



universidad
de león



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

LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

(Guardianship and joint custody in the Spanish Legal System)

Realizado por la alumna D^a. Inés Támara Santiago.

Tutorizado por el Profesor D. Germán Bercovitz Álvarez.

ÍNDICE

I. MARCO TEÓRICO INTRODUCTORIO.....	7
1. Patria potestad:.....	7
2. Guardia y custodia: concepto, tipos y principios.	9
a) Concepto:	9
b) Tipos:	10
c) Principios generales de la guardia y custodia:.....	11
II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN.	17
III. GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA.	22
1. Modalidades de guardia y custodia compartida.	25
2. Establecimiento de la guardia y custodia compartida.	26
a) Custodia compartida consensuada o con acuerdo entre las partes:	26
b) Custodia compartida sin acuerdo entre las partes:	28
c) Modificación del régimen vigente de guardia y custodia:	29
d) Supuestos en los que no procede la custodia compartida:	31
IV. LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SUS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES.	32
1. Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar:.....	33
2. Custodia compartida y pensión de alimentos:	35
V. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA RELATIVA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	38
1. Aragón:	38
2. Cataluña:	40
3. Navarra:	41
4. Valencia:	42
5. País Vasco:.....	42
VI. CONCLUSIONES.	43
VII. BIBLIOGRAFÍA.	45
VIII. ANEXOS.	48
-Anexo I. La mediación familiar.	48
-Anexo II. Síndrome de alienación parental.	49
-Anexo III. Datos estadísticos.	50

RESUMEN

En este trabajo presentamos un estudio general sobre la legislación y evolución de la custodia compartida en España, cuya introducción en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar con las reformas del Código Civil llevadas a cabo por la Ley 15/2005.

Pretendemos hacer referencia a temas relevantes en los cuales la custodia compartida despliega sus efectos, contrastando la regulación estatal con las diversas normativas autonómicas. Asimismo, mencionaremos diversas sentencias, entre las cuales destacamos las del Tribunal Supremo, que han ayudado a realizar una interpretación de este modelo de custodia y a resolver los problemas que plantea en la *praxis* judicial.

Palabras clave: custodia compartida, custodia exclusiva, responsabilidad parental, interés del menor, comunidades autónomas, progenitores.

ABSTRACT

In this work we present a general survey about the legislation and evolution of the joint custody in Spain, whose introduction in our legal system took place within Civil Code reforms made by the Act 15/2005.

We intend to make reference to relevant topics in which joint custody deploys its effects, contrasting the state regulation with the diverse autonomic normatives. Also, we mention diverse sentences, among which we highlight the Supreme Court's ones, which have helped to make an interpretation of this joint custody model and solve the problems which poses in the judicial praxis.

Keywords: joint custody, exclusive custody, parental responsibility, welfare, autonomic communities, progenitors.

OBJETO DEL TRABAJO

Tras el cese y la ruptura de una pareja, los ex-miembros de la misma se ven obligados a enfrentarse a una toma de decisiones fundamentales, como consecuencia de la nueva situación en la que se encuentran, para poder continuar con sus respectivas vidas. En el caso de aquellas parejas en las que no hay menores, la situación se vuelve relativamente sencilla, puesto que los problemas que puedan surgir serán de índole patrimonial o económico (liquidación de posibles regímenes de gananciales, atribución de la vivienda, pensiones compensatorias...). Sin embargo, en aquellos casos en los que existan menores, la separación de sus progenitores hará necesario determinar un régimen de estancia con uno u ambos, es decir, un modelo de guardia y custodia.

Desde la introducción expresa de la guardia y custodia compartida en nuestra legislación, han sido numerosos los debates surgidos sobre la conveniencia y aplicación de este modelo en la práctica. De ahí que nuestro Tribunal Supremo se haya pronunciado en diversas ocasiones sobre este sistema, abogando por la preferencia del mismo con el fin de evitar que sea considerado como un modelo de carácter excepcional. Esto es así puesto que se considera que la custodia compartida es la que permite una mayor gestión emocional para los menores y la que tiene más en cuenta el principio del interés del menor, porque permite una relación equitativa con ambos progenitores.

La elaboración de este trabajo pretende, dentro de los límites del mismo, poder formar un criterio sobre la figura de la custodia compartida para poder compararla con la custodia monoparental y comprobar la procedencia de un modelo u otro, debido, y a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta materia, a los problemas que sigue generando en la práctica y a la cantidad de opiniones dispares que hay sobre la figura en concreto.

METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo hemos procedido a la lectura de diversos artículos de revistas, algunos de ellos pertenecientes a letrados, fiscales y magistrados que han querido plasmar sus conclusiones y estudios, cuyos orígenes provienen de encuentros de dichos profesionales expertos en la materia.

Igualmente, se ha procedido a la lectura de apartados concretos de libros pertenecientes a las Universidades de León y Salamanca, puesto que se han empleado las bases de datos de ambas universidades.

Asimismo, hemos consultado otros trabajos, entre los que están incluidos trabajos de fin de grado, un trabajo de fin de máster y tesis doctorales cuyas temáticas son las mismas que la de este trabajo.

Comenzaremos realizando un análisis del contenido de la patria potestad, centrándonos en su función de la guardia y custodia. Llevaremos a cabo una diferenciación escueta de la misma, es decir, entre la custodia compartida y la exclusiva, analizando la evolución de aquella a lo largo del s. XX y los principios que la han regido. Desarrollaremos en términos generales su regulación, sus ámbitos de aplicación y sus diferencias territoriales en aquellas Comunidades Autónomas que regulan esta figura. Por último, y como añadido del trabajo, le dedicaremos unas líneas a la mediación familiar y al síndrome de alienación parental, concluyendo con una tabla que nos indica las custodias compartidas otorgadas en España en los últimos años.

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CCCat: Código Civil Catalán.

CE: Constitución Española.

Ed: Editorial.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

MF: Ministerio Fiscal

Nº: Número.

P: Página.

PP: Páginas.

SAP: Sentencia de la audiencia provincial.

SAP*: Síndrome de alienación parental.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

I. MARCO TEÓRICO INTRODUCTORIO.

1. Patria potestad:

Antes de comenzar a analizar la guardia y custodia compartida, debemos partir del análisis de la patria potestad y poner en relación ambos conceptos. Nuestro Código Civil regula estas dos instituciones de forma separada, quedando enmarcada la patria potestad en el Capítulo I del Título VII del Libro I, bajo la rúbrica de “De las relaciones paterno-filiales”.

La patria potestad puede ser definida como el conjunto de derechos y deberes que, tanto dentro del ámbito personal como patrimonial, son otorgados a los padres para que sean ejercidos siempre en beneficio de los hijos y así poder prestarles la asistencia que precisen, debido a la posición que aquellos ocupan en la vida de estos. Se trata de una institución irrenunciable e intransmisible.

El art. 154 CC establece que la patria potestad deberá ser ejercida en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y respetando sus derechos, así como sus integridades física y mental, comprendiendo aquellas las funciones de **velar por ellos y tenerlos en su compañía**, alimentarlos, educarlos, administrar sus bienes, representarlos y procurarles una formación integral. Además, si estos tuviesen la suficiente madurez deberán ser oídos antes de adoptar cualquier decisión referente a ellos. El presente artículo se refiere a la patria potestad como responsabilidad parental¹, término que, según autores como PINTO ANDRADE consideran que parece especificar de una forma más clara y concisa el conjunto de facultades que ostentan los progenitores y que deben de poner a disposición de los hijos menores de edad y de aquellos cuya capacidad ha sido judicialmente modificada².

¹ La Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modificó, a través de su artículo segundo, la redacción del art. 154 CC (entre otros).

² PINTO ANDRADE, Cristóbal. *La custodia compartida*. 1ª ed. Bosch. Barcelona, 2009, p. 35. “El término patria potestad no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociado y evoca la idea de poder y pertenencia al páter familias, siendo aconsejable denominar a la institución como: responsabilidad parental”.

El Reglamento (Consejo Europeo) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, emplea también dicho término.

Los sujetos intervinientes dentro de las relaciones relativas a la responsabilidad parental son, por un lado, los menores de edad no emancipados, con independencia de cuál sea su filiación y, excepcionalmente, los hijos mayores de edad incapacitados, como personas sometidas a aquella. Por otro lado, el ejercicio de la misma corresponde, de forma conjunta, a ambos progenitores, con independencia de que exista o no matrimonio entre ellos, puesto que la filiación produce su nacimiento *ex lege*, sin perjuicio de que en determinadas situaciones sea ejercida por uno solo de ellos de forma excepcional³, como por ejemplo: cuando se realizan determinados actos por uno de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, cuando se trate de actos realizados por uno de ellos de acuerdo con el uso social y las circunstancias, en situaciones de urgente necesidad, por desacuerdo de los padres debiendo acudir al juez para que este otorgue consentimiento a cualquiera de los dos para realizar actos, cuando solo haya sido determinada la filiación a favor de uno de los progenitores o cuando uno de ellos haya fallecido, cuando nos encontremos ante uno de los supuestos del art. 111 CC⁴, cuando los padres vivan separados y la patria potestad sea ejercida por aquel con quien los hijos convivan.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión de que la patria potestad es un término más amplio y genérico, que integra una serie de funciones entre las que se encuentra el deber de “velar por los hijos y tenerlos en su compañía” correspondiéndose el mismo con la guardia y custodia.

Las situaciones de convivencia y relación normal de los progenitores no suponen ningún problema en la práctica, puesto que patria potestad y guardia y custodia se ejercerán de forma conjunta y simultánea por ambos padres; sin embargo, en las situaciones de divorcio, separación y nulidad, la responsabilidad parental corresponderá a ambos -salvo en los casos de privación de la misma-, pudiendo quedar la guardia y custodia atribuida a uno solo de ellos, es decir, monoparental o distribuida y, por lo

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de familia*. 4ª ed. Bercal, Madrid, 2015, p 250.

⁴ Según el art. 111 del Código Civil “*Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

- *Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.*

- *Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.”*

tanto, ejercida por ambos mediante la alternancia de determinados periodos de tiempo, estableciendo un régimen de visitas en ambas situaciones para el progenitor no guardador.

2. Guardia y custodia: concepto, tipos y principios.

Una vez que hemos establecido las diferencias entre la responsabilidad parental -patria potestad- y la guardia y custodia, procederemos a analizar la función de la guardia y custodia.

a) Concepto:

Nuestro derecho sustantivo no ofrece un concepto legal de lo que es la guardia y custodia, teniendo que llegar a identificarla el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de octubre de 1983: *“que por expresa disposición del art. 154 del C. C., (...) la Patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia”*⁵.

Las palabras que componen la institución de guardia y custodia resultan bastante similares, pudiendo llegar a confundirlas con sinónimos la una de la otra, sin embargo, las diversas acepciones de ambas denotan una diferencia entre las mismas. La palabra "guarda" hace referencia a la protección o cuidado de una cosa o una persona. Por su parte, la palabra "custodiar" significa guardar con cuidado y vigilancia. Así pues, a pesar de sus semejanzas, resulta posible comprobar que la segunda supone un mayor nivel de protección que la primera y, por esa razón, al ir juntas vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzada, puesto que ha de ser cuidadosa y diligente. Por lo tanto, la guardia y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor no emancipado o un incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de este o estos. Solo resultarán afectados por la guardia y custodia los hijos comunes que sean menores de edad no emancipados o mayores de edad incapacitados⁶.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de octubre de 1983 (Aranzadi RJ 1983/5333).

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guardia y custodia de los hijos” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2001, nº 15. enero-diciembre, pp. 282, 289-290.

b) Tipos:

Existen varias opciones de reparto de la guardia y custodia:

- Guardia y custodia individual, exclusiva o unilateral: en este modelo la patria potestad es ejercida por ambos progenitores, **atribuyéndose la guardia y custodia del menor a uno solo de ellos**, estableciendo en favor del no guardador un régimen de comunicación y visitas.
- Guardia y custodia compartida: “es aquel sistema familiar que, posteriormente a la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, **permite a ambos progenitores** participar activa e igualitariamente en el cuidado y atención personal de sus hijos, mediante una equitativa distribución de las funciones y de las responsabilidades parentales”⁷.
- Guardia y custodia ejercida por un tercero: viene recogida en el art. 103.1 CC cuyo contenido dispone que *“excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”*. Pero como se ha explicado en el apartado anterior, la patria potestad no es transmisible a terceros que no sean los padres, por lo que la guardia ejercida por terceras personas diferentes a ellos ya no sería una guardia y custodia en sentido estricto⁸.
- Guardia distribuida de los hijos o guardia partida: es una modalidad atípica y excepcional, puesto que el CC pretende que no se produzca la separación de los hermanos. Tiene lugar en aquellas situaciones en las que, existiendo varios hijos, se atribuye el cuidado de alguno/s a un progenitor y del resto al otro, debiendo justificar las razones por las que se opta por este modelo. Una resolución que recoge este supuesto fue la SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997, que atribuía la custodia de las hijas a la madre y del hijo al padre, sin perjuicio de

⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. “Aspectos personales y patrimoniales del divorcio: custodia compartida y liquidación del régimen económico matrimonial” en *Encuentro de jueces de familia sobre guardia y custodia compartida* de Cuadernos Digitales de Formación, 2014, nº 8, p. 6.

Art. 92.5 CC *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...”*

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Op. cit.*, p. 288.

que se mantuviera una relación frecuente entre los mismos a través del régimen de visitas⁹.

c) Principios generales de la guardia y custodia:

Para poder comprender mejor el funcionamiento de la guardia y custodia, haremos un pequeño esbozo de los principios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de establecer cualquier modalidad de la misma:

i. Interés superior del menor: también llamado principio del *favor filii* o *favor minoris*, ha sido regulado por diferentes textos legales, tanto nacionales como supranacionales, debiendo de aplicarse en todas aquellas situaciones en las que resultan afectados o intervienen menores de edad. Es el principal a tener en cuenta.

El primer texto legal que recogió este principio fue la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y poco a poco se ha ido incorporando a los ordenamientos jurídicos modernos, adecuando sus normas al mismo. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989, viene a ser el instrumento principal en esta materia. Así pues, su art. 3.1 dispone que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. “Este artículo sirve de criterio general para la interpretación de cualquier otro de la Convención, en concreto del art. 9.3 referente a la separación entre el padre y la madre, y el 18.1 referido a las responsabilidades de ambos, y como tal es un principio mediador de resolución de conflictos entre derechos diferentes”¹⁰. La Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reiteran la consideración primordial que ha de tener el interés superior del menor en todos aquellos actos concernientes al mismo.

Dentro de la legislación española debemos hacer referencia en primer lugar al art. 39.2 de la CE: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres,*

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) de 29 de diciembre de 1997 (Aranzadi AC 1997/2556).

¹⁰ GOIRIENA LEKUE, Agurtzane. “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género” en *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2005, nº 16, p. 53.

cualquiera que sea su estado civil”. Del mismo modo, el apartado 3 del presente artículo dispone que los padres deben prestar la asistencia que sus hijos precisen durante su minoría de edad y en todos los casos que la ley determine. Así pues, partiendo de la base constitucional, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, establece en su art. 2 que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

Sin embargo, a pesar de la gran regulación que hay sobre este principio, aún no hemos dado una definición del mismo. La tarea de otorgar un contenido a la definición del interés superior del niño resulta ser bastante enrevesada para la doctrina, ya que nos encontramos ante lo que en derecho se conoce como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general y no se le puede dotar de una interpretación y contenido inmutable, sino que ha de ser un concepto flexible¹¹. Es decir, nos encontramos ante un principio susceptible de múltiples interpretaciones, de entre las cuales, algunas le dotarán de un contenido más o menos amplio.

Según la magistrada del Alto Tribunal ROCA TRÍAS “el elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad”¹².

Un término utilizado por la doctrina anglosajona y que aporta una idea bastante exacta del principio del *favor filii* es el de “*welfare*”, que fue aportado por el juez Hardy Boys en el caso *Walter v. Walter and Harrison* (1981), que tuvo lugar en Nueva Zelanda: *“welfare es una palabra omnicomprendiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar*

¹¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio Siglo XXI*. 2012 Vol. 30. nº 2, p. 92.

¹² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *Op.cit.*, p. 93.

agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño”¹³.

ii. Audiencia del menor: ya dentro del articulado referente a la responsabilidad parental, el art. 154 CC establece que los menores deberán ser oídos si tuviesen suficiente juicio. En la misma línea, el art. 92.6 CC establece que el juez, antes de acordar el régimen de guardia y custodia deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio, siempre que se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, de las partes, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, debiendo ser un derecho que el propio juez velará porque sea cumplido (art.92.2 CC).

Dichos artículos hay que ponerlos en relación con el art. 9 de la anteriormente mencionada LO 1/1996, que recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado, sin ningún tipo de discriminación y poniendo a disposición del mismo cuanta información necesite, garantizando que, cuando el menor ostente la madurez suficiente, ejercerá este derecho bien por sí mismo o bien a través de sus representantes legales. Los menores habrán de ser examinados por expertos para determinar su nivel de madurez, entendiéndose que han adquirido el mismo a partir de los doce años de edad.

Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil también recoge la audiencia del menor, diferenciando entre los procesos matrimoniales contenciosos o de mutuo acuerdo. En estos últimos, el art. 777.5 LEC que establece *“si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”*. Por otro lado, en los procesos contenciosos, la redacción del art. 770.4 LEC dispone que *“si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”*.

¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 122.

La diferencia que establecen los presentes artículos en relación a la audiencia del menor radica en que, en ambos procedimientos se escuchará a los menores cuando se estime necesario, pero solo en los contenciosos será obligatoria la audiencia del menor mayor de doce años.

La audiencia del menor es tratada como un derecho, no como un deber, que le permite ser escuchado, dándole la oportunidad de expresar ante el juez su opinión y propia voluntad. La voluntad del menor debe tenerse en cuenta por ser cauce de expresión del interés al que debe ceñirse el juez para asignar su cuidado. La violación del derecho de audiencia del menor en el procedimiento judicial, correspondiéndole legalmente tal derecho, constituye para el TC una violación del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴.

A modo de ejemplo jurisprudencial de la violación del derecho de la audiencia del menor citamos la STC de 6 de junio de 2005, que resolvió un recurso de amparo interpuesto por un padre al que se le retiró en la apelación la guardia y custodia que tenía atribuida, otorgándose a la madre esa segunda instancia, sin haber sido exploradas las menores por la Sala¹⁵.

iii. No separación de los hermanos o unidad familiar: este principio se desprende del art. 92.5 CC, que establece que el juez, al adoptar una decisión referente a la custodia, deberá procurar no separar a los hermanos.

Se trata, como bien puede comprobarse de su tenor literal al utilizar la expresión “deberá procurar”, de una recomendación y no de un mandato al que debe ceñirse el juez. Es decir, se trata de una norma de carácter permisivo y no de aplicación genérica o automática, ya que se estima que este principio puede ceder en ciertos casos de extraordinaria excepción, siempre que el interés superior del menor lo aconseje, debiendo ser debidamente motivada y razonada en la sentencia la no aplicación de dicho principio¹⁶.

En esta línea, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 30 de junio de 2010 acordó la separación de los hermanos, atribuyendo la custodia del hijo al padre quedando la hija

¹⁴ PÉREZ CONESA, Carmen. *La custodia compartida*. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 31-33.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª) del 6 de junio de 2005 (Aranzadi RTC 2005/152).

¹⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia Compartida de los Hijos*. 1ª ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 176-180.

bajo la custodia de la madre, debido a que el niño, tras la separación, tenía conductas inadecuadas de hiperactividad, rechazo a la madre y agresividad que hacían necesaria su salida del entorno materno¹⁷.

iv. Corresponsabilidad parental: este principio ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales, tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1984, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989 y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

A él se hace referencia en la exposición de motivos 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. El rasgo característico del principio de corresponsabilidad parental resulta ser el reparto paritario y equitativo de derechos y deberes de los progenitores, lo que incluye no solo una participación igualitaria de ambos en la toma de decisiones de carácter trascendental, sino también en aquellas decisiones habituales y diarias.

La plena efectividad de este principio tiene lugar cuando ambos padres conviven juntos con sus hijos, de ahí que en la regulación de la reforma del 2005 latiera la idea de fomentar la corresponsabilidad parental tras la crisis de la pareja, sin perjuicio de su subordinación al interés del menor, debiendo ceder en algunos casos al mismo, al tratarse de un principio de segundo grado¹⁸. Es decir, el legislador pretende hacer ver a ambos progenitores que su responsabilidad para con sus hijos continúa a pesar de la separación o el divorcio y que la nueva situación les exige hasta un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la responsabilidad parental.

Han de ser los padres los que deben decidir si la guardia y custodia va a ser ejercida por ambos o por uno solo de ellos, determinando la relación del hijo con el progenitor

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 30 de junio de 2010 (Aranzadi JUR 2010/319906).

¹⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal. *Op.cit*, p. 57.

que no conviva con él y *“procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”* teniendo siempre en cuenta el interés del menor.

v. Principio de coparentalidad: este principio puede ser definido como el derecho de los menores a mantener una relación estable y fluida con sus progenitores, como antes de que se produjese la separación de los mismos. A este principio se refiere el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el cual expresa que *“Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

Así pues, la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2005 explica que en la regulación anterior de la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, justificaba que, como consecuencia de la “culpabilidad” de uno de los cónyuges éste quedase alejado de la prole, puesto que en muchos casos permitía el impedimento de que, tras la separación o el divorcio, los hijos continuasen teniendo una relación fluida con ambos progenitores y siendo, consecuentemente, los hijos los que sufrían un perjuicio innecesario que podía evitarse.

Por lo que la exposición determina que *“cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”*.

vi. Igualdad entre los progenitores: a la igualdad jurídica entre hombre y mujer también se refiere la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2005. Habla de hombre y mujer, puesto que a pesar de la existencia de parejas del mismo sexo, es en aquellas cuyos componentes pertenecen a diferentes géneros donde se producen las desigualdades por razón de la pertenencia a uno u otro.

Entre los impulsores de esta reforma, se encuentran varias asociaciones de padres varones separados y divorciados cuyo objetivo es obtener un reforzamiento de su figura, así como del rol que desempeña en la educación y formación de sus hijos que la que hasta entonces tenían tras la crisis de la pareja. La presente ley se ocupa de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guardia y custodia de los hijos menores e incapacitados, consiguiendo de este modo una mejor

realización de su beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban, tal y como se ha explicado en el principio de corresponsabilidad parental, que esta continúa existiendo a pesar de la nueva situación¹⁹. Pretende borrar de la figura de la mujer su unión al cuidado unilateral de los hijos, siendo el ideal de esta ley que la implicación tanto de la madre como del padre en la vida y cuidados de sus hijos sea lo más igualitaria posible dentro de las circunstancias de cada caso.

vii. Universalidad: supone que los regímenes de guardia y custodia pueden ser adoptados independientemente del tipo de filiación que haya entre los progenitores y los hijos, ya sea matrimonial o no, natural o adoptiva.

II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN.

El marco histórico-legal en el que se ha ido desarrollando la guardia y custodia ha estado vinculado, como factores principales, a los roles que han desarrollado los progenitores durante las últimas décadas y a las circunstancias sociales del momento, debiendo distinguir tres periodos de tiempo diferentes: antes de 1981, el intervalo entre la reforma de 1981 y 2005 y a partir de 2005:

A. Primera etapa: las primeras referencias legales relativas al cuidado de los hijos las encontramos en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, que establecía conforme a su art. 88, la preferencia del cuidado de los hijos e hijas por parte de la madre hasta los tres años, salvo que la sentencia dispusiese otra cosa. A partir de esa edad los hijos quedaban bajo el cuidado del progenitor con el que coincidían en el sexo biológico en caso de que ambos hubiesen procedido de buena fe; bajo la potestad del cónyuge inocente si solo lo fuese uno o bajo la autoridad de un tutor y curador si ambos

¹⁹ ROCHA ESPINDOLA, Martín. *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia Español: Principios informadores*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2013, p. 173.

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

cónyuges eran “culpables”. De este modo, mientras viviese el cónyuge “inocente”, el culpable quedaba privado de los derechos y de la patria potestad de sus hijos, recobrándolos solo en el caso de la muerte de aquel.

Con la publicación del Código Civil en 1889 que reguló por primera vez el divorcio, que no producía la disolución del matrimonio, sino la suspensión de la vida en común de ambos cónyuges, se seguía manteniendo el mismo criterio de atribución de la descendencia que el de la ley de 1870.

Fue en la época de la II República (1931-1936) cuando se instauró por primera vez el divorcio como causa de disolución del matrimonio por la Ley del Divorcio del 2 de marzo de 1932. Respecto a los efectos que producía el divorcio relativos a los hijos, el art. 17 de la citada Ley republicana establecía que los hijos quedaban a cargo del cónyuge inocente y si ambos eran culpables o no lo era ninguno, el juez debía de decidir en la sentencia a cargo de cuál de los dos se quedaban o si era necesario proveerlos de un tutor, sin perjuicio de que la madre en todo caso y salvo que se hubiese dispuesto lo contrario, debiera tener a su cargo a los menores de cinco años.

Tras el breve lapso de tiempo de duración de la II República y terminada ya la Guerra Civil, se derogó el divorcio como causa de disolución del matrimonio por la Ley del 23 de septiembre de 1939, otorgando la Ley de 24 de abril de 1958 una nueva redacción a los arts. 70 y 73 del CC. El art. 70, que regulaba la nulidad matrimonial, establecía que los hijos e hijas menores de siete años quedaban al cuidado de la madre hasta esa edad, entrando en juego a partir de ese momento la “buena o mala fe” de los cónyuges. Si había habido buena fe por parte de ambos, los hijos quedaban al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre y, en caso de que la buena fe solo fuera de uno de los cónyuges, quedaban al cuidado de este todos los hijos e hijas. Si ambos eran culpables, el juez podía proveer de tutor a los menores. En los casos de separación, la redacción del art. 73 establecía las mismas consecuencias que en la nulidad cuando la mala fe era de ambos cónyuges o cuando solo uno era inocente. En este último caso, cuando se producía el fallecimiento del cónyuge de buena fe, el otro recobraba la patria potestad siempre que la causa de separación no afectase a la formación moral de los hijos, puesto que, en caso contrario, quedaban bajo el amparo de un tutor, todo ello sin olvidar que

los menores de siete años quedaban, salvo que se hubiese dispuesto otra cosa, bajo el cuidado de la madre²⁰.

B. Segunda etapa: con la llegada de la democracia y tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, tienen lugar importantes reformas del Código Civil relativas al derecho de familia llevadas a cabo por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Esta ley introdujo nuevamente el divorcio como causa de disolución del matrimonio, regulando sus efectos, así como los de la separación y nulidad matrimonial, con el fin de adaptar el Código a los principios rectores de la CE.

Las nuevas redacciones dadas a los arts. 90, 91 y 92 CC permitían que la guardia y custodia de los menores pudiera acordarse por los cónyuges en el convenio regulador o judicialmente a falta de dicho acuerdo o no aprobación del mismo. De igual forma, el juez también podía decidir en la sentencia si la patria potestad sería ejercida por uno o ambos padres e incluso decretar su privación si fuera necesario²¹.

Como resulta posible comprobar de la redacción del apartado A) del art. 90, el legislador del 81 hacía referencia a un solo tipo de custodia, la monoparental, puesto que decretaba que el convenio regulador debía de contener *“la persona a cuyo*

²⁰ PINTO, Cristóbal. *Evolución histórica de los criterios para atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)*.

<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>. Visto por última vez 6 de abril de 2019.

²¹ - Art. 90 CC: *“El convenio regulador... deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:*

A) *La determinación de la persona a cuyo **cuidado** hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos...*

Los acuerdos de los cónyuges... serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

- Art. 91 del CC: *“...El Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará... las medidas... en relación con los hijos, ...”*

- Art. 92 del CC: *“...Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas **en beneficio de ellos** ...*

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges...”

*cuidado*²² *hayan de quedar los hijos sujetos a patria potestad*". No hacía ninguna referencia a la custodia compartida, pero tampoco excluía su establecimiento. Esto suscitó discusiones doctrinales acerca de la legalidad y/o procedencia de la misma, considerándose inaceptable por algunos autores, mientras que otros mostraban una postura positiva hacia esta figura estimándola legitimada en la genérica remisión que hacía el art. 92 al beneficio de los menores.

Hacemos referencia, siguiendo esta última línea y pesar de que no se había incluido de forma expresa la guardia y custodia compartida en el CC, a una sentencia del TC dictada en 2001 que consideró fundada en derecho una sentencia de la AP de Valencia de 1997, que al resolver el recurso de apelación estableció la custodia compartida del menor sin que esta cuestión hubiese sido planteada por los progenitores, ya que la custodia había sido entregada a la madre en la primera instancia, decisión que no se impugnó en la apelación por ninguno de los padres. El recurso de amparo aducía la lesión de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por incongruencia de la SAP recurrida, no concediendo por el TC el amparo solicitado, quien entendió dadas las circunstancias del caso "razonada, motivada y fundada en derecho" la sentencia de la audiencia²³.

Otra solución que empleaban con frecuencia los tribunales, era otorgar la custodia a uno de los progenitores y un amplísimo régimen de visitas en favor del no custodio.

C. Tercera etapa: como consecuencia de esta falta de concreción sobre la posibilidad o no de establecer en la *praxis* judicial la custodia compartida, se promulgó en el año 2005 la Ley 15/2005 de 8 de julio, impulsada principalmente, como se ha mencionado en apartados anteriores, por colectivos de padres varones afectados. De entre todas las reformas que introdujo la presente ley -como la posibilidad de llevar a cabo un "divorcio exprés"²⁴-, una de ellas se centró en alterar la redacción del art. 92 CC, para así terminar con la ambigüedad de la custodia compartida.

²² El legislador del 81 empleaba el término cuidado para referirse a lo que hoy en día conocemos como guardia y custodia.

²³ SEISDEDOS MUIÑO, Ana. "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica" en *Justicia en tiempos de crisis* de Cuadernos Digitales de Formación, 2016, nº 53, p. 6.

²⁴ El conocido como divorcio exprés permite la posibilidad de acudir a un procedimiento de divorcio sin haber pasado previamente por un periodo de separación, bien sea de hecho o judicial y sin alegar causa justificativa de la disolución del vínculo matrimonial.

La tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005 resultó ser bastante farragosa, siendo el epicentro del debate si era necesario o no acuerdo de los padres para establecer este modelo de custodia, puesto que el Proyecto dejaba claro que la misma podía ser adoptada por acuerdo de los padres, bien en el convenio regulador o bien alcanzado durante el procedimiento, pero no despejaba la incógnita sobre el funcionamiento de dicha medida sin el mencionado acuerdo. Fueron varias las enmiendas propuestas por los distintos grupos parlamentarios del Congreso relativas a este aspecto y fue la Comisión de Justicia la que puso fin al debate, quedando el texto del Proyecto que posteriormente pasaría al Senado de la siguiente forma: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

Como última modificación acaecida en el art. 92, mencionamos la declaración como inconstitucional del término “favorable” del informe del Ministerio Fiscal del apartado 8 por la STC de 17 de octubre de 2012²⁵. Esta sentencia basaba la declaración de la inconstitucionalidad en que la necesidad de que el informe fuera favorable producía la violación del art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva, del art. 39 CE que vela por la protección integral de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación y del art. 117.3 CE que establece que la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde a los jueces y tribunales. Esto se debe a que si el informe resultase ser desfavorable, impediría al juez decantarse por la guarda y custodia compartida solicitada por una de las partes, aun cuando él mismo la estimase la mejor solución.

El último texto relativo a la custodia compartida fue el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013, cuya tramitación nunca prosperó debido a las incidencias parlamentarias. Este texto pretendía modificar el CC y la LEC para terminar con el carácter de excepcional de la custodia compartida.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 17 de octubre de 2012 (Aranzadi RTC 2012/185).

III. GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Como hemos explicado anteriormente, la guardia y custodia es aquella función de la responsabilidad parental llevada a cabo por los progenitores y consistente en velar por los hijos y tenerlos en su compañía, que en el caso de ser compartida o alterna otorgará a ambos los mismos derechos y deberes sobre el desarrollo y cuidado de los menores en condiciones de igualdad²⁶.

Nuestro Código Civil no recoge una definición sobre esta modalidad de guardia y custodia. La única definición legal de custodia compartida se encontraba en el art. 3 de la Ley Valenciana 5/2011 del 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven: *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*. No obstante, esta ley fue declarada inconstitucional siendo el núcleo de la argumentación del TC la carencia competencial de la Generalitat Valenciana para legislar sobre materias específicas de Derecho Civil.

La característica que define a este modelo de custodia es que la misma es ejercida por **ambos progenitores**, de ahí que el término de guardia y custodia compartida sea el que goza de una mayor aceptación, “pues evita el sentimiento de exclusión, frustración y derrota que comporta la custodia exclusiva para uno de los progenitores. Sin embargo, es una expresión inexacta e incorrecta, pues se puede compartir la responsabilidad, pero no la custodia; si los padres viven separados, la custodia se ejerce por uno u otro, pero no la comparten porque no pueden ejercerla simultáneamente, por lo que sería más correcto hablar de custodia alterna o sucesiva”²⁷. Por otro lado y atendiendo a la definición dada por la Ley Valenciana, resultaba posible realizar una crítica a la misma, ya que, como explicaremos más adelante, no resulta necesario que la distribución de los periodos de tiempo con cada uno de los progenitores sea igualitaria para que sea posible la existencia de la custodia compartida

²⁶ ZUÑIGA, Ángeles. “La custodia compartida” en *Escritura pública*. 2012, nº 78, p. 64.

²⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. *Op. cit.*, p. 6.

A pesar de la introducción expresa de la custodia compartida en el Código Civil como consecuencia de la reforma que llevó a cabo la Ley 15/2005, fue a partir de la STS de 29 de abril de 2013²⁸, cuando se produjo un incremento de su aplicación en la práctica judicial, ya que señaló que la redacción del art. 92 CC *“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”*. Años más tarde, el Alto Tribunal volvió a reseñar con más rotundidad que nunca, el carácter de “normal y deseable” de la custodia compartida en su Sentencia de 29 de marzo 2016²⁹, en la que hizo una llamada de atención a la AP de Madrid por no otorgar la guardia y custodia compartida en la sentencia recurrida, que había sido solicitada por el padre, poniendo en peligro la seguridad jurídica.

La mencionada STS de 29 de abril de 2013 sienta como doctrina jurisprudencial una serie de criterios -que ya habían sido mencionados anteriormente por la STS de 8 de octubre de 2009³⁰- que han de ser valorados por el juez a la hora de establecer la

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) del 29 de abril de 2013 (Aranzadi RJ 2013/3269).

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 29 de marzo de 2016 (Aranzadi RJ 2016/995).

Según el TS *“La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre guardia y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guardia exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”*.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009 (Aranzadi RJ 2009/4606): *“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... 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*

custodia conjunta, tanto si es adoptada por el convenio regulador o por el juez a falta de acuerdo: 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.

Merece la pena realizar un pequeño inciso sobre la doctrina y jurisprudencia relativa a la relación personal que mantienen los padres entre sí después de la ruptura, ya que es un criterio más a tener en cuenta por el juez para establecer el tipo de custodia y una de las cuestiones que más controversias genera en la práctica. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/2006 del 7 de marzo estableció que *“ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común”*. Desde ese momento, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta cuestión. En su sentencia del 22 de junio de 2011³¹ estableció que *“las relaciones entre los cónyuges no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guardia y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, al interés del menor”*. En los años posteriores, el mismo Tribunal ha vertido pronunciamientos contradictorios sobre el asunto, puesto que en la STS de 30 de octubre del 2014³², consideró inviable otorgar la custodia compartida, debido a la situación de conflictividad existente entre los progenitores, concluyendo que *“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 de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*.

adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 22 de julio de 2011 (Aranzadi RJ 2011/5676).

El pronunciamiento de esta sentencia sobre las relaciones entre los padres fue reiterado posteriormente por el Tribunal en posteriores sentencias.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 30 de octubre de 2014 (Aranzadi RJ 2014/5268).

Sin embargo, en la STS de 16 de febrero del 2015³³, el Alto Tribunal retornó a sus razonamientos anteriores estimando “comprensibles” las divergencias entre los padres, justificando que las mismas no impiden la adopción de la custodia compartida. Así mismo, esta sentencia indica que *“para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en el orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo...”*. Por último, nuestro Tribunal recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad y disposición de mantener un diálogo en aquellas decisiones que atañen al menor para no perjudicar su interés.

1. Modalidades de guardia y custodia compartida.

Dentro de la guardia y custodia compartida hay diferentes modalidades de la misma, así como distintos criterios temporales de distribución, puesto que las circunstancias de cada núcleo familiar son múltiples y permiten realizar una gran diversidad de combinaciones, no existiendo por tanto un modelo estándar de este sistema. Los tipos más utilizados en la práctica judicial son:

- **Custodia compartida simultánea.** Este supuesto tiene lugar cuando los progenitores, a pesar de la ruptura de la relación, continúan viviendo en el mismo domicilio junto con los hijos, lo que les permite ejercer la custodia conjunta y simultánea. Es el supuesto menos habitual en la práctica.
- **Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio o de “tipo nido”.** Son los hijos los que permanecen en el domicilio familiar, mientras que los progenitores alternan su estancia en el mismo para convivir con ellos y así ejercer la custodia. Esta modalidad, pese a ser la más beneficiosa para los niños, puede suscitar problemas a la hora de abandonar el domicilio familiar por los padres o que uno de ellos acuda al mismo acompañado de una tercera persona en caso de que se den nuevas relaciones sentimentales. Además resulta ser una situación que no pueden permitirse todas las familias, puesto que supone un esfuerzo económico mayor debido a que los padres han de mantener, además del domicilio familiar, sus respectivas residencias. No obstante, para los menores

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 (Aranzadi RJ 2015/553).

resulta ser el modelo ideal, ya que no cambian de entorno y ámbito vital propio³⁴.

- **Custodia compartida con cambio de residencia para los hijos.** Aquí son los hijos los que van rotando del domicilio de un progenitor a otro en función de quien de los dos ejerce la guardia y custodia. Que los hijos vayan rotando para estar con ambos progenitores no quiere decir que el tiempo que pasen con ellos deba de ser el mismo, puesto que puede ser una custodia compartida con cambio de residencia para los hijos con distribución del tiempo igualitaria (50% de estancia con ambos) o con distribución del tiempo desigual (lo más habitual es que sea un 60% con un progenitor y un 40% con otro). Existen una gran diversidad de criterios para reparto del tiempo de convivencia con los progenitores: alternancia horaria dentro del mismo día, diaria o de dos días, semanal, quincenal, mensual, trimestral o anual. Esta modalidad es la más extendida en la práctica y ha dado lugar al término conocido como “niños maleta”, debido a los desplazamientos que han de realizar los menores.

2. Establecimiento de la guardia y custodia compartida.

Al haber introducido la Ley 15/2005 la custodia compartida, tal y como podemos deducir de la redacción del art. 92 CC, la misma puede ser adoptada o bien por acuerdo de los progenitores, o bien por el juez a instancia de una de la partes, es decir, sin acuerdo entre los progenitores.

a) Custodia compartida consensuada o con acuerdo entre las partes:

A ella se refiere el apartado 5 del art. 92 CC, que dispone que los progenitores, tras la ruptura de la relación, pueden establecer el régimen de custodia compartida de los hijos sometidos a su patria potestad en el convenio regulador o por acuerdo alcanzado durante el procedimiento.

Es decir, en aquellos procedimientos consensuales *ab initio*, iniciados de común acuerdo por ambos padres o por uno con el consentimiento del otro, se puede solicitar la guardia y custodia conjunta acordada en la propuesta del convenio regulador.

³⁴ HERNANDO RAMOS, Susana. “Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal” en *Encuentro de jueces de familia sobre guardia y custodia compartida* de Cuadernos Digitales de Formación, 2014, nº 8, pp. 29-30.

Asimismo, el art. 770.5º LEC³⁵ permite la posibilidad de que en cualquier momento de un procedimiento que se inició como contencioso -es decir no iniciado de común acuerdo por las partes o en el que ambas no están de acuerdo con el contenido del convenio regulador- las partes acuerden, de forma conjunta, la custodia compartida.

Sin embargo, a pesar de estas dos opciones existentes para acordar la custodia compartida de forma consensuada, no podemos realizar una interpretación literal y estricta del apartado 5 del art. 92 CC. Este precepto hace uso de la expresión “*se acordará*”, dando a entender que la custodia compartida ha de ser adoptada de forma insoslayable por el juez cuando sea pretendida por los progenitores en el convenio regulador o cuando así lo acuerden durante el transcurso procedimental. Sin embargo, la concesión de este régimen no es automática y pese al carácter imperativo que pueda inferirse de la regulación del Código, el juez no está obligado a la aprobación del convenio regulador o del acuerdo al que lleguen las partes sobre este punto si no lo considera apropiado para el interés del menor, debiendo realizar una valoración de las circunstancias de cada caso concreto³⁶. De este modo, el juez debe fundamentar su decisión, adoptando las medidas necesarias para el cumplimiento del régimen adoptado, procurando no separar a los hermanos (art. 92. 5 CC *in fine*).

Los apartados 6 y 9 del art. 92 hacen referencia al conjunto de garantías que el juez debe llevar a cabo antes de acordar la custodia compartida -o cualquier tipo de custodia- entre las que se encuentran: 1) recabar informe del Ministerio Fiscal³⁷, sin necesidad de que sea favorable; 2) oír a los menores que tengan suficiente juicio **si lo estima conveniente**, siendo este carácter facultativo que se deduce, según JOAQUÍN IVARS RUIZ, una contradicción de lo establecido en el art. 154 CC, cuyo contenido dispone que los hijos que tuviesen suficiente juicio, antes de adoptar decisiones que les afecten,

³⁵ Art. 770.5º LEC: “*En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo*”.

El art. 777 LEC regula el procedimiento de mutuo acuerdo de separación, divorcio y anulación del matrimonio.

³⁶ PÉREZ CONESA, Carmen. *Op.cit*, p. 27.

³⁷ El art. 3.7 EOMF establece que al Ministerio Fiscal le corresponde intervenir en los procesos civiles que puedan afectar a personas menores de edad.

deberán ser oídos siempre³⁸; 3) recabar, de un modo potestativo, dictamen de especialistas que permita explorar a los menores mediante análisis psicológicos, siendo esta una prueba que no debe confundirse con la audiencia de los menores y que no resulta vinculante para el juez y 4) valorar las alegaciones vertidas por las partes, las pruebas practicadas y la relación que los padres mantienen entre sí, además de con sus hijos.

b) Custodia compartida sin acuerdo entre las partes:

El art. 92.8 CC establece que: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”*

Con este apartado, nuestro Código pretende apartar a los menores de la crisis de pareja, que solo debe concernir a los miembros de la misma, y permitir que pueda adoptarse la custodia conjunta cuando el juez lo estime conveniente para el desarrollo integral de los hijos. El establecimiento de la custodia compartida por la vía de este artículo se encuentra supeditado a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Solicitud de una de las partes: el establecimiento de la custodia compartida queda sujeto a la solicitud de la misma por uno de los progenitores, que en la mayoría de los casos confluirá con la petición de la custodia exclusiva de la otra parte.

El artículo no prevé la posibilidad de que esta custodia sea otorgada por el juez cuando ninguna de las partes la pida, lo que supone un inconveniente cuando se plantea el interrogante de cómo proceder en un caso en el que ambas partes piden la custodia para sí, dándose a su vez todos los requisitos y condiciones que aconsejan la custodia compartida, puesto que el apartado 8 del art. 92 CC limita la discrecionalidad del juez cuando considere que lo conveniente para proteger el interés del menor es la custodia alternada. Además, se plantea una contradicción con lo dispuesto en el art. 90.2 CC que afirma que los acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Debe recordarse a su vez que, tanto el TS

³⁸ IVARS RUIZ, Joaquín. *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p 103.

como el TC “han considerado que en los procedimientos matrimoniales el principio dispositivo se atenúa a favor de una mayor discrecionalidad judicial, en aras de los superiores intereses que han de protegerse en este ámbito”³⁹. Sin embargo, otros autores como PÉREZ CONESA consideran que esa redacción no sirve a modo de distinción del apartado 5, sino que al requerirse la petición de una de las partes se introduce una alusión al principio dispositivo necesario para adoptar este sistema, no pudiendo atribuirse de oficio por la autoridad judicial⁴⁰.

Esta problemática dio lugar a que posteriormente se quisiera introducir la opción del establecimiento de la custodia compartida de oficio en la redacción del artículo, tarea que pretendía llevar a cabo el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio.

- Informe del Ministerio Fiscal.
- Fundamentación: el juez deberá fundamentar que la adopción de la custodia compartida para el caso de que uno de los progenitores la quiera y el otro no, es la forma más beneficiosa de proteger el interés de los menores. Esta manifestación expresa de la necesidad de fundamentación resulta innecesaria, puesto que todas las resoluciones judiciales llevan aparejada su motivación.
- Por último, es importante recordar que en esta modalidad también son de aplicación los requisitos de los apartados 6 y 9 del art. 92 relativos a la audiencia de los menores cuando se estime necesario, la valoración de las alegaciones vertidas por las partes en la comparecencia y la prueba practicada en ella, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, así como recabar, cuando se estime oportuno, dictamen de especialistas.

c) Modificación del régimen vigente de guardia y custodia:

Tal y como expresan los arts. 90.3, 91 CC y 775 LEC, las medidas adoptadas durante el procedimiento de separación o divorcio pueden ser modificadas cuando se alteren las circunstancias que estaban presentes en el momento de su establecimiento. En efecto, la custodia compartida se establece teniendo en cuenta un conjunto de situaciones fácticas que la justifican (vidas laborales de los progenitores, distancia entre los domicilios, edad de los menores...) y que pueden variar a lo largo del tiempo, pudiendo llegar a producir perjuicios en los menores obligando a un cambio del régimen de custodia. Esta

³⁹ SEISDEDOS MUIÑO, Ana. *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ PÉREZ CONESA, Carmen. *Op. cit.*, p. 41.

modificación se realiza con independencia de que la custodia haya sido adoptada por acuerdo de los progenitores o por el juez; tanto si se trataba de una medida provisional o definitiva. A su vez, la modificación puede revestir carácter provisional o definitivo.

Para que se produzca la modificación del régimen vigente, nuestro Alto Tribunal señala que no se requiere que el cambio en las circunstancias sea esencial⁴¹, sino que cabe atender a otra serie de elementos, como la evolución de la relación que mantienen los menores con sus progenitores o la edad de los menores, entre otros. Siguiendo este afán de proteger el interés de los menores, nuestro Tribunal, además de atender al resto de circunstancias presentes, concede un especial valor a los deseos manifestados por los menores, así como a la prueba practicada por el correspondiente equipo psicosocial⁴².

Por último, para que se llegue a producir la modificación del régimen de guardia y custodia es necesario, además de ese cambio, que la petición formulada sea la más beneficiosa para el menor y que, en caso de que se quiera solicitar el paso de una custodia exclusiva a una compartida, se cumplan los requisitos del art. 92 CC analizados anteriormente.

En los supuestos en los que se pretenda una modificación por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el convenio regulador, se podrá especial énfasis en la prueba de esa alteración, ya que en caso contrario se estaría fomentando la firma de convenios con la seguridad de que, más tarde, se logrará modificarlos fácilmente⁴³.

El cauce procesal que ha de seguirse, tanto para modificar la custodia establecida en el convenio o por decisión judicial, es el que marca el art. 775 LEC, que nos remite al art. 777 LEC si la modificación es solicitada por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y al art.770 LEC cuando la modificación ha sido solicitada por una de las partes o por el Ministerio Fiscal. Obviamente, aquella modificación de medidas que haya sido iniciada de forma contenciosa puede transmutarse a consensuada en cualquier momento.

⁴¹ Sentencia del Tribunal supremo (Sección 1ª) de 20 de noviembre 2018 (Aranzadi RJ 2018/5376): esta sentencia recoge la preeminencia jurisprudencial del interés del menor, considerando que las nuevas necesidades de los menores no han de sustentarse en un cambio "sustancial" pero sí cierto.

⁴² LOSADA VIME, María Luz. "Criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo durante el año 2018 en materia de custodia compartida" en *Cuadernos de familia. Revista jurídica de derecho de familia de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*. Extraordinario diciembre 2018, nº 6, p.7.

⁴³ PINTO ANDRADE, Cristóbal. *Op. cit.*, p. 89.

d) Supuestos en los que no procede la custodia compartida:

Interesa detenernos, como consecuencia del impacto que tienen en el interés y salvaguardia de los menores, en aquellos casos en los que la relación entre los padres va más allá de la conflictividad, dando lugar a situaciones de violencia de género o doméstica. Se trata de situaciones que reportan la suficiente gravedad como para negar la custodia compartida.

Debemos precisar las diferencias entre estas dos violencias: la violencia de género hace referencia a un supuesto concreto, siendo esta la que ejerce el hombre contra la mujer cuando hay o ha habido una relación de afectividad entre ambos, mientras que la violencia doméstica tiene una proyección más amplia, puesto que es ejercida tanto por el hombre como por la mujer contra cualquier otro miembro de la familia.

En este sentido, el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y el Código Penal en su art. 153 otorgan al juez la capacidad de inhabilitar para el ejercicio de la guarda y custodia al condenado por violencia de género. Por su parte, el Código Civil en su art. 92.7 contempla la violencia doméstica, negando la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida cuando *“cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”*, así como cuando el juez advierta *“de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*.

Llama la atención de la redacción del art. 92.7 CC que se refiera solo a la exclusión de la custodia compartida, sin hacer referencia a la custodia exclusiva, ya que parece evidente que resulta necesario separar al menor de la custodia del progenitor que ha llevado a cabo las conductas delictivas. Por ello, nuestra doctrina y jurisprudencia han considerado que la prohibición del artículo 92.7 CC resulta de igual aplicación a la custodia monoparental⁴⁴.

Tras esta introducción, vamos a analizar el término *“estar incurso”* al que se refiere el art. 92.7 CC, puesto que genera dudas sobre si el legislador se refiere a estar imputado o a estar condenado. Al respecto existen dos alternativas; primera, que sin

⁴⁴ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2018, p. 287-288.

haber sido condenado el presunto progenitor maltratador, no se le prive de la posibilidad de acceder a la guardia y custodia conjunta, puesto que si no se estaría violando el derecho constitucional de la presunción de inocencia; segunda, que, desde un punto de vista garantista y preventivo del interés superior del menor, se acuerde la custodia exclusiva. El inconveniente de esta última solución es que, si se demuestra que las acusaciones eran falsas, no se puede restituir al progenitor el tiempo transcurrido durante el que se le ha privado de la compañía de sus hijos⁴⁵.

En relación con la violencia que se ejerce directamente sobre el menor, no solo debe de analizarse el comportamiento del progenitor que la lleva a cabo, sino el de ambos, puesto que estas situaciones no solo se dan por comportamiento activos, sino también por omisión o inactividad del otro progenitor, pudiendo llegarse a dar situaciones en las que no se atribuye la custodia a ninguno de los padres, debiendo acudir a figuras como las del acogimiento o la guardia institucional.

Es muy importante que cualquier forma de violencia sea detectada, ya no solo la física sino también la psicológica, con la que es necesaria una mayor sensibilización, formación y detección, debiendo reconocerse desde una perspectiva legal como una forma más de violencia. Ante el menor indicio que indique la posible existencia de violencia de cualquier modalidad, los casos deben ser llevados por profesionales especializados, equipos forenses con conocimiento y experiencia clínica en trastornos de la personalidad, empleando todos los medios y el tiempo que sean precisos para su identificación⁴⁶.

IV. LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SUS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES.

En los procesos de nulidad, separación y divorcio en los que se otorga la custodia compartida, surgen una serie de cuestiones de orden económico-patrimonial colindantes

⁴⁵ Anónimo. <https://es.slideshare.net/kidetza1/tesis-doctoralcustodiacompartida> visto por última vez el 12 de mayo de 2019.

⁴⁶ PÉREZ CONESA, Carmen. *Op. cit.*, p. 79.

a los mismos y sobre las que incide la custodia adoptada. Consecuentemente, resulta necesario abordar estas medidas ya que a diferencia de lo que ocurre con las legislaciones autonómicas, nuestro Código no ofrece una solución, debiendo ser los tribunales los que aporten una salida a estos conflictos:

1. Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar:

Se entiende por vivienda familiar o habitual el lugar elegido por los cónyuges donde va a transcurrir la vida familiar y presumiblemente seguirán residiendo. Dicha vivienda debe presentar los caracteres de habitabilidad, habitualidad, así como el de familiar⁴⁷. En la mayor parte de los casos, la vivienda familiar es el bien principal integrante del patrimonio del núcleo familiar, lo que supone un gran problema a la hora de su atribución.

A la vivienda familiar se refieren los arts. 90.1.c) y 96.1 CC. El primero hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en el convenio regulador, mientras que el párrafo primero del art. 96 CC establece que: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*.

Como bien podemos deducir, el art. 96 está pensando en aquellos casos en los que rige la custodia exclusiva, pero, ¿qué ocurre con la vivienda si se atribuye una custodia compartida y no hay acuerdo de los progenitores con respecto a la misma? Los ámbitos autonómicos ofrecen diferentes soluciones, tales como atender al interés más necesitado de protección -como es el caso de Cataluña y el País vasco- o al del progenitor que tenga mayores dificultades para acceder a una vivienda -legislación aragonesa.

El Tribunal Supremo trató esta cuestión en su sentencia del 24 de octubre de 2014⁴⁸, resolviendo que *“la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo -entiéndase, del art. 96 del Código Civil- que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos*

⁴⁷ BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 24 de octubre de 2014 (Aranzadi RJ 2014/5180).

padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero”.

Así pues, en los supuestos de custodia compartida, se asignará el uso de la vivienda familiar, con carácter temporal durante un plazo razonable, al progenitor que, conforme al criterio del interés más necesitado de protección, no pueda garantizar la necesidad de vivienda del menor en los periodos en los que se encuentre bajo su guardia y compañía⁴⁹.

No podemos obviar que el hecho de la pérdida de la vivienda supone un perjuicio patrimonial desmedido para el progenitor que la sufre. La doctrina ha propuesto soluciones a esta realidad y por ello considera que para compensar esta pérdida y satisfacer en cierta medida todos los intereses en juego referentes a la vivienda familiar, se lleve a cabo una compensación económica por parte del cónyuge al que se le atribuye la vivienda en favor del que se privado de ella cuando esta es total o parcialmente suya⁵⁰. Solo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda se le podría exonerar por el juez de pagar tal compensación, que puede traducirse en el pago de una renta (como sucede en Valencia) o, en aquellos casos en lo que rige una sociedad de gananciales, que tal uso sea valorado como activo que se adjudica a uno de los cónyuges en el momento de la liquidación del régimen⁵¹. El Código Civil, sin embargo, no contiene en su regulación actual una norma que reconozca una compensación económica al cónyuge desprovisto del derecho de uso sobre la vivienda, lo que da lugar a una situación injusta con la que pretenden terminar los trabajos legislativos que se quieren llevar a cabo sobre esta materia⁵².

Otra cuestión a tener en cuenta es el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de marzo de 2011, ha

⁴⁹ PÉREZ CONESA, Carmen. *Op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos. “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2015 (diciembre), núm. 3 ter, p. 101.

⁵¹ CUENA CASAS, Matilde. “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario” en *Revista de Derecho Civil*. 2014 (abril-junio), vol. I, núm. 2, p. 32.

⁵² El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental pretende modificar la regulación del art. 96 CC, que establecería en uno de sus apartados lo siguiente: La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

dictaminado que: *“el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC”*⁵³. Es decir, las cuotas hipotecarias han de ser abonadas por el o los propietarios de la vivienda, según haya sido adquirida por ambos o pertenezca a uno solo de los cónyuges.

En los supuestos en los que opera el régimen de gananciales, la situación adquiere una mayor complejidad, dado que a la hora de adquirir una vivienda, ambos cónyuges contraen el préstamo para poder hacer frente al pago hipotecario, figurando como deudores solidarios del mismo. Constante la duración del matrimonio, no resulta infrecuente que algunas parejas afronten el pago de la hipoteca en proporciones desiguales, sobre todo en los casos en los que hay desigualdad económica entre los miembros de las mismas. El problema surge cuando, la vivienda familiar es atribuida al cónyuge con mayores dificultades económicas, debiendo abandonar el otro el domicilio, además de seguir pagando la hipoteca en un porcentaje superior al del cónyuge titular del derecho de uso y, dado que el pago del préstamo no computa como carga familiar, el progenitor que ha tenido que abandonar la vivienda no puede computar dicho gasto a la hora de cuantificar la pensión de alimentos, dando lugar a desembolsos económicos desorbitados⁵⁴. La solución ideal sería proceder a la realización del inmueble, bien mediante su venta o mediante su adjudicación total a uno de los cónyuges.

2. Custodia compartida y pensión de alimentos:

El art. 39. 3 CE establece que los padres tienen la obligación de prestar la asistencia que precisen sus hijos, tanto matrimoniales como no matrimoniales, mientras sean menores de edad y en todos aquellos casos legalmente determinados. Esta obligación es recogida en nuestro Código Civil como uno de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 154 CC); es más, los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 28 de marzo de 2011 (Aranzadi RJ 2011/939). Esta sentencia junto con la STS del 5 de noviembre de 2008 asentaron dicha doctrina sobre el pago de las cuotas hipotecarias.

⁵⁴ IGLESIAS REINA, Marta. *Custodia compartida y vivienda familiar*. Máster Universitario en Derecho Privado. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013, p. 94-98.

aunque hayan sido privados de la patria potestad (arts. 110 y 111.4 CC), puesto que el fundamento de esta obligación no nace de la tenencia o no de la responsabilidad parental, sino que radica en el propio hecho de la filiación⁵⁵. Constante el matrimonio o mientras los hijos conviven con ambos progenitores, tal obligación es una carga del matrimonio, pero cuando hay disolución o separación del matrimonio ha de especificarse en qué cuantía ha de contribuir cada progenitor en los alimentos que precisan los hijos menores.

En lo que se refiere al contenido de esta obligación, serán de aplicación las normas establecidas para los alimentos entre parientes (art. 142 y ss. CC), no debiendo confundir las dos obligaciones, puesto que el fundamento de la primera, como hemos mencionado en el párrafo anterior, es la relación paterno-filial.

El término alimentos ha de entenderse en un sentido más amplio que en la obligación de alimentos del Título VI del Libro I del CC: comprende el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, instrucción, etc. Esto nos lleva a realizar una distinción de los tipos de gastos realizados que será determinante a la hora de establecer el deber de contribución de cada progenitor: 1) Los gastos ordinarios, que según el art. 10.2.1 de la Ley del País Vasco 7/2015 de 30 de junio son aquellos *“que los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales”*, es decir, los que se generan día a día y que han de satisfacer las necesidades básicas, como el colegio, las actividades extraescolares, ropa, actividades complementarias, teléfono, educación, material escolar, uniformes...; 2) los gastos extraordinarios, definidos por la misma ley en su art. 10.2.2 como *“aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hija, siempre que exista acuerdo sobre ellas”*. Dentro de esta clasificación de gastos, cada vez es más frecuente oír hablar de un tercer tipo, denominado gastos voluntarios, que son mencionados de forma expresa en la LPV 7/2015 y en el Código de Derecho Foral Aragonés, haciendo mención a ellos el fallido Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia y

⁵⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *Op. cit.*, p. 351.

son los correspondientes a aquellos gastos extraordinarios, pero no que resultan necesarios, como puede ser la realización de un curso en el extranjero para aprender un idioma.

A la hora de distribuir la obligación de alimentos entre los progenitores, primero deberá atenderse a lo establecido entre las partes en el convenio regulador (art. 90.1.d. CC) y en caso de que no se llegue a ningún acuerdo o no sea aprobado por el juez, este deberá de intervenir para establecer la cuantía (art. 93 CC) guiándose por el principio de proporcionalidad, para garantizar que ambos progenitores contribuirán en función de sus recursos económicos.

Al igual que ocurre con la vivienda habitual, el art. 93 CC no ha sido reformado tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, por lo que el Código Civil no contiene ninguna norma específica relativa a la prestación de alimentos en los supuestos de custodia compartida, siendo la doctrina y la jurisprudencia los que han llevado a cabo la tarea de dictaminar los criterios que han de tenerse en cuenta para satisfacer los alimentos, siendo estos: el tiempo que los hijos pasan con sus progenitores y la capacidad económica de los mismos.

La explicación referente al primer criterio resulta sencilla, puesto que el Tribunal Supremo viene estableciendo que cada progenitor satisfará los alimentos durante el tiempo que los menores pasen con él, siempre que las estancias temporales con cada progenitor sean idénticas. No obstante, como en los supuestos de custodia compartida el reparto del tiempo entre los progenitores no tiene por qué resultar equitativo, resulta lógico que en los supuestos de desigualdad temporal *“puedan compensarse mediante la correspondiente prestación de alimentos”*⁵⁶. En consecuencia, si los hijos conviven un mayor tiempo con uno de sus padres, esa diferencia deberá compensarse mediante el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo del otro.

En relación a la capacidad económica de los progenitores, en situaciones de paridad entre los mismos, lo normal es que no se fije ninguna pensión alimenticia y que ambos asuman los gastos que se ocasionen durante el periodo de estancia con cada uno de ellos, haciendo frente de forma compartida a los gastos extraordinarios. Cuando ambos

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª) de 31 de julio de 2008 (Aranzadi RJ 2009/653).

progenitores obtienen ingresos, pero uno en menor medida que el otro, este último deberá contribuir económicamente para que los hijos mantengan, durante el periodo que convivan con el otro progenitor, un nivel de vida semejante al que tienen cuando conviven con él⁵⁷. Como último supuesto, cuando solo uno de los progenitores percibe ingresos, la única solución posible es fijar una pensión alimenticia a favor del mismo durante los periodos en los que los menores permanezcan bajo la custodia de aquel que carece de recursos.

V. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA RELATIVA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común en lo referente a la custodia compartida. Actualmente en España, son cinco las comunidades autonómicas que, habiendo hecho uso de sus competencias legislativas, cuentan con regulación propia sobre esta modalidad de guardia y custodia compartida: Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y País Vasco.

En consecuencia, en los territorios que cuentan con legislación propia sobre la materia, se produce un desplazamiento de la regulación estatal debido a la aplicación preferente de los regímenes autonómicos. Este conglomerado legislativo ha dado lugar a la existencia de “niños de primera y segunda clase” o de “padres de primera o de segunda clase” como consecuencia de las situaciones dispares y desiguales que se producen debido a la aplicación de un régimen u otro en función del territorio en el que se encuentren⁵⁸. Procederemos a realizar un breve análisis de dichas leyes:

1. Aragón:

Aragón fue la Comunidad pionera en abrir camino a la regulación de la custodia compartida mediante la aprobación en sus Cortes de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de

⁵⁷ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. “Estudio y repercusión práctica de las distintas leyes de custodia compartida” en *Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de familia* de Cuadernos Digitales de Formación. 2012, nº 47, pp. 26-27.

⁵⁸ MARTÍNEZ SANCHIS, Nuria. “La guardia y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016, nº 5, p. 78-79.

igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Un año después se produjo, mediante la aprobación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, una refundición de la misma con el resto de leyes civiles aragonesas, en el llamado Código del Derecho Foral de Aragón a partir del art. 75 y ss.

La esencia de la legislación aragonesa se basa en el principio del interés superior del menor, siendo el criterio para proceder a la aplicación de la misma la vecindad civil de los menores, debiendo ser esta aragonesa o, en caso de que se desconozca su vecindad, que residan en Aragón, con independencia de la vecindad de sus progenitores⁵⁹.

La normativa aragonesa no establece la automaticidad de la custodia compartida, sino que aboga por el estudio y análisis de cada caso concreto. Así pues, el juez deberá de adoptar de **forma preferente** la custodia compartida en interés de los menores, salvo que resulte más adecuada para estos una custodia exclusiva, evitando separar a los hermanos salvo en circunstancias justificadas. Esta decisión deberá de apoyarse en el plan de relaciones familiares que deberá de presentar cada uno de los progenitores, así como en una serie de factores tales como: la edad de los menores, el arraigo social y familiar de los mismos, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores, la opinión de los menores cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, cuando sean mayores de 12 años, y cualquier otra circunstancia que presente relevancia para el régimen.

Para agilizar el razonamiento de la decisión judicial, se podrá solicitar de oficio o a instancia de parte, informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas. Por último, se contempla que la objeción de uno de los padres a la custodia compartida que pretenda conseguir la custodia individual, no será suficiente para estimar que aquella sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo, no se procederá a la atribución de ningún tipo de custodia a aquel progenitor que esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, siempre que **se haya dictado**

⁵⁹ LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl. “Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual” en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de educación a Distancia en Calatayud*. 2016, nº 22, p. 187.

resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad; ni cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género⁶⁰.

2. Cataluña:

Cataluña fue la segunda en seguir el ejemplo de Aragón en regular la figura de la custodia compartida, a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Uno de los cambios que se introdujeron fue la sustitución del término “custodia compartida” por el de “responsabilidad parental compartida”.

A diferencia de la aragonesa, la ley catalana no se decanta de forma expresa por la custodia compartida, sino que da prioridad al acuerdo de los progenitores a través del llamado “plan de parentalidad”, que resulta ser un documento que adquiere gran importancia en los procesos de separación y divorcio catalanes, el cual debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales, haciendo constar los compromisos que asumen respecto a la guardia y custodia y la educación de los menores.

De este modo, la custodia compartida en Cataluña no se otorgará de forma automática sino que, en caso de no aprobarse el mencionado plan o de no existir el mismo, el juez deberá realizar una valoración de cada caso para así poder estimar que el establecimiento de dicho régimen resulta ser el más idóneo para los hijos, procurando no separar a los hermanos. El juez deberá de tener en consideración para tomar esta decisión: la vinculación afectiva entre los hijos con cada uno de sus progenitores, las aptitudes de estos para garantizar el bienestar de los menores, la opinión de los niños, el tiempo dedicado por cada uno de los progenitores en atención de los hijos antes de la ruptura, así como la actitud de aquellos para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad de los hijos. Atendiendo a estas razones, la autoridad judicial puede

⁶⁰ BAYARRI MARTI, M^a Luisa. *El régimen de guardia y custodia en España. Derecho común y comunidades autónomas con Derecho civil propio*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>. Visto por última vez el 15 de mayo de 2019.

otorgar la custodia exclusiva a uno de los progenitores si así lo cree conveniente para el interés de los menores.

El Código catalán también decreta que, en interés de los hijos, no se atribuya la guardia al progenitor *contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirecta* (art. 233-11.3 CCCat).

Un avance del régimen catalán es el relativo al uso de la vivienda familiar, puesto que en caso de no mediar acuerdo entre los progenitores, será atribuido de forma preferente al progenitor que tenga la guardia, mientras la posea -es decir, se establece un límite temporal-o, en caso de que la situación del progenitor que ostenta la guardia y custodia sea desahogada económicamente, se otorgará a la otra parte⁶¹.

3. Navarra:

La Comunidad Foral de Navarra aprobó 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.

El articulado de la ley navarra no muestra ninguna preferencia por un sistema concreto de guardia y custodia, sino que deja al juez o tribunal que conozca del caso, plena libertad para establecer el régimen más conveniente, procurando no separar a los hermanos. Esto ha provocado que se la haya tildado de una norma vacía de contenido⁶².

Cada uno de los progenitores, por separado o de común acuerdo, podrá solicitar al juez que la guardia y custodia de los menores sea ejercida por ambos o uno de ellos. El juez deberá de atender para la toma de la decisión: a la edad de los hijos, la relación existente entre estos y los progenitores, el arraigo social y familiar existente, la opinión de los menores cuando tengan suficiente juicio para expresarla y, en todo caso, cuando sean mayores de 12 años, las aptitudes de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos y cualquier circunstancia de especial relevancia.

⁶¹ LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl. *Op. cit.*, p. 184.

⁶² MARTÍNEZ SANCHIS, Nuria. *Op. cit.*, p. 88.

Cuando la custodia decidida sea la compartida, el juez deberá fijar el régimen de convivencia de los hijos con cada uno de los padres de manera que ambos progenitores puedan ejercer sus derechos y obligaciones de forma equitativa en relación a las circunstancias de cada núcleo familiar.

Igualmente, no procederá ningún tipo de guardia y custodia a favor de aquel progenitor que se encuentre incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; así como cuando existan indicios fundados y racionales de violencia doméstica.

4. Valencia:

El gobierno valenciano aprobó la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que como se ha indicado *ad supra* fue declarada inconstitucional.

Esta ley también abogaba, al igual que la de Aragón, por **la preferencia** de la custodia compartida.

5. País Vasco:

El País Vasco fue la última Comunidad en promulgar su propia ley de custodia compartida, siendo esta la Ley 7/2005, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Siguiendo la tendencia predominante, la ley vasca también regula la custodia compartida como **modelo preferente**, pero a diferencia de la ley aragonesa, establece la vecindad civil del País Vasco de los progenitores como criterio de aplicación de la norma.

Esta ley dedica un capítulo a la mediación familiar como instrumento destacado para resolver extrajudicialmente las discrepancias que puedan surgir entre los progenitores en los casos de separación o ruptura. En cuanto a la custodia compartida, el juez ostenta un papel decisivo, pues en él recae la tarea de otorgar o no la misma, cuando sea solicitada por una o por ambas partes, procurando no separar a los hermanos y atendiendo siempre

al interés del menor y a las siguientes circunstancias: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, las vinculaciones afectivas existentes, el número de hijos, sus edades, así como sus opiniones expresadas cuando tengan suficiente juicio y en todo caso cuando sean mayores de 12 años y sus arraigos escolares y familiares, el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los progenitores, el arraigo social, los informes técnicos expedidos y cualquier otra circunstancia relevante.

Al igual que el resto de leyes autonómicas, no se atribuirá ningún tipo de custodia, ni régimen de estancia, relación o comunicación con los menores al progenitor condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

VI. CONCLUSIONES.

1. Una de las decisiones más relevantes a adoptar tras la ruptura de una pareja es la relativa a la guardia y custodia de los hijos menores que haya en común, si bien es cierto que estos no son los responsables de esa separación y por lo tanto no deben sufrir las consecuencias de la misma. Los padres deben mantener sus diferencias al margen y permitir que, siempre que sea posible, sus hijos mantengan la relación que tenían con ambos hasta el momento. Deben evitar caer en la utilización de los menores como arma para satisfacer su ego.

Por ello, el régimen a adoptar tras la ruptura, sea compartido o monoparental, debe ser el más beneficioso para los menores. No debería de establecerse custodia exclusiva cuando las circunstancias son idóneas para que ambos progenitores la compartan; del mismo modo que, la custodia compartida aunque sea el modelo preferente, no deberá de otorgarse sin un análisis previo del caso.

2. En relación con el debate terminológico relativo a la patria potestad, parece un término más adecuado el de responsabilidad parental, puesto que la misma resulta ser

una función con un gran contenido social que debe ser ejercida en interés de los hijos, para poder cumplir con las responsabilidades que impone la paternidad. No es simplemente un derecho subjetivo de los padres, sino que resulta preciso concebirlo como un auténtico deber.

3. La regulación estatal de la custodia compartida resulta ser un tanto parca en relación a determinadas cuestiones, tales como la vivienda familiar o la pensión debiendo ser resueltas muchas de las mismas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Igualmente, se toman como referencia las legislaciones de las CCAA, cuya regulación sobre la materia es más completa.

4. En lo referente a la relación de los progenitores, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas. Resulta evidente que, tras un proceso de ruptura matrimonial, existe una concurrencia de conflictividad entre los progenitores en la mayor parte de los casos por lo que, si se estableciera como requisito indispensable una buena relación entre los mismos, la custodia compartida quedaría excluida de la mayoría de los casos.

Además, si la relación entre los progenitores es conflictiva, no por el hecho de establecer un modelo de custodia exclusiva y un régimen de visitas se va a asegurar la estabilidad emocional de los menores.

El criterio clave sería determinar si las divergencias existentes pueden dar lugar a situaciones que perjudiquen el interés del menor o que sean las responsables de producir un cambio de perspectiva en los menores con respecto a alguno de sus progenitores.

5. Una cuestión polémica mencionada a lo largo del trabajo es la referente a la posibilidad de que la custodia compartida sea otorgada de oficio por los jueces sin que haya sido solicitada por ninguna de las partes. Esta opción está prevista expresamente en legislaciones europeas como Francia o Escocia.

No resulta una idea tan descabellada permitir que esta sea establecida sin solicitud de parte a pesar de la existencia del principio dispositivo en los procesos civiles, pues parece que en estos casos debe primar el interés del menor. No obstante, sería necesario establecer una serie de pautas a modo de control, para no crear una inseguridad jurídica o propiciar la arbitrariedad de los jueces a la hora de dictar la sentencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. “Aspectos personales y patrimoniales del divorcio: custodia compartida y liquidación del régimen económico matrimonial ”en *Encuentro de jueces de familia sobre guardia y custodia compartida* de Cuadernos Digitales de Formación, 2014, nº 8.
- BAYARRI MARTI, M^a Luisa. *El régimen de guardia y custodia en España. Derecho común y comunidades autónomas con Derecho civil propio*.<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de familia*. 4^a ed. Bercal, Madrid, 2015.
- CUENA CASAS, Matilde. “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario” en *Revista de Derecho Civil*. 2014 (abril-junio), vol. I, núm. 2, pp. 9-39.
- FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, Emilia. *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. Tesis doctoral inédita. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017.
- GOIRIENA LEKUE, Agurtzane. “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género” en *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2005, nº 16, pp. 52-57.
- HERNANDO RAMOS, Susana. “Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal” en *Encuentro de jueces de familia sobre guardia y custodia compartida* de Cuadernos Digitales de Formación, 2014, nº 8.
- IGLESIAS REINA, Marta. *Custodia compartida y vivienda familiar*. Máster Universitario en Derecho Privado. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013.
- IVARS RUIZ, Joaquín. *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. 1^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia Compartida de los Hijos*. 1^a ed. La Ley, Madrid, 2008.

- LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl. “Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual” en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de educación a Distancia en Calatayud*. 2016, nº 22.
- LOSADA VIME, María Luz. “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo durante el año 2018 en materia de custodia compartida” en *Cuadernos de familia. Revista jurídica de derecho de familia de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*. Extraordinario diciembre 2018, nº 6, pp. 6-8.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guardia y custodia en el ordenamiento jurídico español*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2018.
- MARTÍNEZ SANCHIS, Nuria. “La guardia y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016, nº 5, p. 76-95.
- PÉREZ CONESA, Carmen. *La custodia compartida*. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. “Estudio y repercusión práctica de las distintas leyes de custodia compartida” en *Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de familia* de Cuadernos Digitales de Formación. 2012, nº 47.
- PINTO, Cristóbal. *Evolución histórica de los criterios para atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005)*.
<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal. *La custodia compartida*. 1ª ed. Bosch. Barcelona, 2009.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guardia y custodia de los hijos” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2001, nº 15. enero-diciembre, pp. 281-230.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio Siglo XXI*. 2012 Vol. 30. nº 2, pp. 89-108.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007.

- ROMERO NAVARRO, Fermín. “La mediación familiar” en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 2002, nº 40, pp. 31-54.
- ROCHA ESPINDOLA, Martín. *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia Español: Principios informadores*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2013.
- SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos. “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2015 (diciembre), nº. 3 ter, pp. 89-103.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana. “La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica” en *Justicia en tiempos de crisis* de Cuadernos Digitales de Formación, 2016, nº 53.
- ZUÑIGA, Ángeles. “La custodia compartida” en *Escritura pública*. 2012, nº 78, pp. 64-66.
- <https://es.slideshare.net/kidetza1/tesis-doctoralcustodiacompartida>.

VIII. ANEXOS.

-Anexo I. La mediación familiar.

No podíamos cerrar este trabajo sin hacer referencia a esta posibilidad que permite el legislador. La mediación familiar,⁶³ como alternativa a la vía judicial, resulta ser un proceso de carácter voluntario, cuyo objetivo principal se centra en conseguir la autogestión de conflictos dentro del ámbito familiar, mediante la realización de entrevistas, acercando las diferentes posturas de las partes y la reanudación de la comunicación entre las mismas. Este método de resolución de conflictos se caracteriza por la intervención un tercero imparcial y neutral, cualificado y sin ningún poder de decisión, el mediador familiar, que intervendrá a petición de una o de ambas partes, para conseguir una negociación entre las mismas que culmine en un acuerdo sin conflictos para regular sus relaciones futuras relativas a una serie de materias⁶⁴.

Así pues, en el procedimiento contencioso de divorcio, el art. 770.7 LEC permite que las partes soliciten la suspensión del mismo de común acuerdo, para someterse a mediación.

Actualmente España no cuenta con una ley de mediación familiar de ámbito estatal, por lo que cuando hablamos de mediación se nos viene a la mente la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, las CCAA han vuelto a ser pioneras en esta materia, contando casi todas con sus propias leyes de mediación familiar.

En relación al ámbito de actuación de la mediación familiar, el ideal es que la mediación sea solicitada antes de la incoación del proceso ante el juzgado, sin perjuicio de que pueda tener lugar durante (art. 770.7 LEC) y después del mismo. Igualmente, el

⁶³ En el ámbito de la UE se ha constituido la mediación familiar como un medio eficiente para la resolución de conflictos familiares. Siguiendo esta línea el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, potencia en su art. 55. e la mediación como instrumento idóneo para la resolución de conflictos en materia de responsabilidad parental.

⁶⁴ FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, Emilia. *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. Tesis doctoral inédita. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, pp. 266-267.

juez⁶⁵ puede indicar la idoneidad para el beneficio de los menores que podría desempeñar la mediación⁶⁶.

Las materias que puede entrar a conocer la mediación familiar son muy variadas, siendo las que ahora nos interesan y centrándonos en el objeto del presente trabajo, aquellas pertenecientes a las relaciones de la pareja en su condición de ex-miembros de la misma y que puedan afectar al desarrollo de las funciones de la responsabilidad parental. Estas cuestiones objeto de mediación podemos clasificarlas según su naturaleza en aspectos jurídico-económicos por un lado, englobando todo lo referente a la pensión de alimentos y compensatoria, guardia y custodia, régimen de visitas, uso del domicilio familiar, separación de bienes y cambios de residencia; y en aspectos educativos por otro, concernientes a la adopción de criterios para hacer frente a situaciones de carácter extraordinario, distribución de responsabilidades parentales, así como hacer frente a posibles bloqueos o resistencias emocionales que impiden las relaciones fluidas entre los miembros de la familia⁶⁷.

Para cerrar este apartado, resulta conveniente recordar que una de las notas que caracteriza al proceso de mediación es la voluntariedad del mismo, por lo que su ámbito de aplicación no resulta conveniente cuando uno de los progenitores no tenga control sobre su propia voluntad, bien por ser incapaz o por padecer trastornos psicológicos o adicciones; tampoco se aconseja en aquellos supuestos en los que existe algún tipo de violencia -ya sea de género o doméstica- en el ámbito familiar.

- Anexo II. Síndrome de alienación parental.

Conviene realizar una pequeña mención al comúnmente conocido como síndrome de alienación parental (en adelante SAP*), que se identifica con comportamientos de los menores que han sido influidos o transformados por uno de los progenitores, con el fin de obstaculizar o deshacer las relaciones de aquellos con el otro progenitor.

⁶⁵ Según el art. 158 CC “El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará... las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

⁶⁶ ROMERO NAVARRO, Fermín. “La mediación familiar” en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 2002, nº 40, p. 40.

⁶⁷ ROMERO NAVARRO, Fermín. *Op. cit.*, p. 41.

Es necesario para encontrarnos ante un SAP*, que dicho comportamiento sea consecuencia de un proceso de influencias desacreditativas motivado por uno de los progenitores. Como resultado de este proceso ha de obtenerse un rechazo injustificado por el menor hacia el progenitor desacreditado, es decir, no estamos ante un SAP* si el rechazo se debe como consecuencia de una conducta del progenitor descalificado.

-Anexo III. Datos estadísticos.

AÑO	DIVORCIOS, NULIDADES Y SEPARACIONES	CUSTODIA COMPARTIDA
2017	102,341	30,2%
2016	101,294	28,3%
2015	101,357	24,6%
2014	105,893	21,3%
2013	100,437	17,9%
2012	110,764	14,6%
2011	110,651	12,3%

Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en las estadísticas de nulidad, separación y divorcio. En esta tabla de datos, podemos observar una aplicación ascendente por parte de los tribunales de la custodia compartida. Resulta destacable que, a pesar de la jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal sobre la preferencia de la custodia compartida, sigue siendo la custodia individual la más otorgada en la práctica.