



## **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

### **FACULTAD DE DERECHO**

# La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales

Línea Temática: Derecho Civil

Área de Conocimiento: Derecho de Familia

---

Autor: D.<sup>a</sup> Cristina De Inza Pujadas. 5º E-3 B

Tutor: Prof. Dr. D. Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2014

# ÍNDICE

## La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales

• <b>Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>1. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....</b>	<b>5</b>
1.1 Concepto.	
1.2 Regulación jurídica en el Derecho positivo español.	
1.3 Elementos formales: el convenio regulador, la sentencia, la modificación de las medidas judiciales y la mediación familiar.	
<b>2. LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA O UNILATERAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....</b>	<b>18</b>
2.1 EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL.	
• Aspectos generales de la patria potestad.	
• El ejercicio de la función de guarda y custodia de los hijos	
2.2 DERECHO DE VISITA	
• Fundamento y naturaleza jurídica del derecho de visita.	
• Titulares del derecho de visita.	
• Contenido del derecho de visita.	
• Suspensión y limitación del derecho de visita.	
2.3 ALIMENTOS	
• Fundamento y concepto de la prestación de alimentos.	
• Contenido del derecho de alimentos.	
• Extinción del derecho de alimentos.	
2.4 VIVIENDA FAMILIAR	
• Consideraciones generales de derecho a la vivienda familiar.	
• Titularidad de la vivienda familiar.	
• Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.	
<b>3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS.....</b>	<b>40</b>
3.1 Legislación aplicable y anteproyecto de ley de la modificación del régimen: ausencia del informe del fiscal.	
3.2 Modalidades de custodia compartida.	
3.3 Influencia del régimen de guarda y custodia compartida sobre determinados efectos comunes de la ruptura matrimonial.	
<b>Conclusión.....</b>	<b>54</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>55</b>

## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CCAA	Comunidades Autónomas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## **RESUMEN**

Este trabajo de fin de Grado tiene como objetivo el estudio y el análisis de la guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales.

En la actualidad, cada vez son más, las separaciones y los divorcios entre los cónyuges. A partir de ese momento, surgen los conflictos y los problemas sobre qué régimen aplicar a la hora de determinar la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

A lo largo de este trabajo se van a estudiar, dos regímenes que son; la atribución exclusiva de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores y el otro régimen es la guarda y custodia compartida.

Para este análisis y estudio ha sido utilizada la legislación vigente así como jurisprudencia que nos ha llevado a la conclusión de que la aplicación del régimen de custodia compartida empieza a incrementarse.

**PALABRAS CLAVE:** custodia, menor, crisis matrimonial, divorcio.

## **ABSTRACT**

The aim of this degree project is to study and analyse the custody of the children in marital crises.

Nowadays, are becoming more and more, separations and divorces between the spouses. Since this moment, the conflicts and the problems appeared in order to determine the custody of the minor children.

Along this work they are going to be studied, two types of regimes, which are the following ones:

The exclusive attribution of the custody of the children to one of the progenitors, and the regime of joint custody.

This analysis, based on laws in force, the government's Draft, and jurisprudence, has taken us to the conclusion that joint custody has increased.

**KEY WORDS:** custody, minor, marital crises, divorce.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales dentro del Derecho Español. Para ello se tendrá en cuenta la regulación jurídica aplicable y las normas nacionales así como aspectos jurisprudenciales y doctrinales que influyen en este tema.

Actualmente, las crisis matrimoniales se producen de manera reiterada y es un tema de gran interés en la actualidad pues se está llevando a cabo una constante modificación. Se ha pasado de una atribución exclusiva de la guarda y custodia a la madre a un régimen de guarda y custodia compartida que se está adoptando con mayor frecuencia. Por eso, considero importante llevar a cabo un análisis y una explicación de todos los factores que influyen en este tema.

El desarrollo de este tema ha seguido una estructura basada en tres partes diferentes. En la primera, se hará una referencia general a la guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales, mientras que en la segunda y tercera parte se hará un análisis de las dos formas de guarda y custodia existentes.

En la primera parte del trabajo, se explican los aspectos básicos de la guarda y custodia de los hijos. Se hará una referencia general al concepto de guarda y custodia, se explicará la regulación jurídica actual en el Derecho positivo español y por último se llevará a cabo un análisis de los elementos formales que integran el objeto de este tema.

En la segunda parte estudiaremos todos los aspectos relativos a la atribución exclusiva o unilateral de la guarda y custodia de los hijos. Para ello se hará referencia a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, así como a los derechos de los que disponen los hijos: derecho de visita, derecho de alimentos y derecho de uso de la vivienda familiar.

En la tercera parte del trabajo de fin de grado, se explicará detalladamente otro régimen de guarda y custodia de los hijos durante las crisis matrimoniales. Este régimen se denomina guarda y custodia compartida de los hijos. Los aspectos a tratar en esta parte son el análisis de la legislación aplicable, así como el nuevo anteproyecto de ley que el Gobierno español va a introducir. Por último se analizarán las modalidades de custodia compartida y la influencia de este régimen en ciertos elementos comunes de la ruptura matrimonial.

Para concluir este trabajo, se ha realizado un análisis jurisprudencial cuya consulta se ha llevado a cabo para explicar con mayor precisión el tema al lector y para ver situaciones reales que se han producido en este país.

# 1. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

## 1.1 Concepto

Para poder comenzar con el estudio y el análisis de la guarda y custodia es necesario hacer una referencia al concepto de familia. Díez Picazo<sup>1</sup> considera que la familia es “*eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intergeneracionales*” y “*una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural*”.

Según Lasarte<sup>2</sup> la familia es un grupo social el cual forma un sistema de relaciones personales, constituido por las relaciones de filiación, las relaciones conyugales y las relaciones de fraternidad.

Desde el punto de vista sociológico la familia se define como un grupo estable de personas unidas bajo una convivencia y normalmente formado por una figura parental masculina y otra femenina unida por relaciones afectivas.

Desde el punto de vista jurídico<sup>3</sup> “es un vínculo creado entre dos personas físicas, del cual nace un conjunto de derechos y obligaciones de carácter personal y patrimonial, reguladas por el ordenamiento jurídico”.

Por otro lado, el Tribunal de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 13 de julio de 2000, (caso de Esholz contra Alemania), que la familia nace de un grupo de personas basado o no en el matrimonio y sigue existiendo aunque los cónyuges se separen o los hijos sean separados de alguno de sus progenitores como consecuencia de la medida adoptada por el órgano correspondiente. En este caso es cuando empieza a tratarse el concepto de guarda y custodia.

---

<sup>1</sup> DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos S.A., Madrid, 2006, pág. 31 y ss.

<sup>2</sup> LASARTE, C. *Derecho de familia*, 4ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 5-7.

<sup>3</sup> SALANOVA VILLANUEVA, M., *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*, Derecho privado y Constitución, ISSN 1133-8768, N° 7, Madrid, 1995 pág. 264.

La primera cuestión que debemos abordar es si al hablar de guarda y custodia nos referimos a una única función o a dos diferentes. Se trata de una única función integrada dentro de la patria potestad, la guarda y custodia supone la convivencia habitual con los hijos menores de edad y la patria potestad supone la protección de los hijos tanto en el ámbito personal como patrimonial.

A la hora de dar un concepto de guarda y custodia de los hijos, la doctrina ha estudiado y analizado con mucho interés la función de la guarda y custodia, tras la ruptura matrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado pocos esfuerzos para diferenciar entre ejercicio de guarda y custodia y el resto de funciones derivadas de la patria potestad.

Cabe hacer referencia, que la guarda y custodia es una de las funciones personales que junto con las funciones patrimoniales integran la patria potestad. Este conjunto de funciones tiene el objetivo de conseguir que el hijo menor desarrolle su personalidad de manera adecuada y satisfactoria para ellos mismos.

Sin embargo, la forma en la que se llevan a cabo estas funciones es diferente dependiendo de la situación en la que nos encontremos. Por un lado existe la situación de normalidad familiar y por otro lado la situación de crisis matrimonial, la cual es objeto del presente trabajo.

En la situación de normalidad familiar, la guarda y custodia está dentro de la patria potestad dual. Es decir, la facultad es ejercida por los dos progenitores tanto el padre como la madre, tanto si se encuentra en situación de convivencia matrimonial como si se trata de una pareja de hecho.

Los progenitores tienen una serie de obligaciones derivadas de esta facultad. Deben velar por los hijos, prestarles alimentos, darles una formación y educación adecuada así como llevar a cabo su representación en actos jurídicos no comprendidos en las excepciones del art. 162 CC.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> "Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con

Por otro lado, vamos a analizar la situación de crisis matrimonial que es el objetivo de este trabajo. En situación de crisis matrimonial, la guarda y custodia de los hijos se separa de la patria potestad. Esto se debe, a que hasta el momento la ruptura matrimonial ha provocado que la convivencia de los hijos se lleve a cabo con uno de los progenitores.

Sin embargo, esta situación no establece que se conciba sólo como una función llevada a cabo por el progenitor custodio, el cual lleva a cabo el cuidado diario del hijo, sino que dentro de la guarda y custodia el progenitor no custodio puede desarrollar una relación con el hijo, en virtud de los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad que están dentro del ejercicio de la patria potestad.

Por principio de coparentalidad se entiende la protección de la relación y de la comunicación continuada de los hijos con los progenitores en régimen de igualdad. De esta manera, se favorece una presencia equilibrada tanto de la figura paterna como de la figura materna con el objetivo de facilitar que ambos progenitores se involucren en la formación y educación de sus hijos con una gran intensidad.

Por principio de corresponsabilidad se entiende la participación de ambos progenitores tanto el custodio como el no custodio. Ambos son titulares de la patria potestad y están implicados en el ejercicio de los derechos, deberes y funciones que la integran con independencia del régimen de guarda y custodia que rija la relación familiar.

Cabe hacer referencia, al contenido de la función de guarda y custodia de los hijos menores de edad en base a un doble sentido. En sentido estricto, se define en función del ejercicio desempeñado por el progenitor custodio, es decir la atención directa y diaria y el cuidado continuado a favor del hijo. En sentido amplio, se refiere al conjunto de prestaciones personales que se hacen en favor del hijo menor y que son

---

*las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.”*

desempeñadas por ambos progenitores para que cumplan con todas sus responsabilidades parentales.

El Código Civil apoyado en el art 39.2 de la Constitución Española<sup>5</sup> muestra elementos esenciales para llevar a cabo la función de guarda y custodia de los hijos durante la crisis matrimonial. Estos elementos permiten que se distinga dos formas de ejercer esta función: la atribución exclusiva o unilateral de guarda y custodia y la guarda y custodia compartida.

Estos elementos esenciales son los siguientes: el derecho del hijo menor de relacionarse con ambos progenitores; la separación, nulidad o divorcio no eximen de responsabilidades a los padres para con los hijos, la no separación de los hermanos; la práctica de la audiencia de los hijos menores de edad y el dictamen de los especialistas que facilitan la labor del juez para determinar el régimen de guarda y custodia.

En Derecho español, es gracias a la reforma introducida por la ley 15/2005 de 8 de julio la que hizo que se produjera un impulso de la figura de guarda y custodia compartida, una dualidad de regímenes de convivencia ya que la recogió de manera expresa.

Sin embargo el Código Civil se inclina por un régimen de atribución exclusiva de la guarda y custodia de los hijos, permitiendo a los progenitores decidir de común acuerdo o por decisión judicial quien será el encargado de convivir y de cuidar diariamente de los hijos. Este régimen no excluye los principios de coparentalidad ni de corresponsabilidad pero dificulta su aplicación.

---

<sup>5</sup> Art 39.2 CC “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”.

## 1.2 Regulación jurídica en el Derecho positivo español

Para comprender mejor el estudio de este tema, es necesario llevar a cabo un análisis y un recorrido sobre la regulación jurídica de la guarda y custodia de los hijos en el Derecho positivo español.

En primer lugar haré referencia a todas las leyes y normas que han tratado este asunto, para luego realizar una explicación más extensa sobre la ley que rige en la actualidad.

La regulación jurídica que sienta las bases de la guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales ha sufrido una gran evolución. La función de guarda y custodia siempre ha sido objeto de regulación por nuestro Derecho positivo y este trabajo en concreto se va a circunscribir a la regulación vigente que se trata 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.

En esta segunda parte, se analizará la ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La novedad que introduce esta ley es la regulación por primera vez de la función de guarda y custodia compartida de los hijos en las crisis matrimoniales. Esta regulación está contenida en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, del Código Civil *“De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”*.

Uno de los aspectos en lo que a nuestro trabajo se refiere en esta nueva ley, es la supresión del término régimen de visita por otro término como régimen de comunicación y estancia tal y como se establece en el art. 90 A) CC<sup>6</sup>.

Esta ley y algunas sentencias anteriores a 2005 establecen la institución de la guarda y custodia compartida, reforzando la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. Además, se constata la necesidad de que no haya trabas o dificultades a la relación de cada progenitor con sus hijos, y que solo pueden plantearse cuando haya motivos relevantes. Se parte de la base de que, en principio, es conveniente para el proceso educativo del menor la relación y contacto con los padres. Por último, se maneja la idea de que la separación y el divorcio no deben ser un obstáculo para que todos los miembros de la familia mantengan una situación de comunicación y diálogo, que es especialmente necesaria para los que están en trance de formarse y de desarrollar su personalidad.

La Exposición de Motivos de esta ley establece que los progenitores pueden acordar en el convenio regulador que el ejercicio de la patria potestad se atribuya de forma unilateral a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. Sin embargo, carece de regulación el ejercicio de la patria potestad tras la ruptura matrimonial, sobretodo para el progenitor no custodio, cuando la forma acordada sea guarda y custodia exclusiva.

Cabe destacar, que a pesar de haber gozado de una amplia aceptación<sup>7</sup>, existen ciertos sectores que no han visto cumplidas sus expectativas con esta nueva ley. Esto se debe, a la existencia de algunas asociaciones de mujeres<sup>8</sup>, que creen en la custodia compartida solo para el caso en el que ambos progenitores estén de acuerdo.

---

<sup>6</sup> Art 90 A) CC: *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que lo viva habitualmente con ellos.*

<sup>7</sup> *Un sector doctrinal contrario a la aplicación de la guarda y custodia compartida, únicamente da valor a este régimen de convivencia cuando la relación personal entre los miembros de la pareja es de armonía, y deciden su aplicación para el adecuado desarrollo físico, emocional e integral.*

<sup>8</sup> IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

En un primer momento se quiso aplicar esta ley como regla general. Ante una situación de crisis matrimonial esta ley tiene carácter especial. Para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida es necesario que haya un acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador o que se produzca durante el procedimiento. Como último recurso, esta opción se acordará cuando lo solicite uno de los progenitores a falta de acuerdo entre ambos.

La Ley 15/2005 de 8 de julio ha previsto causas legales de improcedencia de la guarda y custodia compartida. Se establecen en el párrafo séptimo del art. 92 del CC. Son las siguientes:

- Estar cualquiera de los padres incurso en un proceso penal por hechos punibles que atenten contra los siguientes bienes jurídicos protegidos del otro cónyuge o los hijos que convivan con ambos: vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual.
- Si de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, el juez advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

### **1.3 Elementos formales: el convenio regulador, la sentencia, la modificación de las medidas judiciales y la mediación familiar**

#### **a) El convenio regulador**

El convenio regulador tal y como establecen Díez Picazo<sup>9</sup> y López Burniol se trata de un negocio jurídico, que necesita un acuerdo de voluntades para que tenga efectos jurídicos. Además establecen que son necesarias dos condiciones suspensivas que se produzca la separación y divorcio y que además el Juez autorice dicho acto.

Por lo tanto se puede decir que es un negocio jurídico en el que las partes se ponen de acuerdo tras una ruptura matrimonial. En él, se fija todo lo relativo a las materias citadas anteriormente así como los efectos que se desprenden de ellas. La función del Juez consiste en analizar y ver si se cumplen todos los requisitos exigidos, tras la homologación judicial del convenio, éste deja de ser un negocio jurídico y su contenido se convierte en sentencia.

El convenio regulador sirve para solucionar necesidades futuras y evitar conflictos que pueden surgir entre los cónyuges que han decidido poner fin a su relación matrimonial y también para establecer todo lo relativo al cuidado, visita y comunicación con los hijos.

El contenido del convenio regulador versará sobre el acuerdo de los cónyuges en las siguientes materias: el ejercicio de la patria potestad; la modalidad de la función de la guarda y custodia elegida; el régimen de visitas y de comunicación; la prestación de alimentos y la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

---

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *op. cit. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos S.A., Madrid, 2006, p. 31 ss.

Los elementos esenciales del convenio regulador son; por un lado, la declaración de voluntad de los progenitores y por otro lado, la causa que los lleva a la celebración. Cabe hacer destacar la posición del Tribunal Supremo, que extrae tres aspectos importantes sobre el convenio regulador.

- 1) El convenio es un negocio jurídico abstracto del Derecho de familia.
- 2) Al estar aprobado judicialmente tiene los efectos propios de una sentencia.
- 3) Si no es aprobado judicialmente, solo produce los efectos propios de un negocio jurídico.

Es necesario mencionar el art. 92 CC en relación con el convenio regulador;

**Art 92 CC;** *“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

*2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

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

*4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

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

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

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

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

Por último, cabe destacar que la Ley 15/2005 del 8 de julio establece en el núm. 5 del art. 92 CC lo siguiente: *“el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*. Además, es necesario la existencia de otros elementos mencionados en los números 5, 6 y 9 del art. 92 del Código Civil para que el régimen de guarda y custodia compartida sea adecuado para el Juez.

## **b) La sentencia**

La sentencia es una resolución judicial dictada por un Juez o un Tribunal que pone fin al procedimiento.

En concreto, en este tema de estudio la sentencia es un acto jurídico-procesal que tiene una gran relevancia en el proceso matrimonial. En ella, se regulan las relaciones tanto personales como patrimoniales tras una ruptura matrimonial. Además, se sientan las bases sobre los deberes de cuidado de los hijos menores de edad e incapacitados.

Tal y como he señalado anteriormente, con la homologación judicial del convenio regulador, el contenido de éste queda transformado en sentencia. De esta manera, se respetarán las relaciones paterno-filiales y se velará por el cumplimiento de la legalidad y los requisitos exigidos en los acuerdos suscritos por los progenitores.

Sin embargo, en ningún caso la sentencia acordará la guarda y custodia compartida, si este régimen es perjudicial para el menor, ya que siempre se estará a favor del acuerdo más beneficioso para los hijos menores o incapacitados.

En el caso de que ninguno de los progenitores se ponga de acuerdo sobre las funciones relativas al ejercicio de la patria potestad, éstas no quedaran reguladas en el convenio regulador sino a través de las medidas que el Juez adopte y que pongan fin al procedimiento.

Estas medidas regularán quien de los dos progenitores se encargará del cuidados de los hijos así como el modo, tiempo y lugar en el que el otro progenitor se comunicará con ellos. Como medida excepcional, se establece que el Juez adopte la guarda y custodia compartida sin acuerdo de las partes, siempre y cuando lo solicite una de las partes y sea en interés del menor.

Como conclusión, cabe hacer mención al art. 91<sup>10</sup> del CC que permite al Juez la adopción de medidas en ejecución de sentencia, que no se hayan adoptado por imposibilidad o por surgir con posterioridad la necesidad de modificarlas.

### **c) Modificación de las medidas judiciales**

La modificación de las medidas judiciales surge cuando se produce una alteración sustancial de las circunstancias. Este cambio obliga a adaptar el ejercicio de las funciones parentales o de la relación familiar a la nueva situación.

La ley 5/2005 de 8 de julio establece la autonomía de los procesos matrimoniales, las decisiones adoptadas en un proceso no serán vinculantes en un proceso posterior. Por lo tanto, con carácter general, las medidas adoptadas en un proceso matrimonial no podrán ser alteradas salvo modificación sustancial de las circunstancias.

La modificación de las medidas judiciales se debe al principio *rebus sic stantibus*<sup>11</sup>, que se basa en la adecuación de las medidas reguladoras de las relaciones paterno-filiales a la situación de cada caso concreto<sup>12</sup>.

Sin embargo, para que concurra dicha modificación son necesarios una serie de requisitos<sup>13</sup>;

- Los hechos han de ser imprevistos o imprevisibles.

---

<sup>10</sup> 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 conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”.

<sup>11</sup> Instrumento jurídico destinado a paliar las consecuencias derivadas del desequilibrio patrimonial producido por la alteración imprevisible de las circunstancias.

<sup>12</sup> CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 127.

<sup>13</sup> CRUZ GALLARDO, B., *op. cit. La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 128 y ss.

- La modificación ha de tener relevancia legal y entidad suficiente.
- Las circunstancias sobrevenidas han de tener carácter permanente.
- Es necesaria la acreditación del cambio de circunstancias.
- Mejora del interés del hijo menor de edad.

En la STS 757/2013 de 29 de noviembre<sup>14</sup> de 2013, se puede observar un modificación por parte del Tribunal Supremo de las medidas provisionales, en concreto el TS lleva a cabo una modificación para la mejora del interés de las menores de edad.

En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en las medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejarían sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual.

Además, es necesario hacer referencia a los factores que la modificación de medidas sobre la guarda y custodia de los hijos, los cuales son;

- Transcurso del tiempo.
- Trastornos en la conducta de los progenitores, que afectan al estado emocional y al desarrollo de los menores.
- La disponibilidad de tiempo de los progenitores.
- La realización de actos delictivos cometidos por el progenitor encargado de la guarda y custodia.
- La celebración de matrimonio o relación de hecho del progenitor con una tercera persona.

---

<sup>14</sup> TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 757/2013 de 29 de noviembre. (RJ 494/2012); [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).  
Última consulta: 15 de marzo de 2014.

- El síndrome de alineación parental.
- La opinión del hijo menor de edad.

### **c) La mediación familiar**

En la situación de crisis matrimonial el elemento de la mediación familiar aparece como una vía complementaria a los procedimientos de separación y de divorcio que se suelen llevar a cabo.

Se trata de una institución jurídica desarrollada por la Administración del Estado cuyo objetivo es lograr la armonía familiar en las parejas que hayan puesto fin a su matrimonio. Se basa en buscar soluciones y llegar a un acuerdo sobre la educación y las relaciones entre ellos y con sus hijos al margen del procedimiento judicial.

La ley 15/2005 de 8 de julio habla de la mediación intrajudicial, es decir, que el Juez renunciará al procedimiento judicial para resolver el conflicto mediante la mediación familiar. Esta solución solo es posible si el Juez, el Ministerio Fiscal y los letrados de las partes colaboran en el proceso.

Para implantar la mediación intrajudicial, será necesario que se lleve a cabo una sesión informativa previa obligatoria. Esta sesión será de especial importancia cuando se hable de una ruptura matrimonial basada en el mutuo acuerdo de las partes. Además, el carácter obligatorio de la sesión no es contraria a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Por último, cabe hacer mención a la solicitud de inicio del procedimiento. Se puede realizar estando en curso un proceso judicial, pero las partes de común acuerdo deberán solicitar la suspensión del procedimiento.

## **2. LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA O UNILATERAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS**

### **2.1 El ejercicio de la función de guarda y custodia de los hijos en situación de crisis matrimonial La titularidad y el ejercicio de la patria potestad**

#### **a) Aspectos generales de la patria potestad**

La función de la patria potestad ha sufrido una gran evolución histórica hasta llegar al concepto actual. Se ha pasado de un régimen autoritario de la patria potestad, caracterizado por un control absoluto sobre los hijos menores de edad por parte de los progenitores a un régimen mucho más flexible. En esta nueva forma de concepción de la patria potestad surgen una serie de derechos y obligaciones de carácter social, sometidos al control de la función judicial y de la Administración.

Sin embargo, la función de patria potestad tiene un carácter complejo. En la actualidad, prima el interés superior del menor así como el normal y adecuado desarrollo de la personalidad y los valores del hijo, basándose en el principio de corresponsabilidad parental. La definición exacta de patria potestad se consagra en el art. 154<sup>15</sup> CC.

El deber de cuidado y de atención integrado en la patria potestad adquiere rango constitucional en virtud del art. 39-3 CE. Además, el deber de asistencia viene acompañado de la labor exigida a los poderes públicos que es la protección integral del menor. Esta exigencia a los poderes públicos tiene carácter complementario.

---

<sup>15</sup> Art 154 CC “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2) Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad*”.

**Art. 39.3 CE;** *"Los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda".*

Respecto a la función de representación y administración de los bienes de los hijos menores no emancipados por parte de los progenitores, conviene hacer mención a que aparece regulada en el Título VII, del Libro I del Código Civil.

Aunque sean instituciones distintas, se debe entender que la función de representación abarca las dos. El titular de la patria potestad goza de ciertas facultades relativas a los negocios del hijo menor de edad, de las cuales carece el mero representante.

No obstante, la protección de los hijos menores de edad consagrada en la Constitución Española, les permite influir y participar en el tráfico jurídico. En concreto, la Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996, de 15 de enero considera que no es necesaria la intervención de los progenitores siempre y cuando el menor tenga la madurez suficiente y capacidad de discernimiento suficiente que le permita actuar adecuadamente y por sí mismo sin necesidad de representación.

A la hora de llevar a cabo esta protección hacia el menor, es necesario tener en cuenta las edades. Las más significativas son doce, catorce y dieciséis años de edad. Dependiendo de ellas, se permite a los menores actuar con plena capacidad de obrar, en otras ocasiones esta capacidad queda limitada a un audiencia y por último puede ocurrir que sea necesaria la cooperación de un tercero.

Por lo tanto, se llega a la conclusión de que los actos jurídicos<sup>16</sup> relativos al menor se pueden dividir en;

- Actos jurídicos de disposición plena.
- Actos de disposición con asistencia complementaria.

Por último, es importante hacer mención al control judicial del ejercicio de la patria potestad.

La actuación judicial referida al ejercicio de la patria potestad está sometida al principio de intervención mínima. Sin embargo, esta situación de mínima intervención judicial surgirá en situaciones de emergencia o cuando haya una falta de acuerdo entre los interesados. Estos interesados son: los progenitores, el menor, algún familiar, el Ministerio Fiscal y la Administración.

#### **b) El ejercicio de la función de guarda y custodia de los hijos**

Antes de la reforma de la ley 15/2005, de 8 de julio no se hacía demasiada referencia al régimen de guarda y custodia compartida el cual estudiaremos más adelante en este trabajo. El régimen más utilizado hasta ese momento, era la guarda y custodia unilateral o exclusiva atribuida a uno de los progenitores, mientras que el otro progenitor mantenía una relación con los hijos menores a través del derecho de visita.

Existen una serie de factores<sup>17</sup> que son los que determinan el régimen que ha de aplicarse. Estos factores son de carácter material y otros de carácter procedimental.

---

<sup>16</sup> CRUZ GALLARDO, B., *op. cit. La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 204.

<sup>17</sup> CRUZ GALLARDO, B., *op. cit. La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 239.

Empezaremos analizando los factores de naturaleza material;

- **El interés del menor**

Este concepto afecta a las relaciones paterno-filiales. Se trata de uno de los principales factores existentes en el Derecho de Familia. A la hora de determinar el régimen aplicable en caso de ruptura matrimonial se establecerá siempre en beneficio de los hijos.

En cualquier caso, se estará siempre en función del interés superior de los hijos ante cualquier crisis en el matrimonio de los progenitores a la hora de elegir el ejercicio total o parcial de la patria potestad atribuida a uno de los cónyuges.

Por lo tanto, todas las medidas judiciales incluidas en diversos artículos del Código Civil que regulan las relaciones paterno-filiales se basarán en el principio de interés del menor.

En este caso, es preciso analizar la STS 757/2013 de 29 de noviembre<sup>18</sup> de 2013

En esta sentencia, el Tribunal Supremo rebate los motivos por los que la Audiencia Provincial niega el régimen de guarda y custodia compartida de las hijas menores de edad.

La Sala de la AP, otorga el régimen exclusivo de guarda y custodia a la madre por los siguientes motivos;

[...] a) ambos progenitores no tienen buenas relaciones, aptas para compartir la custodia de sus dos hijas menores; b) la situación actual establecida en las medidas provisionales ha funcionado correctamente y las niñas tienen buena relación con ambos progenitores; c) el régimen establecido en la sentencia de instancia desnaturaliza la medida de guarda y custodia.

---

<sup>18</sup> TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 757/2013 de 29 de noviembre. (RJ 494/2012); [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Última consulta: 18 de marzo de 2014.

Ante esta situación la representación procesal del padre interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres.

El TS alega los siguientes motivos por lo que es de aplicación la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

En primer lugar, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento.

En este caso el Tribunal Supremo, adopta la guarda y custodia compartida teniendo en cuenta para adoptarla o no, únicamente el interés del menor.

Tal y como he analizado a lo largo de este trabajo el interés del menor prima sobre cualquier otro factor a la hora de adoptar un régimen u otro de guarda y custodia.

Por lo tanto, siempre que no se perjudique este interés y siempre que las relaciones entre los padres no generen un conflicto que pueda perjudicar al menor se adoptará la guarda y custodia compartida ya que se considera beneficiosa para el normal desarrollo de la personalidad de los hijos tal y como establece el Tribunal Supremo.

Por otro lado, otro motivo por el que el Tribunal Supremo permita la adopción de la guarda y custodia compartida es el siguiente;

En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en las medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejarían sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual.

En tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia. [...] la medida es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos.

En estos motivos, el Tribunal Supremo considera que aunque las medidas provisionales de atribución de guarda y custodia exclusiva a un progenitor hayan funcionado adecuadamente no significa que no se puedan modificar. Por lo tanto en este caso se modifican por unas medidas definitivas y por un mayor interés de las menores.

- **La no separación de los hermanos**

Es fundamental la no separación de los hermanos para así lograr un buen y adecuado desarrollo de los hijos menores de edad. La convivencia entre todos los hermanos es un pilar fundamental en la familia para que evitar cualquier crisis afectiva.

Sin embargo, la jurisprudencia permite la separación temporal de los hermanos. Este hecho solo se produce en supuestos concretos y durante el menor tiempo posible, recuperando el tiempo perdido durante los fines de semana o vacaciones de verano.

Cabe hacer mención, a los supuestos en los que el hijo se encuentra en la adolescencia. Existen diversas resoluciones judiciales en las que se permite según la voluntad del menor vivir con uno de los dos progenitores.

La separación de los hermanos se consagra en el art. 96<sup>19</sup> CC.

---

<sup>19</sup> Art 96 CC “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

Este factor se refleja en la STS 3793/2012 de 25 de mayo<sup>20</sup>, el Tribunal Supremo adopta el régimen de guarda y custodia compartida en base a unos requisitos;

[...] La forma de ejercicio de la guarda y custodia establecido en la sentencia se llevará acabo, de acuerdo con las bases siguientes:

a) Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

b) El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

c) No se podrá separar a los dos hermanos.

d) Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

e) Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

Por lo tanto, queda establecido en la jurisprudencia que no se llevará a cabo la separación de los hermanos cuando se adopte el régimen de guarda y custodia de los hijos.

- **La relación que mantengan los progenitores entre sí y con sus hijos**

La ruptura matrimonial no se produce de manera automática sino que es fruto de un tiempo en el que las relaciones entre los progenitores no han sido correctas.

A la hora de atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores es necesario que éste guarde una buena relación tanto con los hijos como con el progenitor no custodio, facilitándole siempre la comunicación y el acercamiento a los hijos menores.

---

<sup>20</sup> TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 3793/2012 de 25 de mayo. (RJ 323/2012); [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Última consulta: 20 de marzo de 2014.

Existen diversas causas que dificultan la relación entre ambas partes y por tanto la atribución de la guarda y custodia se realizará a aquel cónyuge que carezca de estas dificultades. Las causas pueden ser; trastornos en la conducta de algún progenitor que altere el equilibrio emocional de los hijos menores de edad, adicción a las drogas, enfermedades psíquicas de los progenitores y malos tratos causados al menor de edad.

Los factores de naturaleza procedimental son los siguientes;

- **Informe del Ministerio Fiscal**

Siempre había sido necesario el informe del Ministerio Fiscal para poder atribuir la guarda y custodia a uno de los dos progenitores. Siempre había prevalecido la atribución de esta facultad a la madre. Sin embargo, en la actualidad ha habido una modificación y se ha suprimido este informe para poder tomar la decisión sobre a quien le corresponde la guarda y custodia.

En este caso, cabe hacer mención a la STS 257/2013 de 29 de abril<sup>21</sup> de 2013

En este caso, el Tribunal Supremo casa y desestima la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, sección núm.4. la cual atribuye la guarda y custodia de la hija exclusivamente al padre.

Hace un análisis de los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y finalmente determina los criterios por los que adopta la guarda y custodia compartida.

La recurrente solicita este tipo de régimen con el siguiente argumento;

[...] existiendo informe favorable al respecto del Ministerio Fiscal que en primera instancia así lo hizo constar subsidiariamente, y en su informe de NO OPOSICION AL REGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, incidiendo el informe psicológico que ambos progenitores tienen suficiente capacidad y voluntad de ejercer maternidad/paternidad

---

<sup>21</sup> TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril. (RJ 2525/2011); [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Última consulta: 20 de marzo de 2014.

responsable en sus distintas dimensiones cognitivas, afectiva y social.

Además el TS, considera que la sala de la Audiencia Provincial considera defectos lo que para sí son virtudes tal y como podemos ver en el siguiente párrafo;

El motivo se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado nulo el informe favorable del Ministerio Fiscal para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida tal y como se analizará posteriormente. Es por ello, que le corresponde al Juez o Tribunal acordar el régimen que considere más favorable para el menor de edad.

En este caso, el TS dicta sentencia estableciendo la adopción de la guarda y custodia compartida basándose en los siguientes criterios: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; “los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales”.

- **El dictamen de especialistas**

Los especialistas determinan quien de los dos progenitores es el más adecuado para ostentar la guarda y custodia de los hijos. Además determinan el régimen de visitas y comunicación más idóneo para el cónyuge no custodio.

- **Las alegaciones de las partes en la comparecencia**

El juez a la hora de determinar a quien le corresponde la guarda y custodia de los hijos debe valorar todas las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia así como la prueba practicada.

- **El derecho de uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario.**

Tanto el uso de la vivienda como de los objetos de uso ordinario se distribuirán a favor del cónyuge custodio y para ello, se tendrán en cuenta diversas circunstancias como la situación económica de los progenitores y el ambiente propicio para el desarrollo del menor.

## **2.2 Derecho de visita**

### **a) Fundamento y naturaleza jurídica del derecho de visita**

La comunicación es un pilar fundamental para que se relación e interaccionen entre sí las personas humanas. Para el normal y adecuado desarrollo de la personalidad del menor es necesario que exista el derecho de visita para el progenitor no custodio.

Solo podrá ser suspendido este derecho, por justa causa o cuando sea necesario; por ser contrario al interés del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.

Se trata de un derecho autónomo completamente independiente de la patria potestad pero que deriva de la filiación. Es necesario en caso de ruptura matrimonial, aunque ésta no se haya dado de forma pacífica o con una buena relación entre los progenitores.

El derecho de visita es personalísimo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. En ningún caso este derecho surge para favorecer a los progenitores sino que se establece únicamente en interés del menor y en beneficio suyo. Es por ello, que puede ser suspendido lo limitado en caso de que el menor corra peligro.

Tal y como dice RIVERO HERNÁNDEZ<sup>22</sup>, en el ejercicio de este derecho el progenitor no custodio, en ningún caso podrá eludir la comunicación personal con su hijo, enviándolo a casa de los abuelos o de otros parientes, so pretexto de ir de vacaciones de fin de semana o en período más prolongado, con el fin de tener mayor libertad de movimientos.

La amplitud de este derecho varía en función de cada caso. Es posible que el menor pernocte durante un tiempo con el progenitor no custodio lo que haría posible equiparar el régimen exclusivo de guarda y custodia con el régimen de custodia compartida.

Por último cabe hacer mención a que es posible que exista un acuerdo entre las partes para pactar el régimen de visitas en función de lugar y tiempo. Sin embargo, el acuerdo de las partes no podrá eliminar nunca el derecho de visita puesto que éste goza de la inalienabilidad.

## **b) Titulares del derecho de visita**

- **Los progenitores**

Cuando se pone fin a una relación matrimonial es necesario que los hijos sigan guardando vínculos familiares con sus progenitores. Por ello, existe el derecho de visita, incluso a los progenitores que no ejerzan la patria potestad excepto cuando lo establezca la resolución judicial o cuando los hijos hayan sido adoptados por otro.

---

<sup>22</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1997, pág. 102.

Además, el progenitor no custodio tiene derecho a tener a los hijos en su compañía y a comunicarse con ellos durante el período que le corresponda, que son fines de semana y vacaciones. En este caso, estará ejerciendo la función de patria potestad.

- **Los abuelos**

La regulación existente protege las relaciones de los menores de edad con sus abuelos. Es posible que en el Convenio regulador se establezca el ejercicio del derecho de visita de los abuelos y además se permite la intervención de los ascendientes en los procesos de nulidad, separación y divorcio para debatir los intereses legítimos que les afectan.

Sin embargo, el derecho de visita de los abuelos no es igual que el derecho del progenitor no custodio siendo mucho mayor el de éste último. La relación con los abuelos es puramente afectiva siendo necesaria siempre y cuando se lleve a cabo en beneficio del menor y en un ambiente adecuado.

- **Parientes y allegados**

Para delimitar los parientes, el legislador no ha establecido cierta exigencia de proximidad sino que se basa en criterios como el cariño, afecto y convivencia entre otros. Cabe hacer mención a que dentro de la categoría de parientes se encuentran los hermanos y tíos del menor.

Por otro lado, para delimitar los allegados se estará a cada caso en concreto. El juez tendrá en cuenta las personas que quieran mantener esa relación con el menor y siempre que no sea posible impedirla.

### **c) Contenido del derecho de visita**

El derecho de visita no se refiere únicamente a la mera visita sino que este derecho tiene otros dos elementos más, que forman la relación familiar entre el hijo menor y los progenitores no custodios, los parientes y los allegados. Estos dos elementos además del derecho de visita son; el derecho a comunicar con los hijos y el derecho a tenerlos en su compañía.

Es posible estudiar el contenido del derecho de visita desde un sentido estricto que sería a presencia del menor y desde un sentido más amplio que sería sin la presencia de éste.

En sentido estricto, es posible que se establezca el requisito de la presencia de una tercera persona en el ejercicio del derecho de visita. Se produce solo en casos de circunstancias excepcionales y en beneficio exclusivo del menor. El tercero podrá ser o un familiar o un técnico cualificado en psicología u otras ciencias. Éste último, se exigirá exclusivamente cuando la relación afectiva esté gravemente deteriorada.

Además, del derecho de visita a presencia del menor se desprende el derecho a tener a los hijos en su compañía. En este caso, el menor pernocta fuera del domicilio habitual con el progenitor no custodio. Este derecho es fundamental puesto que mejora las relaciones afectivas y el progenitor no custodio ejerce la patria potestad.

En esta situación es posible que surjan dificultades a la hora de recoger y devolver al menor. El progenitor no custodio tendrá que recogerlo y devolverlo en el domicilio habitual en el momento en que se haya establecido.

Por último, es preciso señalar que ocurre con los gastos de desplazamiento. La jurisprudencia no es unánime y por ello este tema debe quedar esclarecido o en el convenio regulador o en la medida judicial.

Por otro lado, los derechos que se ejercitan sin la presencia del menor son los siguientes; el derecho de información y el derecho de comunicación.

El derecho de comunicación se encuentra regulado en los art. 94 y 160 CC. El contacto puede ser epistolar, telefónico, gráfico, fax, chat, correo electrónico y Twitter. Por otro lado, el derecho de información viene de la titularidad de la patria potestad o del ejercicio compartido de la misma y afecta a la educación y salud del menor.

#### **d) Suspensión y limitación del derecho de visita**

La suspensión y limitación del derecho de visita está regulada en el art. 94 del Código Civil. La suspensión supone la interrupción temporal de la relación familiar entre el hijo y el progenitor no custodio siempre y cuando existan las causas que dieron lugar a ello. Sin embargo, la limitación no interrumpe esta relación sino que regula y establece su ejercicio. Ambas se imponen por resolución judicial.

Para que se produzca la suspensión del derecho de visita se tienen que dar circunstancias graves. Estas circunstancias son; el abuso sexual del hijo menor probado y declarado en sentencia penal y la violencia de género.

A la hora de llevar a cabo la limitación del derecho de visita se tienen que dar una serie de causadas reconocidas en los tribunales de justicia. Estas causas son las siguientes;

- Escasa edad del menor.
- Inexistencia de relación familiar.
- Enfermedad mental.
- Drogadicción.

## 2.3 Alimentos

### a) Fundamento y concepto de la prestación de alimentos

La prestación de alimentos se estudiará desde el punto de vista legal, como un deber por parte de los progenitores hacia los hijos menores durante las crisis matrimoniales.

Esta prestación de alimentos se justifica en los siguientes pilares;

- Vínculo sanguíneo
- Relación familiar
- Derecho a la vida
- Interés público
- Solidaridad familiar

El Código Civil regula este concepto en el art. 142, estableciendo que los progenitores que no dispongan de la patria potestad están obligados a prestar alimentos al hijo menor de edad. Este deber surge de la filiación y no exime a ninguno de los progenitores independientemente de cual sea su situación económica.

Cuando los progenitores están en un proceso de ruptura matrimonial, a la hora de establecer la prestación de alimentos a favor de los hijos se tienen en cuenta los siguientes aspectos; la posición social de la familia, los medios económicos de los cónyuges especialmente del custodio que frente a las necesidades del alimentante.

Por último, es importante destacar que la valoración de la prestación de alimentos es diferentes según el hijo sea menor o mayor de edad.

En el caso de que sea menor de edad, la prestación se centra tanto en la satisfacción de las necesidades de educación, salud y formación integral como en el correcto y adecuado desarrollo de la personalidad.

No solo se tienen en cuenta aspectos relativos al contenido patrimonial sino que es importante relacionarlos con el contenido de la patria potestad.

Por otro lado, en el caso de que los hijos sean mayores de edad la prestación de alimentos tendrá exclusivamente carácter patrimonial y la valoración no podrá pasar los límites establecido en el art. 142 del Código Civil.

**Art. 142 CC,** *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

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

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

## **b) Contenido del derecho de alimentos**

El contenido de la prestación de alimentos está formado por elementos materiales y elementos espirituales. El art. 142 CC regula los elementos materiales pero además se añaden otros elementos como son la educación y la instrucción del menor.

Sin embargo, la prestación de alimentos en situación de crisis matrimonial se consagra en el primer párrafo del art. 93 CC.

**Art. 93 CC,** *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.*

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

Como regla general, se entiende que la prestación de alimentos a favor de los hijos es una obligación mancomunada simple. Sin embargo, según las características de cada caso concreto y según las determinadas circunstancias; el Juez podrá obligar de forma provisional a una de las partes, a satisfacer la prestación totalmente. En cualquier caso, la parte que satisficiera de forma íntegra la prestación podrá solicitar el reembolso que le corresponda al deudor que ha incumplido.

Para llevar a cabo la prestación de alimentos, se permite al alimentante elegir entre; pagar una pensión o mantener en su casa al hijo menor.

Sin embargo, en caso de ruptura matrimonial no puede optar por la última opción. Cuando el hijo es menor de edad y convive con el otro progenitor, el obligado al pago tendrá que abonar la prestación de alimentos sin solicitar que el hijo viva en su compañía.

Cuestión distinta es que el hijo sea mayor de edad. En este caso, el hijo tendrá que cumplir unos requisitos; convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Cuando se unen todas estas circunstancias el cónyuge no conviviente tendrá que llevar a cabo el pago de la pensión de los alimentos, ya que no podrá modificar el régimen de convivencia establecido sin autorización del hijo mayor de edad.

Esta situación viene regulada en el art. 149 del Código Civil.

**Art. 149 CC** *“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.*

*Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.*

### **c) Extinción del derecho de alimentos**

Cuando se habla de extinción del derecho de alimentos es necesario hacer referencia a dos situaciones; temporalidad del derecho de alimentos y reducción de la prestación de alimentos.

- **Temporalidad del derecho de alimentos**

Este supuesto exige el planteamiento de dos cuestiones. Por un lado, que tiempo dura la necesidad del hijo mayor de edad y por otro lado la formación que ha de ser satisfecha por los progenitores.

La primera cuestión se soluciona cuando el hijo alcanza una estabilidad laboral y obtiene unos ingresos que le permiten vivir independientemente.

La segunda cuestión, hace referencia a la formación profesional temporal que necesitan los hijos. Hace referencia a la prolongación de la de la prestación hasta obtener una formación académica suficiente para poder desarrollar una vida laboral.

Esta situaciones no son fáciles de solucionar por ello, el Juez en cada caso concreto y según las circunstancias deberá poner fin a la prestación de alimentos.

Por último, es preciso hacer referencia a los grados de intensidad en causas imputables a los hijos que llevan a la extinción de la prestación de alimentos.

Primer grado; Los hijos han superado la mayoría de edad y no continúan sus estudios ni quieren entrar en el mundo laboral.

Segundo grado; Los hijos alcanzan la mayoría de edad y no continúan sus estudios, pero reciben una remuneración por su actividad en el mercado laboral.

- **Reducción de la prestación de alimentos**

Se habla de reducción de la prestación de alimentos, cuando las resoluciones judiciales en vez de extinguir la prestación optan por reducir la cuantía que afecta a la formación. Esta situación se produce cuando no se aprecia interés por parte del hijo en seguir con los estudios, pero seguirán intactas las partidas relativas a habitación, vestido, sustento y seguro médico.

## **2.4 Vivienda familiar**

### **a) Consideraciones generales del derecho a la vivienda familiar**

Para poder entender el concepto de vivienda familiar es necesario tener en cuenta la habitabilidad y el carácter nuclear de la familia. La habitabilidad es la que establece, para el ejercicio del derecho de uso, lugares de lo más disperso, y el carácter nuclear de

la familia integra tanto a los cónyuges como a los hijos. Otros parientes como los abuelos no entran dentro del interés de protección salvo que sean titulares del inmueble.

El concepto de vivienda familiar se refiere al lugar físico donde se desarrolla la vida familiar y viene definido en el art. 96 CC.

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

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

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

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

Existen dos corrientes doctrinales respecto del derecho de uso de la vivienda familiar coincidiendo ambas en que es un derecho de naturaleza real o personal.

Para un amplio número de autores el derecho de uso, deriva del acuerdo existente entre los cónyuges en el Convenio regulador. El acuerdo será el título que legitime al cónyuge no titular el uso y disfrute de la vivienda ya que la aprobación judicial no modifica la naturaleza del acto jurídico derivado de la voluntad de las partes. Por lo que es posible diferenciar la primacía del acuerdo frente al carácter subsidiario de la resolución judicial.

Sin embargo, para otro sector la resolución judicial permite a uno de los cónyuges permanecer en la vivienda familiar sin tener en cuenta en lugar que ocupan los cónyuges en el procedimiento judicial. Por lo tanto para estos autores el derecho de uso de la vivienda familiar es independiente de la autonomía de la voluntad de las partes.

Como conclusión, cabe hacer referencia a los objetos que forman parte del ajuar familiar.

Tal y como establece MONTERO AROCA<sup>23</sup>, *“el ajuar familiar está constituido por las cosas de uso ordinario que forman parte de una familia concreta y determinada, destinada a la vida corriente de quienes integran la vida familiar. El límite de los bienes que constituye el ajuar familiar lo establece el art.1321 del Código Civil, al considerar excluidos “las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”, e incluye las ropas, el mobiliario y enseres que forman el ajuar de la vivienda habitual”*.

#### **b) Titularidad de la vivienda familiar**

Según CRUZ GALLARDO<sup>24</sup>;

mientras la vida conyugal y familiar se realiza en común, la titularidad sobre la vivienda familiar es unitaria; pero cuando el matrimonio entra en crisis la titularidad se desdobra. De un lado continúa la titularidad del derecho que vincula a los cónyuges con el inmueble, y de otro surge el derecho de ocupación de la vivienda familiar. Si ambos cónyuges son cotitulares del inmueble, no habrá la desmembración apuntada, ya que uno de ellos mantendrá vivo el título que le une al inmueble (propiedad, arrendamiento, usufructo, etc.) y el otro (al que corresponda el uso de la vivienda familiar) además disfrutará de la posesión del inmueble en base a la titularidad que le une a éste.

---

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant to Blanch, Valencia, 2002, pág. 95.

<sup>24</sup> CRUZ GALLARDO, B. *op. cit. La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 380.

La cotitularidad de la vivienda familiar adquirida en propiedad y con hijos de por medio queda sometida al art. 96 CC, mencionado anteriormente. El objetivo es proteger a los hijos menores y el interés tanto de éstos como del cónyuge en cuya compañía se queden.

Sin embargo, cuando no existan hijos y la situación económica de los cónyuges cotitulares sea parecida, no será de aplicación el art 96 CC. En este caso, no existe ningún interés a favor de uno de los cónyuges y la ocupación se llevará a cabo de forma sucesiva hasta que se liquide el régimen económico matrimonial.

En el momento en el que se realice la liquidación, la vivienda familiar quedará atribuida a ambos cónyuges de forma pro indivisa o pasar a formar parte de uno de los cónyuges con las compensaciones económicas para el otro.

Por otro lado, el derecho de usufructo y habitación pueden pertenecer a uno o a los dos cónyuges.

El cónyuge que tenga el derecho de habitación, podrá ocupar la casa y las piezas dentro de ella tanto para él como para los miembros de su familia. En el caso de crisis matrimonial, los cónyuges dejan de convivir bajo el mismo techo y por lo tanto se pone fin a la convivencia.

Cuando hablamos de derecho de usufructo, hay que apreciar si tiene carácter privativo o ganancial. Si es privativo, el usufructo se puede establecer a favor del cónyuge no titular en beneficio e interés de éste.

Sin embargo, si se trata de un usufructo de carácter ganancial se constituirá de forma sucesiva hasta que fallezca el último de los cónyuges.

### **c) Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar**

Cuando se quiere poner fin al derecho de uso de la vivienda familiar, es necesario estar al acuerdo que los cónyuges hayan establecido en el Convenio regulador o sino a la medida judicial que se haya establecido en la sentencia.

En caso de extinción, el titular del derecho de uso deberá dejar libre la vivienda con todas los muebles así como el ajuar al cónyuge titular.

Existen diversas causas que establecen la extinción del derecho de uso, éstas son;

- Alteración de las circunstancias personales de los cónyuges e hijos que dieron lugar a su constitución.
- La privación del derecho de guarda.
- La llegada de los hijos a la mayoría de edad o su emancipación.
- El nuevo matrimonio y la convivencia more uxorio<sup>25</sup> del titular del derecho de uso.
- El no uso o uso indebido de la vivienda familiar.
- El desplazamiento subjetivo del interés familiar digno de protección.
- La transmisión a un tercero de buena fe de la vivienda familiar sin garantías de protección.

---

<sup>25</sup> Aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar. [www.ic-abogados.com](http://www.ic-abogados.com). Última consulta: 1 de marzo de 2014.

- La adquisición de la titularidad de la vivienda familiar por el cónyuge a quien le fue atribuido el derecho de uso.
- La extinción del derecho de uso por el transcurso del plazo.

### **3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS**

#### **3.1 Legislación aplicable y anteproyecto de ley de la modificación del régimen: ausencia del informe del fiscal**

La ley 15/2005 de 8 de julio es la que regula la materia relativa a la separación y divorcio. Sin embargo actualmente se quiere introducir una modificación relativa a la guarda y custodia compartida

El Gobierno aprobó, en la reunión del Consejo de Ministros, el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio (EDL 2013/180450), popularmente conocido como “Anteproyecto de Ley de custodia compartida”<sup>26</sup>, iniciándose de este modo el trámite pre-legislativo para la posterior presentación del correspondiente Proyecto de Ley ante las Cortes Generales.

La reforma que pretende abordar el Gobierno persigue, por tanto, establecer una normativa reguladora de la custodia compartida homologable con la establecida en las distintas CCAA del Estado, con el fin de paliar o, si es posible, evitar el diferente tratamiento jurídico sustantivo a que se ven sometidos los padres y madres españoles separados o divorciados en función del lugar de su residencia habitual, pues mientras unos pueden acogerse a una normativa que establece el sistema de custodia compartida como preferente (caso de Aragón y la Comunidad Valenciana), otros ven cómo la custodia compartida, como ocurre en el Código Civil español, es configurada con una

---

<sup>26</sup> [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com). Última consulta: 1 de diciembre de 2013.

carácter meramente residual como alternativa de custodia excepcional frente a la custodia individual o mono parental que viene a ser el régimen preponderante.

El art. 92 bis CC en la redacción que le da el Anteproyecto establece:

**Art 92 bis CC** “1. *El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.*

*Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.*

*2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.*

*Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas”.*

Esta modificación que se quiere introducir abarca cuatro grandes cambios<sup>27</sup> que son los siguientes;

- Un cambio de terminología sustituyendo los términos de custodia y visitas por los de convivencia y régimen de estancia. De modo que ya no haya un “guardador” y un “visitador”. Esta superación terminológica puede ayudar a reducir los

---

<sup>27</sup> [www.informativojuridico.com](http://www.informativojuridico.com). Última consulta: 8 de diciembre de 2013.

conflictos parentales, ya que parece que el “visitador” estaba relegado a un segundo plano.

- El informe del Ministerio Fiscal no va a ser vinculante. Es decir, no es necesario que el informe del fiscal sea favorable para que el juez, si lo estima conveniente, pueda fijar la custodia compartida.
- La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. De modo que los actuales régimen de visitas amplios y flexibles (por ejemplo el de fin de semana alterno desde el viernes hasta el lunes más una tarde a la semana con pernocta) pueden convertirse con la reforma en una custodia compartida.
- No se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal. Hasta ahora, basta con estar incurso en un procedimiento penal de este tipo para que no se le otorgara. Ahora es necesario que exista sentencia firme. Entiendo que el legislador lo que ha pretendido es evitar la utilización de la vía penal para obtener beneficios en la vía civil y evitar las “falsas denuncias”.

La ausencia del informe favorable por parte del Ministerio Fiscal se puede apreciar en la STC 185/2012 de 17 de octubre<sup>28</sup> de 2012.

Tradicionalmente, siempre ha sido necesario un informe del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida. Además este informe debe ser favorable y estar de acuerdo con la adopción de este tipo de régimen.

---

<sup>28</sup> TC, sentencia núm. 185/2012 de 17 de octubre. (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006); [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Última consulta: 2 de marzo de 2014.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional da un giro en esta materia y determina la eliminación de este informe para determinar la custodia compartida, tal y como veremos en la exposición de la esta sentencia.

La AP de las Palmas de Gran Canaria plantea una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Esto es se debe a la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre y para dar esta solución, el legislador se basa en el informe desfavorable del MF para adoptar la custodia compartida. En la sentencia se cita textualmente:

Para fundamentar la concesión de la guardia y custodia en exclusiva a la madre, el juzgador de instancia valoró las circunstancias concretas del caso, la prueba practicada y el Informe del Ministerio Fiscal, que estimaba más idóneo que se prosiguiera con su ejercicio en exclusiva por la madre.

El TC ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad ya que considera que exigir el informe favorable del Fiscal vulnera los art. 117.3 y 24 CE.

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

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

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

Por lo tanto queda determinado que para acordar la guarda y custodia compartida no será necesario en informe favorable del fiscal. Será en todo caso inconstitucional, porque atentaría contra la independencia y el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del poder judicial.

### **3.2 Modalidades de custodia compartida**

Para poder establecer las modalidades de custodia compartida, se tienen en cuenta tanto las circunstancias personales de los progenitores como el interés y la protección del menor.

En todas las modalidades de custodia compartida es necesario que el Convenio regulador establezca la relación detallada del ejercicio de la patria potestad, la distribución de las funciones relacionadas con el cuidado del menor y los motivos por los que se lleva a cabo este reparto del ejercicio.

Las distintas modalidades<sup>29</sup> son;

- **Custodia compartida simultánea**

Tanto los progenitores como los hijos permanecen en la misma vivienda familiar a pesar de la separación matrimonial. Es necesario que la vivienda familiar tenga un amplio tamaño y se puedan hacer dos dependencias separadas de manera que cada cónyuge desarrolle su vida independiente en la parte que le corresponda y los hijos puedan acceder a ambas libremente compartiendo algunas zonas.

---

<sup>29</sup> CRUZ GALLARDO, B. *op. cit.* *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 419.

- **Custodia compartida a tiempo parcial, sin cambio de domicilio de los hijos**

Esta modalidad solo se puede llevar a cabo si los progenitores gozan de respeto mutuo y tienen capacidad económica suficiente para poder disponer de otra vivienda o espacio vital.

Se trata de una modalidad que beneficia a los hijos ya que ellos permanecen en la vivienda todo el tiempo y son los progenitores quienes conviven con ellos durante el tiempo pactado. De esta forma se respeta el espacio del hijo ya que estará siempre en una misma vivienda lo que le dará una mayor comodidad.

- **Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos**

Esta modalidad implica la convivencia del menor con un progenitor durante ciento ochenta y dos días al año. Sin embargo, es difícil que se dé, especialmente si los progenitores viven en diferentes poblaciones.

- **Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores**

En este tipo de custodia, el Juez concede a uno de los dos progenitores mayor tiempo de convivencia que al otro. El cónyuge desfavorecido podrá compensar esta falta de tiempo con tareas diarias del hijo como médicas o escolares.

- **Ejercicio de la guarda y custodia partida**

Este caso es excepcional y no se suele aplicar. Se trata de la atribución de la guarda y custodia de una parte de los hijos a un progenitor y el resto al otro progenitor. Esta medida se suele dar solo en el caso de que esta separación sea beneficiosa para el menor puesto que la regla general es la no separación de los hermanos.

- **Ejercicio conjunto de la patria potestad y de la guarda alternada**

En este caso, ambos progenitores realizan conjuntamente el ejercicio de las funciones de la patria potestad. Sin embargo, el cuidado de los hijos lo hacen de forma alterna conviviendo con ellos el tiempo que les corresponda.

- **Ejercicio alternado de la patria potestad y de la guarda**

Si se aplica esta modalidad, el progenitor custodio será el que ejerza exclusivamente las funciones de la patria potestad durante el tiempo que conviva con el menor. El otro progenitor, cuando no le corresponda convivir con el hijo solo podrá beneficiarse del régimen de comunicación, control y vigilancia ya que las decisiones serán tomadas de forma unánime por el cónyuge custodio.

- **Ejercicio exclusivo de la patria potestad y guarda alterna**

Esta modalidad no se suele aplicar ya que en ningún caso resulta beneficioso para el interés del menor y no cuadra con nuestro Derecho español. Se basa en la atribución exclusiva de las funciones de la patria potestad a uno de los dos progenitores independientemente de los períodos de tiempo con quien conviva el menor. Este supuesto se da solo en situaciones en las que uno de los dos progenitores ha sido suspendido o privado de la patria potestad.

- **Ejercicio de la patria potestad parcialmente distribuido entre ambos progenitores y guarda alternada**

Se basa en la atribución a cada progenitor de una parte de las funciones que integran la patria potestad y que mantiene incluso cuando no le toca convivir con los hijos. En la realidad, no suele ser de aplicación ya que los padres necesitan un ejercicio continuado de estas funciones.

- **Modalidad del ejercicio de la custodia compartida, aconsejable en función de la edad de los menores**

El tiempo de convivencia atribuido a uno de los progenitores no tiene que ser igual, sino que se puede atribuir un tiempo mayor a uno de los dos. Pero hay que tener en cuenta una serie de circunstancias como; edad del menor, distancia de los domicilios de los progenitores...etc.

Para poder establecer el tiempo que le corresponde a cada uno de los progenitores se tendrá en cuenta en primer lugar las fórmulas pactadas de mutuo acuerdo entre los cónyuges. Además en función de la edad del menor y del contacto requerido con sus padres es posible apreciar; la alternancia diaria, la semanal, la quincenal, la mensual y los períodos lectivos.

A continuación se expone una tabla<sup>30</sup> en la que se pueden ver los períodos de convivencia,

---

<sup>30</sup> CRUZ GALLARDO, B. *op. cit.* *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, pág. 419 y ss.

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

### **3.3 Influencia del régimen de guarda y custodia compartida sobre determinados efectos comunes de la ruptura matrimonial**

#### **a) Derecho de visita**

Para que el hijo menor tenga un adecuado desarrollo de su personalidad es necesario que la relación que mantiene con sus progenitores sea buena y constante y que no pierda el contacto con ninguno de los dos.

En el régimen de guarda y custodia compartida, el derecho de visita tiene una finalidad reparadora. Esto se debe a que la guarda y custodia compartida mantiene la relación afectiva viva con cada progenitor en el tiempo de no convivencia.

Se establece un régimen de visitas en función del tiempo asignado para convivir con los hijos.

#### **b) Derecho de alimentos**

En el caso de que se adopte el régimen de custodia compartida, la prestación de alimentos a favor de los hijos no desaparece. Se trata de una obligación que existe tras la ruptura matrimonial.

Es necesario establecer el modo en que ambos progenitores van a contribuir a las necesidades económicas del hijo menor de edad. Cuando se determina la proporción de cada uno de ellos, hay que tener en cuenta su situación económica.

Sin embargo, es posible apreciar un enfoque más concreto sobre la prestación de alimentos en la STC núm. 4/2001, de 15 de enero donde se determina la supresión de la

pensión de alimentos, asumiendo cada progenitor los gastos durante el período de convivencia con el menor.

Por último cabe hacer mención a los gastos. Es posible distinguir: los gastos ordinarios y los gastos extraordinarios.

Respecto de los gastos ordinarios y de escasa cuantía relativos al alojamiento, vestido, asistencia médica o farmacia deberán ser satisfechos por el progenitor que conviva con el hijo menor.

Sin embargo, los gastos extraordinarios relativos a la matrícula del colegio o de la universidad y los libros tendrán que ser sufragados por los dos progenitores según la proporción que se haya establecido, en función de la capacidad económica de cada uno de ellos.

### **c) La vivienda**

El régimen de guarda y custodia compartida permite establecer la vivienda familiar como domicilio fijo del menor teniendo los progenitores que desplazarse durante el lapso de tiempo de convivencia con el hijo.

Sin embargo, para poder fijar este régimen se debe tener en cuenta la capacidad económica de ambos progenitores y la disposición de otra vivienda distinta a la familiar. Debido a muchas complicaciones, se ha barajado la posibilidad de establecer la venta de la vivienda familiar y la adquisición de dos viviendas para desarrollar de una manera más adecuada este tipo de régimen.

Por último, cabe hacer mención, al hecho de que se produzca un cambio de domicilio de uno de los progenitores durante la custodia compartida.

En este caso, el cambio de domicilio puede afectar al menor y a su estabilidad. Por eso, tendrá que comunicarlo al otro progenitor y tendrá que haber un acuerdo entre ambos para que este cambio se produzca.

Tras haber analizado detalladamente el régimen de guarda y custodia compartida, se puede llegar a la conclusión de que es un nuevo régimen de convivencia con contenido personal y patrimonial y que siempre se establece en beneficio del menor.

## CONCLUSIÓN

Tras el detallado y exhaustivo estudio contenido en este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera, presencia de diversos elementos formales durante el proceso de ruptura matrimonial, relevantes a la hora de acordar indistintamente un régimen u otro de guarda y custodia. Estos elementos gozan de gran importancia y son los siguientes: el convenio regulador, la sentencia, la modificación de las medidas judiciales y la mediación familiar.

Segunda, existencia de dos regímenes de guarda y custodia. La atribución exclusiva de la guarda y custodia de los hijos a uno de los dos progenitores y la guarda y custodia compartida.

Tercera, evolución sufrida en los últimos años y existencia de un anteproyecto para modificar la ley 15/2005, de 8 de julio en materia de separación y divorcio. Actualmente, se quiere favorecer el régimen de guarda y custodia compartida y es el que se está aplicando. Se considera un adelanto en la sociedad actual ya que mejoraría el desarrollo de la personalidad del menor y sería adecuado para la relación que mantiene con sus progenitores.

Cuarta, la gran novedad introducida por el Tribunal Constitucional al eliminar la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida. Este requisito se considera inconstitucional ya que no permite al poder judicial trabajar con independencia.

Quinta y última, la importancia que tiene el menor durante todo el proceso. En ningún caso se prima el interés de los progenitores. Siempre se establece la medida más adecuada para el correcto desarrollo y formación del menor y en beneficio de su interés.

## BIBLIOGRAFÍA

Libros y monografías:

- CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012.
- DíEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos S.A. Madrid, 2006.
- IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LASARTE, C. *Derecho de familia*, 4º Edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant to Blanch, Valencia, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- SALANOVA VILLANUEVA, M., *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*, Derecho privado y Constitución, Madrid, 1995.

#### Fuentes jurídicas:

- Constitución Española, 1978.
- Código Civil de 1889.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996, de 15 de enero.
- Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio.

#### Análisis jurisprudencial:

- SAP de Pontevedra 4ª, de 8 de mayo 2003.
- STC, de 17 de octubre 2012, (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006).
- STC, de 15 de enero 2001.
- STS (Sala 1º) de 29 de abril 2013, (RJ 2525/2011).
- STS (Sala 1º) de 25 de mayo 2012, (RJ 323/2012).
- STS (Sala 1º) de 29 de noviembre 2012, (RJ 494/2012).
- STS (Sala 1º) de 22 de abril de 1997, (1822/1993).

Recursos electrónicos:

- [www.boe.es](http://www.boe.es)
- [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)
- [www.informativojuridico.com](http://www.informativojuridico.com).
- [www.ic-abogados.com](http://www.ic-abogados.com)
- [www.cendoj.es](http://www.cendoj.es)
- [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)