará como residual, por ello la relación será más difícil de afianzarse en un futuro. En relación a este último argumento, para no perder el contacto con el progenitor no custodio, la alternancia debe ser menor cuanto más pequeños sean los hijos porque dicha constancia debe ser vital para la formación del vínculo¹¹⁴.

¹¹² Respecto a ello la STSJ de Cataluña, Sección 1ª, núm. 7475/2008 de 31 de julio se refiere a que una serie de factores, como puede ser la edad, no impide que por el hecho de que no haya una custodia igual en cuanto al tiempo esto no pueda verse compensado con una pensión por alimentos, así lo dice en su fundamento jurídico segundo: “En efecto, teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos”.

¹¹³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución...”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, pág. 17.

¹¹⁴ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 169-171.

Por último, la voluntad y los deseos manifestados por los propios menores¹¹⁵, ya sea ejerciendo su derecho a ser oídos por el tribunal, o a través de sus propias reacciones frente a sus padres en el hogar o fuera del mismo antes estos o ante terceras personas¹¹⁶.

¹¹⁵ MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda...”, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, págs. 8-9.

¹¹⁶ Ejemplos se sentencias en los que el deseo de menor puede hacer que se opte por la instauración de un modelo acorde a su solicitud o por el mantenimiento del que se tenía hasta el proceso, como es el caso de la SAP de Málaga, Sección 6ª, núm. 3317/2015 de 14 de julio en su fundamento jurídico segundo: “No es verdad la alegación de la recurrente de que el menor haya manifestado al perito judicial su deseo y voluntad de residir en compañía de la madre, porque de la lectura de la pericial en cuestión lo único que cabe concluir es que el niño ha expresado su deseo de vivir en compañía de su padre, con el que está plenamente integrado, si bien desea pasar en compañía de la madre mayor cantidad del tiempo, lo que ha motivado que el juzgador a quo, atendiendo a esta voluntad y deseo del menor, hay ampliado el régimen de visitas madre e hijo, pero ese deseo del menor no implica que haya de procederse al cambio de custodia, porque lo que el menor ha expresado es simplemente permanecer mayor tiempo en compañía de la madre, pero no deseo de vivir en compañía de ella fuera del hábitat paterno, es decir, de la localidad y centro escolar que ha constituido el centro de su vida, y en el que desea permanecer, estando, por demás, plenamente integrado (...) En definitiva, las pruebas practicadas no permiten concluir que las circunstancias actuales de los progenitores y del menor hijo común sean sustancialmente distintas a las que concurrían al tiempo del divorcio, cuando ambos progenitores, de común acuerdo y con el refrendo judicial, pactaron atribuir al padre la custodia del hijo común, o que las existentes al tiempo en que se dictaron las Sentencias recaídas en el proceso de modificación de medidas promovido por D.ª Salome, en idéntica pretensión modificativa que la que ha constituido el objeto del procedimiento que ahora nos ocupa, al margen del cambio de residencia de la madre a otra localidad y de tener trabajo estable, lo que por sí solo no autoriza la modificación pretendida, pues ello es decisión voluntaria de la actora e insuficiente para acceder al cambio de custodia pretendido en ausencia de toda otra alteración, olvidando la recurrente, en sus alegatos de apelación, que en el procedimiento que nos ocupa no se trataba de establecer ex novo una medida de custodia del menor hijo común, sino de resolver si, por concurrir o no alteraciones sustanciales en las circunstancias concurrentes, podía accederse o no a la pretensión modificativa que se articulaba en la demanda, y, en este sentido, ni se han probado esas alteraciones sustanciales, ni que el interés del menor, de prioritaria tutela, exija un cambio en su custodia, que ha venido siendo ejercida por el padre desde el año 2009 de forma satisfactoria para el menor, que se encuentra plenamente adaptado a la dinámica social, familiar y escolar en que el niño ha venido desarrollándose”. Otro ejemplo de ello puede ser la SAP Baleares, Sección 5ª, núm. 906/2005 de 29 de junio.

Por otra parte, lo que el menor desee no tiene porqué ser siempre lo mejor para él pudiendo ser contrario al interés superior del mismo, como en la SAP de Barcelona Sección 12ª, núm. 7577/2004 de 9 de junio en sus fundamentos jurídicos tercero y quinto: “Ante todo, el caso de autos presenta la problemática del valor que se ha de dar al deseo del hijo de vivir con el padre. El recurrente habla de un efecto inmediato de descompensación psicológica de Luis María, por el hecho de haber ido a vivir desde Agosto de 2002 al país Vasco, con su madre y hermana Nuria. La apelada expresa que los deseos del hijo están mediatizados por la influencia del padre y su oferta económica hacia el hijo, pero sostiene que el Sr. Adolfo es peor educador que la madre, y que la elección del hijo carece de verdadero fundamento, y es perjudicial para su formación e intereses. Desde diversos puntos de vista, los progenitores apoyan sus pretensiones en el principio "favor filii", con proyección en la libertad de elección (tesis del padre), o en el principio de valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que todavía no tiene formado el criterio de discernimiento (tesis de la madre). (...) Finalmente hay otros factores que llevan a confirmar también la sentencia apelada. Por un lado el factor de la convivencia fraterna, de no ser bueno separar a los hermanos (art. 92 C.C .máxime si se encuentran en las edades de la pubertad. En esa fase de sus vidas lo corriente es que existan rivalidades, y más, si se trata de hermanos de diferentes sexos. tal fenómeno, sin embargo, avoca a la superación y progresiva reafirmación de vínculos fraternos, siempre que incida una correcta labor educadora y no quiebre la convivencia entre los hermanos. Por otro lado, el mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos, ha sido completado con una extraordinaria concesión de régimen de visitas, adecuada a la realidad del padre, pues se concede nueve días seguidos al mes (que es cuando el Sr. Adolfo reside en la localidad donde viven los hijos) situación que sin ser propiamente una guarda y custodia compartida - que en general produce más inconvenientes que ventajas - , sin embargo en el presente caso

8. *Intervención de terceras personas*

El informe emitido por el Ministerio Fiscal, sea favorable o no, deberá ser vinculante para el establecimiento de los regímenes tras el matrimonio, como así lo disponen los requisitos de los artículos 92.5 y 92.6 CC.

La actuación del Ministerio Fiscal está plenamente vinculada con su labor profesional, de tal manera que los informes que dispondrá en cada caso en concreto deberán estar volcados en la legalidad y en la defensa de los intereses propiamente del menor¹¹⁷, por tanto, carece de algún tipo de interés directo más allá de lo establecido por el ordenamiento jurídico para la defensa de los niños en estas situaciones¹¹⁸, es por ello por lo que podrá solicitar todas aquellas pruebas en los procedimientos que permitan hacer valer su postura de la forma más adecuada posible para así poder conocer con todo lujo de detalles la situación que sucede en torno al menor¹¹⁹.

En segundo lugar, con la realización de la exploración de los menores en el propio procedimiento judicial, el juez por sí mismo podrá apreciar cómo afectan las diversas circunstancias al menor en concreto, lo que se verá apoyado por los informes periciales que se hubieran solicitado en el procedimiento en cuestión, ya sea para el estudio de circunstancias relativas al propio niño como a otras que indirectamente le afecten¹²⁰.

da respuesta efectiva a los deseos del menor, y, en cierta medida, a las aspiraciones del padre. Por tales razones, se ha de confirmar los pronunciamientos de la sentencia apelada”.

¹¹⁷ MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda...”, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, págs. 3-4.

¹¹⁸ GARCÍA GÓMEZ, V.: “Estudio sobre la custodia...”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, 2016, págs. 9-13.

¹¹⁹ Es de tal importancia la labor del Ministerio Fiscal que la STC núm. 185/2012 de 17 de octubre establece en su fundamento jurídico segundo que su actuación será apreciada por el tribunal, independientemente de si emite un informe favorable o no, pues será este el que resuelva: “Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes. Hay que subrayar que, por lo general, y en relación con los dictámenes emitidos por un órgano diferente al que tiene la competencia atribuida para decidir, el legislador no ha atribuido a los mismos el carácter vinculante en ninguno de los ámbitos judiciales en que interviene el Ministerio Fiscal; es decir, no les otorga un valor prevalente a la convicción judicial, ni ha supeditado el pronunciamiento del Juez a la conclusión alcanzada por el Ministerio público. Y todo ello, a pesar de que no cabe duda del valor de dichos informes, junto al resto del conjunto probatorio para contribuir a la toma de decisión del juez. En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores. Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en presencia de una limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales”.

¹²⁰ PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española...”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 2015, págs. 171-172.

La aportación de estos informes al proceso podrá hacerse por solicitud del juez o por las propias partes, según afirma el artículo 92.9 CC, y en los cuales se podrán tener en cuenta una serie de precisiones que ayuden a formular la decisión judicial, como la edad del mismo y la madurez en relación con ello, por otra parte, la actuación de otros a través de influenciarle o persuadirle, no habiendo relación en lo que el menor diga con sus propios deseos, o, por último, y de forma reiterada, el interés superior del mismo, averiguando lo que le pueda beneficiar a corto y a largo plazo.

No solo se tendrán en cuenta las actuaciones generadas por el propio proceso en base al divorcio, separación o nulidad, sino también las declaraciones que pudieran hacer personas externas, por ejemplo, otros miembros de la familia como los abuelos, los compañeros de clase o de trabajo, los profesores u otro tipo de profesionales a quienes acudiera algún miembro de la familia, como psicólogos u otro tipo de personalidades médicas, que estos últimos reflejarán a través de un informe de carácter psicosocial, donde se tendrá en cuenta no solo al propio menor sino también al entorno que le rodea¹²¹.

¹²¹ FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida...”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2016, pág. 118.

Conclusiones

Primera- En lo que se refiere al estudio de la regulación del tema a tratar, se considera necesaria una normativa que profundice en mayor medida, como así sucede en los diferentes derechos forales que hay en nuestro país, los cuales se encargan de determinar cada uno los supuestos preferentes para su aplicación. No por ello se quiere sobreponer la labor del legislador frente a la actuación de los tribunales, solamente se trata de indicar que es necesaria una regulación que ahonde mayormente en esta cuestión, de tal manera que no quede a la total valoración de los jueces y tribunales en su caso, y que, por ello, tampoco dependa del acuerdo de los padres por otra parte; es decir, que esquivando estas dos posibilidades, que son las únicas que se reconocen hoy en día para la instauración de esta modalidad, el legislador, por su parte, podría establecer una serie de supuestos donde fuera aconsejable su aplicación, como ya sucede en las leyes forales, que reconocen cuando es apropiado establecerla.

Segunda- Teniendo en cuenta el punto anterior, la labor de la jurisprudencia es muy necesaria y, de hecho, hoy en día es lo que sirve para crear las directrices a seguir en estos asuntos, es por ello, que es óbice no olvidar la actividad que realizan jueces y tribunales a la hora de resolver cada caso que se presenta ante ellos en virtud del principio de independencia judicial.

Tercera- A pesar de que cada uno de los jueces y magistrados que ejercen su labor a lo largo de nuestro país sin seguir mayor criterio que el dispuesto por las normas jurídicas, no es impedimento el hecho de que aquellos asuntos que hayan llegado mediante casación al Tribunal Supremo supongan una unificación de doctrinas dispersas, de tal forma, que estos, podrán tener en consideración la palabra jurisprudencial de este y otros órganos para la toma de decisiones. Respecto a ello, en una materia como la que nos concierne, se han podido tener en cuenta diversos criterios que podrán o no coincidir para el establecimiento del sistema de custodia compartida, como el interés superior del menor, al que se refiere la normativa jurídica, destacando así su importancia en todo tipo de procesos que afecten a los menores, sin embargo, otros criterios empleados por los tribunales no aparecen recogidos en ninguna norma o en doctrina, es por ello que su valoración y utilización para cada caso concreto dependerá enteramente de lo que considere el juez, pudiendo valorar las interpretaciones que hayan podido hacer otros compañeros de la carrera judicial.

Cuarta- En relación a lo dispuesto en el punto anterior, habrá criterios que por su importancia aparezcan reflejados a lo largo del ordenamiento jurídico, como el interés superior del menor que será necesaria su aplicación en todo proceso, pero también existen otras cuestiones a tener en cuenta que rodean el ambiente del menor, como las relaciones que puedan tener entre los hermanos, la vivienda de cada uno de los padres, o la capacidad económica con la que podrán servirse para sustentar a sus hijos. Todo ello servirá para su ponderación en el ámbito jurisdiccional de diversas formas como nos ha demostrado la jurisprudencia, para poder determinar lo referente a cada caso en concreto.

Quinta- La figura de la custodia compartida resalta la necesidad de que ambos progenitores se ocupen de igual manera de sus hijos una vez que se haya producido la separación, nulidad o divorcio, o disolución de la relación que hubiera entre ellos, por ello continuamente su uso se va incrementando, no solo en España, sino a lo largo del mundo, de ahí que haya normas de carácter supranacional que recojan directrices para su uso o se refieran a ella como el mejor método para los intereses de los hijos. En Europa, cada país, en los límites de sus soberanía, podrá aplicar las diferentes normas que proceden de la Unión Europea para acordar este y otros regímenes que los órganos directivos de esta organización internacional consideren acordes a la mejoría de la vida de todos los ciudadanos que residan en este territorio. Cada país, evidentemente tiene su propia regulación en base a la materia, pudiendo diferir los unos de los otros (véase el interés superior del menor en relación al derecho comparado), sin embargo, a la hora de la verdad, en el fondo, las resoluciones deberán basarse en los mismos principios y disposiciones en todos ellos.

Sexta- La aparición, a veces inevitable, de conflictos entre los progenitores, en muchas ocasiones requiere de acrecentar la labor jurisprudencial para la resolución de los mismos, sin embargo, no por ello es necesario que se deba ir por esta vía en todo momento, pues para ello hay métodos alternativos como los medios de resolución extrajudicial y, en concreto, la mediación cuyo uso se potencia en el ámbito de derecho de familia por ser una manera efectiva, rápida y con menor coste por la que los padres pueden obtener una respuesta que, a diferencia de por la vía contenciosa, satisfaga los deseos de cada uno de ellos y pueda servir para que el cumplimiento de la resolución que por esta vía se plantee, sea mayormente cumplida por el simple hecho de que se han escuchado ambas voces y se ha consensuado la solución más adecuada.

Bibliografía

CAMPO IZQUIERDO A.L. “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009.

CASADO CASADO, B.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, *Diario la Ley* núm. 9177, 2018.

CASTILLO MARTÍNEZ C.M.: “Particularidades en las decisiones sobre el régimen de visitas”, *Práctica de Tribunales*, núm. 134, 2018.

FERNÁNDEZ RAMALLO P.: “Eficacia de los convenios matrimoniales no sometidos a autorización judicial”, *Abogados de Familia*, nº 29, 2004.

FRÍAS RODRÍGUEZ, I.: “Guarda y custodia compartida: criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.9, 2016, págs. 114-118.

GARCÍA GÓMEZ, V.: “Estudio sobre la custodia compartida”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, núm. 1, 2016.

GARCÍA RIVAS, F. J.: “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, págs. 77-102.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.3, 2010.

GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.: “El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *La Ley Derecho de Familia*, nº 7, 2015.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016.

HERNANDO RAMOS S.: “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009.

HERRERA DE LAS HERAS, R. en “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida” *Actualidad civil*, núm. 10, 2011.

LATHROP GÓMEZ F.: “Aspectos generales de la guarda y custodia compartida”, en “*Custodia compartida de los hijos*” Editorial La Ley, Madrid, 2008.

LATHROP GÓMEZ F.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009.

LAUROBA LACASA M.E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.

LIÑÁN GARCÍA M. A.: “La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Anales de Derecho*, núm. 32, 2014.

LÓPEZ JARA, M.: “Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

LÓPEZ MARTÍNEZ, R.: “Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual”, *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, núm.22, 2016, págs. 179-192.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho privado y Constitución*, núm.19, 2005, págs. 165-223.

MARTÍN MOLINA, A.A.: “Cuestiones actuales sobre la custodia compartida”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol.15, 2017.

MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales”, *La Ley Derecho de Familia*, Editorial La Ley, 2015.

MARTINEZ SANCHÍS, N.: “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, págs. 402-417.

MEDINA SUÁREZ, I.: “Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias”, *Apuntes de Psicología*, vol. 34, núm. 2-3, 2016, págs. 277-280.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS J.A.: “El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016.

MONTSERRAT QUINTANA A.: “La custodia compartida en la nueva ley 15/2005, de 8 de julio”, *Práctica de Tribunales*, núm. 26, 2006.

MUÑOZ NARANJO A.: “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015, págs. 39-56.

ORTEGA GUERRERO, I.: “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.2 núm. 3, 2002, págs. 87-108.

PÉREZ CONTRERAS, M.M.: “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm.116, 2006, págs. 501-534.

PÉREZ GALVÁN, M.: “La guarda y custodia compartida entre los tribunales antes y después de 2005”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm. 11, 2016.

PÉREZ SALAZAR RESANO, M.: “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario la Ley*, núm. 7206, 2009.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: “Custodia compartida y violencia de género: Cuestiones controvertidas ex art 92.7 CC”, *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, núm.4, 2016, págs. 87-115.

PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 9, 2015, págs. 143-175.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, M.: “¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida? Errores frecuentes en su conceptualización”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1 2015, págs. 29-37.

SÁNCHEZ AGUIRRE C.: “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3, 2015, págs. 89-103.

SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA P./COMPANY CARRETERO F. J.: “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, nº 7, 2017.

TARDÓN OLMOS M.: “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *La Ley Derecho de familia* núm. 12, 2016.

UREÑA CARAZO, B.: “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica dedicada a familia y menores*, núm.11, 2016.

VALBUENA NAVARRO, A.: “El continuun de la custodia compartida”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015, págs. 91-107.

ZABALGO JIMÉNEZ P.: “La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* núm. 9088, 2017.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

1. STC núm. 192/2016 de 16 de noviembre en su fundamento jurídico primero: “El Presidente del Gobierno impugna la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011), por considerar que invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del art. 149.1.8 CE y, singularmente, de la doctrina establecida en la STC 121/1992, de 28 de septiembre, que limita el ámbito de la competencia asumible por la Comunidad Valenciana en la materia al derecho consuetudinario que subsista tras la abolición de los fueros. Subraya también que la competencia legislativa civil pertenece en este caso de manera exclusiva al Estado, incluso aunque la norma valenciana se limitara a reproducir exacta y fielmente la norma estatal”.

2. STC núm. 185/2012 de 17 de octubre en su fundamento jurídico segundo: “Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes. Hay que subrayar que, por lo general, y en relación con los dictámenes emitidos por un órgano diferente al que tiene la competencia atribuida para decidir, el legislador no ha atribuido a los mismos el carácter vinculante en ninguno de los ámbitos judiciales en que interviene el Ministerio Fiscal; es decir, no les otorga un valor prevalente a la convicción judicial, ni ha supeditado el pronunciamiento del Juez a la conclusión alcanzada por el Ministerio público. Y todo ello, a pesar de que no cabe duda del valor de dichos informes, junto al resto del conjunto probatorio para contribuir a la toma de decisión del juez. En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores. Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en presencia de una limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales”.

3. STC núm. 221/2002 de 25 de noviembre en su fundamento jurídico quinto: “A estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE”.

4. STC núm. 141/2000 de 29 de mayo en su fundamento jurídico quinto: “Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño”.

Tribunal Supremo

1. STS, Sección 1ª, núm. 50/2019 de 17 de enero en su fundamento jurídico primero: “Considera la sala que el hecho de que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores, sin que se haya probado por el apelante que la alternancia semanal pueda resultar más beneficiosa para aquellos. Recuerda también la sala de apelación que este fue el régimen adoptado por los padres tras la ruptura y fue el mismo que se adoptó en la pieza separada de medidas provisionales”.

2. STS, Sección 1ª, núm. 3882/2018 de 20 de noviembre en su fundamento jurídico segundo: “La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”.

3. STS, Sección 1ª, núm. 4099/2016 de 21 de septiembre en su fundamento jurídico quinto: “Aplicada la referida doctrina al caso de autos, debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor”.

4. STS, Sección 1ª, núm. 1877/2016 de 15 de junio en su fundamento jurídico tercero: “a anterior doctrina ha sido ratificada por la sentencia de 29 de abril de 2013, Rc. 2525/2011 (RJ 2013, 3269) , que recoge los criterios de la Sala sobre la guarda y custodia compartida, fijando como doctrina «que la interpretación de los artículos 92 , 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones

con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

4. STS, Sección 1ª, núm. 1638/2016 de 13 de abril en su fundamento jurídico quinto: “No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil. Por lo expuesto debemos estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, acordando el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios”.

5. STS, Sección 1ª, núm. 1291/2016 de 29 de marzo en su fundamento jurídico tercero: “La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo”.

6. STS, Sección 1ª, núm. 437/2016 de 11 febrero en su fundamento jurídico tercero: “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no

constar lo contrario. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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”.

7. STS, Sección 1ª, núm. 188/2016 de 4 febrero en su fundamento jurídico segundo: “Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

8. STS, Sección 1ª, núm. 5687/2015 de 30 de diciembre en su fundamento jurídico primero: “Todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps”.

9. STS, Sección 1ª, núm. 615/2015 de 16 de febrero en su fundamento jurídico séptimo: “El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada”.

10. STS, Sección 1ª, núm. 4342/2014 de 30 de octubre en su fundamento jurídico sexto: “En la sentencia recurrida se parte de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés del menor, lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que

permita la adopción 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”.

11. STS, Sección 1ª, núm. 4165/2015 de 14 de octubre en su fundamento jurídico cuarto: “El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada”.

12. STS, Sección 1ª, núm. 4240/2014 de 16 de octubre en su fundamento jurídico segundo: “En la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores”.

13. STS, Sección 1ª, núm. 5966/2013 de 17 de diciembre en su fundamento jurídico tercero: “Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”.

14. STS, Sección 1ª, núm. 5641/2013 de 29 de noviembre en su fundamento jurídico tercero: “En primer lugar, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de

julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación " no tienen buenas relaciones", no ampara por si misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores”.

15. STS núm. 4082/2013, Sección 1ª de 19 de julio en su fundamento jurídico segundo: “La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea". Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , 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 que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

16. STS, Sección 1ª, núm. 3347/ 2013 de 17 de junio en su fundamento jurídico segundo: “Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las

necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre”.

17. STS, Sección 1ª, núm. 2926/2013 de 7 de junio en su fundamento jurídico segundo: “En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró 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». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de los menores la custodia materna en atención a la prueba practicada: informe de valoración sobre guarda y custodia, confeccionado por el Instituto de Medicina Legal, los mensajes de correo y la existencia de procedimientos penales, con independencia de su resultado. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que ambas sentencias consideraran que era más conveniente para los niños la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre. La decisión está basada, por tanto, en el interés de los hijos en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011 RC núm. 1965/2009 «este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta

el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio ». Al haberse atendido en el caso planteado a este interés, y no haberse justificado que lo haya hecho de forma incorrecta en función de la prueba practicada, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello retomando la que, sin duda, resulta la medida más beneficiosa al interés de los hijos, como ha precisado la sentencia de 29 de abril de 2013”.

18. STS, Sección 1ª, núm. 2246/2013 de 29 de abril en su fundamento jurídico segundo: “Pues bien, el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente ", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”., en su fundamento jurídico tercero: “En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una

convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven” y en su fundamento jurídico cuarto: “El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

19. STS, Sección 1ª, núm. 1845/2012 de 9 de marzo en su fundamento jurídico cuarto: “En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró 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». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de la menor la custodia materna en atención no solo al informe psicológico emitido, sino también en atención al interrogatorio de las partes. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que la sentencia de primera instancia y por confirmación, la sentencia aquí recurrida, consideraran que «era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». La

decisión está basada, por tanto, en el interés de la menor en atención a la prueba practicada”.

20. STS, Sección 1ª, núm. 4924/2011 de 22 de julio en su fundamento jurídico cuarto: “En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (...) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí 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”.

21. STS núm. 4824/2011, Sección 1ª, de 7 de julio en su fundamento jurídico séptimo: “Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "el interés del menor", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. La STS 623/2009 , que anuló la anterior de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban "criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" . Estos criterios se utilizan también en las SSTS de 10 y 11 marzo 2010. Por ello la interpretación del Art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario,

debería considerarse la más normal, 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”. , así como en el fundamento jurídico octavo: “La sentencia recurrida explícita, como ya había hecho la sentencia anulada, las que denomina "condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida" , que son: "muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de la custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres". Algunos de estos criterios vienen a coincidir con los enumerados en la STS 623/2009 ; algún otro, como el acuerdo de los progenitores en este sistema de guarda, es contrario a lo establecido en el Art. 92 CC , que permite acordarla aun cuando ambos progenitores no coincidan en ello, con las cautelas exigidas en el propio art. 92 CC . Pero en cualquier caso, debe entenderse que la sentencia recurrida efectúa esta relación, repetimos, coincidente con la anulada, con la finalidad de utilizar estos criterios en un conjunto, sin primar uno con exclusión de los demás”.

22. STS, Sección 1ª, núm. 2005/2011 de 7 de abril en su fundamento jurídico tercero: “Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta”.

23. STS, Sección 1ª, núm. 963/2010 de 11 de marzo en su fundamento jurídico segundo: “Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 , "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el

cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 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" , criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”.

24. STS, Sección 1ª, núm. 5969/2009 de 8 octubre en su fundamento jurídico quinto: “Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor , después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. (...) Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1.b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada

caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

25. STS, Sección 1ª, núm. 5707/2009 de 29 de mayo en su fundamento jurídico segundo: “Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores”.

Tribunales Superiores de Justicia

1. STSJ de Cataluña, Sección 1ª, núm. 159/2019 de 25 de marzo en su fundamento jurídico tercero: “Aunque se observa en los razonamientos de la sentencia una motivación escasa, no ha sido denunciada la falta de motivación y el recurrente se ha limitado a señalar que la conflictividad entre los cónyuges ha sido debido a la actuación de la otra progenitora, sin que ello conste en los hechos probados de los hemos de partir para la apertura de la casación. A dichos efectos, en los dos motivos del recurso de casación, se denuncia, en el primero, la infracción de los artos. 233-8 y 233-6 en relación con el art. 233-11 del Código Civil de Catalunya (en adelante, CCCat), y, en el segundo, con cita de

las mismas normas, se afirma la vulneración "... de los criterios otorgados por el CCCat para la determinación del régimen y la forma de ejercer la guarda por los progenitores, y consecuente vulneración del interés superior del menor..."Y como conclusión a ambos motivos el recurrente afirma que se "... deniega el establecimiento de un sistema de custodia compartida REAL por la existencia de la conflictividad entre las partes, siendo que dicha conflictividad ha sido creada por quien solicita la denegación del establecimiento del sistema de custodia compartida y el establecimiento de una guarda monoparental a su favor, de manera que se ha dejado al arbitrio de la Sra. Blanca la decisión sobre el sistema de custodia sobre la hija de las partes".

2. STSJ de Aragón, Sección 1ª, núm. 1291/2018 de 11 de diciembre en su fundamento jurídico quinto: "- En ese primer motivo se alega infracción del artículo 80.2 y 3 del CDFA en relación con el artículo 76.2 y subsidiariamente del artículo 80.1 párrafo tercero en relación con el artículo 79.2 a), 76.3.a) y 60 CDFA. En el desarrollo del motivo, la recurrente se emplea en combatir la decisión de la sentencia con argumentos tales como que no es cierto que el menor haya mantenido una relación poco cercana a su padre; que el acta de exploración revela la pobreza e inconsistencia de las razones dadas por el menor para oponerse a la custodia compartida, o que el tiempo invertido en ir del domicilio de su padre al colegio es más o menos similar que el empleado en acudir desde casa de la madre. Y, en cuanto al régimen de visitas, estima que todas las pruebas -señaladamente el informe pericial que analiza minuciosamente- conducen a la conclusión contraria a la que ha llegado la sentencia. En el motivo apreciamos causas de inadmisibilidad, que en este momento se convierten en causas de desestimación. Y ello porque, como con razón indica el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, no sólo mezcla en un mismo motivo una pluralidad de preceptos relativos a cuestiones diferentes sin la debida separación, sino que lo trufa de consideraciones relativas a cuestiones de hecho que extravasan el cauce de este recurso extraordinario. Y, como tiene declarado el TS (auto de 6 de noviembre de 2012, recurso 1880/2011 entre otras resoluciones) el artículo 481.1 de la LEC impide la admisión "además de aquellos recursos carentes de fundamentación, también de aquellos en los que la parte, con cumplimiento aparente de los requisitos formales -denuncia de infracción sustantiva y exposición más o menos extensa de alegaciones- sólo pretende someter al Tribunal sus propias conclusiones sobre la controversia, pero no una infracción sustantiva".

3. STSJ de Aragón, Sección 1ª, núm. 17/2014 de 10 de enero en su fundamento jurídico sexto: “Ciertamente, la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el artículo 80.2.2 e) del CDFA. (...) Es más, según resulta de lo expuesto al lado de las anteriores consideraciones en la propia resolución, lo que resulta es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar de quien es hoy su pareja estable, y evidencia su interés en hacer más compatible su trabajo con el cuidado de la niña mediante el cambio reciente de destino. Y, es más, consta que la propia menor está "bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional, como a nivel educativo y de crianza. A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno de sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus respectivos entornos (...) sin que exista problema alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores”.

4. STSJ de Navarra, Sección 1ª, núm. 194/2012 de 23 de enero en su fundamento jurídico primero: “En la fundamentación jurídica de su extensa sentencia, la Sala de instancia: a) reitera la improcedencia de la tacha de la perito adscrita al Instituto Navarro de Medicina Legal que emitió dictamen en la primera instancia, advirtiendo que con la prueba practicada a impulso de la Sala se han desvaído las consideraciones valorativas del informe pericial que inspiraron la tacha; b) declara " legislación civil aplicable " o " de plena aplicación al supuesto conflictual que nos ocupa " la contenida en la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, pese a reconocerla promulgada " hallándose en trámite el presente rollo de apelación civil "; c) analiza, a la luz de los antecedentes y de la tramitación parlamentaria de la citada Ley Foral, el sentido y alcance de su contenido normativo, para señalar que " el criterio determinante esencial para establecer un concreto sistema de guarda y custodia evoca la prevalencia del interés superior de los hijos, que debe ser respetado e implementado en cada supuesto en concreto con los asesoramientos especializados requeridos y tomando en consideración la opinión de la persona menor de

edad..., y ha de procurar la igualdad de los progenitores...tal y como acontecía en la situación normativa previa a la entrada en vigor de la Ley Foral 3/2011 ", habiendo desaparecido con ella el " óbice procedimental " que con arreglo al art. 92.8 del Código Civil impedía establecer en un caso como el enjuiciado un sistema de custodia compartida; d) recoge los criterios jurisprudenciales fijados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en orden al establecimiento del sistema de custodia compartida, " doctrina jurisprudencial en la que - dice en la sentencia - se da cumplida respuesta a la cuestión que ahora ocupa nuestra labor resolutoria, es decir, la referente a la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores ", y de la que extracta párrafos de las sentencias de 13 octubre 2011 , 22 julio 2011 y 7 julio 2011 ; e) entra a valorar el resultado de la exploración de la menor y de los informes psicológico y social emitidos, poniendo de relieve la relación de aquélla con uno y otro de sus progenitores y la "valorización" que de ambos proyecta, así como sus respectivas disponibilidades materiales o residenciales, y rechaza la relevancia que los informes emitidos atribuyen a la situación de conflicto y confrontación entre los padres y al mayor grado de confianza de la menor con la madre para no recomendar la custodia compartida, y f) concluye que el sistema de guarda y custodia compartida demandado en este proceso " satisface adecuadamente el expresado interés superior de la pequeña ", teniendo en cuenta: 1) la práctica anterior colaboradora y atenta de ambos progenitores en orden al establecimiento de las decisiones trascendentales para su hija, sin que las tensiones entre ambos hayan incidido negativamente en la estabilidad emocional ni en la adaptación personal, familiar y social de la menor; 2) la voluntad de la menor de intensificar la relación convivencial con su padre, y 3) el adecuado apoyo de ambos progenitores y sus respectivas familias a las necesidades y al desarrollo de la hija menor”.

5. STSJ de Cataluña, Sección 1ª, núm. 7475/2008 de 31 de julio en su fundamento jurídico segundo: “En efecto, teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares,

el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos”.

Audiencias Provinciales

1. SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 5802/2019 de 29 de mayo en su fallo: “Se atribuye la guarda de forma compartida a ambos progenitores, que se distribuirá, en defecto de otro acuerdo que puedan alcanzar el padre y la madre, estando con el padre los lunes y los martes y con la madre los miércoles y los jueves; los fines de semana, desde el viernes hasta el lunes, se distribuirán de forma alternativa con uno y otra, e incorporarán el día festivo anterior o posterior al fin de semana, si lo hubiera. Las recogidas de la hija las realizará el progenitor que vaya a tenerla consigo a la salida del centro escolar o actividad extraescolar que realice quien también deberá reintegrarlo al centro escolar. María Cristina vivirá en el domicilio de cada uno de los progenitores según el periodo correspondiente si bien, a efectos administrativos, continuará empadronada en el mismo domicilio que hasta ahora”.

2. SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 5798/2019 de 29 de mayo en su fallo indica: “mantener la guarda compartida en su día pactada pero efectuar una redistribución paritaria de los tiempos de manera que el hijo Rogelio durante la época lectiva estará los lunes y martes con la madre, ambos con pernocta y los miércoles y jueves con el padre, también con pernocta, produciéndose los intercambios a la salida y entrada del colegio; los fines de semana continuarán como hasta ahora de forma alterna con cada uno desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo; ello implica que bien se trate de festividades o bien de días laborables el nuevo sistema se aplicará con regularidad sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar excepciones más o menos puntuales, como por ejemplo las que pactaron al separarse respecto de días señalados; pero será preciso que los dos estén de acuerdo en ello ya que en caso contrario se mantendrá de forma preferente y prioritaria el nuevo sistema establecido. Las entregas y recogidas del menor se efectuarán en el colegio por sí o por persona autorizada al efecto y, en períodos de vacaciones de verano, el progenitor con quien vaya a iniciar el cambio deberá recogerlo, también por sí o por persona autorizada al efecto, del domicilio del otro

progenitor con el que el hijo haya pernoctado, a las 9 de la mañana o bien a las 4:30 los viernes alternos; conforme el hijo vaya creciendo y sea más autónomo por su edad, irá y volverá solo del o al colegio y a casa de uno u otro progenitor; el régimen de vacaciones de Semana Santa y de Navidad será el mismo pactado en su día y también las de verano, si bien los padres pueden pactar su ampliación por ejemplo a las quincenas de julio y no sólo a las de agosto, e incluso fijarlas por meses alternos, todo ello en función de sus vacaciones y atendiendo a los deseos del hijo”.

3. SAP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 440/2019 de 21 de mayo en su fundamento jurídico cuarto: “Dicho con otras palabras, cuando hablamos de custodia compartida, uno de los factores a valorar positivamente es la disponibilidad de los propios padres de los progenitores. La ayuda de los abuelos, lejos de ser un estorbo para fijar el concreto sistema de custodia es un importante aliciente. Así lo tiene establecido de forma reiterada la jurisprudencia. Por ser la más reciente, viene muy a cuento la sentencia del Tribunal Supremo 211/2019, de 5 de abril. En ella se concede la custodia monoparental a un padre porque, entre otras circunstancias, los abuelos paternos ofrecen una mejor atención al menor. Y es que, si los abuelos pueden suponer un apoyo familiar fundamental en situaciones normales, más importancia cobran todavía en los momentos difíciles. No solo cuidan de los nietos, sino que preservan su estabilidad emocional. Y desde luego no puede sostenerse aquí que el padre haya delegado total y permanentemente en los abuelos sus obligaciones. Es cierto que, en buena medida, son su sostén económico y afectivo, pues sigue viviendo con ellos. Pero esta misma circunstancia acontece con la madre. También ella cuenta con la inestimable ayuda de sus progenitores. Es más, al nacer el hijo, de común acuerdo, los hoy litigantes alternaron semanalmente la custodia del menor valiéndose de los abuelos paternos y maternos. Tal episodio, hasta cierto punto lógico e inevitable, pues la madre y el padre contaban solo con 19 años y estaban estudiando, ha facilitado también un importante arraigo del menor en ambas familias. Es decir, hablamos de entornos familiares propicios, positivos. Entornos donde la presencia de los progenitores es constante y donde los abuelos ofrecen una estabilidad económica y afectiva que garantiza sin duda el bienestar del menor. No sustituyen a los padres, pero son un apreciado complemento. Estamos, como se ve, ante situaciones parejas, que no serán iguales pero que guardan cierta identidad de razón. Y ante acontecimientos paralelos no puede hacerse de peor condición al padre por el hecho de que conviva y se haga ayudar de sus propios padres. Téngase en cuenta, además, que Argimiro es

autónomo. Cuenta con una flexibilidad horaria que le facilita conciliar mejor su vida familiar. En fin, en la medida en que el padre, Argimiro, no ha declinado sus deberes parentales, que personal y diariamente atiende con la colaboración de sus propios padres, no existe objeción para implantar un sistema de custodia compartida”.

4. SAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 307/2019 de 9 de abril en su fallo: “Se establece un régimen de guarda y custodia compartida de los dos hijos del matrimonio, con periodicidad semanal, verificándose el cambio de custodia los Domingos a las 20.00 horas, debiendo recoger a los menores el progenitor que vaya a asumir la custodia en el domicilio del progenitor donde en ese momento se encuentre”.

5. SAP de Gerona, Sección 1ª, núm. 182/2019 de 27 de marzo en su fundamento jurídico tercero: “Se acuerda que a partir del inicio del periodo escolar se aumentará las estancias en casa del padre para repartirlo equitativamente con las estancias en casa de la madre. Como que las niñas todavía se muestran reticentes a que las estancias sean demasiado largas, se propone un nuevo régimen; Todos los lunes y martes con el padre, todos los miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos entre ambos progenitores de viernes a lunes. Todas las entregas y recogidas se harán coincidiendo con entradas y salidas de los centros escolares. Los días festivos las niñas serán acompañadas al domicilio del otro progenitor, durante la mañana o antes de las 10 h si no hay consenso”.

6. SAP de Córdoba, Sección 1ª, núm. 185/2019 de 19 de marzo en su fallo: “El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará a los menores en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada”.

7. SAP de Ourense, Sección 1ª, núm. 228/2019 de 15 de marzo en su fundamento jurídico primero: “En la sentencia dictada en el presente procedimiento se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por Doña Lourdes y Don Baltasar, estableciéndose las medidas de orden personal y patrimonial que habrían de regir la situación de los cónyuges y de los dos hijos menores de edad. Así se acordó un régimen de custodia compartida de los hijos, por quincenas alternas, asumiendo cada uno los gastos generados cuando permaneciesen en su compañía, y debiendo el padre abonar a la

madre, para compensar el desequilibrio económico existente la suma de 100 euros mensuales, 50 euros por cada hijo”.

8. SAP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 385/2019 de 13 de marzo en su fallo: “Se establece, como régimen de guarda y custodia de la menor Tamara, el de guarda compartida. -La menor permanecerá en el domicilio familiar, sito en CALLE000, núm. NUM000. NUM001 de DIRECCION000, en el que se turnarán ambos progenitores, en las semanas y perdidos vacacionales en que les corresponda aquella guarda y custodia, de modo y manera que no tenga que ser -la menor la que esté rotando entre los domicilios del padre y la madre en aquellos periodos, sino éstos los que roten y se turnen en la entrada y salida del domicilio donde permanecerá la menor”.

9. SAP de Madrid, Sección 22ª, núm. 3601/2019 de 12 de marzo en su fundamento jurídico segundo: “La convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%”.

10. SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm.688/2019 de 7 de marzo en su fundamento jurídico segundo: “En el caso enjuiciado, consideramos que la sentencia apelada aplicó correctamente el art. 96, párrafo segundo, del Código Civil al régimen de custodia compartida establecido, de acuerdo con la doctrina expresada, al atribuir el uso de la vivienda familiar temporalmente y durante tres meses a la madre, y a partir del 1 de septiembre de 2018 al padre, teniendo en cuenta que éste es el propietario de la vivienda, por la cual abona una cuota hipotecaria de 700 euros mensuales, con unos ingresos de 1.200 euros al mes y que carece de otro domicilio adecuado en el que convivir con sus tres hijos”.

11. SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 1919/2019 de 7 de marzo en su fallo: “Decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos, conforme a lo preceptuado en el art. 233-9.21i. Cada progenitor habrá de comunicar al otro, el cambio de domicilio y la nueva dirección”.

12. SAP de Bilbao, Sección 4ª, núm. 912/2019 de 7 de marzo en su fundamento jurídico segundo: “Atendidas las circunstancias expuestas, se considera más prudente y razonable disponer la atribución de la vivienda a uno sólo de los progenitores, pues ningún perjuicio causa a los menores y se procede de forma provisional como señala el art. 12.5 LVRF por dos años prorrogables, hasta que se liquide el régimen económico matrimonial. Corresponde a la madre la atribución por ser la progenitora que objetivamente tiene

mayores dificultades de acceso a una vivienda, pues no cuenta con otra, ni con familia cercana. Además dispone de menores ingresos que el padre. No hay que fijar compensación por tal uso, puesto que no se ha solicitado. Este recurso será, por todo lo expuesto, acogido, modificándose el fallo respecto a la atribución de la vivienda familiar”.

13. SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 1057/2019 de 6 de marzo en su fundamento jurídico décimo tercero: “Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, en el caso concreto de autos debió la parte hoy apelante haberse aquietado a la resolución de instancia habida cuenta la contundencia del informe emitido por el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, obrante al folio 220 y siguientes donde aconseja dicho tipo de custodia a partir de los 3 años de la menor, la cual cumplirá dentro de 3 días dicha edad, fijando la sentencia de instancia dicha custodia compartida para el día 1-9-2019, es decir, dentro de 6 meses, cuando la hija tendrá ya 3 años y medio, lo que evidencia que incluso el Juzgador de instancia ha adoptado aún, mayor cautela que la aconsejada por el citado Gabinete, por lo que no existiendo circunstancia alguna que desaconseje dicha medida, debe mantenerse la misma”.

14. SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm. 687/2019 de 1 de marzo en su fundamento jurídico segundo: “ En la actualidad no se aprecian motivos bastantes para considerar errónea o inadecuada la decisión del Juzgado sobre la guarda y custodia, al estar bien fundada en las circunstancias indicadas en la sentencia en relación al auto de medidas provisionales, y lo dictaminado por el equipo profesional oficial en su informe psicosocial y sus explicaciones en el acto del juicio, indicando como más beneficioso para el interés prevalente de la hija menor el mantenimiento de la custodia que se había atribuido provisionalmente al padre, sin perjuicio de poderse volver a evaluar la situación más adelante y en su caso modificar esta medida si las circunstancias así lo aconsejasen. No se trata de penalizar a la madre, sino de decidir de manera razonable lo que se considera mejor o más adecuado respecto de la hija en la etapa de vida actual, dada la ruptura de la relación y convivencia entre sus padres, que residen en localidades distanciadas unos 50 km. La distancia entre los respectivos domicilios y la lógica necesidad de desplazamientos en coche u otro medio de transporte para la realización del régimen de visitas de la madre con la hija menor no puede alterar el resultado dicho”.

15. SAP de Toledo, Sección 2ª, núm. 231/2019 de 1 de marzo en su fundamento jurídico primero: “Aun apreciando el concurso de los requisitos para que la custodia compartida pudiera ser establecida, pese a la conflictividad de la relación entre los

progenitores pues el TS ha entendido que no es necesario una relación entre ellos sin fisuras, no podemos olvidar la posición de María Inmaculada, cuyo superior interés debemos proteger. Tampoco podemos hacer recaer la responsabilidad de la decisión sobre el régimen de guarda y custodia en María Inmaculada ni podemos pensar que se adopte sólo en base a lo que manifestó en la exploración pero sí destacamos el hecho de la conflictividad que ha nacido a raíz de la medida por lo que, por el momento, debe ser confirmada la apreciación del juzgador, sin perjuicio de que la normalidad de las relaciones paterno filiales, aconsejen en un futuro, esperemos que cercano, la modificación de este sistema de guarda por el preferido de custodia compartida”.

16. SAP de Badajoz, Sección 3ª, núm. 376/2019 de 26 de febrero en su fundamento jurídico tercero: “Efectivamente, como señala la recurrente y tiene establecido el Tribunal Supremo, la guarda y custodia compartida no exime del pago de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges. En este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016 y 30/2019, de 17 de enero de 2019. Ahora bien, este Tribunal tiene que tomar su decisión con las pruebas que obran en las actuaciones, que no son otras que las que han sido valoradas por la sentencia de instancia, resolución que hace una valoración en su conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica, de la prueba practicada y con la que este Tribunal coincide. Hay que recordar que actualmente el demandado tiene un trabajo a tiempo parcial en una gran superficie comercial por el que recibe un salario de unos 400 euros mensuales. No nos consta otra cosa. Es cierto que hasta el 5 de octubre de 2017 estuvo empleado con un salario neto de entre 1.200 y 1.300 euros, sin que conste acreditado que dejó dicho empleo voluntariamente. Tampoco constan esos gastos poco ordinarios y suntuarios. Se trata de gastos anteriores a la pérdida de su empleo en octubre de 2017. Los extractos bancarios terminan en julio de 2017. Por otro lado, es la propia actora. Por otro lado, es la propia actora, doña Celia , la que señala en su demanda inicial al interesar la guarda y custodia compartida por semanas justificando la petición, "debido a la situación de precariedad económica del padre" (sic). Las ayudas sociales que percibe el demandado, como se acreditó en la documental aportada con la contestación a la demanda y en la vista oral, para la adquisición de ropa y libros de texto de sus hijos, mantenimiento básico de su vivienda (luz, agua y alquiler) por parte del Ayuntamiento de DIRECCION000, acreditan una situación económica nada boyante. En contrario, la recurrente admite unos ingresos mensuales de 450 euros, muy similares a los del padre, por la limpieza en una vivienda.

Pero debemos destacar que la actora tiene una actividad, la limpieza, donde existe un altísimo porcentaje de actividad no declarada. Tan es así que pese a tener supuestamente un único empleo y a tiempo parcial firmó el 20 de septiembre de 2017 un documento con su ex marido para modificar el régimen de visitas entre semana acordado en el auto de medidas provisionales de 31 de julio de 2017, con la finalidad de suprimir las dos visitas intersemanales por las tardes a las que tenía derecho doña Celia porque no las podía efectuar "por motivos laborales. En cualquier caso, en el supuesto de que se modificaran sensiblemente las circunstancias económicas actuales, como ya se indica en la sentencia recurrida, cabe acudir al procedimiento de modificación de medidas". Y en su fundamento jurídico quinto: "No existe una situación de desequilibrio económico como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho tercero. Realizando ese juicio prospectivo, estamos hablando de una persona joven, 34 años de edad cuando la demanda se presenta, con una estabilidad laboral superior a la del otro cónyuge como se colige fácilmente al comparar el historial laboral de los dos progenitores aportado en las actuaciones. La cualificación profesional no nos consta, pero por el tipo de empleos desarrollados, debe ser similar, con una dedicación pasada y presente a la familia también similar. En suma, estamos hablando de situaciones económicas comparables en las que no se puede decir que el divorcio suponga un importante desequilibrio económico para la actora y recurrente, estando en su plenitud laboral, pudiendo continuar su formación si así lo desea".

17. SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 3675/2019 de 28 de febrero en su fundamento jurídico segundo: "En cuanto al reparto del tiempo de la menor considera esta Sala que la organización que hasta este momento se está llevando a cabo es adecuada para la hija común, quien ya se ha habituado a este reparto de su tiempo, sin que conste dato alguno que haga pensar que sería mejor la organización que propone el padre, con la ampliación de dos tardes-noche que la hija no desea, por lo que considera esta Sala que deben introducirse los mínimos cambios necesarios en la vida de la niña, sin perjuicio de acordarse la custodia compartida de la menor, en lo que a la responsabilidad parental supone, lo que no implica necesariamente el reparto al cincuenta por ciento del tiempo de la menor".

18. SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, núm. 705/2019 de 28 de febrero en su fundamento jurídico quinto: "No se duda de las capacidades parentales de ambos progenitores para ocuparse de la menor ni del buen vínculo afectivo de la niña con los

mismos, pero en estos momentos, no se considera conveniente para la niña el establecimiento de la custodia compartida, vista su corta edad, su estabilidad, la mayor disponibilidad de la madre maestra de profesión para atender sus necesidades, solicitando y manteniendo una reducción de jornada, la distancia entre las dos poblaciones de residencia de los progenitores, que aun no siendo excesiva si representa una molestia para la niña, y el complicado horario de trabajo del progenitor paterno, son factores que aconsejan la custodia materna. También, por último, resaltar que la petición paterna de custodia compartida fue realizada, no de forma independiente sino aprovechando la oportunidad de la demanda presentada por la madre”.

19. SAP de Huesca, Sección 1ª, 19/2019 de 27 de febrero en su fundamento jurídico tercero: “Sobre la base de todo lo expuesto, la condena de la Sra. Herminia como autora de un delito de violencia familiar cometido contra su ex marido mediante sentencia del Juzgado de lo penal número 1 de Huesca de fecha 18/12/2017 por hechos ocurridos el 3/4/2016 (folio 160), y confirmada por esta Audiencia Provincial en fecha 9/3/2018 (folio 190), no debe llevar aparejada automáticamente la privación de la guarda y custodia individual o la imposibilidad de reconocer la guarda y custodia compartida, dado que la sentencia penal condenatoria no adopta ninguna decisión en materia guarda y custodia ni de autoridad familiar del menor y los hechos allí enjuiciados no están relacionados con la materia controvertida, sino que se trató de una puntual agresión protagonizada por ella contra él. 4. No olvidamos que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, al referirse a la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, dispone que se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, c) la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Sobre la base de tal precepto, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 (ROJ: STS 188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:188 - Sentencia: 36/2016 - Recurso: 3016/2014) niega la guarda conjunta (artículo 92.7 del Código civil) debido a que el padre fue condenado con posterioridad a la demanda por un delito de violencia de género, concretamente por haber amenazado a su ex mujer con " arrancarle la piel a tiras " si no conseguía la custodia compartida”.

20. SAP de Vitoria, Sección 1ª, núm. 258/2019 de 25 de febrero en su fundamento jurídico cuarto: “Pero, ya en sede de conclusiones, el criterio, que no es acogido por la Juez de instancia, es absolutamente desfavorable a la custodia compartida. La razón

consta al folio 254: La importante implicación de la hija mayor en la conflictiva parental, a quienes pretende proteger con un discurso deliberado, planificado y poco espontáneo. Así, Paloma está siendo especialmente instrumentalizada por su padre, cuya actitud "no es recomendable ni saludable para su desarrollo psico-afectivo". A lo que añade que la opción de custodia compartida ("conciliación") es poco realista, depende totalmente de terceras personas, especialmente de su madre, a su vez cuidadora de otra persona (el abuelo), y que ello resulta perjudicial para el bienestar de las niñas. Termina la perito señalando que la relación inter-parental afectaría en buena medida al éxito de la custodia compartida. Su conclusión es obvia: El régimen adecuado es el de guarda y custodia mono-parental, con un amplio régimen de visitas”.

21. SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 64/2019 de 22 de febrero en su segundo fundamento jurídico: “Expuesto lo anterior, y descendiendo al caso concreto, la Sentencia de instancia desestima la pretensión de custodia compartida en atención "al alto nivel de conflicto existente entre los progenitores, reconocido por ambos, asumido por el menor y patente en el acto de la vista". Razona la resolución apelada que "existe un nivel de conflictividad entre ambos progenitores que ha ido en aumento y que dado el tiempo transcurrido en modo alguno obedece a una situación pasajera y derivada de la inicial crisis matrimonial, por lo que difícilmente se estima superable. Sin perjuicio de que en el momento actual los conflictos se originan por ambas partes indistintamente, no debe obviarse que la prueba practicada revela que no fueron inicialmente generados por la demandada, en aras a evitar cualquier posibilidad de custodia compartida, circunstancia que se puede dar, pero no en este caso, ya que consta acreditado y reconocido por el actor que fue él quien se negó a ratificar el convenio regulador (...); a partir de ese momento se desencadenaron conflictos entre las partes, prácticamente desde el inicio de la vigencia de las medidas, también propiciados por el actor, tal y como el hecho absolutamente incomprensible de acudir a la guardería del menor a horas inadecuadas con exigencias al personal del centro de ver a su hijo, con perturbación de las actividades de los demás niños y trabajadores (doc. 42 de la contestación de la demanda); denuncias a la demandada por incumplimiento del régimen de visitas; desacuerdo sistemático en la realización de actividades extraescolares o en que el menor haga la Comunión en contra de los deseos de éste o llevar al menor a médicos distintos de los que habitualmente le trataban durante la vigencia del matrimonio. Todos estos hechos, acreditados en la causa con prueba documental y no negados por el demandante, evidencian que es el padre quien

ha originado la mayor parte de los conflictos, sin perjuicio de reconocer que la demandada haya podido contribuir a elevar la tensión con ciertas exigencias incomprensibles, como la de requerir al actor justificación de cambios de jornada a efectos de modificar algunas visitas”.

22. SAP de Barcelona, Sección 18ª, 1439/2019 de 21 de febrero en su fundamento jurídico primero: “Como dijo esta misma Sala en sentencia de 16 de abril de 2018 , los criterios establecidos en el art. 233-11 CCCat en aras a determinar el sistema de guarda, en el marco de considerar las cualidades necesarias para el ejercicio adecuado de una coparentalidad responsable, atender a las facilidades o dificultades logísticas y anteponer el interés superior del menor, son los siguientes: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores y también las relaciones con otras personas que conviven en los hogares respectivos. Es importante el vínculo emocional que cada niño establece con sus progenitores y la existencia de apego depende de la atención cotidiana de cada progenitor a las necesidades del niño: cuidados físicos, alimento, confort, afecto y estimulación. Sólo un padre que provee a estas necesidades podrá construir una relación psicológica con el niño. La vinculación afectiva de las hijas, en el momento del cese de la convivencia, era buena y era estable. Dificultades posteriores han tenido consecuencias de manera que se ha producido un cierto alejamiento emocional entre el padre y la hija mayor, Catalina, no tanto con la pequeña, y un distanciamiento derivado de la falta de relación en los últimos meses. b) La aptitud o habilidad de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado de acuerdo con su edad. La capacidad parental y coparental es el segundo parámetro que debe ser objeto de valoración y condiciona la medida relativa a la guarda de los hijos, así como el contenido del régimen de relación”.

23. SAP de Madrid, Sección 24ª núm. 3782/2019 de 21 de febrero en su fundamento jurídico segundo: “Dicho esto, se debe tener en cuenta, que cuando hablamos de establecer un régimen de custodia compartida o mono parental, no es lo mismo si estamos ante el primer procedimiento donde se va a fijar esta medida, que si estamos en un proceso de modificación de medidas. En el primer caso, es más fácil aplicar y valorar las premisas fijadas por el TS, para determinar qué régimen es más beneficioso para el menor, pues estamos ante una nueva situación, generada inevitablemente todo proceso de separación y/o divorcio, que necesariamente conlleva cambios en relación a la situación existente cuando todo la unidad familiar convivía bajo el mismo techo. Es decir, los

progenitores dejan de vivir juntos, pasa a haber dos viviendas, y se debe por tanto fijar los tiempos de convivencia de los hijos con uno los progenitores. En cambio, cuando estamos ante un proceso de modificación de medidas, la decisión que se adopte en el mismo, no debe conllevar siempre un cambio, pues lo que se debe valorar es, si concurren objetivamente esas premisas, pero sobre todo, si se ha producido un cambio sustancial de circunstancias, que aconseje en interés del menor, un cambio de medidas, en este caso del régimen de custodia que esté en vigor hasta ese momento. Por lo tanto, se valorará como ha ido funcionando el régimen de custodia, monoparental como ocurre en este caso o la compartida, y ver qué ventajas y beneficios genera al menor, el cambio solicitado de régimen de custodia”.

24. SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 1398/2019 de 20 de febrero en su fundamento jurídico primero: “Como dijo esta misma Sala en sentencia de 16 de abril de 2018 , los criterios establecidos en el art. 233-11 CCCat en aras a determinar el sistema de guarda, en el marco de considerar las cualidades necesarias para el ejercicio adecuado de una coparentalidad responsable, atender a las facilidades o dificultades logísticas y anteponer el interés superior del menor, son los siguientes: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores y también las relaciones con otras personas que conviven en los hogares respectivos. Es importante el vínculo emocional que cada niño establece con sus progenitores y la existencia de apego depende de la atención cotidiana de cada progenitor a las necesidades del niño: cuidados físicos, alimento, confort, afecto y estimulación. La adecuada provisión de estas necesidades por parte de ambas madres sirve de base para construir una relación psicológica con el niño. b) La aptitud o habilidad de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado de acuerdo con su edad. La capacidad parental y coparental es el segundo parámetro que debe ser objeto de valoración y condiciona la medida relativa a la guarda de los hijos, así como el contenido del régimen de relación. Cuando hablamos de "guarda de los hijos" hemos de integrar sobre todo los aspectos activos, como los que derivan de estar atento a sus necesidades, inquietudes, intereses, preocupaciones; prever la ropa que necesitarán, sus comidas, hacer el seguimiento médico o farmacológico, permanecer en comunicación con la escuela, llevar a cabo el acompañamiento físico y emotivo, entenderlos, motivarlos... Todo un conjunto de actitudes activas que requieren atención, formación y preparación. Se podrá decir que esto no es un inconveniente para que ambos padres pueden hacer este acompañamiento

juntos, pero no se podrá negar que ello exigirá un grado notable de compromiso, respeto, preparación, habilidades, fluidez de las comunicaciones, flexibilidad... La coparentalidad significa una relación colaborativa de los progenitores, cooperativa y alejada del conflicto que permita establecer acuerdos, participar y permitir participar en las decisiones que tengan que ver con la crianza y el desarrollo de los hijos e hijas y requiere respeto, reconocimiento de la importancia del otro progenitor en la crianza, comunicación fluida y eficaz, interacción positiva de los progenitores, apoyo mutuo centrado en la crianza, asunción responsable de la parentalidad, voluntad de acuerdos, fuerte compromiso por la parentalidad y esfuerzo personal para el bienestar de los hijos e hijas. Se trata de evitar al máximo las consecuencias negativas de la separación para los hijos: los sentimientos de culpa, de abandono y rechazo, de frustración, de impotencia e indefensión, de inseguridad, de ansiedad y depresión, conductas regresivas, disruptivas o repetitivas (tics, manías) y los problemas escolares. Se debe evitar no dar explicaciones a los menores, pero hay que darlas adaptadas a su edad, sobre la situación de separación, no sobredimensionar la situación, no provocar conflictos de lealtades, evitar la sobrecarga emocional y de responsabilidades de los niños, la descalificación o el deterioro de la imagen del otro progenitor ante ellos, gestionar bien la eventual ilusión de los hijos sobre la reconciliación, alcanzar la concordancia de los mensajes. c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores. Se refiere a la disposición de cada progenitor a facilitar la relación de los hijos con el otro progenitor que implica dar satisfacción al derecho del menor a relacionarse con los dos progenitores. En la doctrina científica se le ha denominado criterio del "progenitor generoso" y tiene que ver con una coparentalidad responsable. d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles alimentos. Este criterio de continuidad, que se considera preventivo, deriva de la consideración de que los cambios son generalmente fuente de estrés. e) La opinión expresada por los hijos que aunque no sea vinculante, es fuente de información importante. f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. g) La situación de los domicilios de los progenitores y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores. Se refiere a las facilidades logísticas (proximidad de domicilios, compatibilidad de horarios, no excesiva delegación de los cuidados en terceros, especialmente si el otro progenitor puede ayudar, viabilidad de los ritmos que

suponen para los menores, etc.). Los pequeños actos cotidianos, de difícil tratamiento jurídico, marcan el bienestar y el progresivo desarrollo de la personalidad de los hijos”.

25. SAP de San Sebastián, Sección 2ª, núm. 234/2019 de 18 de febrero en su fundamento jurídico segundo: “A la vista de los puntos de discusión y argumentos de cada parte surge la duda, con el mayor respeto a las partes, acerca de si discuten en realidad la custodia de la hija o se trata de defender / recuperar la vivienda familiar, propiedad del padre, que es además quien atiende la hipoteca. Lo que nos lleva a reiterar pese al sistema establecido, como se impone que junto a la separación o divorcio se proceda de manera simultánea a la liquidación de los bienes gananciales en su caso, en aras a eliminar de manera definitiva los lazos existentes entre los cónyuges, fruto de eternas discusiones como la experiencia acredita, quedando solamente los hijos, en cuyo caso y como última pregunta se pedirá indiquen quien de ambos quiere la custodia de los mismos, no existiendo entonces dudas acerca de la sinceridad de la petición que formulen. Dicho esto también resulta comprensible como siendo el padre propietario de la casa, y atendiendo él solo la hipoteca, ve como es la madre quien disfruta de la misma al tener la custodia de su hija. Aspecto a unir a la ya eterna discusión / dilema de difícil solución, acerca de bien trabajar a jornada completa necesitando la ayuda de terceros para atender a los hijos, o reducir la jornada laboral para poder cuidarlos, lo que acarrea menores ingresos, minoración también relativa en ocasiones, dado que si bien los abuelos lo hacen en ocasiones de mil amores al tercero hay que pagarle con lo que el mayor ingreso también se resiente. A esto hay que sumar que por muy sincero que sea el interés del padre para vivir con su hija, en nuestro supuesto su trabajo le supone un gran inconveniente por sus desplazamientos, con lo que efectivamente sería su madre, abuela paterna de la niña, quien se encargaría en realidad de su cuidado. Nadie pone en duda la doctrina emanada de las resoluciones de nuestro T.S. en orden a entender la custodia compartida como la solución quizás más ideal dado ser los hijos tanto de la madre como del padre, pero sin que ello implique dejar de lado las concretas circunstancias que caracterizan cada caso, como aquí ocurre ahora. Y si bien con lo expuesto cabe reconocer que la hija estará mejor en orden a la mayor regularidad con su madre, con todos los contactos factibles con su padre, ello puede suponer y hay que corregirlo, que se prolongue hasta el "infinito" el uso y disfrute de la vivienda por la madre dado cuidar de la hija, ya que supondría para el padre abonar la pensión, abonar la cuota de hipoteca y no poder además disponer de su propio piso, por más que pueda vivir de momento con su madre, convivencia que se puede

complicar / alterar a nada que cualquiera de los dos encuentre una nueva pareja. Con lo que resulta asumible que la madre disponga de la guarda de su hija, que ambas disfruten de la casa, teniendo como límite hasta que la hija cumpla los 18 años, abonando el padre en concepto de pensión la suma de 200 euros junto a 100 euros la madre. Los gastos extraordinarios en la proporción de 60% / 40 %, previo acuerdo o resolución judicial. En relación al artículo 12 de la Ley 7/2005, de 30 de junio , dado ser el padre el propietario de la vivienda y estar esta atribuida a su hija y madre, procede señalar que tendrá que atender ésta los gastos propios del inmueble, comunidad, gas, agua, luz, etc. durante los años de uso y disfrute”.

26. SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 618/2019 de 13 de febrero en su fundamento jurídico tercero: “En la sentencia de divorcio, cuando se establece la guarda y custodia exclusiva en favor de la madre (Fundamento Jurídico Segundo), ya se indica que "... de continuar dándose circunstancias semejantes, y una vez más definido el horario del actor, así como el niño haya alcanzado una edad de al menos los tres años, puedan entonces darse las circunstancias más idóneas para una custodia compartida". Pues bien, a través de la prueba practicada en las presentes actuaciones se llega a la conclusión de que procede desestimar el recurso interpuesto ya que entendemos la prueba correctamente valorada en la instancia, y por tanto lejos de toda irracionalidad o falta de lógica”.. Y en su fundamento jurídico cuarto: “Por otro lado, el padre ha acreditado debidamente su capacidad económica para hacerse cargo de su hijo (percibe una pensión por invalidez de 1.374 euros mes en 14 pagas) y, además, trabaja como autónomo en una cooperativa de transporte conduciendo su propio camión y siendo él mismo quien puede regularse sus horarios de trabajo, por lo que también se cumple el segundo de los requisitos de la sentencia de divorcio (estabilidad y definición de los horarios laborales), concurriendo, por tanto, el apartado e) del art. 80.2 del CDFA”.

27. SAP de Pontevedra, Sección 3ª, núm. 182/2019 de 11 de febrero en su fundamento jurídico segundo: “Recorre en apelación la madre para impugnar el régimen de custodia compartida por no proceder ni ser el más aconsejable para el menor, lo que desarrolla en una serie de alegaciones. Niega el recurso el requisito básico de la alteración sustancial dada la existencia de acuerdos anteriores. Sin embargo la sentencia anterior se remonta al año 2009, lo que en este caso supone mucho tiempo porque entonces el hijo era prácticamente un bebe (nació el NUM000 de 2008) con la mayor proximidad a la madre, y ahora es un niño de diez años que no solo puede tener una relación plena con el

padre, sino que además ha de potenciarse como explica el Juez a quo. Es cierto que existe un acuerdo posterior en el año 2011, pero su contenido es muy puntual, con el propósito de mejorar la organización de las visitas entonces en vigor. Su finalidad es positiva para los dos padres, pero no puede interpretarse como una renuncia por parte del padre a la custodia compartida. En aquella fecha decidieron mantener la custodia por la madre, pero sin vinculación para fechas posteriores, como son en este caso a partir de los diez años del hijo Jesús Manuel”.

28. SAP de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 606/2019 de 11 de febrero en su fundamento jurídico quinto: “De la exploración practicada se deduce que aunque el menor indica su preferencia por el sistema anterior, no se vislumbra de su solicitud una clara justificación, más bien se deduce de sus manifestaciones que se encuentra muy a gusto con sus progenitores y sus respectivos entornos, encontrándose en consecuencia, adaptado y feliz con su actual situación, su deseo (11 años) no tiene porqué coincidir con su interés y en este caso parece que la custodia compartida está siendo beneficiosa para el menor, funcionando de manera correcta y sin problemas, por lo que procede mantener el régimen de estancias semanales, aconsejado en el informe psicológico, así como el resto de medidas, teniendo en cuenta los ingresos de ambos progenitores tal como refleja el Juzgador de instancia en la Sentencia apelada, por lo expuesto procede desestimar el recurso confirmando la Sentencia apelada”.

29. SAP de San Sebastián, Sección 2ª, núm. 23672019 de 8 de febrero en su primer fundamento jurídico: “Respecto al régimen de guarda y custodia señala que conforme a la prueba practicada en ambos procedimientos el tipo de custodia que corresponde acordarse " en interés del menor" Inocencio , es sin dudo ninguna la custodia exclusiva materna , refiere en tal sentido que ella ha sido siempre quien desde el nacimiento del hijo de la pareja ha sido su cuidadora inmediata implicándose totalmente en su rol parental ; que el Sr. Adriano sin implicarse en su rol parental con el menor continuaba con su vida normal y sin sacrificar su bienestar personal ,ni económico. delegaba responsabilidades parentales en terceros ; que así lo reconoció y recogió expresamente la propia Juzgador a de Instancia en su auto de medidas provisionales (Fundamento de Derecho tercero) y también lo reconoce y recoge igualmente en la Sentencia objeto de recurso; que D. Adriano al contrario que Dña. Débora carece de la debida disponibilidad horaria para poder ejercer las funciones y responsabilidades propias de custodia del menor ; que entre los progenitores no existe la debida comunicación para tratar las cuestiones concerniente

a su hijo Inocencio ,y ello como consecuencia de la falta de voluntad del Sr. Adriano en mantener un dialogo normalizado con la Sra. Débora; que el hijo de la pareja Inocencio tiene tan solo 4 años de edad recién cumplidos ; que existe una especial vinculación del menor con la figura materna ; que todas y cada uno de las circunstancias de referencia avalan y amparan el establecimiento a día de hoy de la custodia exclusiva materna en interés de Inocencio”.

30. SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 1173/2019 de 7 de febrero en su fundamento jurídico segundo: “El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles alimentos. Este criterio de continuidad que se considera preventivo deriva de la consideración de que los cambios son generalmente fuente de estrés. El interés del menor exige que la medida que se adopte ocasione al niño el menor perjuicio y que los cambios le afecten lo mínimo posible. Para preservar la estabilidad tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento”.

31. SAP de Santiago de Compostela, Sección 6ª, núm. 117/2019 de 25 de enero en su fundamento jurídico segundo: “También se ha sostenido que además de los criterios derivados de la opinión del menor y de la preservación de su identidad religiosa, en los casos en que aún no se haya formado esta, la solución más adecuada es la formación en los valores de ambos progenitores, excluyendo, sin embargo, la adscripción efectiva de los menores a una confesión religiosa hasta que alcancen suficiente madurez para tomar esa decisión por sí mismos, puesto que impediría la posibilidad de una formación plural que respete el derecho de ambos progenitores a educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, es decir, a guiarlos en el ejercicio de su libertad religiosa hasta que puedan ejercitarlo plenamente. No compartimos esta tesis. La no profesión de una religión también es una manifestación de libertad religiosa. No es una decisión neutra. Es una decisión mediante la que se ejercita el derecho a la libertad religiosa en la misma medida e intensidad, con similares consecuencias en cuanto a la formación, que cuando se decide profesar una religión. Por otra parte, la adscripción formal a una religión no excluye la posibilidad de una formación plural, puesto que no excluye el derecho de cada uno de los progenitores de educar a los hijos según sus respectivas convicciones, que

pueden ser distintas y aun opuestas y compartir un espacio en la formación del menor si se hace con el debido respeto a las convicciones del otro progenitor. Ni siquiera se determina con esa adscripción a una religión, en éste caso a la católica mediante el rito o sacramento del bautismo, que tiene distinta relevancia para quien profesa la religión y para quien no lo hace, el modo en que el titular de la patria potestad que postula la adscripción a la religión vaya a cumplir las obligaciones religiosas que para un católico se derivan de ese acto, rito o sacramento, cuyo carácter social y cultural tampoco debe ser omitido”.

32. SAP de Zamora, Sección 1ª, núm. 127/2018 de 16 de marzo en su fundamento jurídico tercero: “Y la STS de 29 de Abril de 2013 (RJ 2013, 3269) dispone que "Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185) , ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil (LEG 1889, 27) , según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio (RCL 2005, 1471) , de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor”.

33. SAP de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 1161/2018 de 19 de julio en su fundamento jurídico segundo: “La práctica actual de la audición al menor está encaminada, en definitiva, a evitar el automatismo de la regulación anterior, y se impone al juez la obligación de velar por que se cumpla y garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida que les pueda afectar. Se establece que esa audición no es obligatoria en los supuestos de mutuo acuerdo, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor el que puede invocar y acreditar esa necesidad y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición. En efecto, la doctrina mayoritaria ha concluido que la obligatoria audiencia, sin excepciones (en todo caso), del menor mayor

de 12 años, o de inferior edad pero con suficiente juicio, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, era en la mayoría de los casos, aparte de una diligencia de prueba innecesaria por existir acuerdo de los progenitores y debe presumirse que ambos actúan en interés de los hijos comunes, contraproducente y perjudicial para el menor, al que se obligaba a acudir al juzgado para oír su opinión sobre cuestiones decididas por sus padres de mutuo acuerdo, ocasionándole una indebida implicación o inmersión en la ruptura convivencial de sus padres y, a veces, incluso, un conflicto de lealtades al trasladarse al menor la percepción de haber sido su voluntad el factor relevante para la decisión adoptada sobre el mismo”.

34. SAP de Málaga, Sección 6ª, núm. 3317/2015 de 14 de julio en su fundamento jurídico segundo: “No es verdad la alegación de la recurrente de que el menor haya manifestado al perito judicial su deseo y voluntad de residir en compañía de la madre, porque de la lectura de la pericial en cuestión lo único que cabe concluir es que el niño ha expresado su deseo de vivir en compañía de su padre, con el que está plenamente integrado, si bien desea pasar en compañía de la madre mayor cantidad del tiempo, lo que ha motivado que el juzgador a quo, atendiendo a esta voluntad y deseo del menor, hay ampliado el régimen de visitas madre e hijo, pero ese deseo del menor no implica que haya de procederse al cambio de custodia, porque lo que el menor ha expresado es simplemente permanecer mayor tiempo en compañía de la madre, pero no deseo de vivir en compañía de ella fuera del hábitat paterno, es decir, de la localidad y centro escolar que ha constituido el centro de su vida, y en el que desea permanecer, estando, por demás, plenamente integrado (...) En definitiva, las pruebas practicadas no permiten concluir que las circunstancias actuales de los progenitores y del menor hijo común sean sustancialmente distintas a las que concurrían al tiempo del divorcio, cuando ambos progenitores, de común acuerdo y con el refrendo judicial, pactaron atribuir al padre la custodia del hijo común, o que las existentes al tiempo en que se dictaron las Sentencias recaídas en el proceso de modificación de medidas promovido por D. ^a Salome , en idéntica pretensión modificativa que la que ha constituido el objeto del procedimiento que ahora nos ocupa, al margen del cambio de residencia de la madre a otra localidad y de tener trabajo estable, lo que por sí solo no autoriza la modificación pretendida, pues ello es decisión voluntaria de la actora e insuficiente para acceder al cambio de custodia pretendido en ausencia de toda otra alteración, olvidando la recurrente, en sus alegatos de apelación, que en el procedimiento que nos ocupa no se trataba de establecer ex novo una

medida de custodia del menor hijo común, sino de resolver si, por concurrir o no alteraciones sustanciales en las circunstancias concurrentes, podía accederse o no a la pretensión modificativa que se articulaba en la demanda, y, en este sentido, ni se han probado esas alteraciones sustanciales, ni que el interés del menor, de prioritaria tutela, exija un cambio en su custodia, que ha venido siendo ejercida por el padre desde el año 2009 de forma satisfactoria para el menor, que se encuentra plenamente adaptado a la dinámica social, familiar y escolar en que el niño ha venido desarrollándose”.

35. SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 982/2015 de 5 de mayo en su fundamento jurídico segundo: “Los progenitores del menor residen en distintos municipios- Zalla y Barrika- que distan unos 50 km., aproximadamente y, lo que es más importante, el menor Domingo 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 periodos 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, en torno a las siete de la mañana, y emplearía un tiempo importante en transporte sin necesidad, problema que no puede solventar el padre trasladando al menor en su propio vehículo hasta el centro escolar pues la hora de entrada del menor coincide con el horario del padre, que es profesor de enseñanza media. Y el problema de la distancia se plantearía igualmente para la asistencia del menor a otro tipo con otro tipo de actividades”.

36. SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 3507/2015 de 27 de marzo en su fundamento jurídico primero: “Examinados los antecedentes del caso y la prueba practicada, la Sala comparte la valoración y conclusión alcanzada en la sentencia apelada. Consta que el matrimonio se divorció en 2010 y que acordaron una guarda compartida por semanas en relación al hijo común Marcel nacido el 2-9-2006, es decir que desde los cuatro años el hijo estuvo conviviendo de una manera equitativa con su padre y con su madre. La madre decide trasladarse a vivir a Vilareal (Castellón) y plantea demanda de Medidas cautelares solicitando la guarda. Por Auto de 14-11-2012 se deniega la petición materna y se atribuye la guarda al padre. Atendiendo a los criterios establecidos en el art. 233-11 del CCCat entendemos que la modalidad de guarda acordada es la que mejor se ajusta al interés y necesidades del hijo menor o la que le causa menor perjuicio. El cambio de residencia de la madre obliga a cambiar la modalidad de guarda compartida que se había acordado y que venía rigiendo y comporta necesariamente una pérdida para el

menor en cuanto a tiempo de convivencia con uno u otro progenitor según cual sea la modalidad de guarda materna o paterna que se adopte. Ya se ha señalado por la Sala que en estos casos las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores son de difícil resolución, pues si bien y en el plano legal la decisión que se adopte se ha de ajustar al interés del menor (art. 211-6 CCCat y 5 LDOIA), cuando el cambio implica, como en el caso de autos, el traslado del menor a otra población, conlleva necesariamente la restricción de la relación o convivencia con el otro progenitor. El conflicto de intereses es claro, de una parte el derecho del progenitor que realiza el traslado que solicita seguir viviendo con el menor, el derecho del otro progenitor a seguir viviendo o manteniendo la relación con su hijo y participar en su formación y el derecho del menor a mantener la convivencia y la relación con ambos progenitores. Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades del hijo quede menos comprometida”.

37. SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 5755/2014 de 21 de mayo en su fundamento jurídico segundo: “Se alza el actor contra la sentencia de 1ª Instancia que ha mantenido el reparto del tiempo de las menores, cuya guarda y custodia comparten ambos progenitores desde la fecha de la sentencia de esta Sala de fecha 27-7-2010, de forma que están con el padre los martes y jueves con pernocta y los lunes y miércoles con la madre. Considera el padre que es más beneficioso para las niñas el intercambio semanal. Apoya su petición en la prueba pericial aportada y obrante al folio 339 de las actuaciones, consistente en informe del psicólogo Sr. José Ignacio que así lo aconseja. Dicho informe si bien no ha sido ratificado, coincide con el criterio de la psicología especializada que ha puesto de relieve la importancia de que los menores tengan de una forma clara, preorganizada, constante y estable los días que deben pasar con cada uno de sus progenitores pues de otra forma se pueden desorientar y además, es importante para su formación que sigan unas pautas constantes en los hábitos que les fomenten cada uno de sus progenitores, sin cambios diarios de lugar de dormir. En el momento en que así se acordó por sentencia de divorcio, no se había acreditado que tal organización familiar fuera perjudicial para las menores y estaban habituadas al cambio cada día de las tardes intersemanales, pero ahora sí parece contraproducente para el necesario equilibrio de las niñas. Así lo reconoce también la Sra. Isabel cuando en su interrogatorio en el acto de la Vista reconoce la incomodidad que para las menores representa realizar tantos traslados. Por todo ello, el recurso planteado debe estimarse en cuanto a este pronunciamiento de la

sentencia, repartiéndose por tanto, el tiempo de las hijas comunes por semanas alternas, de lunes a lunes, entre ambos progenitores”.

38. SAP de Albacete, Sección 1ª, núm. 548/2014 de 27 de marzo en su fundamento jurídico cuarto: “La Sala considera que en este momento no es adecuado establecer dicho régimen esencialmente por la distancia de los domicilios de los padres. En la actualidad los niños viven y estudian en Albacete, en un colegio muy cerca de su domicilio, mientras que el Sr. Luis Francisco reside en Pozohondo, localidad sita a 40 km. de Albacete, y creemos que someter a unos niños tan pequeños a un recorrido diario de 80 km. en semanas alternas para acudir a su colegio no es lo mejor, ni mucho menos la única forma de proteger adecuadamente sus intereses”.

39. SAP de Valencia, Sección 10ª, núm. 1157/2014 de 6 de marzo en su fundamento jurídico tercero: “A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre no solo por el contundente informe del gabinete sino asimismo, por las razones fundamentadas expuestas por la Sra. Juez de instancia en su acertado y pormenorizado fundamento donde da cumplida explicación del porqué no se estima beneficioso acordar una custodia compartida; en efecto: si bien, en principio, ambos están capacitados para la custodia, no lo es menos que concurren circunstancias que desaconsejan una custodia compartida en el caso de autos, dada la distancia entre ambos domicilios, nada menos que 47'5 kilómetros, a todas luces más que suficiente para desaconsejarla, pues, no obstante las comprensibles alegaciones de la parte recurrente acerca del tiempo que se emplea en el transporte escolar así como las grandes distancias en otras capitales, lo que debe atenderse es al caso concreto de autos; a la real posibilidad que la menor tiene de estar en su entorno sin largos viajes constantes cuando viva con el padre, pues no solamente es la gran distancia que existe, y que será gravosa para la menor cuando desde el domicilio paterno tenga que desplazarse temprano al colegio, sino, asimismo, que de esta forma queda desdibujado para la menor su entorno que, quiérase o no, está formado por sus compañeros y compañeras de colegio que obviamente viven en su entorno de Paterna, lo que si ya ahora, con su corta edad, no es beneficioso, mucho menos lo será a medida que vaya creciendo”.

40. SAP de Alicante, Sección 9ª, núm. 2135/2013 de 27 de mayo en su fundamento jurídico primero: “Los padres residen en diferente población, una en Torrevieja y el otro en San Miguel de Salinas, pero ciertamente ambas poblaciones se

encuentran a unos 13 km, con un tiempo de desplazamiento de unos 15 minutos aproximadamente. Cuando existen ciudades, como Madrid o Barcelona, donde el traslado entre viviendas de los padres o hasta el colegio, puede fácilmente superar dicho tiempo de desplazamiento. Sin embargo, a juicio del tribunal, esto es un factor en cierta manera distorsionador en el régimen de vida de los menores, y no exactamente 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. Los menores están especialmente arraigados en Torrevieja, donde desarrollan diferentes actividades extraescolares”.

41. SAP de Alicante, Sección 9ª, núm. 1031/2009 de 24 de abril en su fundamento jurídico segundo: “Por lo que se refiere a los gastos, cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de la hija cuando la tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia”.

42. SAP de León, Sección 2ª, núm. 137/2009 de 25 de febrero en su fundamento jurídico segundo: “De ahí que, ante la falta de acuerdo de ambos litigantes, este Tribunal, aún con sus defectos, prefiere el sistema en su día establecido y que pasa porque sea la madre la que, con la cantidad que le abona su exmarido y la proporcional que ella ha de aportar, atienda a los gastos ordinarios de sus hijos y que, dada la edad de éstos, las cantidades barajadas y el régimen de custodia establecido, serán la inmensa mayoría de los que los niños tengan o puedan tener en un futuro próximo. Pareciendo razonable que ambos padres así se lo expliquen a sus hijos y que su padre se limite a alimentarlos, en el sentido estricto de la palabra, mientras se encuentren con él”.

43. SAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 1005/2008 de 26 de junio en su fundamento jurídico primero: “De lo anterior se desprende que la custodia compartida ha supuesto para los menores, habida cuenta de encontrarse el domicilio del padre y de la madre sitios en diferentes poblaciones, una cierta distorsión en lo que deberían ser sus hábitos rutinarios en actividades tales como el juego con amigos o sus relaciones sociales, actividades éstas que cobran mayor importancia al tratarse de menores de edad con una personalidad en proceso de formación. El conjunto de tales circunstancias así como el criterio preferente de no separar a los hermanos conduce a reputar como solución más adecuada la de confiar la guarda y custodia de ambos menores a la madre”.

44. SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 138/2007 de 9 de marzo en su fundamento jurídico cuarto: “Es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la 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”.

45. SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 1/2007 de 20 de febrero en su fundamento jurídico tercero: “Expuesto lo anterior, será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la 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. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) 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, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de

ninguno de los progenitores; g) 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; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”.

46. SAP de Baleares, Sección 5ª, núm. 906/2005 de 29 de junio en su fundamento jurídico cuarto: “Se tiene en consideración y valora por la Sala, el deseo expresado por José Daniel, el mayor de los menores, en su exploración por la Sala, de convivir de forma equilibrada en el tiempo, tanto con uno como con el otro progenitor, pero siempre sin ser separado de su hermano menor Jon. (...) Pues bien, aplicando tales parámetros entiende la Sala que lo más acertado, en el presente caso, es la atribución de la guarda y custodia compartida de los dos menores José Daniel y Jon tanto a su padre Juan Carlos, como a su madre Daniela, de ejercicio no simultáneo sino alternado, y ambos seguirán siendo titulares la patria potestad, sin perjuicio del ejercicio por el custodio en la toma de decisiones meramente ordinarias”.

47. SAP de Barcelona, Sección 12ª, núm. 7577/2004 de 9 de junio en su fundamento jurídico tercero: Ante todo, el caso de autos presenta la problemática del valor que se ha de dar al deseo del hijo de vivir con el padre. El recurrente habla de un efecto inmediato de descompensación psicológica de Luis María, por el hecho de haber ido a vivir desde Agosto de 2002 al país Vasco, con su madre y hermana Nuria. La apelada expresa que los deseos del hijo están mediatizados por la influencia del padre y su oferta económica hacia el hijo, pero sostiene que el Sr. Adolfo es peor educador que la madre, y que la elección del hijo carece de verdadero fundamento, y es perjudicial para su formación e intereses. Desde diversos puntos de vista, los progenitores apoyan sus pretensiones en el principio "favor filii", con proyección en la libertad de elección (tesis del padre), o en el principio de valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que todavía no tiene formado el criterio de discernimiento (tesis de la madre)”. Así como en el fundamento jurídico quinto: “Finalmente hay otros factores que llevan a confirmar también la sentencia apelada. Por un lado el factor de la convivencia fraterna, de no ser bueno separar a los hermanos (art.

92 C.C .máxime si se encuentran en las edades de la pubertad. En esa fase de sus vidas lo corriente es que existan rivalidades, y más, si se trata de hermanos de diferentes sexos. Tal fenómeno, sin embargo, avoca a la superación y progresiva reafirmación de vínculos fraternos, siempre que incida una correcta labor educadora y no quiebre la convivencia entre los hermanos. Por otro lado, el mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos, ha sido completado con una extraordinaria concesión de régimen de visitas, adecuada a la realidad del padre, pues se concede nueve días seguidos al mes (que es cuando el Sr. Adolfo reside en la localidad donde viven los hijos) situación que sin ser propiamente una guarda y custodia compartida - que en general produce más inconvenientes que ventajas - , sin embargo en el presente caso da respuesta efectiva a los deseos del menor, y, en cierta medida, a las aspiraciones del padre. Por tales razones, se ha de confirmar los pronunciamientos de la sentencia apelada”.

48. SAP de Albacete, Sección 1ª, núm. 1135/2003 de 2 de diciembre en su segundo fundamento jurídico: “La sentencia ha de confirmarse por sus propios fundamentos, pues en ella se tuvo en cuenta, para resolver que fuera la madre quien entregara la niña en las visitas, que dicha madre ahora apelante se marchó del pueblo en el que residía a la provincia de Almería, en el ejercicio de su derecho a fijar libremente su domicilio (que nadie discute y que no puede dar lugar a una discriminación en su contra), por lo que, como consecuencia de la distancia entre el domicilio de los padres, hizo precisa una modificación de las medidas hasta entonces vigentes, en consecuencia para beneficiar a la menor y evitar su desarraigo del lugar de origen se modificó el régimen de visitas anteriormente establecido en la separación conyugal, con un menor número de visitas, ya que la distancia es mayor y con la obligación de la madre, que es la que cambio de domicilio a su hija, de reintegrarla para que tenga lugar el derecho de visita”.

49. SAP de Almería, Sección 1ª, núm. 629/1999 de 14 de junio en su fundamento jurídico tercero: “El que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del artículo 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna, y por tanto la ilegalidad del acuerdo si no estuviera fundado en otra causa diferente que supusiera un perjuicio para la educación y cuidado de las menores”.

Juzgados de Primera Instancia

1. Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Sabadell núm. 13/2014 de 21 de julio en su parte dispositiva: "La forma de ejercicio de la custodia compartida será la siguiente: El padre recogerá al menor durante la semana lectiva en el domicilio familiar todos los días a las 8:45 horas, debiendo retornarlo a las 15:30 horas en dicho domicilio. Los fines de semana alternos, tendrá al menor sábados y domingos alternos de 9:30 a 19:30 horas. Los festivos laborales se distribuirán, con idéntico horario, de manera alterna".