



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN**

Autor: Almudena Barón de Toro

5º E-5

Derecho de Familia

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril 2019

Resumen

El régimen de guarda y custodia compartida es un tema actual y de creciente interés en nuestra sociedad, siendo objeto de numerosas discusiones políticas, interpretaciones judiciales, así como propuestas de modificación del Código Civil, entre otras leyes. El presente trabajo tiene la finalidad de estudiar el régimen de guarda y custodia compartida en el derecho civil común español, el cual ha evolucionado considerablemente desde su introducción expresa en nuestro Ordenamiento Jurídico a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, destacando sobre todo la elaboración de un Anteproyecto en el año 2013, en virtud del cual se pretende equiparar la guarda y custodia compartida al régimen de guarda y custodia exclusiva. Actualmente, el sistema de guarda y custodia compartida solo puede establecerse cuando al menos uno de los progenitores lo solicite al Juez. Por ello, la reforma propuesta pretende introducir la posibilidad de que sin petición parental, pueda ser el Juez, quien de oficio evalúe y determine la preferencia de un régimen u otro en cada caso concreto, en atención al interés superior del menor.

Palabras clave: Familia, patria potestad, crisis matrimonial, guarda y custodia compartida, menores no emancipados, interés superior del menor, corresponsabilidad.

Abstract

The regime of shared custody is a current issue and of growing interest in our society, being the subject of numerous political discussions, judicial interpretations, as well as proposals for amending the Civil Code, among other laws. The present dissertation has the purpose of studying the regime of guardianship and shared custody in the Spanish civil common law, which has evolved considerably since its express introduction in our Legal Order, through the Law 15/2005, of July 8, highlighting the preparation of a draft project in 2013, under which it is intended to equalize the shared custody system to the exclusive custody regime. Currently, the system of shared custody can only be established when at least one of the parents requests it from the Judge. Therefore, the proposed reform aims to introduce the possibility that without parental request, the Judge, who ex officio evaluates and determines the preference of one regime or another in each specific case, in response to the best interest of the child.

Key words: Family, parental authority, marital crisis, shared custody, not emancipated minors, best interest of the child, co-responsibility.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
1.1.Cuestión objeto de la investigación	4
1.2.Antecedentes.....	4
1.3.Objetivos perseguidos y metodología de trabajo.....	5
2. EL DEBER DE LOS PADRES DE PROTEGER A SUS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. LA PATRIA POTESTAD	5
2.1.Concepto y naturaleza jurídica.....	5
2.2.La titularidad y el ejercicio de la patria potestad.....	7
2.2.1. Regla general: Función dual de la patria potestad.....	7
2.2.2. Excepciones al ejercicio conjunto: Artículo 156 CC.....	8
2.3.El contenido de la patria potestad: Artículo 154 CC.....	12
2.4.La pérdida, la recuperación y la extinción de la patria potestad.....	15
3. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENOES DE EDAD NO EMANCIPADOS	16
3.1.Aproximación al concepto y relación con la patria potestad.....	16
3.2.La guarda y custodia ¿Qué ocurre con ella tras la crisis de convivencia de la pareja, matrimonial o no?.....	17
3.3.Tipos de guarda y custodia.....	19
3.4.Factores legales, generales, de atribución de la guarda y custodia de los hijos.....	21
3.4.1. El interés superior del menor.....	21
3.4.2. La edad de los menores.....	23
3.4.3. La estabilidad, procurando la continuidad de su entorno familiar, escolar y social.....	24
3.4.4. La disponibilidad del tiempo de los progenitores para dedicárselo a los hijos.....	24
3.4.5. Los riesgos para la formación o salud de los menores.....	25
3.4.6. La conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado desarrollo afectivo.....	25
3.4.7. Otros factores.....	26
4. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	27
4.1.Concepto.....	27

4.2.Ventajas e inconvenientes.....	28
4.3.Regulación: Análisis del artículo 92 CC.....	34
4.4.Factores legales, específicos para la guarda y custodia compartida, de atribución de la guarda y custodia de los hijos.....	36
4.4.1. El interés superior del menor.....	37
4.4.2. Relación de los progenitores entre sí.....	38
4.4.3. Respeto de los periodos temporales.....	39
4.4.4. Capacidad para su ejercicio.....	40
4.4.5. Proximidad geográfica.....	41
4.4.6. Voluntad del menor.....	41
4.4.7. Corresponsabilidad parental y coparentalidad.....	42
4.4.8. Conciliación de la vida laboral y familiar.....	42
4.5.Supuestos de exclusión de la guarda y custodia compartida.....	43
4.6.Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida.....	45
4.6.1. El derecho de visitas.....	46
4.6.2. La prestación de alimentos a los hijos.....	46
4.6.3. La atribución de la vivienda familiar.....	48
5. CONCLUSIONES.....	49
6. BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

1.1.Cuestión objeto de investigación

El objeto de investigación del presente trabajo es el régimen de guarda y custodia compartida en las crisis matrimoniales en el derecho civil común español. Cuando los padres viven juntos comparten una serie de facultades con respecto de sus hijos: cuidado, alimentos, educación... No obstante ¿Cómo se distribuyen esas funciones cuando los padres dejan de convivir conjuntamente? ¿Cómo decidir con quién vivirán los hijos? Si hay un acuerdo entre los progenitores será fácil, pues se atenderá a lo que ellos hayan establecido, pero ¿y si no lo hay? Los tribunales han atribuido tradicionalmente la custodia de los hijos menores, es decir el cuidado, exclusivamente a la madre, ya que era ésta la que no trabaja y por tanto disponía de más tiempo para dedicarse a ellos. No obstante, eso ha cambiado como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral. Es por ello que en los últimos años ha habido un considerable incremento de reclamaciones paternas exigiendo la modificación del régimen concedido a la madre, en favor de un sistema de custodia compartida, es decir, de un reparto más o menos igualitario de la convivencia y cuidado del menor con ambos progenitores.

1.2.Antecedentes

El régimen de guarda y custodia compartida fue introducido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico a partir 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. Antes de dicha ley la custodia compartida contaba ya con reconocimiento jurisprudencial; no obstante, no es hasta 2005 cuando es introducido como régimen excepcional en nuestro Código civil, configurada la custodia exclusiva como la regla general. Muchos no están de acuerdo con el criterio de nuestro ordenamiento, considerando que la custodia compartida debería equipararse a la exclusiva, ya que es el régimen que más protege el interés superior del menor (principio rector del derecho de familia) puesto que le permite disfrutar de su padre y de su madre por periodos más o menos iguales. Es por ello que se aprobó un anteproyecto en 2013 con la finalidad de reformar el Código civil y que dejara de ser un régimen excepcional, pasando a ser la regla general de toda crisis matrimonial.

1.3.Objetivos perseguidos y metodología de trabajo

El objetivo es valorar si el régimen de guarda y custodia compartida debería constituirse como la regla general ante una crisis matrimonial o por lo contrario debería mantenerse

la regulación vigente. Por ello, tras un estudio detallado del origen, las ventajas e inconvenientes, los factores requeridos para su aprobación, las consecuencias personales y patrimoniales que conlleva, así como un exhaustivo análisis de los numerosos supuestos jurisprudenciales que se han dado a lo largo de los años, nos centraremos finalmente en el estudio del citado anteproyecto, para valorar la conveniencia de su aplicación conforme a la situaciones que se derivan actualmente de las crisis matrimoniales.

2. EL DEBER DE LOS PADRES DE PROTEGER A SUS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. LA PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto y Naturaleza Jurídica

El punto de partida para adentrarnos en el actual sistema de protección de los menores de edad en nuestro país, es el art. 39 de la CE, el cual consagra de manera expresa como principio rector de la política social y económica, la protección de los niños durante su minoría de edad. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, afirma que la razón de ser de esta protección radica en la ausencia de aptitud natural, esto es, la capacidad de conocer y querer, así como la disposición de conocimientos suficientes para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes; es decir, la carencia de ‘‘capacidad natural de autogobierno’’. Es por ello que el ordenamiento civil español ostenta un conjunto de instituciones de protección de menores, relacionadas entre sí según criterios de complementariedad y supletoriedad, para atender a las necesidades de cualquier menor, ofreciendo así un sistema completo¹.

Pues bien, si observamos el abanico de instituciones jurídico civiles existentes en España podemos distinguir por un lado, las que desempeñan un primer nivel de protección: los padres (patria potestad y asistencia paterna), y en su defecto las que ofrecen el tutor o curador (tutela y curatela), la que presta el defensor judicial para los casos previstos en la ley, y finalmente la llamada guarda de hecho. Por otro lado, para los casos en los que los padres o tutores no desempeñan o no pueden desempeñar sus funciones de acuerdo con la ley, se prevé la tutela y guarda administrativa, ejercida por la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente.

La patria potestad se deriva de la relación paterno-filial que une a los padres con sus hijos, lo cual se va a traducir en una serie de obligaciones de los primeros con respecto de los

¹ Martínez de Aguirre, C., ‘‘La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil’’, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, P. 1480.

segundos. Estas obligaciones y responsabilidades constituyen el instrumento natural empleado para el crecimiento y desarrollo de la personalidad del menor, que deberán de cumplirse independientemente de si se trata de una filiación natural o por adopción, así como de la edad de los padres, ya que incluso los menores de edad pueden quedar sometidos a estas obligaciones².

CASTRO LUCINI la define como: *“Aquella función integrada por un conjunto de derechos y deberes ejercidos normalmente por ambos progenitores en beneficio de sus hijos a fin de lograr el completo desarrollo de su personalidad³”*.

Mayor concreción se aprecia en el concepto proporcionado por DÍAZ AMBRONA Y HERNÁNDEZ GIL, según los cuales la patria potestad puede definirse como: *“La institución protectora del menor ejercida por ambos progenitores conjuntamente, en beneficio de los hijos menores de edad, cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, relativos a la guarda y protección de los hijos, correspondiendo al padre y a la madre solidariamente, la responsabilidad de ejercerla conjuntamente y en un plano de igualdad⁴”*.

Con respecto a su naturaleza jurídica, se trata de una potestad o un deber, más que de un derecho subjetivo, que se deriva automáticamente de cualquier tipo de filiación. Los Notarios y Registradores de España hablan particularmente de un *“officium”* más que de un *“beneficium”*; es decir, los padres tienen un poder pero tan solo en la medida en que lo utilicen en beneficio de sus hijos⁵. Por lo tanto, el derecho que tienen los padres a la patria potestad debe encuadrarse entre los derechos de función más que entre los derechos subjetivos, cuyo ejercicio no es facultativo para su titular sino más bien obligatorio. En este sentido se pronunció el TS estableciendo que: *“ La patria potestad constituye un*

² Castán Pérez-Gómez, J., *Instituciones de derecho privado. Tomo IV: Familia*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, P. 621.

³ Castro Lucini, F., *Temas de derecho de Familia*. Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad, Ed. AGISA, Madrid, 1989, P.379.

⁴ Díaz Ambrona, M^a D., y Hernández Gil, F., *Lecciones de derecho de familia*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, P. 63.

⁵ Sánchez Ocaña, E., *La patria potestad: su evolución histórica. Elementos personales. Efectos con relación a las personas y a los bienes de los hijos. El defensor judicial en relación con la patria potestad. Extinción de la patria potestad. Prórroga de la misma. Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes en Aragón*. Tema 98, Oposiciones a Registros, 2012.

officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor⁶''.

2.2.La titularidad y el ejercicio de la patria potestad

Brevemente mencionadas las instituciones previstas en el régimen español de protección de menores, me adentro ahora en el análisis de la patria potestad, ya que es la casilla de salida del presente trabajo, puesto que sin patria potestad no hay guarda y custodia.

Antes de la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la patria potestad correspondía al padre y sólo subsidiariamente a la madre. Sin embargo hoy, a la luz del art. 154 CC, los hijos no emancipados están bajo la potestad de ambos. Además, como particularidad, recordar que es posible que el titular o titulares de la patria potestad sean a su vez menores no emancipados, en cuyo caso, nuestro ordenamiento prevé que para su ejercicio deberán contar con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor (art. 157 CC).

Una vez contemplados los posibles titulares de la patria potestad cabe preguntarse quiénes están sujetos a la patria potestad y durante cuánto tiempo. La regla general, a la luz de los arts. 108, 154 y 176 CC, es que están sujetos a la patria potestad los hijos no emancipados, matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, hasta su emancipación. La regla excepcional es que quedarán también sujetos los mayores de edad en los casos en los que el legislador admite la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad por motivo de la incapacidad del hijo, en virtud del art. 171 CC.

2.2.1. Regla general: Función dual de la patria potestad

El punto de partida es el art. 154 CC, el cual establece que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

Tal como acabamos de mencionar, antes de la reforma del Código civil, la patria potestad correspondía al padre y sólo subsidiariamente a la madre⁷. Asimismo, en el Proyecto de 1981, el art. 144 establecía la sucesión del padre por la madre en el caso de que éste no

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 4575/2015, de 9 de noviembre y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 13/2017, de 13 de enero. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial (última consulta 04/03/2019).

⁷ Así se reflejaba en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, cuyo artículo 64 consagraba la atribución subsidiaria de la patria potestad a la madre: *'' el padre, y en su defecto la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados''.*

podiera ejercer la patria potestad. Sin embargo, actualmente, en virtud del art. 154 CC, (cuyo contenido analizaré en el siguiente apartado) los hijos no emancipados están bajo la potestad de ambos, siguiendo la tendencia del derecho comparado.

Debemos distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, puesto que no siempre coinciden. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, siguiendo a DE PRADA, considera que ésta distinción o separación conceptual tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico italiano, en el cual se atribuía la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores pero el ejercicio solo al padre⁸. Así, en nuestro ordenamiento jurídico la titularidad es conjunta (padre y madre) y el ejercicio efectivo de la misma, en principio, también es conjunto. Sin embargo, en determinadas situaciones se admite la actuación individual de un solo progenitor.

Por tanto concluimos que la regla general es la actuación conjunta de ambos padres, basada en el principio de solidaridad. No obstante se admiten situaciones excepcionales de actuación individual, en virtud del principio de flexibilidad, así como para permitir resolver situaciones de desacuerdo surgidas entre los progenitores⁹, tal como veremos a continuación.

2.2.2. Excepciones al ejercicio conjunto: Artículo 156 CC

En líneas generales distinguimos cuatro supuestos en el ejercicio de la patria potestad: a) Supuestos en los que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos padres y los dos actúan en virtud del principio de solidaridad, siendo la regla general en situaciones familiares normales; b) Aquellos supuestos en los que la titularidad y el ejercicio corresponden a ambos pero sólo uno de ellos actúa, por ejemplo aquellos supuestos en los que hay un consentimiento expreso del progenitor que no actúa; c) Supuestos en los que la titularidad de la patria potestad es también dual pero el ejercicio corresponde a uno sólo, por ejemplo cuando los padres viven separados; y d) Supuestos en los que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden legal y únicamente a uno de los padres, por ejemplo en los casos de exclusión y extinción de la patria potestad, que explicaré más adelante. Por tanto, procedo a continuación a analizar las excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad, contenidas en el art. 156 CC.

⁸Castán Pérez-Gómez, J., *op. cit.*, P. 646.

⁹ Ventoso Escribano, A, *La Representación y Disposición de los bienes de los Hijos*, Ed. Colex, Madrid, 1989, P. 91.

a) Actuación de un progenitor con el consentimiento del otro

El primer caso de actuación individual de patria potestad que nos encontramos es el de actuación de un padre con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 CC). Podríamos considerarlo más bien una modalidad de la regla general. Algunos autores como VENTOSO ESCRIBANO, consideran que la razón de esta excepción reside en la creciente incidencia de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, especialmente tras la reforma del Código civil. Y es que en un régimen de libertad e igualdad, como es el español, resulta lógico admitir que las personas tengan derecho a organizar sus familias con arreglo a sus propias convicciones, bajo ciertos límites por supuesto, primando siempre el interés familiar sobre el individual.

DE LA CÁMARA, entre otros autores, considera que es posible llegar a este tipo de acuerdos siempre y cuando no se vulnere el orden público familiar, el cual no se ve transgredido cuando: a) No hay renuncia de la patria potestad, sino que son acuerdos limitados a su ejercicio que no afectan a la titularidad (por ejemplo si uno de los padres por trabajo tiene que marcharse del domicilio familiar durante un largo periodo de tiempo y autoriza al otro para ejercer la patria potestad durante su ausencia) y b) Son esencialmente revocables, es decir, pueden ser modificados en aquellos supuestos en los que lo perseguido ha sido la satisfacción de conveniencias personales de los padres en lugar del interés del hijo¹⁰. Cuando el consentimiento es expreso no plantea cuestiones dudosas. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico admite también el consentimiento tácito de uno de los progenitores, resultando su admisión bastante controvertida en la doctrina ya que genera la dificultad de su prueba, siendo rechazado en algunos campos como es por ejemplo el notarial, ya que si por ejemplo un acto tiene que documentarse en escritura pública, resulta prácticamente imposible la invocación de un consentimiento tácito¹¹. Por ello, URIBE SORRIBES, entre otros autores, considera que el consentimiento tácito debe limitarse al ejercicio ordinario de la patria potestad¹².

b) Actos realizados por un progenitor conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad

¹⁰De la Cámara, M., *La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia*, Boletín Información del Colegio Notarial de Granada, separata 9, 1986, P. 7.

¹¹Ventoso Escribano, A., *op. cit.*, P. 102.

¹²Uribe Sorribes, A., 'La representación de los hijos', *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, Madrid, 1982, P. 252.

La segunda excepción la encontramos en el segundo inciso del art. 156.1 CC: ‘Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad’. La justificación a esta excepción es la necesidad de dar flexibilidad a la regla general de actuación conjunta. En resumen, esta salvedad nos introduce la no obligatoriedad de la actuación conjunta cuando lo normal en el uso social y por las circunstancias resulta suficiente con la actuación de un solo padre. Con respecto a la caracterización del uso social, la postura dominante se fundamenta en la argumentación de DÍEZ-PICAZO, el cual establece que la ley se refiere al uso social general y excluye los usos de cada familia concreta y singular: ‘No son los usos de un concreto grupo sino los usos del grupo social genérico’¹³. Al otro lado de la balanza encontramos a CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, que siguiendo a SEISDEDOS MUÑOZ, entiende que la ley se refiere a las circunstancias familiares, es decir, la concreción del concepto de uso social según cada familia singular¹⁴.

Por último, la ley incluye las situaciones de urgente necesidad, consideradas como aquellas en las que uno de los padres está autorizado para adoptar por sí solo las medidas que consideren oportunas, puesto que su demora produciría un grave perjuicio para el hijo; por ejemplo una enfermedad de un hijo que requiere una intervención quirúrgica urgente y necesaria. Debemos destacar aquí el vacío legal presente en esta norma, ya que: ¿Qué sucedería si la situación de urgencia recae sobre una decisión en la cual los progenitores tienen posiciones contradictorias, estando ambos presentes? Pues bien, el código no contiene ninguna norma que resuelva el desacuerdo entre los padres, puesto que además, el hecho de atribuir la facultad decisoria a uno de ellos atentaría contra el principio de igualdad. Deberá primar la postura que sea más favorable para el menor, teniendo además en cuenta, tal como sostiene FUENTE NORIEGA, que si el hijo tiene juicio suficiente, su opinión será de gran valor para la resolución de estas situaciones¹⁵.

c) Desacuerdo entre los padres

En tercer lugar encontramos la falta de consenso entre los progenitores. Nuestro ordenamiento jurídico resuelve esta cuestión realizando una distinción entre los desacuerdos simples, siendo aquellos que son ocasionales o esporádicos; y los

¹³ Díez-Picazo, L., ‘La Reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad’, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, PP. 2-4.

¹⁴ Castán Pérez-Gómez, J., op. cit., P. 656.

¹⁵ Fuente Noriega, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, P. 220.

desacuerdos reiterados, los cuales son de mayor gravedad. Por ello, para los primeros, se deduce de la ley que será suficiente con atribuir la facultad decisoria a uno de los padres, una vez el juez haya oído a ambos, así como al hijo cuando tuviera suficiente madurez y fuese mayor de doce años (art. 156 CC). Por otro lado, para los supuestos de desacuerdos reiterados, las medidas que pueden adoptarse serán de mayor trascendencia¹⁶. La ley define estas situaciones como aquellas en las que existe una causa que entorpece gravemente el ejercicio de la patria potestad. En relación con esta definición, autores como DÍEZ-PICAZO la califican como: “*Una fórmula legal de carácter abierto*”¹⁷.

No se trata de supuestos de privación de la patria potestad, que veremos más adelante, en estos casos la titularidad de la potestad sigue perteneciendo a ambos pero no su ejercicio. El juez en estos supuestos podrá adoptar tres posibilidades: 1) Atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, creando para el otro padre una situación descrita por DÍEZ-PICAZO, en la misma obra a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, como “*patria potestad latente*”, 2) Atribución parcial del ejercicio a uno de los padres, es decir, solo las facultades que concretamente se le atribuyan, y 3) Distribución de las funciones entre los padres, sin que haya funciones que se ejerciten conjuntamente. Por último, mencionar que dicha excepción tendrá carácter temporal, no pudiendo superar los dos años de vigencia (art. 156 CC)¹⁸.

Además, en el párrafo tercero del art. 156 CC encontramos una presunción en favor de terceros: “*Respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro*”. La finalidad no es otra que la de facilitar el tráfico jurídico, protegiendo a los terceros que actúan de buena fe (aquellos que consideraron que el progenitor actuaba con el consentimiento del otro) y evitando las situaciones de inseguridad jurídica.

d) Supuestos de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad

En cuarto lugar, descubrimos como excepción al ejercicio conjunto de la patria potestad, los supuestos de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, en los cuales la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (art. 156 párrafo 4º CC). Brevemente mencionar que el “defecto” incluye los siguientes supuestos: muerte

¹⁶Castán Pérez-Gómez, J. *op. cit.*, P. 659.

¹⁷Díez-Picazo, L., *loc. cit.*

¹⁸Castán Pérez-Gómez, J. *op. cit.* P. 662.

o declaración de fallecimiento, filiación legalmente determinada sólo respecto de un progenitor, exclusión de la patria potestad, en virtud de las causas del art. 111 CC; privación de la patria potestad, en virtud de las causas del art. 170 CC; y adopción por un solo adoptante. Frente a este concepto, el ausente o incapaz ha tenido que ser declarado así por sentencia judicial, por tanto habrá que atender a lo establecido en la sentencia en cada caso. Por último, con respecto a la imposibilidad de ejercer la patria potestad por uno de los progenitores, la doctrina ha establecido que la misma debe ser permanente, no siendo suficiente aquella que es temporal¹⁹.

e) Separación de los progenitores

Finalmente, encontramos aquellos supuestos en los que los padres viven separados. En el último párrafo del art. 156 CC está establecido que en caso de que los padres viviesen separados la patria potestad será ejercida por aquel con el que el hijo conviva. No obstante, sigue diciendo este artículo, que dicho progenitor podrá solicitar al Juez, fundadamente y siempre en interés del menor, que el ejercicio de la patria potestad se pueda ejercer conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre ellos las funciones inherentes de la patria potestad. Debemos tener en cuenta que la separación debe ser real y permanente, no siendo suficiente la ausencia temporal. La voluntad de separarse es pues el elemento determinante, siendo suficiente la voluntad de solo un cónyuge, como sucede por ejemplo en el supuesto del abandono de familia.

Por último, los cónyuges tienen el poder de pactar en convenio regulador el ejercicio de la patria potestad (sujeto a control judicial), y por tanto muchos autores sostienen que dicha regulación en convenio aprobado tiene preferencia sobre el contenido del art. 156.5 CC²⁰.

2.3.El contenido de la patria potestad: Artículo 154 CC

Es cierto que patria potestad y guarda y custodia se encuentran estrechamente relacionados, ya que la patria potestad conlleva la obligación de guarda y custodia de los hijos. No obstante, se trata de conceptos distintos que debemos diferenciar con la finalidad de entender bien el objeto de estudio del presente trabajo. Es por ello que analizo a continuación el contenido de la patria potestad, puesto que la misma impone unos deberes a los padres, recogidos en el art. 154 CC. Antes de entrar a analizar el contenido, debemos

¹⁹*Ibid*, P. 672.

²⁰*Ibid*, PP. 674-675.

tener en cuenta que el principio general que preside el ejercicio de la patria potestad es que la misma se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Primeramente, distinguimos el ámbito personal de la patria potestad, dentro del cual encontramos los siguientes derechos y deberes:

1. El deber de velar por los hijos

De acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ, velar por los hijos significa atenderles tanto física como psicológicamente de manera delicada y diligente, así como informarse de sus problemas, educarles y responder a sus necesidades²¹.

Se trata de una consecuencia de la filiación, ya que el propio art. 110 CC establece que el padre y la madre están obligados a velar por sus hijos y prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad. Por lo tanto esta obligación no está vinculada al ejercicio de la patria potestad, ni siquiera está excusada en los casos de privación o pérdida de la misma, tal como hemos visto en el apartado anterior. Tampoco desaparece la obligación de los padres de velar por sus hijos en los casos de separación, nulidad o divorcio, en virtud del art. 92 CC, que estudiaremos en profundidad más adelante. Por último, el art. 103.1 CC establece que el juez determinará en interés de los hijos, la forma en que el cónyuge que ha sido apartado de sus hijos podrá cumplir con el deber de velar por ellos, una vez admitida la demanda y faltando acuerdo entre los progenitores.

2. El deber y el derecho de tenerlos en compañía

El hecho de que los padres puedan tener en compañía a sus hijos constituye una necesidad para así poder cumplir con el resto de funciones: alimentarlos o educarlos. Es por ello que este deber es considerado, por autores como SANCHO REBULLIDA, una consecuencia natural de la función de patria potestad. El mencionado autor sostiene que: *‘La compañía no implica solo la inmediación física o tener a los hijos bajo el mismo techo, sino que engloba también una comunicación afectiva, intelectual, requiriendo un cariño ambiental así como buen ejemplo²²’*.

3. El deber de darles alimentos

²¹ Rivero Hernández, F., *Comentarios al Código Civil: II*, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, P. 1096.

²² Sancho Rebullida, F., *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1966.

Este deber comprende el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142. 1 CC). Al igual que el deber de velar por los hijos se deriva de la filiación, no estando vinculado al ejercicio de la patria potestad. Es por ello, que cuando falta la convivencia entre los padres, este deber debe ser cubierto a través del pago de una pensión (arts. 92 y 93 CC). Por tanto, esta obligación recae por igual sobre ambos progenitores, independientemente de que se ostente o no la custodia de los hijos, en virtud del art. 92.1 CC. No obstante, para su determinación habrá que tener en cuenta las posibilidades económicas de los padres (art. 146 CC), y además en caso de imposibilidad o abandono será asumido por el Estado²³.

4. El deber de educar y procurar su formación integral

Tal como establece CASTÁN VÁZQUEZ: *“La obligación de los padres de educar a sus hijos conlleva el prepararles para una vida sana, tanto física como moralmente, mediante la proporción de una instrucción intelectual, orientación profesional, educación física así como formación cívica²⁴”*.

Este deber es diferente de los mencionados anteriormente, ya que los anteriores se refieren a la satisfacción de necesidades materiales mientras que la educación condicionará el desarrollo del menor y su vida en la sociedad. En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ destaca tres intereses englobados en este deber: 1) El de los padres, de poder proporcionar a sus hijos una educación conforme a sus propias convicciones (art. 27. CE); 2) El interés del Estado, ya que es quién debe garantizar el derecho a la educación (art. 27 CE), con cuidado de no caer en un excesivo intervencionismo²⁵; y 3) El interés del propio hijo, en virtud del art. 6.1 de la LOPJM que establece que: *‘El menor tiene derecho a la libertad ideológica, conciencia y religión’*. El equilibrio entre estos tres intereses resulta problemático en muchos supuestos, siendo muy frecuente en aquellos casos en los que los padres separados no coinciden en la educación que quieren proporcionarle a su hijo²⁶.

²³ Castán Pérez-Gómez, J. *op. cit.*, P. 696.

²⁴ Castán Vázquez, J.M., *Comentarios a los artículos 154 a 171 del Código Civil*, Ed. Edersa, 1989, P. 1052.

²⁵ El art. 13.2 de la LOPJM establece que la falta de escolarización supondrá la intervención de las autoridades e incluso en algunos supuestos, que el menor sea puesto bajo custodia de los organismos competentes, a cuyo encargo quedará su educación y formación.

²⁶ Castán Pérez-Gómez, J., *op. cit.*, P. 697.

En segundo lugar, el art. 154 CC recoge el deber de los padres de representar a sus hijos. Asimismo, el art. 162.1 CC establece que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados; es decir, por mandato legal, tienen la facultad de actuar en nombre, por cuenta y en interés de sus hijos en los asuntos que les conciernan. Se trata de un deber que se extiende tanto hacia el ámbito personal de la patria potestad como al patrimonial. No obstante, el alcance de esta representación no es absoluto. Así, quedarán fuera de la representación los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo, aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, así como los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

En último lugar, los padres tienen la obligación legal de administrar los bienes de los hijos (art. 154.2 CC), debiendo rendir cuentas cuando finalice la patria potestad y respondiendo de todos los daños y perjuicios que causaren (art. 168 CC). Deberán cumplir con las obligaciones generales propias de todo administrador de bienes ajenos, con la misma diligencia que en los suyos propios. No obstante, de acuerdo con el art. 164 CC, quedan fuera de la administración paterna los siguientes bienes de sus hijos: los adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa; los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad; así como los que el hijo mayor de 16 años hubiera adquirido con su trabajo e industria.

Concluimos que los deberes y facultades que integran la patria potestad son: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2º Representarlos y 3º Administrar sus bienes.

2.4.La pérdida, la recuperación y la extinción de la patria potestad

Una vez hemos visto qué es la patria potestad, quién ostenta la titularidad y cuáles son los deberes que implica, debemos tener en cuenta que ante determinadas situaciones puede producirse la pérdida de la patria potestad, con su posible recuperación; así como su extinción.

En primer lugar, el padre, la madre, o ambos pueden perder la titularidad de la patria potestad, ante determinados supuestos, para que en beneficio del hijo, sea otra la persona quien la ostente (continuando no obstante la patria potestad para el hijo). De un lado, se enmarcan aquí los supuestos de adopción en los cuales se acaba la patria potestad del hijo

con respecto de su familia de origen. Por otro lado, distinguimos los supuestos de pérdida con carácter punitivo, es decir, cuando los padres incumplen con los deberes inherentes a la patria potestad, mediante sentencia fundada, o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 CC). Sin embargo, la pérdida puede ser temporal, pudiendo el juez acordar su recuperación, atendiendo al interés y beneficio del hijo, y siempre que la causa que motivó la privación haya cesado (art. 170.2 CC). Además, al igual que en los supuestos de exclusión, continúa la obligación de los padres de velar y prestar alimentos a sus hijos menores de edad.

Por otro lado, puede producirse la extinción de la patria potestad, es decir, la institución desaparece totalmente del mundo jurídico, tanto para los padres como para el hijo. Conforme a esto, el art. 169 CC establece que la patria potestad se extingue: a) por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres (de los dos) o del hijo; b) por la emancipación²⁷.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

3.1. Aproximación al concepto y relación con la patria potestad

Antes de abordar el concepto de guarda y custodia compartida, fruto de una crisis matrimonial, hemos de aclarar el concepto general de guarda y custodia, así como su relación con lo estudiado hasta el momento: la patria potestad. La patria potestad es una institución de protección de los padres con respecto de sus hijos, y la guarda y custodia constituye una de las funciones personales que conforman la patria potestad, junto con las funciones patrimoniales, encaminadas al adecuado desarrollo de la personalidad de los hijos menores²⁸. De acuerdo con el art. 5 del Convenio de La Haya de 1980 el derecho de custodia comprende: *“El derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”*.

No obstante, resulta complicado delimitar cual es el contenido exacto de la guarda y custodia. Tal como sostiene ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *‘El legislador no ha hecho, ni si quiera de manera ligera, una concreción de qué facultades*

²⁷ También puede producirse la exclusión de la patria potestad, es decir, el progenitor ni siquiera llega a ser titular de la misma. Así, conforme al art. 111 CC, la exclusión de la patria potestad tiene lugar: a) cuando uno de los progenitores ha sido condenado por sentencia judicial firme, a causa de las relaciones a que obedezca la generación, y b) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

²⁸ Cruz Gallardo, B., *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed. La Ley, Madrid, 2012, P. 41.

de las que integran la patria potestad, están comprendidas en el cuidado o educación o en la guarda y custodia, y cuales permanecen en la patria potestad”. No obstante, el mismo autor afirma que tradicionalmente la custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia, y en consecuencia, a las decisiones diarias o cotidianas sobre salud, educación y disciplina, así como el orden común y diario de vida²⁹.

En un sentido estricto podemos decir que el contenido de la guarda y custodia engloba el cuidado directo y diario de los hijos, es decir, lo que en el contenido personal de la patria potestad se refería a: tenerlos en compañía, velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral³⁰. En resumen, la guarda y custodia conlleva la obligación de los padres de cuidar, atender y asistir diariamente a sus hijos menores.

Para terminar de delimitar el concepto hay que resaltar que en una situación de normalidad familiar, la guarda y custodia se encuentra dentro de la patria potestad dual, es decir, la guarda y custodia corresponde a ambos progenitores. De esta manera, quien es titular de la patria potestad tiene la obligación de ejercer la guarda y custodia con el objetivo de lograr un adecuado desarrollo de la personalidad del menor. No obstante, a continuación veremos si esto si mantiene o no cuando los padres no conviven juntos.

3.2.La guarda y custodia ¿Qué ocurre con ella tras la crisis de convivencia de la pareja, matrimonial o no?

El modo de ejercicio de las funciones de guarda y custodia varían según estemos ante una situación de normalidad familiar o de crisis matrimonial. Como acabamos de ver, la regla general es la patria potestad dual, y por tanto la guarda y custodia también dual, es decir, ejercida por ambos progenitores (en situaciones familiares normales). No obstante, ante una crisis matrimonial, es evidente que la convivencia entre el hijo y el padre o el hijo y la madre cesa, ya que los padres dejan de vivir juntos, de tal forma que los hijos pasan a vivir con uno u otro. Por tanto, ¿A quién corresponde en estos casos la patria potestad? ¿Y la guarda y custodia del hijo menor de edad? La patria potestad va a seguir correspondiendo a ambos progenitores, por lo general. No obstante, la guarda y custodia se va a separar del resto de funciones de la patria potestad, ya que el menor va a convivir solo con uno de los progenitores. Tradicionalmente en estos casos la solución adoptada

²⁹ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, P. 531.

³⁰ Cruz Gallardo, B., *op cit.*, P. 43.

ha sido el desdoblamiento de la guarda y custodia en dos: Atribución de la guarda y custodia propiamente dicha, a uno de los progenitores; y por otro lado, un régimen de visitas y comunicación al otro. No obstante, la jurisprudencia actual muestra la tendencia hacia la custodia compartida (por ambos progenitores) como régimen más favorable, tal como veremos enseguida.

RIVERO HERNÁNDEZ sostiene que la guarda coincide casi plenamente con la patria potestad, en tanto que quien ostenta la guarda es quien ejerce prácticamente la totalidad de las funciones de la patria potestad; lo cual no significa que el otro progenitor pierda la patria potestad, de la cual continúa siendo titular, puesto que tal como establece nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad, separación y divorcio no eximen a los progenitores de sus obligaciones para con sus hijos (art. 92 CC)³¹.

Por tanto, ante una crisis matrimonial habrá que decidir cómo se distribuyen entre los padres las facultades propias de la patria potestad, y concretamente la guarda y custodia de los hijos menores no emancipados. En primer lugar, habrá que atender al convenio regulador establecido por los progenitores, es decir, el acuerdo que en líneas generales contiene el régimen de guarda y custodia elegido y el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad asumidas por los progenitores, sometidos a control judicial para verificar el respeto del interés superior del menor. En segundo lugar, en defecto del mismo, resultará de aplicación el art. 91 CC: *“ En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, estableciendo las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna ”*. El mencionado artículo nos remite al art. 92 CC, en virtud del cual el Juez, en el proceso de adopción de dichas medidas, deberá oír a los hijos así como recabar informe del Ministerio Fiscal, entre otros puntos que analizaremos más exhaustivamente en un apartado independiente. En este mismo sentido, el art. 93 CC establece que en estos casos el Juez deberá de aprobar las medidas oportunas para la satisfacción de las necesidades de los hijos en cada momento. En resumen, que si las partes no alcanzan un acuerdo, será el Juez quien decida.

Así, el hecho de que se produzca una crisis matrimonial no permite concebir la guarda y custodia como una facultad ejercida únicamente por el progenitor custodio (destinado al

³¹Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, P.52.

cuidado diario o cotidiano del hijo menor) puesto que dentro de la guarda y custodia también cabe desarrollar la relación del hijo con el progenitor no custodio (comunicación, visitas, deber de vigilancia y control, y deber de colaboración), como consecuencia de la aplicación de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad en el ejercicio de la patria potestad. El primer principio se refiere al deber de ambos progenitores de participar de igual manera en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad; tanto el progenitor custodio como el no custodio, en tanto que ambos continúan siendo titulares de la patria potestad. Y el principio de coparentalidad se refiere a la involucración de ambos progenitores en la educación y formación de sus hijos con la misma intensidad, lo cual solo es posible a partir de una relación continuada y equitativa de los hijos con sus padres³².

3.3. Tipos de guarda y custodia

En términos generales existen dos tipos de guarda y custodia en nuestro sistema jurídico. En primer lugar encontramos el modelo tradicional, es decir, la guarda y custodia atribuida de manera exclusiva o unilateral a uno de los progenitores, recogida en el Código Civil como la regla general. En éste régimen el hijo convive con uno de los progenitores, el denominado ‘progenitor custodio’, mientras que el otro (progenitor no custodio) se relacionará con su hijo a partir de un régimen de visitas, comunicación, vigilancia y control, así como deber de información y colaboración³³.

En segundo lugar, el régimen de guarda y custodia compartida fue introducido en nuestro Código civil, de manera expresa, a partir de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, sobre reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. No obstante, la guarda y custodia compartida se encontraba ya reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y era aplicada por nuestros tribunales desde 1981. Encontramos numerosas sentencias que lo demuestran, como por ejemplo la SAP de Navarra, de 11 de noviembre de 1992, en la cual el tribunal aceptó la modificación del régimen de guarda y custodia compartida a una custodia exclusiva en favor del padre en base a los siguientes factores: ‘*Permanencia de los hijos durante más tiempo con su padre; informe psicológico;*

³² Cruz Gallardo, B, *op. cit.*, P. 42.

³³ *Ibid.*, P. 238.

voluntad reiterada de los menores de convivir con su progenitor y todos sus hermanos juntos: aplicación del principio «favor filii»³⁴’.

No existe un concepto unívoco de la guarda y custodia compartida. No obstante, de acuerdo con LATHROP GÓMEZ: ‘*El régimen de guarda y custodia compartida es aquel en virtud del cual, tras una ruptura matrimonial, se produce la participación equitativa y activa de ambos progenitores en el cuidado personal sus hijos, pudiendo vivir con ellos cada uno de los progenitores, durante lapsos de tiempo más o menos predeterminados*³⁵’. Al margen de estas dos modalidades de guarda y custodia, cabría mencionar la existencia de una posible tercera modalidad que abarca aquellos supuestos en que los que la guarda y custodia no pueda ser atribuida a ningún progenitor, y podrá atribuirse, como regla excepcional, a otros parientes o instituciones, como por ejemplo los abuelos.

El Juez a la hora de determinar cuál de estos modelos se adecúa mejor a cada situación concreta deberá analizar una serie de factores. Los artículos 14 y 39.2 y 3 de la Constitución de 1978, así como los artículos 92, 103, 159 y 170 CC, contienen los elementos considerados esenciales, que el juez deberá tener en cuenta a la hora de designar al progenitor más adecuado para el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial: el derecho del menor de relacionarse con ambos progenitores (principio de coparentalidad), el mayor beneficio para el menor, la no separación de los hermanos, la audiencia de los menores de edad, el régimen excepcional de guarda y custodia en favor de los abuelos³⁶, entre otros que desarrollaremos de manera independiente en el siguiente apartado.

Antes de entrar a analizar estos factores legales que hemos mencionado, tener en cuenta que el hecho de que el Juez elija uno u otro régimen de guarda y custodia no quiere decir que no quepa modificación posterior. El interés superior del menor es el denominador común de las resoluciones judiciales que definen el régimen de guarda y custodia tras una ruptura matrimonial. Así, podrá iniciarse un proceso de modificación de medidas de guarda y custodia cuando se den determinados supuestos recogidos en la ley, en aplicación del *principio rebus sic stantibus*, en virtud del cual el Juez puede modificar las

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 11 de noviembre de 1999. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 1992\1565 (última consulta 01/03/2019).

³⁵ Lathrop Gómez, F., *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, P. 286.

³⁶ Bermúdez Ballesteros, M^a del S., ‘‘Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial’’, *Aranzadi Civil*, vol. I, tomo X, Ed. Aranzadi, 2001, P.1860.

medidas de una resolución judicial para reestablecer el equilibrio ante la alteración imprevisible de las circunstancias contractuales. En este sentido se han pronunciado varios autores, entre los que destacamos a RIVERO HERNÁNDEZ, el cual defiende la equiparación de estas cláusulas *rebus sic stantibus* con las revisiones temporales de las medidas adoptadas entorno a los menores, ya que sostiene que las mismas deben adecuarse a la evolución del menor conforme a su edad y aptitudes³⁷.

Entre los requisitos recogidos por la jurisprudencia para la modificación de las medidas judiciales adoptadas encontramos: existencia de trastornos en la conducta de los progenitores que afectan al desarrollo de la personalidad del menor, como por ejemplo alcoholismo; alteración del horario laboral, traslado del domicilio, la realización de actos delictivos o la celebración de un nuevo matrimonio, entre otros supuestos. Con respecto a este último criterio, la SAP de Huesca, de 2 de diciembre de 1996, se pronunció modificando la atribución de la guarda y custodia de la madre en favor del padre, en base a: *“Las tensas relaciones de los menores con el compañero materno, lo que afecta a la normalidad y bienestar familiar”*³⁸.

Por otro lado, los tribunales rechazan en numerosas ocasiones la modificación del tipo del régimen de guarda y custodia, por considerar que las circunstancias en que se fundamentan no tienen la relevancia suficiente como para justificar dicho cambio, ya que en virtud del art. 91 CC las medidas solo podrán ser modificadas cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias. Entre otras destacamos: las creencias religiosas (SAP de Almería sección 2ª, de 14 de junio 1999), así como la delegación del cuidado de los hijos a terceras personas por motivos laborales (SAP de Vizcaya sección 2ª, de 2 de julio 1998)³⁹.

3.4. Factores legales, generales, de atribución de la guarda y custodia de los hijos

3.4.1. El interés superior del menor

El factor primordial de determinación, tal como vengo mencionando a lo largo del trabajo es el interés superior del menor. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, no definido por las normas jurídicas de Derecho de Familia. Una parte de la doctrina lo

³⁷ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, P.78.

³⁸ Bermúdez Ballesteros, Mª del S., *op. cit.*, P.20.

³⁹ *Ibid.* P. 21.

vincula con los gustos y deseos del menor, mientras que la tendencia tradicional es la seguida por RIVERO HERNÁNDEZ, el cual sostiene que el interés del menor se encuentra vinculado a la perfección de su educación, impuesta al niño sin tener en consideración ni su voluntad, ni sus opiniones⁴⁰.

No obstante, lo que sí queda claro es que la configuración del interés superior del menor se encuentra estrechamente relacionada con el desarrollo de su personalidad, dirigida a su integración social⁴¹. Así se consagra en el art. 2 de la LOPJM, introducido a partir de la reforma de 2015, el cual reconoce: *‘El derecho que todo menor tiene 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’*; incluyendo el derecho al desarrollo de su vida basado en una convivencia familiar adecuada y libre de violencia (art. 2.2 c) LOPJM).

Es pues, el principio informador de la totalidad del Derecho de Familia, afectando especialmente a las relaciones paterno-filiales. Así, observamos como las medidas judiciales de los artículos 92, 93, 94 y 159 CC, que regulan las relaciones entre los padres y sus hijos, se inspiran en el principio de interés superior del menor: *‘Las medidas relativas al cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del ‘favor filii’, procurando ante todo el beneficio e interés material y moral de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores’*⁴².

Por lo tanto, ante la falta de un concepto unívoco de interés del menor, será el Juez el que deba ir caso por caso valorando qué es lo mejor para el menor. Tal como establece CALVO CABELLO, el Juez deberá realizar esa valoración de manera discrecional, es decir, considerando los criterios generales pero valorando también las particularidades de cada caso, para así lograr el resultado más justo y adecuado⁴³.

3.4.2. La edad de los menores

⁴⁰ Rivero Hernández, F., El derecho de visita, Ed. Bosh, Barcelona, 1997, P.159.

⁴¹ Cruz Gallardo, B., *ibid.*, P. 167.

⁴² Bermúdez Ballesteros, M^a del S., *op. cit.*, P.4.

⁴³ Calvo Cabello, J. L., *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1982. P. 333.

Es evidente que un régimen será más beneficioso que otro en función de la edad del menor, puesto que no tienen las mismas necesidades un bebé que un adolescente de diecisiete años. Por tanto, el Juez a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia, deberá atender necesariamente a la edad del menor.

Así, el Código civil, anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, establecía una presunción iuris tantum a favor de la madre cuando los hijos no alcanzaban los siete años. Cuando el menor se encuentra en temprana edad se atribuye, por lo general, a la madre la mayor parte del tiempo de convivencia del hijo, puesto que resulta evidente que un bebé necesita pasar más tiempo con la madre, debido a factores biológicos como por ejemplo la lactancia. A modo de ejemplo, la SAP de Castellón, de 14 de julio de 1998 atribuyó la guarda y custodia exclusiva a la madre, en virtud de la corta edad del menor, estableciendo que: *“En virtud de la edad de las hijas (7 y 5 años) deben permanecer con su madre, debido a la especial relación que los más pequeños suelen tener con su madre a través del amamantamiento, primeros cuidados de higiene, así como mayor atención en el vestido o aseo⁴⁴”*. También encontramos jurisprudencia más reciente como la SAP de Málaga de 2012, en la que el tribunal rechazó la modificación de la custodia, atribuida a la madre, por razón de la corta edad de los hijos⁴⁵.

De igual forma, ZANÓN MASDEU se manifiesta al respecto estableciendo que en los hijos de corta edad existe una mayor vinculación de estos con la madre, que se crea por ley natural, en base a la importancia de ésta en el desarrollo de la personalidad del menor durante sus primeros años de vida⁴⁶.

No obstante, actualmente, son cada vez más los padres que solicitan ser ellos los que asuman la guarda y custodia incluso en los casos de menores de corta edad. Esto se debe a que, en comparación con los años anteriores, cada vez desempeñan una función más activa en el núcleo familiar.

3.4.3. La estabilidad, procurando la continuidad de su entorno familiar, escolar y social

⁴⁴ Bermúdez Ballesteros, M^a del S., *op. cit.*, P.9.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6^a), núm. 553/2012 de 31 de octubre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2013\185198 (última consulta: 07/03/2019).

⁴⁶ Zenón Masdeu, L., *Guarda y custodia de los hijos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, P. 46.

El Juez a la hora de escoger el régimen aplicable a cada caso concreto tratará de no sustraer al menor de su círculo familiar, de sus amistades, o de su colegio, lo cual se traduce en el respeto al tradicional lugar de residencia que el menor ha tenido hasta el momento de la crisis matrimonial. Así, los cambios de lugar de residencia son valorados negativamente por la jurisprudencia a la hora de determinar la atribución de la guarda y custodia de los hijos, exceptuando aquellos supuestos que responden a motivos laborales o de reunión familiar. Como supuesto de valoración negativa encontramos la SAP de Baleares, de 29 junio de 1998, en la que se concede al padre la custodia los hijos por ser ésta la voluntad expresa de los hijos, y principalmente porque: *“Durante el período que estuvieron bajo la guarda y custodia de la madre, debido a los cambios de domicilio de ésta, se produjeron cambios de colegio que afectaron negativamente al rendimiento escolar de los menores”*. Mientas que también encontramos supuestos excepcionales en los que se reconoce la custodia a favor del progenitor que traslada su domicilio. Así, la SAP de Málaga, de 3 de marzo de 1999 advirtió que: *“El traslado de residencia de la demandada no fue caprichoso sino que obedece al propósito de reunirse con su familia en su ciudad natal⁴⁷”*.

3.4.4. La disponibilidad del tiempo de los progenitores para dedicárselo a los hijos

Los tribunales han venido a lo largo de los años atribuyendo la guarda y custodia al progenitor que no trabaja, hasta hace poco la madre. Por ejemplo la SAP de Madrid (Secc. 22ª), de 3 marzo 1998, entregó la guarda y custodia del hijo a la madre en base a: *“La mayor disponibilidad de tiempo que la madre tiene, al no constar el desarrollo de actividades laborales fuera del domicilio, frente a la situación del señor V. P. con una jornada laboral larga y dura, que se revela incompatible con la atención y control que el hijo requiere⁴⁸”*.

Por lo tanto, la regla general es que la guarda y custodia se atribuya al progenitor que no trabaje, y en el caso en que ambos trabajen se entregará a aquel que lo haga en el mismo lugar en que resida el menor, el que tenga un puesto más estable, y en muchas ocasiones al que gane más sueldo. No obstante, con respecto a este último criterio, en algunos casos

⁴⁷Bermúdez Ballesteros, Mª del S., *op. cit.*, PP.10-11.

⁴⁸*Ibid*, P.14.

no se da su aplicación, ya que puede los ingresos más bajos pueden verse compensados con pensiones alimenticias del otro progenitor en favor del menor.

En este sentido se pronunció la AP de Málaga en 2017 rechazando la custodia en favor de la madre y concediéndola en favor de ambos progenitores por negarse que la madre tuviera más disponibilidad temporal que el padre⁴⁹.

3.4.5. Los riesgos para la formación o salud de los menores

La existencia de trastornos en la conducta de los progenitores, como son por ejemplo el alcoholismo, la adicción a las drogas, el padecimiento de enfermedades psíquicas, malos tratos o incluso la prostitución del menor, son tenidos muy en cuenta por el Juez ya que disminuyen la capacidad de los progenitores de cuidar a su hijo, al mismo tiempo que supone un gran riesgo para la salud y formación del mismo. Así la AP de Asturias, de 31 enero 1998 modificó la guarda y custodia atribuida inicialmente a la madre, al padre, en base a los problemas de alcoholismo que la misma sufría, conduciéndole en numerosas ocasiones a lesionar a su hijo⁵⁰. De igual manera, la AP de Valencia se pronunció en 2016 desestimando la custodia compartida en interés del menor, por los problemas de alcoholismo del padre⁵¹.

Resulta curioso mencionar, que en algunos supuestos, los tribunales sí que han permitido la atribución de la custodia a un progenitor con una enfermedad mental, sujeto a control de médicos especialistas, existiendo expectativas de mejora y evolución.

3.4.6. La conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado desarrollo afectivo

Este factor se recoge en el art. 92.4 CC que obliga a: *“Procurar no separar a los hermanos”*. Es por ello, que este precepto tendrá siempre primacía sobre la voluntad de los menores; es decir, existiendo situaciones en las que la voluntad de uno de los hijos sea la de convivir con un progenitor, la misma no será determinante para el juez, que tratará en todo momento que los hermanos permanezcan unidos. Así lo muestra la SAP de

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 698/2017 de 13 de julio. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2018\75700 (última consulta: 07/03/2019).

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) núm. 56/1998 de 31 de enero. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 1998\3005 (última consulta: 07/03/2019).

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 775/2016 de 20 de octubre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2016\264505 (última consulta: 02/03/2019).

Toledo en 1999: *“Otro criterio particular que ha de ser tenido en cuenta de modo relevante en la atribución de la guarda y custodia de los hijos es el de procurar no separar a los hermanos, con el claro designio de no agravar más aún la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares, que de por sí genera la separación de los progenitores... si bien una de las hijas expresa su deseo de pasar a vivir con su padre, en base a que -su madre no la deja salir apenas con sus amigos, mientras que su padre confía más en ella y la deja más libertad- entiende la Audiencia que por encima del motivo expresado adquiere enorme relevancia la indiscutible conveniencia de no separar a Laura –14 años– de su hermana Eva, también menor de edad y que sigue conviviendo con la madre, separación que sí podría producir graves perjuicios a la formación afectiva de ambas y a la integración familiar⁵²”*. De igual manera, en 2016 la AP de Córdoba aprobó la modificación de la custodia, en favor del régimen compartido por los progenitores, en virtud de la no separación de los hermanos⁵³.

No obstante, frente a esta regla general encontramos supuestos en los que los tribunales sí que han aceptado la separación de los hermanos tras una ruptura matrimonial, por considerarlo lo mejor para el beneficio de los menores. Destacamos la SAP de Soria, de 29 diciembre 1997, en la cual se entrega la guarda y custodia de las hijas a la madre y la del hijo al padre por considerar la sala que: *“Las niñas poseen un fuerte apego a la figura materna, mostrando más distancia con el padre, y además por su edad (13 y 11 años) inician una etapa personal, la pubertad, en la que la ayuda directa de la madre se hace necesaria...Respecto al hijo, se mantiene la custodia del padre ya que la sala considera que se viene ejerciendo de una forma muy positiva⁵⁴”*.

3.4.7. Otros factores

Además de los factores legales que acabamos de desarrollar, brevemente destacar que existen otros que también inciden en la atribución de la guarda y custodia de los hijos. Entre esos factores, encontramos la falta de predisposición del progenitor custodio a facilitar la relación del progenitor no custodio con sus hijos; la homosexualidad de uno de los progenitores, que no condiciona la atribución de guarda y custodia siempre y cuando no repercuta negativamente en el desarrollo y formación del menor; la libertad

⁵² Bermúdez Ballesteros, M^a del S., *op. cit.*, P.16.

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1^a), núm. 574/2016 de 7 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2017\21254 (última consulta: 07/03/2019).

⁵⁴ *Ibid.* P. 17.

religiosa; la escasa dedicación a los hijos durante el matrimonio, así como la creación de una nueva relación familiar o la obstaculización en el desarrollo de la relación del progenitor no custodio con sus hijos. Este factor es muy tenido en cuenta por los jueces ya que puede desencadenar lo que los psicólogos determinan ‘*padrectomía*⁵⁵’, es decir, el progresivo distanciamiento del padre no custodio con sus hijos, hasta el punto de llegar a perder el control de su educación y los lazos afectivos, lo cual puede desencadenar una gran depresión⁵⁶.

4. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1. Concepto

Recordamos la definición de LATHROP GÓMEZ, a la que hemos hecho referencia anteriormente: ‘*La guarda y custodia compartida consiste en el sistema pos matrimonial en el cual ambos progenitores pueden participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo vivir cada uno con los hijos durante lapsos de tiempo, respetando por tanto, el principio de corresponsabilidad parental*⁵⁷’.

Es en Francia donde por primera vez, desde marzo del 2002, se permite que el hijo conviva de forma alternada entre la casa de su padre y de su madre⁵⁸. Con el aumento de los divorcios en España, a partir de la Ley del Divorcio Exprés, el 86% de los hijos vivían con la madre tras producirse éste; cuatro de cada diez rompiendo la relación regular con su padre⁵⁹. No obstante, lo que ha sucedido es que con el paso de los años han sido cada vez más los padres no conformes con este sistema, convencidos de que el doble vínculo parental es fundamental en el desarrollo de los hijos menores. Es por ello que se introduce, de manera expresa, en España la custodia compartida a través de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, apoyándose en dos principios fundamentales: el derecho del hijo a relacionarse con ambos progenitores, así como el derecho-deber de los padres de mantener una relación continuada y equilibrada con sus hijos, de la que se derivan la obligación de asistirles,

⁵⁵ Zicavo Martínez, N., La alienación parental y el proceso de la padrectomía. *Revista cubana de psicología*, 1999. (Disponible en https://www.academia.edu/18883474/la_alienación_parental_y_el_proceso_de_la_padrectomía; última consulta 24/02/2019).

⁵⁶ Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, PP. 246-257.

⁵⁷ *Id.*, (vid. nota 36).

⁵⁸ Poussin, G. y Lamy, A., *Custodia Compartida: cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2004, P. 34.

⁵⁹ Poussin, G. y Lamy, A., *op. cit.*, P. 34.

tenerlos en compañía, alimentarlos y educarlos⁶⁰. Sin embargo, no existe unanimidad en la utilización de la expresión, ya que nuestro código habla en unas ocasiones de ‘‘guarda conjunta’’, de ‘‘ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos’’ en otras, así como de ‘‘guarda y custodia compartida’’.

Independientemente de la expresión que se utilice, resulta evidente que las crisis matrimoniales alteran la vida familiar, particularmente la de los hijos. De esta forma, la conservación de un modo de vida similar al anterior a la crisis solo se puede lograr mediante técnicas o fórmulas de copartición de los progenitores en su responsabilidad parental, que faciliten así el régimen de convivencia de guarda y custodia.

A pesar de las apariencias, la custodia compartida no es un simple reparto de horas de convivencia de los hijos con los padres. Este régimen supone el desarrollo de un proyecto educativo común, que se refleja en el cumplimiento de los principios de igualdad y de responsabilidad parental, a través de la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención de sus hijos menores de edad, así como en el principio de coparentalidad, reflejado en la desaparición a través de este régimen de la figura del progenitor no custodio, entendido como mero receptor de los hijos durante los fines de semana y los periodos de vacaciones.

Finalmente, el Tribunal Supremo, ha afirmado que el régimen de custodia compartida debe considerarse el régimen habitual o normal al que han de quedar sometidos los menores, por ser el más conveniente al permitir la integración del menor con ambos padres. Así, el TS en la sentencia de 6 de abril de 2018 reconoce que la custodia compartida debe considerarse el régimen ‘‘*más normal y deseable*’’, ya que permite que el menor se relacione con ambos progenitores⁶¹; en contra de la consideración del legislador como medida excepcional.

4.2. Ventajas e inconvenientes

Tras una crisis matrimonial el hijo experimenta una serie de emociones complejas, ya que su vida se ve alterada de la noche a la mañana. Es normal que experimente miedo al abandono, sentimiento de lealtad, negación o culpa, incluso que trate de suplantar al padre o madre. Es por ello, que la custodia compartida es introducida como aquel mecanismo

⁶⁰ Marín García de Leonardo, M. T., ‘‘Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida’’, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, Ed. Aranzadi, 2009, P-1.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 194/2018 de 6 de abril. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018\1430 (última consulta: 04/03/2019).

mediante el cual se va a procurar que la vida del menor se modifique lo menos posible tras el fin de convivencia de sus padres. No obstante, dicho sistema presenta una serie de ventajas e inconvenientes que analizamos a continuación.

4.2.1. Ventajas

En primer lugar, mediante el régimen de guarda y custodia compartida se garantiza el derecho del niño a mantener el contacto con sus dos padres, cumpliendo así con lo establecido en el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual, los Estados parte deberán procurar que los menores puedan mantener contacto directo y relaciones personales con ambos padres de manera regular, salvo si fuera contrario al interés del menor. Mediante éste régimen se logra pues que el hijo pase más o menos el mismo tiempo con su padre y con su madre, permitiendo así la máxima continuidad de las relaciones familiares tras la ruptura, reduciendo los traumas que ésta pudiera generar en el hijo.

CRUZ GALLARDO sostiene, siguiendo a PINTO ANDRADE, que los hijos criados bajo un régimen de custodia compartida gozan de lazos afectivos estables y estrechos con ambos progenitores, lo cual permite que el menor perciba a sus padres en un plano de igualdad, ventaja no presente en el régimen de guarda y custodia exclusiva. Además, no sólo favorece la relación del menor con sus padres, sino con la familia de cada uno de los progenitores (denominada familia extensa), ya que en la custodia exclusiva el progenitor no custodio se encuentra muy limitado por el régimen de comunicación y visitas⁶². Conforme a ello, autores como LANNY o POUSSIN sostienen que la relación del menor con las dos ramas familiares es un bien necesario para el desarrollo de su personalidad. Comparan la necesidad de la familia extensa en el correcto desarrollo de la vida y personalidad del menor con un jardín, estableciendo que: ‘*Es imposible mantener un jardín si solo se riega la mitad de él*⁶³’. En este sentido debemos mencionar la reforma introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Como hemos mencionado, tradicionalmente se ha venido atribuyendo la custodia exclusiva a la madre, reconociendo al padre un limitado régimen de visitas; por lo que al

⁶²Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, P. 488.

⁶³Poussin, G. y Lamy, A., *opt cit.*, P. 41.

final los abuelos del cónyuge no custodio, normalmente abuelos paternos, se veían privados de continuar una relación familiar con sus nietos⁶⁴.

En segundo lugar, mediante la guarda y custodia compartida se mejora la relación con los progenitores. En muchas ocasiones la custodia compartida se convierte en un redescubrimiento del progenitor por parte del menor. Me refiero a aquellos casos en los que el padre o la madre antes de la crisis matrimonial no tenía tiempo de dedicarse plenamente a su hijo, mientras que tras la crisis su disponibilidad aumenta, ya que se ven liberados de las pesadas obligaciones y deberes que requiere la rutina diaria con el niño, y se entregan muchos más a ellos tras una semana sin tenerlos en compañía que tras una semana de trabajo, colegios, extraescolares y tareas⁶⁵.

En tercer lugar, la aplicación de este régimen ha demostrado que bajo este sistema los menores gozan de una mayor estabilidad tanto física como emocional. Con respecto a la estabilidad física, la convivencia con ambos progenitores permite construir entre dos la identidad sexual del hijo. POUSSIN, psicólogo infantil de la universidad de Grenoble, afirma que por lo general, para un niño su modelo de referencia es su padre, mientras que para una niña, su madre. Por tanto, la convivencia con el padre y con la madre permite que los hijos creen las referencias que corresponden a cada persona. En lo referente a la estabilidad emocional, a través del régimen de guarda y custodia compartida, los hijos van a ver reducidos sus sentimientos de culpabilidad, fracaso, miedo al abandono o ansiedad; fortaleciéndose su autoestima y la confianza en sí mismos. Además, padre y madre son seres diferentes y no intercambiables. Por mucho que nos encontremos en una sociedad encaminada a la progresiva equiparación del hombre y la mujer, hemos de reconocer que padre y madre son diferentes: es distinta la manera en la que hablan con los hijos, juegan con ellos, les regañan o incluso les dan el biberón. Esto no quiere decir que la forma de actuar de uno u otro con sus hijos sea mejor o peor, sino sencillamente diferente; tanto es así que hasta un bebé es capaz de distinguir el olor o el tacto de su padre o de su madre. Por ello, el hecho de que el menor pueda convivir con ambos progenitores es algo positivo, ya que necesita esas diferencias para crecer y desarrollar su personalidad⁶⁶.

⁶⁴ Chaparro Matamoros, P., “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015 (disponible en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/6>; última consulta 24/02/2019).

⁶⁵ Poussin, G. y Lamy, A., *op. cit.*, P. 45.

⁶⁶ Poussin, G y Lamy, A., *op. cit.*, PP. 42-43.

En cuarto lugar, permite que el menor desarrolle mejor sus aptitudes sociales y aumente su capacidad de adaptación al entorno, ayudando por tanto al desarrollo de su personalidad. De esta última ventaja se desprenden otra serie de beneficios como son: mayor rendimiento escolar, menor probabilidad de ser sustraído por uno de los progenitores, menor exposición a los problemas de la vida adolescente y adulta, no alteración de la residencia por capricho de uno de los progenitores, mayor fortaleza y seguridad frente a las segundas parejas de sus progenitores, así como disminución del riesgo de padecimiento del denominado ‘*síndrome de alienación parental*’, entendido como aquellos supuestos en los que el menor es influenciado por el progenitor conviviente, de tal forma que declara no querer ver al otro progenitor, creando incluso la incitación al odio del progenitor no custodio. El problema es que como el interés superior del menor es el principio rector, ante estos supuestos en los que el menor es el que manifiesta que no quiere ver a su padre o madre, no se podrá hacer nada. Algunos psicólogos, como el doctor Aguilar, lo califican como una nueva forma de maltrato infantil⁶⁷, puesto que al final el derecho de visitas de los padres incluye también el derecho del menor a relacionarse y comunicarse con ambos progenitores.

Finalmente mencionar que la custodia compartida conlleva también una serie de ventajas para los padres. La ventaja principal es que mediante este régimen se evita la atribución entre los progenitores de un papel de ‘ganador/perdedor⁶⁸’, o de ‘principal/secundario⁶⁹’. Entre las muchas ventajas también encontramos que la custodia compartida permite el reparto de responsabilidades así como la coeducación, dejando por tanto que cada padre ejerza el lugar que le corresponde en la educación de su hijo, y evitando así que un padre ejerza de padre y madre al mismo tiempo. Además, numerosos estudios nos muestran que la custodia compartida facilita o incluso mejora la relación de los padres con sus hijos, tal como hemos visto anteriormente, y que además, facilita que los adultos reconstruyan su vida personal más rápidamente⁷⁰. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 19 de julio de 2007, reconoció que el sistema de custodia compartida: ‘*Evita el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la*

⁶⁷Aguilar, J. M., ‘El uso de los hijos en el proceso de separación: el síndrome de alienación parental’, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 2005, PP. 71-82.

⁶⁸ Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, P. 488.

⁶⁹ Poussin, G y Lamy, A., *op. cit.*, P. 48.

⁷⁰*Ibid.*, P. 51.

pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos⁷¹”.

A pesar de ser éste régimen el excepcional, frente al régimen de guarda exclusiva, encontramos algunas sentencias en las que se aprueba el régimen de guarda y custodia compartida, anteriores incluso a la introducción expresa de éste régimen en el CC, en las cuales se reconocen sus significativas ventajas. Destacan aquellas que se basan en criterios como el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores (SAP Madrid Sección 22ª, de 17 de septiembre de 2002), la estabilidad emocional del menor (SAP Castellón Sección 2ª, 14 de octubre de 2003), así como ser consecuencia de la petición del hijo menor de edad (SAP Valencia Sección 6ª, de 9 de marzo de 2000)⁷².

4.2.2. Inconvenientes

Son más las ventajas que los inconvenientes del régimen de guarda y custodia compartida. No obstante, el principal inconveniente que se encuentra a éste régimen es la inestabilidad que puede producir en la personalidad del menor el hecho de rotar periódicamente de casa del padre a casa de la madre. Algunos denominan a este suceso ‘*los niños lanzadera*’, ya que el hijo es ‘*lanzado*’ semanalmente de casa del padre a casa de la madre, siendo en muchas ocasiones manejado como un ‘*arma arrojadiza*’, como consecuencia de la mala relación de los padres tras la crisis matrimonial⁷³. En este sentido se pronunció la SAP de Jaén, 20 febrero 1998: ‘*No parece recomendable forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses permanecer con su madre. Quizás esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa de seguridad, hábitos y costumbres que no se alteren, debe llevarnos a considerar que por ahora es mejor para él que la guarda y custodia se confiera a la madre⁷⁴”.*

Asimismo, en la SAP de Girona, de 9 de diciembre de 2000, se descartó la sustitución de la custodia exclusiva por la compartida, por considerar que ésta última genera confusión y desorden, frente al referente tranquilizador y la identificación de un hogar familiar,

⁷¹Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 28, núm. 574/2007 de 19 de julio. Texto obtenido de <http://ala.org.es/sentencia-sobre-custodia-compartida/> (última consulta 04/03/2019).

⁷² Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, P. 43 1-433.

⁷³ García Gómez, V., ‘*Estudio sobre la custodia compartida*’, *Revista Jurídica de estudiantes de la universidad de Córdoba*, núm. 1, 2014, P. 15.

⁷⁴ Bermúdez Ballesteros, Mª del S., *op. cit.*, P.13.

proporcionado por la custodia individual⁷⁵. Sin embargo, encontramos también, aunque en menor cantidad, sentencias en las que se reconoce la custodia compartida, estableciendo que la exclusiva produce un evidente perjuicio al menor, puesto que no le permite disfrutar de manera equilibrada de padre y madre⁷⁶. Más recientemente se ha pronunciado la SAP de Asturias (2016) rechazando la custodia compartida por considerar que dicho sistema afectaría a la estabilidad emocional de la menor, ya que su voluntad era permanecer únicamente con la madre⁷⁷.

La proximidad geográfica se enmarca como uno de los requisitos útiles a la hora de ejercer la custodia compartida, tal como veremos en el siguiente apartado, con la finalidad de que el hijo crezca con unos mismos puntos de referencia: un solo colegio, los amigos del barrio, el parque de la plaza, la piscina municipal... lo cual facilitaría su periódica rotación entre padre y madre. No obstante, de este mismo punto pueden surgir inconvenientes como por ejemplo controlar el cuidado del menor ejercido por el otro progenitor o mayor facilidad para enterarse de que la ex pareja ha reconstruido su vida, lo cual suele aumentar la conflictividad entre los progenitores.

En la mayoría de los casos los padres apuestan por la custodia compartida como forma de continuar con la coeducación de su hijo, en atención al interés del menor. No obstante, también existen casos en los padres eligen este régimen porque ninguno es capaz de ceder ante el otro y prefieren dividirse el tiempo por mitades antes que otorgar al otro progenitor más tiempo con el menor. Por consiguiente, la mala relación de los ex cónyuges no finaliza el día en que se aprueba la custodia compartida, sino que los progenitores entrarán en una progresiva pugna por alcanzar una posición dominante en la vida de su hijo. Por esto mismo, hay muchos autores que sostienen que la custodia compartida incrementa la conflictividad entre los progenitores, lo que va a impedir que se configure el régimen de guarda y custodia compartida como el modelo perfecto.

De nuevo, POUSSIN y LAMY advierten que la guarda y custodia compartida es especialmente dura de afrontar para aquel cónyuge que ha sido abandonado, puesto que supone la prolongación del vínculo de los ex cónyuges (seguir viéndose regularmente). Asimismo, sostienen que la custodia compartida crea falsas esperanzas al menor,

⁷⁵ *Ibid*, P. 13.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 1999, 4941 (última consulta: 04/03/2019).

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 18 de abril de 2016. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2016\118896 (última consulta: 07/03/2019).

haciéndole creer que algún día sus padres volverán a estar juntos y todo volverá a ser como antes⁷⁸.

Numerosas sentencias judiciales han denegado la custodia compartida por considerar que no se trataba de la mejor opción para el interés del menor. Entre los criterios en los que se basaban las sentencias destacamos: la falta de mutuo acuerdo entre los progenitores, la residencia de los mismos en ciudades o incluso países distintos, la creación de trastornos o perjuicios para la estabilidad psicológica del menor, la corta edad del hijo, la invasión privada del otro cónyuge, o la existencia de un régimen de custodia exclusiva y de visitas más beneficioso para el hijo. Por ejemplo, la SAP de Asturias, de 31 de enero de 1998, atribuyó la custodia exclusiva al padre ya que la madre tenía problemas de alcoholismo, lo cual fue calificado por la sala como conducta especialmente perjudicial para el hijo⁷⁹.

4.3.Regulación: Análisis del artículo 92 CC

Tal como hemos visto, la regulación expresa de la guarda y custodia compartida vino determinada por la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. No obstante, hemos de mencionar que son muchas las críticas que ha recibido. En este sentido, autores como GUILARTE MARTÍN-CALERO sostiene que: *‘La regulación de la custodia compartida o alternativa recogida en los arts. 90 y 92 CC. es un ejemplo de mala técnica legislativa y de peor técnica jurídica; el legislador de 2005, al introducir el modelo de custodia compartida, se mostró más preocupado de regular en qué supuestos no debe acordarse tal sistema que de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que necesariamente deben concurrir para que prospere este régimen de guarda⁸⁰’*.

¿Quién puede solicitar la guarda y custodia compartida? En primer lugar, los padres podrán acordar este régimen en su convenio regulador o bien si a lo largo del procedimiento llegan a este acuerdo. El Juez deberá someter a control dicho convenio para asegurarse de que el interés del menor no se vea vulnerado, procurando la no separación de los hermanos y adoptando las cautelas que considere necesarias para el efectivo desarrollo de la custodia compartida, tras fundamentar su resolución (art. 92.5

⁷⁸ Poussin, G y Lamy, A., *op. cit.*, PP.58- 59.

⁷⁹ Bermúdez Ballesteros, M^a del S., *op. cit.*, P.19.

⁸⁰ Guilarte Martín-Valero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, P. 20.

CC). No obstante, tal como hemos visto anteriormente, las medidas pueden ser objeto de modificación si se dan cambios sustanciales que lo justifiquen, permitiendo la transformación del régimen de custodia compartida al de atribución exclusiva a uno de los progenitores.

En todo caso, antes de adoptar cualquier régimen el Juez debe contar con un informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores, bien porque tengan juicio suficiente o bien porque lo ha solicitado el propio menor, el Fiscal o los miembros del Equipo Técnico Judicial. También deberá el Juez valorar tanto las alegaciones de las partes, la prueba practicada, así como la relación que los padres tuvieron entre ellos y con los hijos, con el fin de determinar la idoneidad del régimen en cada situación concreta (art. 92. 6 CC).

Nunca se aprobará la custodia compartida cuando el padre o la madre se encuentre incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, libertad, integridad física, moral o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos; ni tampoco cuando existan indicios de violencia doméstica (art. 92.7 CC). Este apartado de la ley será estudiado más detenidamente en un apartado independiente.

Además, de manera excepcional, el Juez podrá aprobar este régimen en defecto de convenio, cuando haya sido solicitado por un solo progenitor, siempre que sea la única manera de salvaguardar el interés superior del menor. No obstante, en estos casos, el tribunal deberá recabar informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 92. 8 CC).

Tal como hemos visto, la regla general para que la guarda y custodia sea concedida es que dicho régimen sea solicitado de común acuerdo por ambos progenitores (art. 92.5 CC). No obstante, el apartado 8 de dicho artículo establece como regla excepcional la concesión de la custodia compartida solicitada por un solo progenitor. Así, en estos casos el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida, a instancia de una de las partes, en virtud del interés superior del menor, siempre y cuando cuente con un informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 92.8 CC). Sin embargo, el inciso '*favorable*' al que se refiere la ley fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 185/2012, de 17 de octubre, en la cual se reconoce el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal. La doctrina mayoritaria se ha mostrado también contraria a la necesidad de dicho informe del Ministerio Fiscal como requisito para que el Juez pueda conceder la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor. Sus argumentos son dos: el primero, que dicha exigencia legal choca con el art. 117.1 CE, en virtud del cual los jueces tienen poder para resolver

cualquier cuestión de manera independiente, estando sometidos únicamente al imperio de la ley. Y en segundo lugar, el poder de los jueces de adoptar las medidas que consideren oportunas y más beneficiosas para el menor, incluso si hay informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Ellos mismos consideran que el Juez ha de tener en cuenta el informe en la toma de su decisión, pero no debe ser el presupuesto fundamental, ya que sostienen que la guarda y custodia de los hijos tiene como punto de partida el art. 39.2 y 39.4 CE y la LOPJM. En base a esto, aunque el informe del Ministerio Fiscal sea desfavorable, el Juez deberá atender al principio rector, al interés superior del menor, pudiendo dar lugar a situaciones en las que existiendo informe desfavorable, el Juez apruebe la custodia compartida. En conclusión, el informe del Ministerio Fiscal no puede restringir la capacidad jurisdiccional del Juez, sino que cumple más bien con una función auxiliadora⁸¹.

Finalmente, el Juez podrá solicitar dictamen de especialistas con el fin de verificar la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia (art. 92.9 CC).

En resumen, únicamente cabe admitir la custodia compartida cuando exista consenso entre los progenitores, y excepcionalmente cuando lo solicite solo uno de ellos.

4.4. Factores legales, específicos para la guarda y custodia compartida, de atribución de la guarda y custodia de los hijos

La guarda y custodia compartida no puede ser aplicada ante cualquier ruptura matrimonial. Para su implementación habrán de cumplirse unos factores que a continuación voy a desarrollar. En la STS de 8 de octubre de 2009 siguiendo los precedentes de Derecho comparado al respecto, y ante el silencio de nuestro Código civil, el TS estableció los criterios que debían tenerse en cuenta a la hora de acordar el régimen de custodia compartida y que son:

- *''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;*

⁸¹ Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, P. 443.

- *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;*
- *Cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven⁸²''.*

Antes de entrar en profundidad sobre varios de los factores nombrados, recordamos que se entiende por el interés superior menor, ya que se trata del criterio rector de todas las resoluciones judiciales relativas a los menores.

4.4.1. El interés superior del menor

Este concepto ya ha sido estudiado anteriormente. Simplemente recordar que el interés superior del menor, concepto también conocido como '*favor filii*', tiene prevalencia en el tráfico jurídico sobre cualquier otro interés legítimo, incluido el de los progenitores. Como hemos mencionado en páginas anteriores, se trata de un concepto indeterminado, no definido por las normas jurídicas de Derecho de Familia, siendo cambiante en función del tiempo y sociedad en la que nos encontremos. Por tanto, deberá ser aplicado en atención a las condiciones personales y familiares de cada caso concreto planteado. No obstante, lo que sí resulta claro es que la configuración del interés superior del menor se encuentra estrechamente relacionada con el desarrollo de su personalidad, dirigida a su integración social⁸³.

Con la entrada en vigor de la LOPJM se alcanza el momento culminante de la protección del interés superior del menor. Esta ley surge como consecuencia de una nueva inquietud de la sociedad por el trato otorgado a los menores de edad. Así, a partir de este momento la protección del menor se centra en la concesión a éste de autonomía, situando como eje de su protección la atención a sus necesidades.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 623/2009 de 8 de octubre. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2009, 4606 (última consulta: 04/03/2019).

⁸³ Cruz Gallardo, B., *loc. cit.*

En el contexto de la custodia compartida, el interés del menor se refiere a la posibilidad de que el menor se relacione con ambos progenitores, sin perder el contacto directo con ninguno de ellos, como consecuencia de la crisis matrimonial. Además, ZANÓN MASDEU distingue entre el interés moral y el interés material. Así, el interés moral se refiere a la formación psicológica, emocional y educativa del menor; mientras que el interés material haría referencia a la posición económica de sus padres, como criterio para decidir con cuál de los dos convivirá el menor. De este modo, el autor considera que aunque el interés moral tiene más importancia que el material, lo ideal a la hora de atribuir la guarda y custodia del menor sería la combinación de ambos⁸⁴.

4.4.2. Relación de los progenitores entre sí

Debe de existir un mínimo de entendimiento entre padre y madre para que la atención y los cuidados proporcionados a los hijos se den de manera eficaz. Para que esto suceda la relación entre los progenitores se debe caracterizar por un bajo nivel de conflictividad y su buena predisposición. Por tanto la afinidad es un factor que debe estar presente no solo al inicio del régimen de guarda y custodia compartida sino también durante su funcionamiento⁸⁵. Además, la jurisprudencia exige que la relación entre los padres sea cordial, basada en el entendimiento y diálogo fluido, con un proyecto común de educación y formación del hijo, en el cual las líneas de actuación estén bien definidas. En este sentido se pronunció el TS en la Sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014, en la cual estableció que: ‘*No era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba*⁸⁶’.

Se trata pues de un factor esencial puesto que si existe dicha predisposición entre los padres, será más fácil resolver los problemas que puedan surgir con los hijos, en un régimen de custodia compartida. La ausencia de dicha predisposición produciría un enfrentamiento constante entre los padres, provocados por diferentes estilos educativos, lo cual haría imposible la implantación del régimen de custodia compartida.

En este sentido se pronunció la Instrucción núm. 1/2006, de 8 de marzo, emitida por la Fiscalía General del Estado, estableciendo que antes de decidir el régimen de guarda y

⁸⁴ Zanón Masdeu, L., *op. cit.*, P.41.

⁸⁵ Lathrop Gómez, F., *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La ley, Madrid, 2008, P. 445.

⁸⁶ Gómez Megías, A. M., ‘La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida’, *Noticias Jurídicas*, 2016 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> última consulta 25/02/2019).

custodia compartida, el Juez no solo deberá llevar a cabo determinados actos procesales (oír a los menores, recabar informe del Ministerio Fiscal) sino que además deberá valorar la relación mantenida entre los progenitores⁸⁷.

4.4.3. Respeto de los períodos temporales

Los padres tienen el deber de cumplir escrupulosamente con los periodos de tiempo asignados a cada uno. Ya que el régimen de guarda y custodia compartida se basa en el reparto equitativo del tiempo de convivencia del hijo con cada uno de los padres, se tiende a pensar que esto quiere decir que el menor pasará el 50% del tiempo con su padre y el otro 50% del tiempo con su madre. No obstante, no hay un concepto único, sino que se utiliza la expresión custodia compartida para designar aquellas situaciones en las que el hijo pasa más de un 40% del tiempo con sus padres. En este sentido encontramos jurisprudencia reciente en la que se resalta que la custodia compartida no conlleva un reparto igualitario del tiempo sino que lo que se trata es de lograr una distribución lo más igualitaria posible y adaptar la convivencia del menor a la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

En este sentido cabe destacar la STS núm. 630/2018 de 13 de noviembre, en la cual se aprueba la guarda y custodia compartida, estableciendo que las dos hijas vivirán con la madre entre semana y los fines de semana con el padre, siempre quedando perfectamente delimitado para que se respeten los horarios escrupulosamente: *“ La patria potestad así como la guarda y custodia serán compartidas por ambos progenitores de tal manera que, atendiendo al especial deseo de las hijas y estando siempre presente el interés más necesitado de protección que es el de las menores, velando siempre por su bienestar, Valentina y Verónica, vivirán con la madre los días lectivos de la semana y los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo con el padre. Los festivos y puentes se unirán al fin de semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano (que se divide en dos periodos iguales que se corresponde con 15 días en julio y 15 días en agosto) correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y al padre los años impares”*.

⁸⁷Fiscalía General del Estado, Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_01_2006.html; última consulta 25/02/2019).

"Día del cumpleaños del padre/madre: lo disfrutarán las hijas este día con cada uno de 5 a 8.30 de la tarde...Día del cumpleaños de Verónica y Valentina: lo disfrutarán un año con el padre y otro con la madre...Primera comunión: ambos progenitores acuerdan que las menores recibirán las catequesis a tal efecto y acudirán a la ceremonia religiosa correspondiente el padre y la madre. Dado que se realiza en fin de semana, en caso de ser sábado, la madre podrá estar con la niña el día siguiente (domingo) desde las 11 de la mañana hasta las 8 de la tarde y poder disfrutar con su hija, en caso de desearlo, la celebración que estimase conveniente; si recayera en domingo, podrá estar con la hija ese mismo día de 6 a 9 de la noche⁸⁸".

De igual manera se considera aprobada la custodia compartida en la STS núm. 30/2019 de 17 enero, caso en el cual se atribuye al padre la custodia los fines de semana alternos así como los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas pernoctando con él, con el deber de reintegrarlos al colegio al día siguiente; estableciendo que: *'El hecho de que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores⁸⁹'.*

4.4.4. Capacidad para su ejercicio

Esta capacidad se refiere a la de los padres para desarrollar favorablemente el cuidado y atención a sus hijos. Así, de acuerdo con la STS de 17 de febrero de 2017, esta capacidad se refleja en la convivencia familiar, más concretamente en la colaboración de los progenitores durante el cuidado de sus hijos; así como su capacidad de diálogo suficiente sobre cualquiera de las cuestiones diarias del hijo, apoyándose en el respeto y la colaboración mutua⁹⁰.

Así, cuando la custodia compartida sea atribuida en virtud del punto octavo del art. 92 CC (recordamos que se refería a aquellas situaciones en las que el Juez asigna el régimen de guarda y custodia compartida por solicitud de un solo padre y no ambos) el Juez deberá

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 630/2018 de 13 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\4930 (última consulta: 20/02/2019).

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 30/2019 de 17 enero. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\98 (última consulta 20/02/2019).

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2017 de 17 de febrero. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\483 (última consulta: 15/02/2019).

comprobar que los progenitores cuentan con la capacidad necesaria para desarrollar dicho régimen.

4.4.5. Proximidad geográfica

Se trata de un requisito material que, tal y como hemos visto anteriormente en las ventajas e inconvenientes del régimen, permite a los hijos mantener unos puntos de referencia esenciales para su bienestar y estabilidad emocional, como por ejemplo: mismos amigos, mismo parque en el que jugar, mismo colegio...

Existe unanimidad doctrinal en este punto, en el sentido que se considera que la proximidad geográfica de los domicilios de los progenitores tiene una fuerte influencia en la atribución de dicho régimen. Es más, la jurisprudencia considera que será inviable la custodia compartida en aquellas situaciones en las que exista lejanía entre los domicilios⁹¹.

No obstante, hemos de tener en cuenta, que para aquellos casos en los que se dé la imposibilidad de proximidad de domicilios, cabe la opción de adjudicar la custodia compartida mediante la aprobación de los denominados ‘‘periodos de alternancia lectivos y no lectivos’’, en virtud de los cuales el menor convivirá con un progenitor durante el periodo escolar y con otro las vacaciones, pudiendo así disfrutar de las mismas ventajas de las que disfruta el menor cuando existe proximidad geográfica de domicilios, que acabamos de ver: amigos, colegio, actividades extraescolares, entre otras. Este sistema basado en periodos de alternancia tiene sus inconvenientes ya que al final la distribución del tiempo con el hijo no es absolutamente equitativa y además el padre que conviva con el menor durante el periodo escolar tendrá que hacer frente a un estado emocional del menor más duro que aquel que disfruta de su compañía en los periodos de vacaciones. Sin embargo, tal como hemos venido afirmando, la finalidad de la guarda y custodia compartida no es otra que distribuir las funciones de la patria potestad en un plano de igualdad y adoptar las decisiones que afecten a los menores de común acuerdo⁹².

4.4.6. Voluntad del menor

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 566/2017 de 19 de octubre. Texto obtenido de <https://www.noguerasabogados.es/custodia-compartida-distancia-domicilios/>: RJ 2017/4485 (última consulta: 04/03/2019).

⁹² Cruz Gallardo, B. *op.cit.*, P. 501.

No se trata de un requisito determinante a la hora de que el Juez valore la idoneidad de la custodia compartida, no obstante es uno de los factores que deberá tener en cuenta a la hora de tomar su decisión final⁹³, ya que la audiencia del menor aparece recogida en los arts. 92.2 CC y 154.5 CC, así como en el art. 9 de la LOPJM. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en ocasiones la opinión de los menores puede verse condicionada por uno de los progenitores⁹⁴.

4.4.7. Corresponsabilidad parental y coparentalidad

Estos dos principios de Derecho de Familia, que ya hemos explicado anteriormente, se encuentran relacionados, de tal forma que la coparentalidad permite que se desarrolle la corresponsabilidad. Para la adjudicación del régimen de custodia compartida, los progenitores deben conocer el significado de ambos principios y estar dispuestos a aplicarlos en la práctica familiar. En resumen, la corresponsabilidad parental en la custodia compartida no quiere decir que los progenitores compartan periodos de tiempo idénticos con el menor, sino que lo que comparten, tal como venimos repitiendo, es la igualdad en el cuidado y la atención, así como en el resto de funciones de la patria potestad⁹⁵.

En esta línea debemos mencionar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 14.8 reconoce la necesidad de que los poderes públicos establezcan medidas que concilien la vida laboral con la personal y familiar de hombres y mujeres, y fomente la corresponsabilidad de los progenitores en las tareas domésticas y la atención familiar⁹⁶.

4.4.8. Conciliación de la vida laboral y familiar

Hemos visto que tradicionalmente la custodia se atribuía exclusivamente a la madre, ya que era la que disponía de más tiempo para dedicarse plenamente al cuidado y educación del hijo, puesto que ella se quedaba en casa mientras el padre trabajaba fuera de casa. No obstante, como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral se pone fin a la vinculación de la mujer con las tareas del hogar y del padre a la obtención de

⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 16 marzo. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 2018\1177 (última consulta 27/01/2019).

⁹⁴ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 126/2018 de 27 de septiembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018\5634 (última consulta: 29/01/2019).

⁹⁵ Lathrop Gómez, F., *op. cit.*, P. 521.

⁹⁶ Cruz Gallardo, B., *op. cit.*, P. 502.

medios económicos para la subsistencia de la familia. Tal como establece CRUZ GALLARDO, ante esta situación es necesario que los poderes públicos establezcan medidas encaminadas a conseguir que hombres y mujeres compartan las tareas del hogar y concilien el cuidado de personas dependientes con la actividad laboral que desempeñen. Junto a la ley que acabamos de ver en el párrafo anterior (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), cabe destacar en este sentido la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, encaminadas a facilitar la vida laboral de los progenitores con el cuidado de sus hijos menores de edad⁹⁷.

Encontramos numerosos ejemplos jurisprudenciales en los que estos factores que hemos visto son tenidos en cuenta por los tribunales a la hora de decidir la adopción del régimen de guarda y custodia compartida. En este sentido destacamos la STS núm. 30/2019 de 17 enero, en la que se establece lo siguiente: *“Se considera que el régimen de guarda y custodia compartido resulta ser el más adecuado, pues los progenitores residen en domicilios próximos en la misma localidad, los dos cuentan con el apoyo de sus familias extensas, poseen buenas capacidades parentales, habiendo estado ambos implicados en la crianza y educación de los menores, y cuentan entre ambos de un entendimiento mínimamente razonable”*⁹⁸.

4.5. Supuestos de exclusión de la guarda y custodia compartida

Hasta ahora hemos estudiado cuales son los factores que deben darse para que los progenitores puedan ejercer la custodia compartida. A continuación encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición judicial de guarda y custodia compartida. Conforme al art. 92.7 CC, cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal, el cual haya sido 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 existan indicios fundados de violencia doméstica, se prohíbe tajantemente aprobar el régimen de guarda y custodia compartida.

Observamos que este apartado se caracteriza por la imprecisión del texto. PINTO ANDRADE, sostiene que la expresión *“incurso en un proceso penal iniciado por*

⁹⁷ Cruz Gallardo, B., *loc. cit.*

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 30/2019 de 17 enero. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\98 (última consulta 20/02/2019).

atentar...” podría dar lugar a actos de mala fe, en los que uno de los cónyuges tratara de frenar la aprobación de la custodia compartida mediante una simple denuncia, ya que el legislador establece que la mera imputación de hechos resulta suficiente, sin exigir el procesamiento o la inculpación⁹⁹. Además, en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia (noviembre de 2005) se adoptó una interpretación consensuada sobre el presente párrafo del artículo, estableciéndose que dicha prohibición se aplicaría cuando existieran meros indicios de delito, sin ser necesaria la existencia de un proceso penal. Asimismo, hicieron extensiva la prohibición a la existencia de indicios de violencia doméstica¹⁰⁰.

Con respecto a esta última, el término incluido en la ley incluye tanto la que es ejercida por un cónyuge contra el otro, así como la que es ejercida por un progenitor sobre el menor. En lo referente a la violencia de género se pronunció el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo el 9 de enero de 2005, quién excluyó la custodia compartida de los padres debido al: *“ Evidente perjuicio que suponía para el menor vivir en un ambiente de violencia, del que constituyen víctimas indirectas¹⁰¹ ”*. Además, es doctrina del TS, que la custodia compartida conlleva como presupuesto la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que no perjudiquen el desarrollo emocional del menor y que permita la adopción de un proyecto más o menos sobre la educación del mismo¹⁰². Asimismo, el art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que: *“La vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia”*.

No obstante, si ambos progenitores estuvieran incluidos en alguna de las causas de exclusión de la guarda y custodia, el Juez la atribuirá a los familiares o personas allegadas que considere más idóneos para su ejercicio salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, presentando atención además a los hechos particulares, la duración de la pena,

⁹⁹ Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, Ed. Bosch, 2009, P. 71.

¹⁰⁰ “Conclusiones sobre las reformas del derecho de familia”, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, *Revista Baylio*, Madrid 2005, P. 3.

¹⁰¹ Sentencias del Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo, de 9 de enero de 2005. Texto obtenido de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> (última consulta: 05/03/2019).

¹⁰² Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2013, de 16 de febrero y 21 de octubre 2015. Texto obtenido de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> (último acceso: 05/03/2019).

reincidencia y peligrosidad de los progenitores, el Juez entienda que debe ser otorgada a éstos o alguno de ellos, quedando sujeta a seguimiento judicial. En defecto de todos ellos, será ejercitada por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores¹⁰³.

Finalmente, destacar que encontramos también varios supuestos, como el contemplado en la STS 40/2018 de 1 de noviembre, en el que a pesar de darse los factores que hemos visto anteriormente, como por ejemplo proximidad geográfica de domicilios, disponibilidad horaria o apoyos familiares, el régimen de guarda y custodia compartida queda excluido, atribuyéndose la custodia exclusiva a la madre en base a la temprana edad del menor, puesto que se considera que es más conveniente para el interés del menor la convivencia del mismo con la madre. Así, queda recogido en la propia sentencia: ‘‘*Fernando, por su corta edad, necesita rutina y estabilidad, no recomendándose, por ello, grandes cambios en su vida cotidiana, siendo prematuro, en estos momentos, iniciar una custodia compartida*¹⁰⁴’’. Por tanto, además de los supuestos legales de exclusión, el Juez podrá excluir el régimen de guarda y custodia, por diversos motivos que hemos mencionado en los inconvenientes: falta acuerdo entre los progenitores, la residencia de los progenitores en ciudades o incluso países distintos o la creación de trastornos o perjuicios para la estabilidad psicológica del menor, entre otros muchos.

Se trata en definitiva de acreditar que, en el caso concreto, la custodia compartida no es el sistema que mejor se adapta al interés del menor¹⁰⁵.

4.6. Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida

A continuación estudiaremos algunas de las consecuencias que se derivan de una ruptura matrimonial, específicamente cuando se adopta el régimen que venimos estudiando.

Con la aprobación de la custodia compartida habrá que decidir qué va a ocurrir con los elementos que los cónyuges tenían en común, es decir, quién de los dos se quedará con la vivienda familiar, quién y en qué proporción deberá pagar los gastos del menor, así como

¹⁰³ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Ministerio de Justicia.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 40/2018 de 1 de noviembre. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial (última consulta 25/02/2019).

¹⁰⁵ Costas Rodal, L., ‘‘ Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016’’. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, P. 4.

la concreta distribución del tiempo que el menor habrá de pasar con cada uno de los progenitores. Tal como vamos a ver, las opciones son diversas, por lo que el Juez deberá valorar cada caso concreto, en protección del interés superior del menor.

4.6.1. El derecho de visitas

El derecho de visitas en el sistema de custodia compartida cumple con una función reparadora, ya que permite mantener los lazos afectivos del menor con ambos progenitores, en los periodos de no convivencia; puesto que recordamos que el padre sujeto a régimen de visitas sigue teniendo la obligación de velar por su hijos, alimentarlo, educarlo y cuidarlo.

Recordamos aquí lo visto anteriormente sobre el ‘‘síndrome de alienación parental’’, siendo aquellos supuestos en los que el progenitor no custodio es privado de su régimen de visitas como consecuencia de la mala influencia ejercida por el progenitor custodio, de tal forma que el menor manifiesta no querer ver a su padre. Encontramos en este sentido, un caso desarrollado ante los tribunales de Dinamarca, en el cual un hijo manifiesta no querer ver a su padre, influenciado por la madre. El padre alega violación de su derecho a una vida familiar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, el cual se pronuncia estableciendo que: *‘‘ El derecho-deber de visitas puede ser suspendido aun por tiempo indeterminado, cuando el menor manifieste contra él, aun en razón de la influencia ejercitada por las personas que le circundan, sentimientos radicales de rechazo y repulsa, debiendo reconocerse prioridad absoluta al derecho del menor a la serenidad personal y familiar y a su bienestar psicológico integral¹⁰⁶’’*.

No obstante, a partir del caso Flholz contra Alemania, en 2002, el tribunal reconoció la violación de los derechos de un padre al que se priva del régimen de visitas cuando su hijo es víctima del síndrome de alienación parental, estableciendo la obligación de todo estado de proteger a sus ciudadanos de la violación de sus derechos, así como el deber de indemnizarles los daños y perjuicios sufridos. En España los tribunales han reconocido también esta situación en varias ocasiones: SAP de Murcia (Sección 1ª) de 3 de julio de 2006 y la SAP de Madrid (Sección 24) de 15 de febrero de 2006¹⁰⁷.

4.6.2. La prestación de alimentos a los hijos

¹⁰⁶ Marín García de Leonardo, M. T., *op. cit.*, P-14.

¹⁰⁷ *Id.*

Con respecto al derecho de alimentos, en primer lugar recordar que ante una crisis matrimonial los padres mantienen sus obligaciones para con sus hijos (art. 92.1 CC). Conforme al art. 146 CC, la cuantía de los alimentos se establece de manera proporcional a los recursos económicos de quien los da, así como las necesidades de quién debe recibirlos. En el caso de la custodia ocurre lo mismo, es decir, podrá establecerse una pensión alimenticia en el supuesto en que exista desequilibrio económico entre los progenitores. El Juez determinará en todo caso la proporción en que cada progenitor deberá contribuir (art. 93 CC).

Lo habitual es que los progenitores satisfagan directamente los alimentos del menor durante el periodo en que el mismo conviva con cada uno de ellos, sin establecerse obligación de abonar pensión de alimentos. De igual forma, los gastos ordinarios suelen repartirse entre los padres al 50% y los extraordinarios se distribuyen también en partes iguales, con independencia de con quién se encuentre el menor¹⁰⁸. En este sentido se pronuncia el TS estableciendo la supresión de la pensión de alimentos cuando el régimen adoptado sea el de custodia compartida: *“ No se fijará pensión de alimentos para las hijas dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención y vestido durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios derivados de la educación de Valentina y Verónica (gastos por actividades extraescolares, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos) deben ser satisfechos al cincuenta por ciento por ambos progenitores¹⁰⁹”*. La razón de ser de la habitualidad de este sistema es que puesto que la custodia compartida suele conllevar el reparto igualitario de tiempo, se entiende que los gastos deben de seguir esa misma regla.

Por lo tanto, los gastos ordinarios serán, por lo general, asumidos por el progenitor que se halle en compañía del menor, mientras que para los gastos extraordinarios autores como PINTO ANDRADE, aconsejan la creación de un fondo en el que ambos progenitores participen en proporción a su capacidad económica¹¹⁰.

Esta es pues la regla general cuando ambos padres tienen similares recursos económicos. Ahora bien, ¿Qué sucede en el caso en que exista un desequilibrio económico entre los progenitores? ¿Deberán repartirse también los gastos al 50%? En la STS de 11 de febrero

¹⁰⁸ Costas Rodal, L., *op. cit.*, P. 1.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 630/2018 de 13 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\4930 (última consulta: 20/02/2019).

¹¹⁰ Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, P. 87.

de 2016, el tribunal responde a estas preguntas, en un caso en el que la madre carecía de ingresos económicos: *“El cumplimiento de la obligación de alimentos resulta incondicional y existe con independencia del sistema de organización de la custodia de los menores pues éstos tienen unas necesidades a las que hay que subvenir. La de pagar alimentos a los hijos menores es la materialización de la obligación de mantenimiento que pesa sobre ambos progenitores por aplicación del artículo 154 CC, precepto que recoge parte de los derechos y obligaciones de los progenitores con respecto a los hijos no emancipados. Ahora bien, si uno de ellos no puede atender al cumplimiento de esa obligación por falta de recursos económicos, la obligación recaerá exclusivamente sobre el otro, que sí dispone de esos recursos, pues la obligación de alimentar a los hijos no cesa por más que durante ciertos períodos del año los menores habiten en compañía del otro progenitor, y todo ello porque el ejercicio de la patria potestad es inexcusable para sus progenitores¹¹¹”*. Por lo tanto, siendo similares los recursos económicos de los progenitores cada uno de ellos proporcionará la atención alimenticia al menor cuando conviva con él; no obstante existirá obligación de abonar alimentos, a pesar de no convivir durante ese tiempo con el menor, cuando exista desequilibrio económico entre los padres.

4.6.3. La atribución de la vivienda familiar

Finalmente vamos a resolver la cuestión de la vivienda familiar. De acuerdo con el art. 96 CC, la vivienda corresponderá en defecto de acuerdo, al progenitor que conviva con el menor. Observamos que este precepto está pensado para los supuestos de atribución exclusiva ya que el modelo ideal en el régimen de guarda y custodia compartida sería lo que se conoce como *“casa nido”*, es decir, que los hijos menores permanezcan en la vivienda familiar y sean los progenitores los que roten en función del tiempo asignado de convivencia con el menor. No obstante, éste modelo se reconoce en muy pocas ocasiones puesto que puede dar lugar a numerosos conflictos entre los progenitores: diferencias de organización y desorden, la desaparición de pertenencias durante el periodo ausente del hogar familiar, o incluso encontrar objetos de una nueva pareja del ex cónyuge. Aun así, autores como CRUZ GALLARDO consideran que lo establecido en el art. 96 CC no resulta de aplicación para el caso de la custodia compartida, por el conflicto que genera en la práctica dicha distribución, por los elevados gastos que supone el mantenimiento de la vivienda familiar al mismo tiempo que un domicilio propio para los periodos en los

¹¹¹ Costas Rodal, L., *op. cit.*, P. 6.

que no corresponde la convivencia con el menor, así como por la falta de criterios de aplicación del derecho de uso de la vivienda familiar para este régimen en la Ley 15/2005¹¹².

No obstante, el modelo elegido mayoritariamente por la jurisprudencia viene siendo aquel en el que se atribuye la vivienda familiar a uno de los progenitores, teniendo como fundamento la existencia de desequilibrios económicos entre los progenitores, y por tanto la necesidad de uno de ellos de una vivienda digna y adecuada donde poder convivir con el menor en el periodo que le corresponda¹¹³. Sin embargo, estos supuestos se reconocen con una limitación temporal. En este sentido se pronuncia el TS: *‘En caso de atribución de la custodia compartida a ambos progenitores, no procede la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar a uno de ellos, si no que tal uso debe ser limitado hasta que se produzca la división de la cosa común y, en todo caso, por un periodo máximo, que en este supuesto se determina en 2 años a partir de la sentencia de casación; momento a partir del cual se llevará a cabo una utilización alternativa por seis meses de dicho domicilio familiar, y así sucesivamente hasta la liquidación del condominio¹¹⁴’*.

Tal como estableció la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, la Ley 15/2005 refleja una falta de adaptación a la realidad social, ya que únicamente contempla los criterios a seguir en el caso en que entre los progenitores exista capacidad económica suficiente. Ante esto, deberá ser el Juez quien una vez más deba elaborar una apreciación de las circunstancias para decidir sobre la asignación de la vivienda familiar, atendiendo al interés del más necesitado de protección y a las circunstancias de cada caso concreto: capacidad económica de los progenitores o disposición/dificultad de adquirir una segunda vivienda¹¹⁵.

5. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado sobre el régimen de guarda y custodia compartida destacamos las siguientes conclusiones:

¹¹² Pinto Andrade, C., *op. cit.*, P. 85.

¹¹³ Álvarez Olalla, M. ‘Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida’. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 36/2018 de 10 de enero. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial.

¹¹⁵ Marín García de Leonardo, M. T., *op. cit.*, P-33.

- 1) Se trata de una forma de ejercer las funciones inherentes a la patria potestad, y más específicamente el cuidado, la alimentación, la educación y formación de los hijos menores de edad ante una ruptura matrimonial.
- 2) Se trata de un régimen excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, siendo la regla general la custodia exclusiva.
- 3) No obstante, se ha propuesto reformar nuestro ordenamiento, mediante la inclusión de un nuevo artículo, el 92 bis CC, a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, el cual tendrá por objeto: *“Introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y preferencias por la custodia monoparental, debiendo ser el Juez en cada caso concreto quien determine si es mejor un régimen u otro y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales¹¹⁶”*.
- 4) Conforme a la regulación vigente, el régimen de custodia compartida se reconoce en dos supuestos: En primer lugar, cuando los progenitores lo solicitan conjuntamente o cuando llegan a dicho acuerdo a lo largo del procedimiento; y en segundo lugar, cuando solo uno lo solicita al Juez y éste obtiene informe del Ministerio Fiscal.
- 5) La concesión no es automática sino que el Juez deberá cumplir con una serie de trámites: oír a los menores, informe del Ministerio Fiscal, valorar las alegaciones, las pruebas, etc.
- 6) En mi opinión, el art. 92 bis CC introduce un gran avance, puesto que permite la adopción del régimen de guarda y custodia compartida incluso cuando no ha sido solicitado por ningún progenitor. En la regulación vigente, el Juez bajo ningún concepto puede establecer la custodia compartida si a ningún progenitor le interesa, mientras que en la propuesta por la reforma sí sería posible, en caso de ser requerido en el caso concreto para la protección del interés superior del menor.
- 7) El nuevo artículo aumenta considerablemente el papel del Juez en la aprobación del régimen de custodia compartida. El interés del menor debe ser el principio rector de cada procedimiento, no siendo posible reconocer como regla general (tal como establece

¹¹⁶ Apartado V, párrafo segundo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Ministerio de Justicia.

nuestra regulación vigente) un régimen u otro, puesto que cada caso es único y particular. Opino que la elección de dicho régimen por el Juez, sin que ningún progenitor lo haya solicitado, podría dar lugar a situaciones conflictivas, ya que se les obligaría a una situación no querida por ellos. No obstante, el Juez deberá centrarse en lo que resulte más ventajoso para el menor en cada una de las situaciones, no aprobando por tanto dicho régimen si advirtiera que de la aprobación pudieran derivarse conflictos y tensiones; teniendo además en cuenta que en cualquier momento podría él mismo modificar el régimen por la atribución de la custodia a un solo progenitor.

8) Considero que el régimen de guarda y custodia compartida puede resultar a priori el más idóneo para la protección del interés del menor, puesto que le permite disfrutar de ambos progenitores de una manera más o menos igualitaria, pero que sin embargo, su aprobación requiere una profunda implicación de los jueces en cada caso concreto, ya que son ellos los que deben estudiar cada situación concreta buscando lo más beneficioso para el menor.

9) Finalmente, el citado Anteproyecto propone reformar no sólo el CC sino también la LEC, ciertas leyes del Registro Civil, así como la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Son abundantes las situaciones en las que lo más conveniente para el menor sería la custodia compartida, pero en las que sin embargo, su aprobación no es posible al no ser propuesta por ninguno de los progenitores. Así, el art. 92 bis CC permite dar respuestas a los constantes cambios de nuestra sociedad; y sin establecer la custodia compartida como régimen prevalente, permite que el Juez lo adopte, de oficio, cuando, tras analizar el caso concreto lo considere oportuno y necesario para la protección del interés superior del menor.

6. BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA:

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 126/2018 de 27 de septiembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018\5634 (última consulta: 29/01/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), núm. 574/2016 de 7 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2017\21254 (última consulta: 07/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), núm. 553/2012 de 31 de octubre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2013\185198 (última consulta: 07/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 11 de noviembre de 1999. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 1992\1565 (última consulta 01/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6º) de 22 de abril de 1999. Texto obtenido de la base datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 1999, 4941 (última consulta 04/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 18 de abril de 2016. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2016\118896 (última consulta: 07/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) núm. 698/2017 de 13 de julio. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2018\75700 (última consulta: 07/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 775/2016 de 20 de octubre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2016\264505 (última consulta: 02/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 16 marzo. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: AC 2018\1177 (última consulta 27/01/2019).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 28, núm. 574/2007 de 19 de julio. Texto obtenido de <http://ala.org.es/sentencia-sobre-custodia-compartida/> (última consulta 04/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de abril de 2012. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2012/6105 (última consulta: 07/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de octubre de 2017. Texto obtenido de <https://www.noguerasabogados.es/custodia-compartida-distancia-domicilios/> (última consulta: 04/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 4575/2015, de 9 de noviembre y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 13/2017, de 13 de enero. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial (última consulta 04/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 194/2018 de 6 de abril. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018\1430 (última consulta: 04/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 623/2009 de 8 de octubre. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2009, 4606 (última consulta: 04/03/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2017 de 17 de febrero. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\483 (última consulta: 15/02/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 40/2018 de 1 de noviembre. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial (última consulta 25/02/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 36/2018 de 10 de enero 2018. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 630/2018 de 13 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\4930 (última consulta: 20/02/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 30/2019 de 17 enero. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\98 (última consulta 20/02/2019).

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2013, de 16 de febrero y 21 de octubre 2015. Texto obtenido de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> (última consulta 05/03/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 83/2002, de 30 de abril. Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2002\157148 (última consulta 03/03/2019).

Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo, de 9 de enero de 2005. Texto obtenido de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> (última consulta: 05/03/2019).

OBRAS DOTRINALES:

Aguilar, J. M., ‘El uso de los hijos en el proceso de separación: el síndrome de alienación parental’, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 2005, P. 71-82.

Álvarez Olalla, M. (2018). ‘Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida’, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018.

Bermúdez Ballesteros, Mª del S., ‘criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial’, *Aranzadi Civil*, vol. I, tomo X, Ed. Aranzadi, 2001, P.1860.

Calvo Cabello, J. L., *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1982. P. 333.

Castro Lucini, F., *Temas de derecho de Familia*. Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarias y Registros de la Propiedad, Ed. AGISA, Madrid, 1989, P.379.

Chaparro Matamoros, P., ‘El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre’. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3, 2015 (disponible en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/6>; última consulta 24/02/2019).

‘Conclusiones sobre las reformas del derecho de familia’, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, *Revista Baylio*, Madrid 2005, P. 3 (disponible en <https://docplayer.es/4569315-1-en-relacion-con-la-necesidad-de-establecer-una-jurisdicion-especializada-en-derecho-de-familia-y-de-la-persona.html>; última consulta 25/02/2019).

Costas Rodal, L., ‘Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016’. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, Ed. Aranzadi, 2016.

Cruz Gallardo, B., *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

De la Cámara, M., *La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia*, Boletín Información del Colegio Notarial de Granada, separata 9, 1986, P. 7.

Delgado de Miguel, JF. (2001). *Instituciones de derecho privado. Tomo IV: Familia*. Madrid: Civitas.

Díaz Ambrona, M^a D., y Hernández Gil, F., *Lecciones de derecho de familia*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, P. 63.

Díez-Picazo, L., *La Reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad, Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, P. 2-3.

Fuente Noriega, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, P. 220.

García Gómez, V., ‘Estudio sobre la custodia compartida’, *Revista Jurídica de estudiantes de la universidad de Córdoba*, núm. 1, 2014, P. 15.

Godoy Moreno, A., *La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa. Diez años de Abogados de Familia*, Ed. Wolters Kluwer, 2003, P. 339-340.

Gómez Megías, A. M., ‘La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida’, *Noticias Jurídicas*, 2016 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> última consulta 25/02/2019).

Guliarte Martín-Valero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 20.

Informe emitido sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio. Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, 2004 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al>

Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio; última consulta 25/02/2019).

Lathrop Gómez, F., *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La ley, Madrid, 2008, P. 286.

Marín García de Leonardo, M. T., ‘‘Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida’’, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, Ed. Aranzadi, 2009, P-1.

Martínez de Aguirre, C., ‘‘La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil’’, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, P. 1480.

Morera Villar, B. (2014). Tesis Doctoral: Guarda y Custodia Compartida.

Pérez Conesa, C., ‘‘Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio’’, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013, P. 16.

Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, Ed. Bosch, 2009, P. 71.

Poussin, G. y Lamy, A. (2004). *Custodia compartida: como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Madrid, Ed. Espasa Práctico.

Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, P.78.

Salanova Villanueva, M., ‘‘El Derecho del menor a no ser separado de sus padres’’, *Derecho privado y constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, P. 264.

Sánchez Ocaña, E., *La patria potestad: su evolución histórica. Elementos personales. Efectos con relación a las personas y a los bienes de los hijos. El defensor judicial en relación con la patria potestad. Extinción de la patria potestad. Prórroga de la misma. Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes en Aragón*. Tema 98, Oposiciones a Registros, 2012.

Sancho Rebullida, F., *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1966, (pag 693 Castan)

Uribe Sorribes, A., *La representación de los hijos.*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, Madrid, 1982, P. 252.

Ventoso, A. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Madrid: Ed. Colex.

Zanón Masdeu, L., *Guarda y custodia de los hijos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, P.41.

Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, P. 531.

Zicavo Martínez, N., La alienación parental y el proceso de la padrectomía. *Revista cubana de psicología*, 1999. (Disponible en https://www.academia.edu/18883474/la_alienación_parental_y_el_proceso_de_la_padrectomía; última consulta 24/02/2019).

