



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.
CUESTIONES GENERALES SOBRE ESTA INSTITUCIÓN**

Realizado por: Cristina Gómez Hernández

Convocatoria: 2015-2016 Enero

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. LA GUARDA Y CUSTODIA	6
2.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.	6
2.2 LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA	6
2.3 MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA	7
2.3.1 Guarda y Custodia exclusiva o unilateral.....	7
2.3.2 Guarda y Custodia partida o distributiva.....	7
2.3.3 La guarda y custodia compartida.....	7
3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	8
3.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. MODALIDADES	8
3.1.1 Custodia compartida simultánea	11
3.1.2 Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar	12
3.1.3 Custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de los progenitores.....	12
3.1.4 Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.....	13
3.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA	13
3.2.1 Antecedentes	13
3.2.2 Entrada en vigor de la ley 15/2005. El artículo 92 del código civil	15
3.2.2.1 El Apartado 5 del artículo 92	15
3.2.2.2 El apartado 6 del artículo 92.....	16
3.2.2.3 El apartado 7 del artículo 92.....	18
3.2.3.4 El apartado 8 del artículo 92.....	19
3.2.2.5 El apartado 9 del artículo 92.....	22
3.2.3 Breve referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental.....	22
3.2.4. Legislación autonómica de la guarda y custodia compartida.....	24
3.2.4.1 Legislación de Aragón	25
3.2.4.2 Legislación de Cataluña	25
3.2.4.3 Legislación de Navarra.....	26
3.2.4.4 Legislación de la Comunidad Valenciana	26
3.2.4.5 Legislación de País Vasco.....	27
3.3. PRINCIPIOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	27
3.3.1 Principio de Interés superior del menor	28
3.3.2 Principio de Corresponsabilidad Parental	29
3.3.3 Principio de Coparentalidad.....	29

3.3.4 Principio de Igualdad	30
3.3.5 Principio de Universalidad	31
3.3.6 Principio dispositivo.....	31
4. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	31
4.1 PENSIÓN DE ALIMENTOS Y CUSTODIA COMPARTIDA	31
4.2 VIVIENDA FAMILIAR Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	33
4.3 LOS PERÍODOS DE CONVIVENCIA Y LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.....	37
5. CONCLUSIONES	40
6. REFERENCIAS LEGALES	42
7. JURISPRUDENCIA	42
8. BIBLIOGRAFÍA.....	43
9. RECURSOS ELECTRÓNICOS	45

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad española ha sufrido numerosos cambios sociales en los últimos años, puesto que salió de una Dictadura de casi 40 años y se ha constituido un sistema donde se reconocen derechos y libertades garantizados por la Constitución.

El Derecho de familia no ha estado ajeno a esta evolución de la sociedad, produciéndose grandes cambios y surgiendo nuevas instituciones.

Hace 40 años podía parecer impensable la posibilidad de divorciarse (pese a que en los años 30 hubiera una ley del divorcio, cuya vigencia fue de duración escasa), pero debido a las demandas y exigencias sociales finalmente se aprobó en 1981 la ley reguladora del divorcio en España, una de las más importantes en el Derecho de familia.

Esta institución trajo consigo numerosas consecuencias puesto que la unidad familiar se rompe, los padres ya no van a convivir con los hijos y por ello surge la necesidad de determinar con quién van a vivir, quién se va a encargar de cuidarlos, es decir, cual de los progenitores va a tener la custodia de los hijos.

El sistema de guarda instaurado por la Ley de 1981, en la actualidad ha quedado obsoleto, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce el derecho del menor a relacionarse con sus padres, además de la igualdad entre los padres respecto de las tareas entre las que se incluyen el cuidado de los hijos.

Por todo esto, surgió la necesidad de aprobar una ley en la que se regulase un sistema por el cual ambos progenitores pudieran, en igualdad de condiciones, llevar a cabo el cuidado y atención diaria de los hijos a través de la convivencia, es decir, que regulase la custodia compartida, y así fue con la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

De esta manera cuando se produce la ruptura de la unidad familiar van a ser los padres los que en un primer momento van a determinar el régimen de guarda y custodia para los hijos, pudiendo optar por una custodia exclusiva o una compartida, debiendo tener en cuenta el interés superior del hijo dado que es el que más afectado se ve por la nueva situación. En todo caso, el juez va a ser garante de que este interés quede protegido.

Mi objetivo en este trabajo es desarrollar de manera general las principales características de la guarda y custodia compartida, estudiando la evolución de esta

institución en España, así como la actual regulación del artículo 92 del Código Civil y la futura Ley de corresponsabilidad parental, y también la regulación que llevan a cabo determinadas Comunidades Autónomas en esta materia. Además, incluyo un apartado donde recojo alguno de los problemas que se suscitan en la práctica con la custodia compartida, debido entre otras cosas, a la regulación vaga e imprecisa que se ha realizado en esta materia.

2. LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.

La guarda y custodia de los hijos se identifica con el cuidado y la atención diaria que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor¹. A pesar de que la palabra “guarda” tenga numerosas acepciones, la mayoría de la doctrina, como DEL VAS GONZÁLEZ² identifica a esta institución con el concepto de cuidado y además la guarda y custodia se refiere al aspecto personal, convivencial, inmediato al cuidado de los hijos, y el ejercicio hace referencia a la responsabilidad que se adquiere con el hijo.

2.2 LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA

Son dos instituciones fundamentales del Derecho de Familia, se encuentran estrechamente relacionadas, tal y como lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983 *“el derecho de guarda y custodia es parte integrante del de potestad”*.

La patria potestad viene regulada expresamente en el Código Civil, concretamente en el artículo 154 donde establece que está comprendida por una serie de derechos y deberes que son velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, también está el deber de representarlos y administrar sus bienes.

A diferencia de la patria potestad, la guarda y custodia tiene una regulación vaga e imprecisa puesto que no hay una definición legal establecida.

La patria potestad permanece para ambos progenitores en caso de ruptura, mientras que la guarda y custodia no, porque se identifica con la convivencia del menor y el progenitor y en los casos de crisis de pareja se transforma en un derecho-deber independiente que arrastra o atrae otras funciones³ relacionadas con el cuidado de los hijos.

¹ PORCEL GONZÁLEZ, I., “La guarda y custodia compartida de los hijos, comentario a 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”, *recernat.net*, 2011, p. 10

² DEL VAS GONZÁLEZ, JM., *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil Español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Dirigida por María Isabel de la Iglesia Monge, Madrid, 2009, p. 252.

³ LATRHOP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, año 2008, p. 205.

2.3 MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA

2.3.1 Guarda y Custodia exclusiva o unilateral

En palabras de SAN SEGUNDO MANUEL⁴ es aquella en la que la convivencia con el hijo menor se atribuye a uno sólo de los progenitores, reservándole al otro progenitor un derecho de visitas, salvo que por concurrir causa grave sea privado de la misma, por lo general se le suele atribuir a la madre esta custodia⁵.

Era el sistema más común hasta la entrada en vigor de 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, al introducir esta ley la figura de la custodia compartida.

2.3.2 Guarda y Custodia partida o distributiva

Comprende el modelo por el cual el ejercicio de la guarda y custodia se distribuye entre los progenitores, asignando el cuidado de los hijos a uno y el de los otros al otro⁶.

Es la modalidad menos habitual en la práctica, puesto que es contrario al artículo 92.5 del Código Civil donde se establece la preferencia por la no separación de los hermanos, no es un imperativo pero es una recomendación establecida expresamente. Obviamente, se acordará este régimen cuando se entienda que las circunstancias del caso lo aconsejen y prevaleciendo el interés superior de los menores.

2.3.3 La guarda y custodia compartida

Vamos a realizar un estudio sobre esta figura en las páginas siguientes de este trabajo.

⁴ SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Maltrato y separación: repercusiones en los hijos*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 119.

⁵ AGUILAR CUENCA, JM., *Tenemos que hablar, cómo evitar los daños del divorcio*, Editorial Taurus 2008. p.139

⁶ PORCEL GONZÁLEZ, I, op. cit, p. 14.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. MODALIDADES

En los últimos tiempos, y sobre todo a partir de 2005 tras la reforma del Código Civil por la ley 15/2005, ha adquirido gran importancia y han sido numerosos los estudios y debates acerca de la custodia compartida.

Ni el Código Civil ni ninguna otra ley nos dan un concepto concreto de la guarda y custodia compartida, por tanto su contenido se delimita por oposición al de la patria potestad del artículo 154 del Código Civil y se configura un concepto basado en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en la doctrina.

En el supuesto de ruptura de la convivencia una de las funciones del ejercicio de la patria potestad se vería afectada, y es la de tenerlos en su compañía, dado que los progenitores pasan a vivir en domicilios diferentes (desaparece el sistema de guarda conjunta al no convivir simultáneamente con ellos). Por ello el hijo pasaría más tiempo con uno y quedando para el otro progenitor períodos de visitas más limitados en el tiempo. No hay que perder de vista los artículos 92, 94 y 106 del Código Civil en los cuales se preservan los derechos y deberes del progenitor respecto con el hijo, dado que la crisis entre ellos no les exime respecto de sus obligaciones con sus hijos, y manteniéndose el deseo de ambos progenitores de llevar a cabo esas tareas y sobretodo, disfrutar de la compañía del hijo.

Ante esta situación, tal y como señala ÁLVAREZ LÓPEZ⁷ se vino “exigiendo” por la sociedad y por las asociaciones de padres separados, la reforma de la ley para que la custodia compartida por ambos progenitores fuera una opción real.

Conviene en este momento comenzar el estudio de la guarda y custodia compartida, analizando las distintas definiciones de los autores, así como las de la jurisprudencia.

La guarda y custodia y custodia compartida tiene como fundamentos legales los siguientes:

⁷ ÁLVAREZ LÓPEZ, C., “Más sobre la Custodia Compartida”, Editorial: *El Derecho Editores/ Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, Fecha de publicación 31 de octubre de 2006, p. 2.

El artículo 39.4 de la Constitución Española; el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y los artículos 7.1, 9.3 y 18 de la Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño.

Y se ampara legalmente en dos derechos fundamentales, el primero de ellos en el derecho del hijo a preservar su relación con los dos progenitores y el segundo en el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil⁸.

LATHROP GÓMEZ, entiende que la custodia compartida es el sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados⁹. Además entiende la guarda y custodia, como un concepto amplio, formado por el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al derecho de vivir con el hijo¹⁰.

También, PINTO ANDRADE sostiene que en situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad y comprenderá aquellas funciones de ésta que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo. Por ello, la custodia compartida supone plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores, no obstante la ruptura de la pareja¹¹.

Conforme a la opinión de PÉREZ- VILLAR APARICIO¹², la custodia compartida puede definirse como el reparto de la convivencia de los y las menores con sus progenitores, al momento de la ruptura de pareja, ya que los deberes de custodia vienen

⁸ ECHEVARÍA GUEVARA, K., *Doctorado Problemática Actual de Derecho de Familia: La Guardia y Custodia Compartida*, Universidad de Navarra, año 2008, p. 67.

⁹ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental, Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas*, Diario la Ley 29 de Junio de 2009, nº7206 p. 10.

¹⁰ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, año 2008, p. 276.

¹¹ PINTO ANDRADE, C., *La Custodia Compartida*, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, año 2009 p.43

¹² PÉREZ- VILLAR APARICIO, R., *Sobre la Custodia Compartida*, elderecho.com, Madrid 18 de julio de 2013.

referidos al cuidado ordinario que se produce en la convivencia diaria y por tanto entraña una responsabilidad, digamos, doméstica del cuidado y atención cotidianos.

La jurisprudencia también ha definido esta institución, como por ejemplo la SAP de Barcelona 26/2007 de 12 de enero, según la cual la guarda y custodia compartida es: *“una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*.

También la SAP de Girona 269/2012 la define como: *“el sistema en el que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa o supone que los períodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarias, sino que habrá de estarse a cada caso concreto y en atención a los criterios que el legislador establece, y cualquier otro para el bienestar del hijo”*.

Por último la SAP de Pontevedra 480/2012 de 21 de septiembre señala: *“Que la idea que debe presidirla es la igualdad jurídica de ambos progenitores y de su responsabilidad parental, decidiendo de común acuerdo el día a día de los menores, manteniendo de algún modo la ficción de que a pesar de la ruptura de los progenitores, la relación de los hijos con los padres, se mantiene prácticamente igual salvo a falta de convivencia de aquellos”*.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2013 concretó los criterios para la atribución de la custodia compartida, declarando que: *“debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica*

pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

En definitiva, lo más importante es que se garanticen las relaciones familiares de los hijos con ambos progenitores y que ellos participen activamente en la vida del hijo, porque, como adelantaremos más adelante, un principio rector de la custodia compartida es el interés del menor.

La custodia compartida tiene distintas modalidades según la atribución del uso de la vivienda familiar y el tiempo que cada progenitor pasa con los hijos, pero para adoptar una forma concreta se necesita valorar una serie de circunstancias como pueden ser los horarios laborales de los padres, la localización de los domicilios, recursos económicos, etc. Hay que tener en cuenta que lo que se pretende con esta figura es un marco amplio y flexible para dar cabida a todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto¹³.

Pueden enumerarse las siguientes modalidades de custodia compartida: custodia compartida simultánea; custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar; custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de sus progenitores y custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.

3.1.1 Custodia compartida simultánea

La custodia compartida simultánea supondría que tras la crisis de los progenitores, se siga continuando con la convivencia entre éstos y los hijos en el mismo domicilio, por el cual la vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes¹⁴ en la que los hijos pueden estar en una u otra de ellas, pudiendo haberse compatibilizado algunos lugares.

¹³ CAMPUZANO TOMÉ, H, “La Custodia Compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Revista Aranzadi Civil* n° 3, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 2484.

¹⁴ LISSTTE ECHEVARRIA, K, Op. Cit, p. 80.

Esta modalidad parece ser la más utópica, dado que es necesario que haya una muy buena relación de los progenitores, así como una gran estabilidad emocional y psicológica, lo que puede llegar a parecer difícil tras una separación, pero sin duda es la opción que más puede beneficiar al menor¹⁵ y teniendo en cuenta que la finalidad de la custodia compartida es el interés del menor esta sería la fórmula más adecuada, pero claramente es la más difícil de alcanzar por los progenitores implicados.

3.1.2 Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar

El marco de este supuesto es que son los hijos los que conviven en la vivienda familiar y los progenitores se alternan para vivir con ellos los períodos concretos que les correspondan a cada uno.

Como ventaja presentaría comodidad para los hijos, al mantener su espacio propio estable y no tener que enfrentarse a constantes traslados de domicilios.

Como inconvenientes aquí aparecen los relacionados con los progenitores, puesto que cada uno tendría que tener su domicilio para el tiempo en el que no resida con el hijo, lo cual supone un gasto económico considerable, y además otros problemas relacionados con el estilo de vida que puedan llevar cada uno de los progenitores. Por ello este sistema puede resultar inviable a largo plazo¹⁶.

3.1.3 Custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de los progenitores

En este supuesto nos encontramos con la necesidad de que los hijos se trasladen al domicilio de sus padres. Requeriría por comodidad y para facilitar el sistema que los domicilios en los que tengan que trasladarse los hijos para quedarse estuvieran próximos entre sí, aunque no es obligatorio, resulta lo más recomendable. La doctrina se encuentra dividida, ya que hay un sector que es contrario a este sistema, como por ejemplo DE LA IGLESIA MONJE¹⁷, defendiendo que los cambios de residencia producen perjuicios a los niños, que provocan en ellos constantes conflictos personales por los constantes cambios.

¹⁵ VÁSQUEZ IRRUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, Editorial Dijusa, Primera Edición, Madrid, 2005, p.170.

¹⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Primera Edición, Editorial Aranzadi; Navarra, año 2006, p. 55

¹⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Custodia compartida de ambos progenitores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 702, Madrid, 2007, p. 1822

También hay un sector doctrinal que considera que esta medida tiene ventajas, pero también inconvenientes. Destacan la poca conveniencia que tienen los constantes traslados de domicilio, el niño vive en una “constante mudanza”¹⁸. Se aprecian aspectos positivos en determinadas actitudes de los progenitores para intentar que el niño note lo menos posible los cambios de domicilio.

Finalmente también hay parte de la doctrina que considera que esta modalidad tiene ventajas, al considerar que los hijos siguen relacionándose con los progenitores, fomentando la coparentalidad.

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

En esta modalidad el hijo permanece más tiempo con uno de sus padres, pero el otro se involucra en sus tareas diarias, disfrutando el hijo de esta forma de sus dos progenitores. Por ejemplo el progenitor que pasa menos tiempo con el hijo es el que se encarga de llevarlo y recogerlo todos los días del colegio o de llevarlo a las actividades extraescolares, al médico, etc¹⁹.

3.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA

La guarda y custodia compartida, como ya se ha indicado anteriormente, se regula por primera vez en el Código Civil en el año 2005, con la Ley 15/2005. Vamos a realizar un estudio de lo que ocurría en España antes de que se promulgase dicha ley, con la entrada en vigor de la misma, y el futuro de esta institución.

3.2.1 Antecedentes

El Código Civil antes del año 2005 establecía en su artículo 159 la preferencia de la madre para el ejercicio de la custodia de los hijos en caso de crisis matrimonial, y además los artículos 90 y 92 del mismo cuerpo legal no preveían la figura de la custodia compartida, por tanto no se prohibía pero tenía carácter excepcional y su fundamento en la conjunción de dos principios, en el de la autonomía de la voluntad de los progenitores y en el ejercicio conjunto de la patria potestad. En este sentido, algún sector doctrinal y

¹⁸ SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Maltrato y separación: repercusiones en los hijos* en TAPIA PARREÑO, JJ, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, p.145.

¹⁹ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso: Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*, Editorial Lex Nova, 2007, p.264- 265.

determinados pronunciamientos jurisprudenciales, usaron el argumento de que no se expresaba concretamente en el Código la custodia compartida, por tanto alegaban que no estaba en la voluntad del legislador la adopción en la práctica de esta figura, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de febrero de 1999²⁰.

La excepcionalidad a la hora de fijar este tipo de custodia era la norma general antes de la entrada en vigor de la Ley de 2005, hasta ese momento el juez optaba por concedérsela a uno solo de los progenitores, siendo a la madre la práctica más habitual, y una vez concedida se establecía el régimen de visitas y de comunicación para con el otro progenitor. Resulta interesante destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 14 de octubre de 2003 que dice lo siguiente sobre este carácter excepcional: *“A la hora de fijar la guarda y custodia (...) deberá indicarse la persona a cuyo cuidado deban quedarse los hijos sujetos a patria potestad, siendo normal que se designe a uno de los progenitores y no a los dos. Por tanto es innegable que ha de ser excepcional el comportamiento de tal tarea (...). Cabe excepcionalmente entonces, y siempre que las circunstancias objetivas lo propicien. El compartimiento de la custodia y sin perder de vista el principio rector de la materia, el bonnum fillii”*.²¹

La práctica de los juzgados no era la misma, había diferencia entre los pronunciamientos de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias Provinciales, siendo los primeros más reacios hacia esta figura optando más por custodias individuales. En cambio en las Audiencias sí que se observó una progresiva tendencia a la aceptación de este régimen, pero habiendo también pronunciamientos que eran contrarios a esta figura, alegando que: *“la guarda compartida es una fuente permanente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos”*²², o también *“que genera inseguridad en los efectos económicos y en la identificación de la persona responsable en primera instancia del seguimiento de los avatares de la menor”*²³.

²⁰ SAP Palencia de 10 de febrero de 1999 *“los artículos 90 y 92 del Código Civil al regular la opción de custodia de los hijos en el supuesto de separación o divorcio de los padres, no prevén en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíben, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general”*.

²¹ En la línea de la excepcionalidad, SAP Palma de Mallorca de 29 de mayo de 2005 y SAP Madrid 12 noviembre de 2001.

²² SAP Girona, Sección 2º, 9 de febrero de 2000. FD 2º.

²³ SAP Barcelona, Sección 12º, 22 de julio de 2004, FD 2º.

Las Audiencias, tras criticar esta figura, pasaron a aceptarla de forma excepcional siempre y cuando fuera a petición de los progenitores y con una buena relación entre ellos. En este aspecto me gustaría destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de septiembre de 2004 en la que se concede la custodia compartida a unos progenitores con mala relación entre ellos y además se respalda la sentencia de Primera Instancia que la concedió, declarando que: *“una vez que se iniciaron los diálogos con los progenitores ambos priorizaron las necesidades de su hija, se concienciaron de la difícil situación emocional en la que se encontraba la misma y se dispusieron a buscar la solución de mutuo acuerdo, lo que dio como resultado la adopción del régimen propuesto en la sentencia de primera instancia”*. Poco a poco fueron surgiendo pronunciamientos positivos sobre la custodia compartida como: *“que acaba valorando la guarda y custodia compartida, que en su momento se acordó y se ha venido aplicando, como positiva, y consideran que esta es la mejor opción para la hija menor, ya que reúne más aspectos positivos que negativos para el correcto desarrollo de la misma”*²⁴.

3.2.2 Entrada en vigor de la ley 15/2005. El artículo 92 del código civil

Con la entrada en vigor de esta ley se modifica el antiguo artículo 92 del Código Civil y por primera vez se reconoce en España de forma positiva la guarda y custodia compartida.

A continuación vamos a analizar los apartados relacionados con la guarda y custodia compartida, dejando a un lado el resto de apartados.

3.2.2.1 El Apartado 5 del artículo 92

En primer lugar, el apartado 5 del artículo 92²⁵ hace referencia por primera vez a la guarda y custodia compartida en un cuerpo legal. Se recoge el supuesto general de que el ejercicio de la guarda y custodia compartida se acuerda de manera convencional por los progenitores, y que podrán solicitarlo mediante convenio regulador junto con la demanda de separación o divorcio siguiendo el procedimiento del artículo 777 de la LEC; o en cualquier momento del proceso, cuando se pase de un contencioso a un proceso de

²⁴ SAP Girona 25 de Febrero, 2001.

²⁵ Artículo 92.5 CC: *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda y custodia 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”*.

mutuo acuerdo (conforme a las reglas del artículo 770.5 LEC), y ambas partes lo soliciten por convenio regulador.

El proyecto de guarda y custodia compartida ha de ser concreto y claro, determinándose los aspectos básicos que configuren la vida del menor, como puede ser el régimen de estancias, la educación, vivienda, alimentos, etc.

Estos convenios que presentan las partes van a ser objeto de examen por el Juez que lleve el caso, dado que él es el garante de proteger el interés del menor, y para ello tiene en cuenta múltiples factores. La ley establece expresamente que opte por medidas que no supongan la separación de los hermanos y el legislador no ha querido concretar las cautelas que puede adoptar el juez, concretando únicamente la anterior, otorgándole de esta forma amplia discrecionalidad para poder adoptar lo que estime más conveniente para el menor. Además puede denegar la aprobación de estos convenios cuando se perjudique al menor o suponga un grave perjuicio para alguno de los cónyuges (en base al artículo 90 del Código Civil). El Juez tiene que ser flexible a la hora de examinar las propuestas, pudiendo solicitar aclaraciones a las partes cuando así lo estime.

En todo caso, debe motivar su aprobación o denegación del convenio. Puede ser una aprobación/denegación parcial, y en el caso de que no se haya logrado la admisión íntegra se les concede a las partes un plazo de 10 días para que lo modifiquen, y una vez pasado este plazo con la presentación del convenio modificado o sin la presentación, dentro del tercer día, se dictará auto resolviendo lo oportuno, siguiendo lo establecido en los artículos 777.7 y 777.8 de la LEC.

Por tanto este artículo se aplicará en los supuestos en los que ambos progenitores estén de acuerdo en establecer este régimen de custodia, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 29 de abril de 2013 *“un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto”*.

3.2.2.2 *El apartado 6 del artículo 92*

El apartado 6 del artículo 92 del Código Civil²⁶ establece de forma genérica unos presupuestos procesales para que el juez los verifique y tenga en cuenta a la hora de optar por este régimen o no.

La intervención del Ministerio Fiscal se ampara en la Circular 1/2001 de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva LEC en los procesos civiles que haya hijos menores de edad, ejerciendo una legitimación no sustitutiva a la de sus representantes legales, sino una legitimación propia²⁷, justificada en la defensa del interés del menor, que emitirá su informe para que el juez lo tenga en cuenta al valorar su decisión. Este informe no tiene que ser favorable necesariamente.

El derecho del menor a ser oído se inserta dentro del principio de interés superior del menor. Es un derecho fundamental dentro del artículo 24 de la Constitución Española²⁸.

El objeto de la audiencia es que el menor exprese su opinión, su sentir sobre los temas que le afecten y sean objeto del proceso judicial, por lo que deberá realizarse sin que se le produzca daño alguno²⁹. Tanto la LEC como el Código Civil regulan la audiencia al menor, pero no de la misma forma, por tanto en este momento cabe preguntarse ¿es obligatoria o potestativa esta audiencia? Aquí es necesario mencionar la STC 163/2009 de 29 de Junio en la que declara que: *“la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas, y sólo resultará necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes, el equipo técnico judicial o el propio menor”*. Pero con la reforma operada por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre³⁰ se modifica el artículo 770.4 de la LEC y se establece el carácter obligatorio de la audiencia a los mayores de 12 años. La

²⁶ Artículo 92.6 CC: *“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”*

²⁷ MAGNO SERVET, V., “¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?”, *Boletín Derecho de Familia*, 1 de Noviembre de 2010.

²⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, P., *El Procedimiento contencioso de crisis matrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.444.

²⁹ ZAERA NAVARRETE, J.I., “La Audiencia al Menor en los Procesos de Crisis Matrimonial. Comentario a la STS 413/2014 de 20 de Octubre”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 30 de Agosto de 2015, p. 803.

³⁰ Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la nueva Oficina Judicial.

Ley 15/2005 ha suprimido la obligación de oír a los hijos siempre que fueran mayores de 12 años para protegerlos de los efectos negativos que producen en ellos su presencia y exploración en un juzgado³¹. Se critica por parte de la doctrina que se mantenga lo establecido en la LEC, ya que por aplicación del principio de legalidad se tendría que dar audiencia a los mayores de 12 años obligatoriamente y a los menores de 12 si tuvieran el juicio suficiente³², algo que en la práctica no se lleva acabo de esta manera.

Que el menor sea oído es un derecho para él y una obligación para el juez. El testimonio no es vinculante a la hora de adoptar la decisión por el juez y la opinión tendrá mayor grado de vinculación a mayor edad que tenga el menor. En este sentido resulta un factor determinante la edad de 14 años, debido a las dificultades y la discutible conveniencia de forzar la ejecución de una custodia contraria a la voluntad del hijo³³, eso sí, hay que tener en cuenta el resto de las pruebas, pero ya es muy condicionante la edad del hijo.

El juez tiene potestad para denegar la audiencia al menor comunicándoselo al Ministerio Fiscal y siempre de manera motivada³⁴.

El juez debe valorar de igual forma las alegaciones de las partes y todas las pruebas que se hayan practicado en la comparecencia. También el propio artículo establece que debe valorar la relación entre los padres entre sí y con los hijos, que para adoptar el régimen de custodia compartida la relación entre debe ser buena, debido a la “cooperación” que este sistema exige entre ellos.

3.2.2.3 El apartado 7 del artículo 92.

El apartado 7 del artículo 92³⁵ del meritado cuerpo legal recoge las causas legales de inadmisión de la guarda y custodia compartida, son tasadas y si se aprecian no se podrá adoptar bajo ninguna circunstancia. En el artículo se distinguen dos causas.

³¹ KAREN LISSET.E, op cit.

³² GOIRIENA LEKUE, A., *La Suficiencia del Juicio del Menor y el Criterio de Oportunidad en los Procesos de Separación y Divorcio*, en Diario La Ley 19 de noviembre de 2005 nº 6823, p.5

³³ SAINT-CANTERO CAPARRÓS, MB., *Propuesta de nueva reforma del Artículo 92 del Código Civil con el reconocimiento de la custodia compartida como régimen preferente y en consecuencia necesaria del principio de corresponsabilidad*, Editorial Atelier, año 2009, p.158.

³⁴ AGURTZANE GOIRIENA, L., *La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio*, Diario La Ley, nº2823, año 2007, p.4.

³⁵ Artículo 92.7 CC: “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

La primera de ellas es que uno de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual. Con esta redacción el legislador ha querido ser precavido, dado que utiliza la expresión “estar incurso”, esto supone que no es necesario que exista una sentencia condenatoria contra ese progenitor, sino que basta con que haya una denuncia formal contra éste, así abarca el mayor número de situaciones de riesgo posibles.

Pero dentro de la doctrina hay autores que consideran que esta redacción atenta contra el principio de presunción de inocencia, dado que ese progenitor no ha sido condenado y puede llegar a quedar absuelto, y se le está imponiendo una pena indirecta³⁶, perdiendo contacto con sus hijos. Además puede ser un factor favorable para la interposición de denuncias falsas por alguno de los padres que quieran evitar que se adopte esta medida.

Y la segunda de las causas que se recoge es que se advierta por parte del Juez la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Aquí tampoco se necesita una sentencia condenatoria pero tampoco una denuncia formal contra uno de ellos, únicamente se tiene en cuenta la percepción del juez basándose en las declaraciones de las partes y en las pruebas practicadas. Hay que puntualizar que ambos progenitores pueden ser sujetos activos de este tipo penal, tanto el hombre como la mujer. Cosa distinta sucede en los casos de violencia de género (hombre sobre la mujer), en el supuesto de que se establezca un régimen de guarda y custodia compartida y posteriormente hay una denuncia por violencia de género, aquí el juez podrá acordar la suspensión de esta medida en base al artículo 158.4 del Código Civil, para apartar al menor de cualquier peligro al que esté expuesto, pero siempre que no suponga un perjuicio para los hijos, pudiendo quedar suspendido el régimen de comunicación y estancia.

3.2.3.4 El apartado 8 del artículo 92

procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

³⁶ PÉREZ MAYOR, A, “La entelequia de la custodia compartida o alterna en los procesos contenciosos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº3, Julio-Septiembre 2007, La Ley, Barcelona, p.813

El apartado 8 del artículo 92 del Código Civil³⁷, que ha sido uno de los apartados más controvertidos, contempla el supuesto de adopción por parte del juez cuando no hay acuerdo por parte de los progenitores, porque considera que es la mejor opción para el hijo.

Antes de analizar este apartado, creo que es necesario matizar el “excepcionalmente” contenido al principio del párrafo, que hace referencia únicamente a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas, tal y como lo declara el Tribunal Supremo en su sentencia 22 de julio de 2011: *“De aquí que no resulte necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”*.

Tienen que darse una serie de requisitos para que pueda ser adoptada por el juez y son:

Que sea solicitada por uno de los progenitores: claro está que tiene que ser solicitada por al menos una de las partes, dado que como señala CASTILLO MARTÍNEZ³⁸ no podría acordarse de oficio esta medida puesto que la regulación de este precepto parte del principio de justicia rogada, no se tendrá en cuenta la posición del cónyuge que hubiere solicitado una guarda y custodia exclusiva, o si no se ha pronunciado en nada referente a esto. Pero en la práctica sí que se concedieron custodias compartidas de oficio, confirmado esto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/2001 de 15 de enero en la que declara que: *“la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes”*.

Considero importante señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 en la que se declara que: *“un requisito esencial para acordar este régimen es la*

³⁷ Artículo 92.8 CC: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuesto del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

³⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio”. *Actualidad Civil* n° 15, Quincena 1-15, Septiembre de 2007, Editorial la Ley, p.1738.

petición de uno, al menos de los progenitores (...), si la pide uno y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés de menos, podrá establecerse este sistema de guarda”.

Informe del Ministerio Fiscal: es el que más polémica ha causado, ya que en la redacción original de la Ley 15/2005 este párrafo octavo exigía un informe *favorable* del Ministerio Fiscal, es decir el Juez estaba totalmente vinculado a un informe positivo del Ministerio Fiscal ya que si fuere negativo no se podría adoptar este tipo de custodia.

La polémica de este artículo llega hasta el grado de que el propio Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el inciso “favorable”, en su sentencia 185/2012 de 17 de Octubre de 2012 declarando que: *“en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorgar con carácter exclusivo al Poder Judicial. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal”*³⁹.

En conclusión únicamente es el Juez el que puede decidir sobre el sistema de guarda y custodia que considere oportuno, sin ser determinante el informe del Ministerio Fiscal, dado que el único que tiene potestad jurisdiccional es el Juez y de la otra forma sería sobrepasar las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal. Pero en todo caso la resolución judicial no puede tener una motivación puramente retórica tal y como lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de julio de 2011 según la cual: *“la motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida (...) esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor”.*

³⁹ En esa misma sentencia *“La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, (...) supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo”.*

3.2.2.5 *El apartado 9 del artículo 92*

Por último, el apartado 9 del artículo 92⁴⁰ del Código Civil hace referencia a la facultad que tiene el juez para recabar un dictamen elaborado por especialistas relativo a la idoneidad de un régimen de guarda u otro, que también puede ser solicitado a instancia de parte.

Estos dictámenes emitidos por los profesionales no son vinculantes para el juez, pero nuevamente le sirven para la toma de su decisión. Tienen el valor probatorio que la LEC otorga a los informes periciales.

3.2.3 *Breve referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental*

El 19 de julio de 2013 se aprobaba por el Congreso de los Diputados el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Este proyecto surge por la imperiosa necesidad de confeccionar una norma estatal para regular expresamente la institución de la guarda y custodia compartida, debido a la vaguedad de las normas en esta materia, así como por las exigencias de nuestro tiempo para actualizarse a los cambios sociales, puesto que concretamente en esta institución, tal y como lo establece la propia exposición de motivos de este Anteproyecto la normativa estatal juega un “papel insatisfactorio”.

Por tanto el objeto del Anteproyecto es *“introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez el que (...) actuando en interés del menor, determine si es mejor uno u otro y quien regule el contenido de las relaciones parentales, (...) implicando la guarda y custodia compartida que se garantice un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la guarda”*.

⁴⁰ Artículo 92.9 CC *“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”*

En líneas generales, las principales novedades que se introducen son las siguientes:

1. Se elimina la excepcionalidad que hasta ahora regía en esta institución.
2. Se contempla expresamente la posibilidad de que el juez establezca un régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguno de los cónyuges lo haya solicitado, siempre que hayan solicitado para sí la guarda y custodia⁴¹.
3. Recae en el juez determinar el régimen más apropiado para el beneficio del menor⁴². Puede solicitar información al Ministerio Fiscal, pero no va a ser vinculante.
4. Adquiere importancia el derecho del menor a mantener el contacto tanto con hermanos, abuelos y otros allegados.
5. Se potencia la audiencia de la voluntad del menor en el proceso, y es valorada por el juez con el resto de elementos presentes en el proceso así como con la relación de los padres con los hijos, la situación de los domicilios y el número de hijos, así como cualquier otra circunstancia concurrente en los padres y los hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia, entre otras.
6. Aparece el “plan de ejercicio de la patria potestad” para concretar los aspectos sobre el cuidado de los hijos, potenciando el entendimiento entre las partes a la hora de llevar a cabo esta tarea.
7. Además, en relación a la liquidación del régimen económico matrimonial, se presenta un inventario de bienes para su liquidación en la presentación de la demanda y una vez tramitada la demanda se aplicará el régimen de separación de bienes para que ninguna de las partes pueda endeudarse y achacar de esa deuda al otro⁴³.

⁴¹ HERRANZ GONZÁLEZ, A., “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 316

⁴² ZABALGO P, Custodia Compartida: Novedades que introduce el Anteproyecto, bloq.palomazabalgo.com

⁴³ ZABALGO P, op cit.

8. En cuanto a la vivienda familiar, se tiene en cuenta a la hora de su asignación si alguno de los progenitores tiene dificultad para adquirir una nueva y el interés del menor, preservando su derecho a residir en una vivienda digna.
9. Se establece que no se otorgue la guarda y custodia compartida al progenitor que está denunciado o tenga sentencia firme por delitos de violencia de género.
10. También adquiere mucha importancia la mediación familiar para intentar evitar el conflicto y fomentar la cooperación y entendimiento entre los progenitores.

Por tanto podemos concluir que este Anteproyecto de Ley no se acompasa con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la que se exige que al menos uno de los padres solicite este sistema⁴⁴, que se pretende seguir la línea de la Ley del 2005 al fomentar el papel de los progenitores en el proceso y su capacidad de entendimiento y diálogo, así como evitar los conflictos a través de la mediación, el interés superior del niño sigue rigiendo como principio esencial de esta figura, y se lleva a cabo una regulación en temas importantes como la atribución de la vivienda familiar y los gastos, entre otras. El Dictamen del Consejo de Estado⁴⁵ señala que debería excluirse la guarda y custodia compartida cuando los padres deseen atribuir el sistema de guarda exclusiva, siendo seguro este Anteproyecto, objeto de futuros debates doctrinales.

A día de hoy el estado del Anteproyecto es el mismo que en 2013, no habiéndose llevado a cabo por el Congreso ninguno de los trámites posteriores, lo cual es de extrañar, puesto que aunque haya suscitado mucha polémica, este Anteproyecto surge por la necesidad de regular mediante una norma estatal la institución de la guarda y custodia compartida.

3.2.4. Legislación autonómica de la guarda y custodia compartida

Tras la Ley 15/2005 en España cinco Comunidades Autónomas pasan a regular en sus correspondientes textos legislativos la figura de la guarda y custodia compartida. Estas comunidades son Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco. Tienen todas ellas como fundamento la evolución de la sociedad actual, por lo que se

⁴⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, JP. , *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental en caso de Separación, Nulidad y Divorcio*, www.elderecho.com.

⁴⁵ Sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, nº438/2014 de 24 de Julio.

fomenta una regulación para favorecer el contacto continuo de los hijos con los padres en condiciones de igualdad de ambos progenitores.

3.2.4.1 Legislación de Aragón

La comunidad de Aragón fue la primera en regular esta figura en la Ley 2/2010, de 26 de mayo⁴⁶.

Significativo y claro es el artículo 6.2 de la Ley Aragonesa que determina que “*el juez adoptará de forma **preferente** la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*”. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de febrero de 2012, también señala el carácter preferente de este régimen y reitera las exigencias de la ley, y entiende que la custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, buscando el interés del menor, siempre y cuando los progenitores estén capacitados para llevar a cabo las tareas inherentes a esta figura. Cuando resulte más favorable para el interés del menor podrá adoptarse por el juez una custodia individual⁴⁷ debidamente motivada esta decisión.

3.2.4.2 Legislación de Cataluña

Cataluña fue la segunda comunidad en regular esta figura en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

Se encuentra en una posición intermedia al facilitar el otorgamiento de la custodia compartida cuando lo solicite un progenitor (en comparación al artículo 92.8 del Código Civil español), pero no lo establece como sistema preferente.

En la legislación catalana se hace referencia a un “sistema de responsabilidad parental compartida” en el que se procede por los progenitores a presentar un plan de parentalidad⁴⁸ que debe ser aprobado por el juez y en caso de que no lo haga o no haya

⁴⁶ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

⁴⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de diciembre de 2011.

⁴⁸ Definido en el preámbulo de la Ley Catalana como “*un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos*”

acuerdo, determinará él el régimen de custodia, incluso cuando pueda convenir más al menor optar por una custodia individual.

Cataluña al contrario de Aragón no establece como sistema preferente la custodia compartida⁴⁹

3.2.4.3 Legislación de Navarra

Siguiente Comunidad Autónoma en regular la guarda y custodia compartida, en la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo⁵⁰.

Al igual que Cataluña, no establece expresamente que el régimen de custodia compartida sea prioritario sobre la custodia individual.

Esta ley fomenta más la mediación familiar, puesto que es concebida como el mejor cauce para que los progenitores adopten acuerdos favorables a una guarda y custodia compartida⁵¹.

Si el juez opta por una custodia compartida fijará un régimen de convivencia de los padres con los hijos, que garantice los derechos y obligaciones de ellos en condiciones de igualdad. Por el contrario, si opta por una custodia exclusiva, fijará un régimen de visitas, comunicación y estancia donde se garantice también el ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad.

3.2.4.4 Legislación de la Comunidad Valenciana

La regulación se lleva a cabo en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.

Aquí no se hace referencia a la “custodia compartida”, sino que se opta por la expresión “convivencia familiar o convivencia compartida”. Se justifica este cambio de nomenclatura en la propia Exposición de Motivos de la ley al determinar que *“el término custodia se queda corto y obsoleto (...) para una ley que pretende subrayar la relevancia del contacto cotidiano (...) de los hijos con sus progenitores”*.

⁴⁹ Así lo refleja la SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 *“no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de lege ferenda pudiera constituirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio”*

⁵⁰ Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia entre los padres.

⁵¹ MORERA VILLAR, B., Tesis Doctoral: *“Guarda y Custodia Compartida”*, Programa de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología, Universidad de Valencia, año 2014, p. 109

Se establece como sistema preferente el de convivencia compartida, sin que la oposición de los padres vaya a interferir en la decisión judicial, al igual que en Aragón. También se puede establecer la convivencia individual cuando sea por el interés del menor y teniendo en cuenta los informes sociales, médicos y psicológicos. Se tiene, aun así, que garantizar el contacto de los hijos con sus padres.

3.2.4.5 Legislación de País Vasco

Última en regular esta figura, a través de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

En la Exposición de Motivos de la ley ya se determina que la custodia compartida es el régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, velando siempre por el interés del menor y teniendo como fundamento en el principio de corresponsabilidad parental, derecho de los menores de edad a la custodia compartida, derecho del menor a relacionarse de forma continuada con sus progenitores y la igualdad entre hombres y mujeres.

Se hace una regulación muy similar a Aragón o Valencia, en la que la oposición de los padres no impide que se adopte esta medida, se puede adoptar por el juez una custodia individual cuando sea lo mejor para el hijo.

Los padres, en la solicitud, deben determinar ellos los periodos de convivencia y relación y así como las formas de comunicación entre los padres y el hijo.

3.3. PRINCIPIOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Los principios que rigen la guarda y custodia compartida son: el principio de interés superior del menor, el principio de corresponsabilidad parental, el principio de coparentalidad, el principio de universalidad y por último el principio de igualdad entre los progenitores.

Vamos a realizar un estudio individualizado de estos principios teniendo siempre la idea clara de que están estrictamente conectados entre sí para aplicarlo al modelo de guarda y custodia compartida.

3.3.1 Principio de Interés superior del menor

El interés superior del menor es un principio rector del derecho de familia, es un principio general del derecho que se ha plasmado en forma de cláusula general en la Ley de Protección Jurídica del Menor⁵² por lo que ha alcanzado fuerza de ley, y por tanto principio básico y lógico de la guarda y custodia compartida, dado que los poderes públicos competentes en esta materia están llamados a adoptar aquellas resoluciones que sean más favorables para los menores cuando los intereses suyos están involucrados en decisiones de sus progenitores, en base al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual en su apartado primero consagró este principio⁵³.

También en España el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este principio, como en su sentencia de 25 de abril de 2011 según la cual: *“la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”*.

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, con lo cual la tarea de concreción de lo que constituye este interés y su contenido ha de ser minuciosa y atenta, dado que si algo caracteriza a la realidad de este ámbito es su amplio polifacetismo⁵⁴, y se tiene que hacer por parte de los operadores jurídicos caso por caso y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso objeto de estudio, también las directrices que la legislación, doctrina y jurisprudencia consideren adecuadas para su identificación⁵⁵.

Por todo lo expuesto, siempre se ha de actuar protegiendo el interés del menor por los progenitores y, en todo caso, por los poderes públicos, puesto que el menor es el elemento personal más débil en una situación de crisis entre los progenitores. Al protegerlo se están dando las condiciones necesarias para el óptimo desarrollo del mismo,

⁵² Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵³ Artículo 3 Convención *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

⁵⁴ LÓPEZ ROMERO PM Y ALONSO ESPINOSA FJ, Custodia Compartida e Interés Superior del Menor, Diario La Ley, nº 8556, Sección Doctrina, 8 de Junio de 2015, Ref D-229, Diario la Ley.

⁵⁵ CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, editorial La Ley 2012.

que pueda también alcanzar su máximo crecimiento personal y salvaguardando su dignidad⁵⁶.

3.3.2 Principio de Corresponsabilidad Parental

Se concreta en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer sobre sus hijos⁵⁷.

Este principio se consagra en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su artículo 18 que establece que *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño”*. Este artículo exige al legislador que incentive a los padres a compartir responsabilidades y autorregular los conflictos entre ellos⁵⁸.

Por tanto, a partir de la definición la figura de la guarda y custodia compartida concreta la corresponsabilidad parental con este reparto equitativo entre los padres⁵⁹, ya que a pesar del cese de la convivencia, ambos mantienen sus responsabilidades en sus obligaciones de crianza y cuidado de los hijos menores.

En España, este principio se encuentra plasmado en la Exposición de motivos de la Ley 15/2005, al concretar el objeto de la misma como: *“hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o divorcio, y que la nueva situación les exige incluso un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”*. También aparece recogido en el Código Civil en el artículo 68 que determina que *“los cónyuges deben compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y personas a su cargo”*.

3.3.3 Principio de Coparentalidad

Se entiende como el derecho que todo menor tiene a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores, aun habiéndose producido la ruptura

⁵⁶DE TORRES PEREA, JM., Custodia Compartida: Una Alternativa Exigida por la Nueva Realidad Social”, en *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, nº4, 2011, p.7 y ss.

⁵⁷ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S., *La Guarda y Custodia Compartida: Una Nueva Institución de Derecho de Familia en España*, Trabajo Fin de Máster en Derecho de Familia, año 2013, p. 43

⁵⁸ DE TORRES PEREA, JM, op cit, p.15.

⁵⁹ LATRHOP GÓMEZ, F, Op. Cit. P. 9 y 10.

de convivencia entre ambos⁶⁰. También se entiende como el derecho a mantener relaciones con ambos progenitores y la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual ambos padres deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura⁶¹.

Con la Ley 15/2005 y la introducción de la guarda y custodia compartida se garantiza la efectividad de este principio, ya que el menor va a continuar manteniendo la relación y los vínculos afectivos con los dos padres dado que va a tener un contacto continuo y constante con los dos.

De nuevo es la Exposición de Motivos de la anterior ley la que concreta este principio estableciendo que: *“cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés”*, por tanto es clara la intención del legislador de consagrar este principio y que únicamente no se lleve a cabo esta coparentalidad cuando sea por causas justificadas para evitar un mal, o que en último caso, esto sea lo mejor para el interés del menor, que es el principio básico de esta figura.

3.3.4 Principio de Igualdad

Tiene su fundamento en el artículo 14 de la Constitución Española, el cual proclama como derecho fundamental la igualdad de sexo, así como en el artículo 32 del Código Civil, pero hay que señalar que ha sido con las sucesivas reformas legislativas del derecho de familia con las que se ha conseguido lograr una igualdad formal y material del hombre y la mujer en el ámbito familiar.

La previsión legislativa del principio de corresponsabilidad parental de los progenitores y otros factores como la incorporación de la mujer al mundo laboral, hace que este principio sea también básico de la guarda y custodia compartida y ésta se consagra como la máxima expresión de este principio. Ahora hay igualdad de obligaciones y deberes del padre y de la madre. Al otorgarse una custodia compartida se

⁶⁰ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S, Op cit, p. 45

⁶¹ YARTÁN YABEN, S, *Coparentalidad y Adaptación al Divorcio de los Progenitores*, Ponencia de I Congreso Internacional Sobre Divorcio y Separación celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011. Universidad del País Vasco.

potencia la equidad entre ellos, al no tener uno solo de ellos la custodia y el otro un derecho de visitas.

3.3.5 Principio de Universalidad

Implica que la guarda y custodia compartida puede ser atribuida a cualquier tipo de filiación (matrimonial, extramatrimonial, natural o adoptiva)⁶².

3.3.6 Principio dispositivo

Se consagra en el artículo 92, en el apartado 4 y 5, así como en la exposición de motivos de la Ley 15/2005 y permite a los padres determinar por ellos mismos la forma en que se va a regir la relación de ellos con los menores tras la ruptura, pero tienen la limitación del interés del menor y las decisiones adoptadas por ellos serán objeto de revisión por el juez.

Podemos concluir que estos principios se encuentran estrechamente vinculados y no se entiende la existencia de uno sin que estén presentes los demás.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1 PENSIÓN DE ALIMENTOS Y CUSTODIA COMPARTIDA

Los alimentos están definidos en el artículo 142 del Código Civil como todo aquello indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad (o mayor pero siga dependiendo de él).

El Código no hace referencia alguna a cómo los progenitores han de soportar los gastos inherentes a la crianza de los hijos. De manera general hace referencia a que debe soportarlo en razón del “tiempo de estancia y capacidad económica de los padres”. La Ley 15/2005 tampoco ha solucionado nada en esta materia, por lo cual nuevamente ha sido indispensable el papel de la doctrina y la jurisprudencia.

Para ORTUÑO MUÑOZ⁶³ la custodia compartida no significa la exoneración de las cargas alimenticias. Es necesario que se prevea un sistema consensuado de la toma de decisiones respecto de las mismas, siempre basándose en el principio de proporcionalidad

⁶² PINTO ANDRADRE, C., “La Custodia Compartida...” Op. Cit. P.62.

⁶³ ORTUÑO MUÑOZ, op cit, p. 69

consagrado en el artículo 146 del CC, fijando las pensiones alimenticias atendiendo a las necesidades del alimentista y a la capacidad económica de los progenitores.

Una vez nos ha quedado clara la idea de que ambos padres deben contribuir al sostenimiento del hijo, siempre en base al principio de proporcionalidad, y antes de entrar al estudio de las formas de llevar a cabo esta contribución a los alimentos, considero necesario definir qué se entiende por los gastos ordinarios y extraordinarios.

Los gastos ordinarios son aquellos que son necesarios para la alimentación, vestido y sustento de los menores.

Los gastos extraordinarios son aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los denominados extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada⁶⁴.

Formas de contribución a los gastos de los hijos:

Hay que tener en cuenta a la hora de establecer estos gastos, si nos encontramos ante un proceso contencioso o de mutuo acuerdo.

Si nos encontramos en un proceso de mutuo acuerdo, el código concede cierta libertad a los progenitores para que a través del convenio regulador establezcan la forma de proceder al mantenimiento de los gastos, como por ejemplo:

1. Fijar un fondo común o cuenta bancaria donde se abone al mes una cantidad de dinero determinada por los gastos fijos del hijo, que quedarían cubiertos, y luego para los gastos extraordinarios se aplicará un porcentaje que los progenitores consideren⁶⁵.

2. Sistema de mantenimiento directo, por el cual cada uno se va a hacer cargo de los gastos cotidianos de los hijos durante los periodos de convivencia con él, y los gastos extraordinarios a medias⁶⁶. En este caso es necesario que tanto la distribución del tiempo de convivencia como la economía de cada uno sean similares, para evitar desequilibrios entre ellos.

⁶⁴ SAP Barcelona de 17 de mayo de 2011.

⁶⁵ SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 fijó unos gastos extraordinarios del 50%; SAP de Palma de Mallorca de 29 de mayo de 2007 estableció una contribución a los gastos sufragada el 60% por el padre, el 40% por la madre para los gastos fijos, y los extraordinarios al 50%.

⁶⁶ SAP Valencia 5 de septiembre de 2012 ó SAP Madrid 25 de octubre de 2002.

3. Sistema de reparto proporcional de gastos, por el cual los gastos se asumen por ambos, pero de forma proporcional a los ingresos y creando una cuenta conjunta en la que realizan las aportaciones⁶⁷. Se puede concretar que ninguno de ellos pueda disponer de más del 50% del importe de los gastos, necesitando autorización en la cuenta⁶⁸. Este es el sistema fijado por la legislación aragonesa.

4. Fijar una pensión de alimentos a favor del otro progenitor, cuantificada, cuando el progenitor que tiene una situación económica peor ejerza la guarda de los hijos, lo cual esta situación no es obstáculo para conceder una custodia compartida⁶⁹.

En los procesos contenciosos resulta más dificultoso establecer estos sistemas de pago, por lo que lo más común es que el juez fije una pensión de alimentos. También es común que una vez fijada la custodia compartida, cada uno asuma determinados gastos, como uno los gastos del colegio y el otro los médicos, estableciendo que los gastos extraordinarios al 50%⁷⁰.

Personalmente considero que la fórmula que menos complicaciones puede presentar es la tradicional pensión de alimentos, puesto que se establece la obligación y solamente hay que cumplirla. El resto de fórmulas considero que son acertadas, pero bajo mi punto de vista las circunstancias personales de los progenitores pueden cambiar y pueden pasar de tener una relación buena a mala, y como consecuencia de esto surjan problemas a la hora de contribuir con estos gastos. Por tanto creo que con la pensión de alimentos se contribuye con los gastos de sostenimiento de los hijos y se pueden evitar problemas en el futuro.

4.2 VIVIENDA FAMILIAR Y CUSTODIA COMPARTIDA

A continuación vamos a examinar lo que ocurre con la custodia compartida y la atribución de la vivienda familiar, tema controvertido, como veremos.

La vivienda familiar es definida por la SAP de Cádiz de 15 de noviembre de 2007 como *“aquella en la que se produce el normal y cotidiano desenvolvimiento de la vida*

⁶⁷ SAP Gerona de 30 de septiembre de 2010 ó SAP Cádiz 3 de octubre de 2012.

⁶⁸ SARRIEGO MORILLO, JL., “Estudio sobre 378 familias que acuerdan de custodia compartida a través de mediación familiar, y cuyo seguimiento se hace a lo largo de tres años desde la adopción del acuerdo”. 2008 www.lexfamily.es p.16.

⁶⁹ SAP Asturias de 17 de abril de 2009.

⁷⁰ SAP Valencia 21 de febrero de 2011 ó SAP Sevilla 8 de abril de 2011.

de la familia. Solo es vivienda familiar la que normal y usualmente se usa como tal sin que el régimen de protección y uso de aquella pueda extenderse a otras, máxime cuando la finalidad que guía a la ley no es otra que la protección de la familia y a los hijos en su entorno habitual, con independencia de a quién pertenezca”.

Una vez más, la Ley 15/2005 nada dice al respecto de este tema, por lo cual nuevamente debemos acudir a pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales para determinar lo que ocurre con la vivienda familiar cuando se concede una custodia compartida.

El apartado segundo del artículo 96⁷¹ es el que se va a tomar como referencia y se va a aplicar analógicamente a estos supuestos, puesto que la custodia no se concentra en torno a un progenitor, por tanto queda en manos del juez pronunciarse acerca de la atribución de la vivienda familiar.

En la actualidad los criterios utilizados por los jueces para la adjudicación de la vivienda se obtienen de la ponderación de dos factores, el primero de ellos es el interés más necesitado de protección, que es aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con los padres, y el segundo es si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de ellos, de ambos o de un tercero, pudiéndose en ambos casos interponer una limitación temporal del uso de la vivienda⁷².

En todo caso, la decisión del juez para fijar la atribución de la vivienda familiar debe ser imparcial, objetiva y valorando todos los elementos del proceso así como las circunstancias familiares concretas de cada caso.

A la hora de atribuir la vivienda familiar hay que tener en cuenta si nos encontramos ante un proceso de mutuo acuerdo o un contencioso.

En el proceso de mutuo acuerdo se estará a lo que ambos progenitores hayan establecido en el convenio regulador, porque se da prioridad al pacto entre ambos.

⁷¹ Apartado 2 artículo 96 CC “Cuando alguno de los hijos quedan en la compañía de uno y los restantes en la de otro, el Juez resolverá lo procedente”.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014.

Pero en los procesos contenciosos es más complicado, al no existir una regulación concreta, se insta por la doctrina que se lleve a cabo una interpretación amplia y flexible del artículo 96, con distintas soluciones posibles como por ejemplo:

1. Uso de la vivienda para los hijos, debiendo desplazarse los progenitores. En este supuesto son los hijos los que van a permanecer permanentemente en la vivienda familiar y cada progenitor se trasladará ahí cuando le toque la estancia con el menor⁷³. Se recomienda que las viviendas de los progenitores estén relativamente cerca para facilitar la comunicación. Este sistema plantea algunos inconvenientes, el principal es que económicamente no sale muy rentable, dado que se van a tener que disponer de tres viviendas, la familiar donde residen siempre los hijos, y otras dos para cada progenitor, cosa que en la práctica es complicado.

2. La vivienda familiar se atribuye al progenitor más necesitado de protección cuando no pueda garantizar el derecho de habitación de los hijos para cuando los tuviese bajo su guarda⁷⁴. Se fija el uso con carácter temporal, es importante la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014 según la cual: *“es posible extender el uso de la vivienda hasta los dos años contados desde la sentencia (...) se trata de un tiempo suficiente para que rehaga la situación económica (...) y así incrementar los ingresos que recibe tras la ruptura personal con el cónyuge”*.

3. No asignar la vivienda a ninguno de ellos, porque hayan acordado venderla o se esté procediendo a la ejecución de pactos para la transmisión y venta del inmueble⁷⁵.

Otro aspecto que puede generar conflicto en este tema, es el carácter privativo o ganancial de la vivienda familiar.

Si la vivienda familiar tiene carácter privativo, lo lógico y justo sería respetar el derecho de propiedad de la persona que lo tenga. Pero debido a la facultad del juez para determinar a quién le corresponde la vivienda, en el supuesto de que el progenitor no propietario tenga una situación económica inferior, con dificultades para adquirir una nueva vivienda, puede ser atribuida a éste sin recibir el propietario de la vivienda compensación alguna, como declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de octubre de 2014. Además la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, en

⁷³ SJPI nº8 de Gijón 22 de junio de 2010 y SJPI nº3 de Palma de Mallorca de 25 de octubre de 2007.

⁷⁴ SAP Barcelona 21 de febrero de 2008.

⁷⁵ SPJI nº6 de Zaragoza de 21 de septiembre de 2010

relación al pago del préstamo hipotecario determina que de existir dicho préstamo, continuaría siendo abonado por el propietario íntegramente, aunque no resida, porque no es una carga matrimonial.

El carácter ganancial de la vivienda supone que los progenitores son propietarios de una cuota post-ganancial, por lo cual se entra en un lento proceso que es el de la disolución de la sociedad de gananciales. En estos casos también se atiende al criterio del más necesitado de protección, por lo que se atribuye la vivienda al que tenga las condiciones más penosas, pero debiendo en este caso pagar los dos el préstamo hipotecario, en caso de existir. Lo más equilibrado en estos casos es proceder a la venta del inmueble o la adjudicación a uno de ellos.

Por tanto podemos concluir que, a diferencia de lo que vimos anteriormente donde el interés del menor era el principio rector de la custodia compartida, en este aspecto concreto sigue teniendo mucha relevancia, pero se contrapone con las posibilidades económicas de los padres, como se deduce del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº8 de Gijón de 22 de junio de 2010 *“en relación al uso de la vivienda y ajuar doméstico, se debe tener presente que al fijarse un régimen de guarda y custodia compartida, la atribución se hará en función de los intereses de los hijos menores de edad y de la situación real de cada cónyuge en relación a sus disponibilidades de acceder a otra vivienda”*

Bajo mi punto de vista la problemática que se plantea con la atribución de la vivienda familiar es uno de los aspectos más delicados que se presenta en la práctica. En mi opinión creo que se deben priorizar las necesidades del menor, buscando una fórmula en la que éstas queden garantizadas atendiendo también a las circunstancias económicas de los progenitores. Por todo esto, para mí la fórmula que en la práctica puede resultar más justa para los progenitores, menos perjudicial para los hijos y más viable, es que los padres atiendan al carácter de la vivienda, si es privativa para el cónyuge propietario y si es ganancial deberán llegar a un acuerdo para establecer a quién se le atribuye la vivienda y en el caso de no llegar a un acuerdo, llevar a cabo la venta de la vivienda y que cada uno tenga la suya, siendo los hijos los que se trasladen. Obviamente si la vivienda tiene carácter privativo pero el cónyuge que no es propietario tiene unas circunstancias económicas que no le permitan, por ejemplo, adquirir otra vivienda, adjudicársela a éste

por un tiempo hasta que su situación mejore, pero intentando establecer una contraprestación para el progenitor propietario.

4.3 LOS PERÍODOS DE CONVIVENCIA Y LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.

Otro de los temas controvertidos en la aplicación práctica de la guarda y custodia compartida es la determinación de los períodos de tiempo de convivencia entre los progenitores y los hijos.

Nuevamente en España nos encontramos con una falta de previsión legal en este tema, pero la doctrina lo ve como una ventaja para la aplicación de la custodia compartida⁷⁶.

Se tiene que establecer por el legislador un marco flexible donde tengan cabida todas las posibles opciones⁷⁷.

Los factores que van a influir en la determinación de los períodos de convivencia son:

La edad de los hijos, dado que las necesidades son distintas según la edad, requiriendo los que tengan menos años una alternancia mayor para que se mantenga más el contacto con ambos progenitores⁷⁸.

Y los horarios de los padres y de los menores y su posible compaginación entre ellos, logrando una relación efectiva entre ambos, alternando la vida cotidiana del hijo de la menor forma posible.

A pesar de que no se haya concretado por el legislador los modelos de articulación de convivencia, se puede a partir de la jurisprudencia y de sus pronunciamientos establecer alguno de ellos, como por ejemplo.

- Un régimen de estancia similar al de la custodia exclusiva, pero con un régimen de visitas más amplio que estos casos. Aquí se mantiene el principio de corresponsabilidad parental de los progenitores.

⁷⁶ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S, Op cit. P.80

⁷⁷ CAMPUZANO TOMÉ, H., “La Custodia Compartida”, Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, *Aranzadi Civil*, nº3, año 2004, p. 2484

⁷⁸ PINTO C, “Guía Básica de los Diferentes Sistemas de Estancia y Visitas al Menor con el Progenitor no Custodio, jurisprudenciaderechodefamilia.wordpress.com

- Establecer una alternancia semanal o quincenal, en la que el menor estará cada semana o dos semanas con uno y alternando la siguiente con el otro, quedando abierta la posibilidad de establecer alguna tarde para visitas⁷⁹.

-También se puede establecer una alternancia mensual, que puede comprender 1, 3, 6 meses o los que se determinen en convenio o por resolución judicial⁸⁰.

-Y por último cabe la posibilidad de una alternancia por años escolares.

Al referirnos a los periodos de convivencia resulta necesario aludir al régimen de comunicación, estancias y visitas. Se encuentran regulados en los artículos 160.1 y 161 del CC, en el 90 y 94 y en el 103.1 del mismo cuerpo legal.

Son tres términos que han sido usados de forma indistinta por la jurisprudencia, son distintos pero están íntimamente relacionados.

Las visitas son los períodos de tiempo que los hijos pasan con el progenitor con el que no conviven. La comunicación hace referencia al hecho de que los progenitores tengan noticias o mantengan el contacto con ellos por cualquier medio de comunicación. Y la estancia se refiere a un período de tiempo más prolongado que la visita y que incluye pernocta⁸¹.

Aplicado a la custodia compartida, se tiene que establecer el régimen de visitas en los periodos de alternancia amplios, cuando sea mensual o anual, es obligatorio, puesto que la custodia compartida no implica un reparto igualitario de los tiempos de convivencia, pero sí de los derechos y deberes de los progenitores con sus hijos, por ello se tiene que promover el contacto con ellos cuando están con el otro progenitor, tal y como lo recoge la SAP de Madrid de 9 de abril de 2010, en relación al derecho de visitas según la cual: *“es un derecho-deber que constituye un mecanismo de relación, de trato, de convivencia (...) para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió”*.

A mi juicio, entiendo que deben establecerse sistemas de alternancia con los progenitores amplios, como de tres o seis meses, puesto que a los hijos se les debe garantizar una estabilidad emocional y física tras la ruptura de los progenitores. Por ello entiendo que deben evitarse los sistemas de alternancia diaria o semanal porque no creo que sea beneficioso para los hijos.

⁷⁹ SAP Ourense 1 de junio de 2012 ó SAP Barcelona 27 de enero de 2010

⁸⁰ SAP Sevilla de 14 de octubre de 2010.

⁸¹ LISSETE ECHEVARRIA, K, op. Cit, p. 305

En relación al derecho de visitas, comunicación y estancias, considero que es beneficioso para los hijos como para los progenitores, puesto que los hijos siguen relacionándose con los progenitores, manteniendo el contacto y disfrutando de su compañía, y los padres pueden cumplir con los deberes derivados de la patria potestad.

5. CONCLUSIONES

I. La guarda y custodia compartida puede entenderse como el sistema legal posterior a la crisis matrimonial o al cese de la convivencia de los progenitores, por el cual éstos continúan con las tareas de cuidado y atención personal de los hijos en igualdad de condiciones, participando activamente en la toma de decisiones de la educación, crianza y cuidado de los hijos manteniendo en todo momento una constante relación con ellos.

II. Es de destacar la evolución que ha sufrido esta institución, pasando en un primer momento de tener carácter excepcional y siendo los Tribunales bastante reacios a adoptarla, a ir con el paso del tiempo observando los beneficios que tiene sobre todo en los menores, y siendo cada vez más los pronunciamientos favorables hacia ella, reconociéndolo el propio Tribunal Supremo como el régimen normal o incluso deseable.

III. La reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 ha sido claramente insuficiente, puesto que no se realizó de forma extensa una modificación del artículo 92, que dejó numerosas lagunas que han tenido que ser suplidas por los pronunciamientos jurisprudenciales. Además se debería haber aprovechado dicha reforma para tratar los temas que más problemas suscitan en la práctica como la atribución de la vivienda familiar o los gastos de sostenimiento de los hijos.

IV. No obstante, han sido las Comunidades Autónomas con legislación propia en esta materia las que han llevado a cabo una regulación más concreta y extensiva, subsanando en sus respectivas leyes las carencias que presenta la Ley 15/2005, introduciendo novedades relevantes como por ejemplo los planes de parentalidad, los pactos de convivencia familiar, la importancia de la mediación familiar, la regulación expresa de la atribución de la vivienda familiar o los gastos de sostenimiento de los hijos... En definitiva, estas regulaciones proporcionan los elementos necesarios para la adecuada adopción de esta figura, otorgándole un carácter preferente.

V. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, surge por las exigencias de que exista una ley que regula de forma amplia la custodia compartida. Se eliminan las rigideces que existían a la hora de adoptar este sistema y sí que se facilita al juez su adopción, pero no se establece como opción preferente. También da la posibilidad al juez de que la establezca aun

cuando no haya sido solicitada por ninguno de los progenitores, algo con lo que personalmente no estoy de acuerdo.

VI. Por último y a modo de opinión personal quiero resaltar que en los casos en los que se produce una crisis entre los progenitores son los hijos los que salen más perjudicados de esta situación, por tanto creo que no se debería poner ninguna traba a que los hijos mantengan una relación continuada con ambos progenitores, puesto que ellos no son culpables de que la relación entre ellos no haya salido bien. Creo que la custodia compartida es una opción óptima para que los hijos puedan disfrutar de sus padres. Al no ser un régimen cerrado se pueden establecer numerosas modalidades para cada situación y familia. Además con este sistema definitivamente se consigue una igualdad real entre los progenitores, porque los dos van a cuidar de sus hijos y van a ser partícipes de su vida, dejando atrás lo antiguos regímenes de visitas en los cuales el progenitor que sólo podía ver a sus hijos determinados días se le dejaba muy de lado de la vida del menor.

6. REFERENCIAS LEGALES

- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio.
- Constitución Española de 1978.
- Código Civil.
- Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. BOE número 313 de 31 de diciembre de 1990.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, número 438/2014, de 24 de julio.
- 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. BOE número 163, de 9 de julio de 2005.
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, del Gobierno de Aragón, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.
- Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, más conocida como Ley de Custodia Compartida.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

7. JURISPRUDENCIA

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº3 de Palma de Mallorca de 25 de octubre de 2007.
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº8 de Gijón de 22 de junio de 2010.
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº6 de Zaragoza de 21 de septiembre de 2010.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia Audiencia Provincial Palencia de 10 de febrero de 1999.
- Sentencia Audiencia Provincial Girona de 9 de febrero del 2000.
- Sentencia Audiencia Provincial Girona de 25 de febrero de 2001.
- Sentencia Audiencia Provincial Madrid de 12 de noviembre de 2001.
- Sentencia Audiencia Provincial Madrid 25 de octubre de 2002.
- Sentencia Audiencia Provincial Castellón de la Plana de 14 de octubre de 2003.
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona de 22 de julio de 2004.
- Sentencia Audiencia Provincial Palma de Mallorca de 25 de septiembre de 2004.

- Sentencia Audiencia Provincial Palma de Mallorca de 29 de mayo de 2005.
- Sentencia Audiencia Provincial Córdoba de 24 de abril de 2006.
- Sentencia Audiencia Provincial Palma de Mallorca de 29 de mayo de 2007.
- Sentencia Audiencia Provincial Cádiz de 15 de noviembre de 2007.
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona de 21 de febrero de 2008.
- Sentencia Audiencia Provincial Asturias de 17 de abril de 2009.
- Sentencia Audiencia Provincial Girona de 13 de octubre de 2009.
- Sentencia Audiencia Provincial Barcelona de 27 de enero de 2010.
- Sentencia Audiencia Provincial Girona de 30 de septiembre de 2010.
- Sentencia Audiencia Provincial Sevilla de 14 de octubre de 2010.
- Sentencia Audiencia Provincial Valencia de 21 de febrero de 2011.
- Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza de 29 de marzo de 2011.
- Sentencia Audiencia Provincial Sevilla de 8 de abril de 2011.
- Sentencia Audiencia Provincial Valencia de 5 de septiembre de 2012.
- Sentencia Audiencia Provincial Cádiz de 3 de octubre de 2012.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo 19 de octubre de 1983.
- Sentencia del Tribunal Supremo 28 de marzo de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 25 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 22 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 29 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 24 de octubre de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 15 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 29 de junio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2012.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUENCA, J.M., *Tenemos que hablar, cómo evitar los daños del divorcio*, Editorial Taurus 2008.
- AGURTZANE GOIRIENA, L., *La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio*, Diario La Ley, nº2823, año 2007.
- ÁLVAREZ LÓPEZ, C., “Más sobre la custodia compartida”, *Editorial: El Derecho Editores/ Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, Fecha de publicación 31 de octubre de 2006.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Revista Aranzadi Civil*, Nº 3, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 2479-2512.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio”. *Actualidad Civil* nº 15, Quincena 1-15, Septiembre de 2007, Editorial la Ley, págs. 1738-1755.
- CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, editorial La Ley, 2012.
- DE TORRES PEREA, JM., “Custodia Compartida: Una Alternativa Exigida por la Nueva Realidad Social”, en *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, nº4, 2011, págs. 1-61.
- DEL VAS GONZÁLEZ, JM., *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Dirigida por María Isabel de la Iglesia Monge, Madrid, 2009.
- DE LA IGLESIA MONJE, MI., “Custodia compartida de ambos progenitores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº702, Madrid, págs. 1821-1827.
- ECHEVARÍA GUEVARA, K., *Doctorado problemática actual de Derecho de familia: La guardia y custodia compartida*, Universidad de Navarra, año 2008, p. 67.
- GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S., *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de familia en España*, Trabajo Fin de Máster en Derecho de Familia, año 2013.
- GOIRIENA LEKUE, A., *La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio*, en *Diario La Ley* 19 de noviembre de 2005 nº 6823.
- HERRANZ GONZÁLEZ, A., “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia e interés del menor: Novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental” *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, págs. 295- 323.
- LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida y corresponsabilidad parental, aproximaciones jurídicas y sociológicas*, *Diario la Ley* 29 de Junio de 2009, nº 7206.
- MAGRO SERVET, V., “¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?”, *Boletín Derecho de Familia*, 1 de Noviembre de 2010.
- MORERA VILLAR, B., *Tesis Doctoral: Guarda y custodia compartida, programa de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología*, Universidad de Valencia, año 2014.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Primera edición, Editorial Aranzadi, 2006.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso: Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*, Editorial Lex Nova, 2007

- PÉREZ MAYOR, A., “La entelequia de la custodia compartida o alterna en los procesos contenciosos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº3, Julio-Septiembre 2007, La Ley, Barcelona, págs. 807-818.
- PINTO ANDRADE, C., *La Custodia Compartida*, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- PORCEL GONZÁLEZ, I., *La guarda y custodia compartida de los hijos, comentario a 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*. Recercat.net 2011.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- SAINT-CANTERO CAPARRÓS, MB., *Propuesta de nueva reforma del artículo 92 del Código Civil con el reconocimiento de la custodia compartida como régimen preferente y en consecuencia necesaria del principio de corresponsabilidad*, Editorial Atelier, 2009.
- SÁNCHEZ MARTÍN, P., *El procedimiento contencioso de crisis matrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VÁSQUEZ IRRUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, Editorial Dijusa, Primera Edición, Madrid, 2005.
- YARTÁN YABEN, S., *Coparentalidad y Adaptación al Divorcio de los Progenitores*, Ponencia de I Congreso Internacional Sobre Divorcio y Separación celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011. Universidad del País Vasco
- ZAERA NAVARRETE, J.I., “La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS 413/2014 de 20 de Octubre”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 30 de Agosto de 2015, págs. 793- 810.

9. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>. Última consulta 15 de diciembre de 2015.
- <http://apfs.es/ok/> (asociación de padres de familias separadas). Última consulta 30 de noviembre de 2015.
- <http://www.padresseparados.com/> (asociación de padres separados). Última consulta 8 de noviembre de 2015.
- <http://boe.es>. Última consulta 23 de diciembre de 2015.
- <http://elderecho.com> Última consulta 2 de diciembre de 2015.
- <http://dialnet.unirioja.es>. Última consulta 13 de diciembre de 2015.
- <http://lavanguardia.com>. Última consulta 4 de noviembre de 2015.
- <http://noticiasjuridicas.com>. Última consulta 23 de diciembre de 2015.
- <http://poderjudicial.es>. Última consulta 2 de diciembre de 2015.