



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**La custodia compartida: análisis de la
situación actual y su desarrollo
jurisprudencial.**

Realizado por: **Jenifer Rivero Fidalgo**

Tutores: - Sara Fernández Pérez (Letrada colegiada del ICA Gijón)
- Alejandra Boto Álvarez (Profesora de la Universidad de Oviedo)

Convocatoria: Ordinaria Enero-Febrero 2016
Curso 2015/2016

Resumen

El presente trabajo supone un análisis de la situación actual en la que se encuentra el sistema de custodia compartida en nuestra normativa así como el desarrollo que los Tribunales han venido haciendo a través de la jurisprudencia desde la inclusión de la custodia compartida en el Código Civil por la Ley 15/2005, en particular de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, que en los últimos años se ha mostrado a favor del sistema de custodia compartida al considerarlo más beneficio para el interés del menor.

Se pretende con ello el estudio de la práctica vigente que los Tribunales vienen realizando cuando se les plantea un caso de custodia compartida, así como el análisis de los problemas prácticos que se plantean habitualmente en el día a día y de los que la normativa no da una solución al respecto.

Abreviaturas

CC - Código Civil

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

CE – Constitución Española

TC – Tribunal Constitucional

TS - Tribunal Supremo

STS - Sentencia

NÚM. - Número

P. – Página

AP – Audiencia Provincial

FJ – Fundamento Jurídico

MF – Ministerio Fiscal

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. CONSIDERACIONES GENERALES.....	3
2.1 Concepto de guarda y custodia. Tipos.....	3
2.2 Principios que rigen la guarda y custodia.....	7
2.3 Historia y evolución normativa de la guarda y custodia.....	17
3. CUSTODIA COMPARTIDA.....	20
3.1 Régimen normativo de la custodia compartida. Reparto de tiempos. Edad.....	27
3.2 Custodia compartida consensuada.....	30
3.3 Custodia compartida contenciosa.....	32
a) Criterios.....	33
b) Excepcionalmente.....	34
c) A instancia de uno de los progenitores. Conflictividad de los progenitores.....	36
d) Informe del Ministerio Fiscal. Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del CC.....	39
e) Interés del menor.....	40
4. PROBLEMAS PRÁCTICOS MÁS COMUNES.....	42
a) Vivienda Familiar.....	42
b) Pensión de alimentos.....	43
c) Distancia domicilio.....	45
d) Relación entre los progenitores y con el menor.....	46
e) Disponibilidad de los progenitores.....	47
f) Audiencia del menor.....	47
g) Síndrome de alienación parental.....	49
5. CONCLUSIONES.....	49
6. BIBLIOGRAFÍA	
7. ANEXOS	
I. Anteproyecto	
II. Datos y Estadísticas	

1. INTRODUCCIÓN

Tras el cese de la convivencia conyugal se produce una nueva situación en la vida de los cónyuges/progenitores pero sobre todo en la vida de los hijos, concretamente en los hijos menores de edad que conviven con ellos.

Con ello se presenta una nueva situación que debería dar lugar a que las decisiones que se tomen a partir de ese momento sean las más adecuadas para los menores, creándose con ello un ambiente idóneo, confortable y adecuado para los mismos, de manera que la ruptura entre los progenitores no suponga directa y automáticamente una ruptura de los hijos con ellos, sobre todo con uno de los progenitores como durante las últimas décadas se ha venido produciendo tras la ruptura conyugal.

La separación de los progenitores es una decisión de los mismos pero no hay que olvidar que, en mayor o menor medida, va a afectar a los hijos y por ello es determinante la actitud y la gestión que de la misma decidan llevar los progenitores. Puesto que no deberían los hijos sufrir, como ocurre en muchas ocasiones, las diferencias entre sus progenitores ni mucho menos sentirse influidos de manera determinante en la separación.

Las funciones de la Patria Potestad se enumeran en el artículo 154 del Código Civil. Así, los padres tienen los siguientes deberes: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Dentro de las decisiones que se deben tomar tras la ruptura matrimonial, una de las más importantes es la relativa a la guarda y custodia de los hijos ejercida por los padres.

Esta decisión debe adoptarse teniendo en cuenta un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, el principio del interés superior del menor, puesto que es el sujeto más afectado y vulnerable en el proceso, debiendo adoptarse un sistema que ayude al menor, en el momento presente y futuro, a obtener una vida equilibrada y tranquila sin que la ruptura les afecte más de lo estrictamente necesario.

Lógicamente si los padres fijan sus residencias en domicilios distintos es obvio que los hijos comunes no pueden estar al mismo tiempo con el padre y con la madre,

esto únicamente es posible cuando todos conviven en el mismo domicilio.

Por ello, en los casos de cese de convivencia entre los padres, la función de la patria potestad que consiste en tener a los hijos en su compañía se desdobra en nuevas funciones, que son la atribución de la custodia a un progenitor o ambos, y el establecimiento, en su caso, de un régimen de comunicaciones, visitas o estancias para que los hijos pueden estar con el otro progenitor.

Nuestro sistema opta a priori por dar preferencia a que sean los propios progenitores, que son los que mejor conocen a sus hijos, quienes tomen la decisión sobre el sistema de guarda y custodia más adecuada para los mismos, decidiendo con ello si es mejor un sistema de custodia exclusiva a uno de los progenitores con régimen de visitas por parte del otro, o por el contrario, un sistema de custodia compartida entre ambos progenitores. Muy excepcionalmente se suele atribuir la guarda y custodia a terceros.

Solamente en el caso de que esto no fuera posible, porque los progenitores no pudieran llegar a un acuerdo o porque el acuerdo fuera contrario al interés del menor, sería el Juez quien tendría atribuidas las facultades para establecer el sistema más idóneo, basando su decisión, no en un sistema arbitrario, sino en el principio de favor filii.

El presente trabajo consiste principalmente en un estudio, basado en la doctrina y la jurisprudencia, del sistema de guarda y custodia compartida que en los últimos tiempos ha tomado una relevancia importante a partir de la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 15/2005 pero sobre todo a partir de las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo en este aspecto, mostrándose proclive al establecimiento de la guarda y custodia compartida como un régimen normal y no como una opción que se pueda tomar en ocasiones concretas.

Durante las prácticas profesionales se ha tratado el tema de la custodia compartida así como las diferentes opciones que pueden dar los Tribunales, y consideré interesante analizar en más profundidad cómo se encuentra regulada la guarda y custodia compartida actualmente en nuestro país. Y ello porque ha sido uno de los temas en los que se ha podido ver por un lado, la evolución que ha experimentado en la sociedad con el paso de los años, y por otro, la importancia que tienen los Tribunales para la adaptación de la Ley a las circunstancias concretas de la sociedad, puesto que la redacción existente de la custodia compartida en el Código Civil ha tenido que ser

precisa en muchos aspectos por el propio Tribunal Supremo.

Por ello, en el trabajo se analizará en un primer momento algunas consideraciones generales sobre la guarda y custodia de los hijos ejercida por los progenitores, para continuar ya con un análisis de la normativa establecida en nuestro sistema para la custodia compartida, teniendo en cuenta sobre todo los problemas prácticos que pueden surgir con base a la redacción de la Ley y con base a la práctica actual. Para finalizar expodré las conclusiones a las que he llegado tras el análisis en profundidad del tema.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

En el presente apartado vamos a analizar algunos puntos esenciales de la guarda y custodia, antes de entrar al análisis de la modalidad conocida como guarda y custodia compartida, y que son necesarios para entender el sistema de custodia compartida y como se ha llegado a su establecimiento en la normativa y los Tribunales españoles.

2.1 Concepto de guarda y custodia. Tipos.

Cuando se produce una ruptura de la convivencia conyugal es necesario determinar a quién se le va a atribuir la responsabilidad de convivir con los menores, es decir, quién va a tenerlos en su compañía, vivir con ellos, cuidarlos y proporcionales todas las atenciones que sean necesarias¹.

Los términos de guarda y custodia podríamos decir que se empezaron a usar tras las reformas efectuadas en 1981 –ya que antes de dicha fecha la normativa hablaba de cuidado y custodia²-. Sería precisamente con las reformas efectuadas a través de las Leyes 11/1981 y 30/1981, modificativas del CC, cuando se introduce el término guarda en la redacción del artículo 158.2 que se refería a los “casos de cambio de titular en la potestad de guarda”.

¹ El artículo 92.1 del Código Civil establece expresamente que “la separación, la nulidad y el divorcio *no eximen* a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

² La regulación en ese momento del artículo 70 del Código Civil determinaba que “los hijos mayores de siete años quedarán *al cuidado* de la madre...”, el artículo 73 determinaba que “la madre *tendrá a su cuidado* en todo caso a los hijos menores de siete años” y el artículo 67 disponía “la persona *bajo cuya custodia* haya de quedar el hijo”.

A partir de ese momento y, en los años siguientes, se empieza a hablar en España de la expresión conocida como guarda y custodia, aunque aún no estuviese así expresamente establecida en la Ley, ya que no sería hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 cuando se concretase en la normativa vigente la citada expresión³.

Y finalmente la expresión se introdujo en el Código Civil con la reforma operada por la Ley 15/2005 que estableció en el artículo 92 que “...se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos...”.

Es importante comenzar recordando que los progenitores tienen atribuida, como regla general, la Patria Potestad de los menores. Se encuentra regulada en el artículo 154 del CC y se basa en un *conjunto de deberes y derechos atribuidos a los progenitores en relación con los hijos* (debe ejercerse siempre en interés de ellos) *y sus bienes*, concretamente los padres tienen la obligación de estar con los hijos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes⁴.

Esta patria potestad, salvo supuestos excepcionales, será siempre compartida por ambos progenitores, incluso tras la ruptura matrimonial, siendo lo verdaderamente conflictivo la atribución de la guarda y custodia, incluida dentro del concepto de patria potestad.

En nuestro ordenamiento no existe un concepto legal de lo que es la guarda y custodia, teniendo que llegar a identificarla el **Tribunal Supremo en su Sentencia de 19/10/1983 (nº1983/5553)** como *la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma era parte integradora de la Patria Potestad*⁵.

³ Se concreta por primera vez en el artículo 748.4 de la LEC que dispone sobre los procesos “que versen exclusivamente sobre *guarda y custodia de menores*...”

⁴ La CE establece en su artículo 39.3 que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”

⁵ Determina expresamente la Sentencia del TC que “la patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia...y nada se opone a que por resolución judicial se acuerde...la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante de la potestad”.

La palabra "guarda" tiene numerosas acepciones, siendo una de ellas la de "persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa". Por su parte, la palabra "custodiar" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia"⁶.

La palabra "custodia" también define a su vez el derecho y deber de los progenitores de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y deber de atender a las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día, y en este sentido el artículo 5 de la **Convención de La Haya de 1980** desprende que el derecho de custodia comprende "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el decidir sobre su lugar de residencia"⁷.

Así pues las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, y precisamente por estas consideraciones acerca de la guarda y custodia es muy complejo darle un concepto universal, puesto que nos encontramos ante una guarda y custodia cuando los padres conviven con normalidad y una guarda y custodia diferente en distintas situaciones de convivencia alterada, identificándose en todo como *el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor*.

Es precisamente en el supuesto de que ambos progenitores convivan juntos – normalmente cuando no ha habido aún rupturas- cuando la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra integrada por la patria potestad al disponer el artículo 154 del CC que la misma supone "tener a los hijos en su compañía y educarlos y procurarles una formación integral"⁸. Es decir, en estos casos y muy en contra de lo que algunos autores han llegado a pensar, la guarda y custodia también se encuentra presente cuando los progenitores conviven juntos, lo que ocurre que en esos casos se encuentra bajo la patria potestad.

Sin embargo, cuando hablamos ya de diferentes situaciones de convivencia, nos encontramos con que la guarda y custodia se separa de la patria potestad, puesto que dicha patria potestad suele ser en la mayoría de los casos conjunta mientras que la guarda y custodia admite diversas situaciones y se transforma normalmente en un

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, "La guarda y custodia de los hijos". *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001, p. 282

⁷ MARÓN GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida". *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 22/2009, p. 1

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, "La guarda y custodia de los hijos". *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm 15 Enero-Diciembre 2001, p.284-285

derecho independiente que suele tener otras funciones como los alimentos, la educación y la formación⁹.

Con lo cual podríamos definir la guarda y custodia de los hijos como la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objetivo el cuidado, la educación y la formación integral de aquél por parte de éste o de éstos¹⁰.

Se podría entender como la función de vivir, cuidar y asistir a los hijos, pudiendo atribuirse (bien por acuerdo o por el Juez) a uno de los progenitores –con régimen de visitas del otro- o a ambos de forma compartida.

Finalmente conviene hacer una pequeña mención de los tipos de ejercicio de guarda y custodia que nos podemos encontrar en nuestro sistema:

a) Guarda y custodia exclusiva, unilateral o individual de uno de los progenitores¹¹.

Se caracteriza principalmente porque se atribuye la guarda y custodia del menor a uno solo de los progenitores –conviviendo de manera habitual con éste y atribuyéndose al otro progenitor un régimen de visitas¹²-. En este caso está claro que el tiempo de convivencia del menor con ambos progenitores no es equiparable, y su determinación depende o bien del acuerdo de los progenitores o de la decisión del Juez¹³, teniendo además que abonar el progenitor no custodio en la mayoría de los casos una pensión a los menores, conocida como pensión de alimentos.

Este sistema es el que tradicionalmente se ha venido utilizando, sobre todo, hasta

⁹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008 p.205.

¹⁰ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, “La guarda y custodia de los hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm 15 Enero-Diciembre, p.289.

¹¹ Artículo 90.1 a) del CC “...en su caso, el régimen de comunicación y estancias de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”

¹² Artículo 94 del CC “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía...”

¹³ Artículo 91 del CC “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mimas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir las ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos...”

la reforma operada por la Ley 15/2005 que estableció por primera vez en la normativa la custodia compartida. La modalidad de custodia exclusiva se puede adoptar o bien por acuerdo de los progenitores¹⁴ o porque así lo establezcan los Tribunales (en caso de desacuerdo o porque el acuerdo no sea adecuado al interés superior del menor).

b) Guarda y custodia compartida.

Se caracteriza por la atribución de la guarda y custodia de los menores a ambos progenitores, pudiendo hablar de diversos tipos de custodia compartida, que desarrollaremos en el temario del presente trabajo¹⁵.

c) Guarda y custodia ejercida por una tercera persona.

Se encuentra regulado en el artículo 103.1 del CC al establecer que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea...”, y supone la atribución a un tercero de la guarda y custodia, lo cual suele acordarse muy ocasionalmente en nuestro sistema.

2.2 Principios que rigen la guarda y custodia

No podemos adentrarnos en el análisis de uno de los tipos de guarda y custodia – la compartida- sin mencionar. aunque sea brevemente, los principios que rigen la misma, pues son uno de los elementos fundamentales que tanto el legislador como los Tribunales han de tener en cuenta al establecer los modelos de guarda y custodia de los hijos en relación con los progenitores.

a) Principio de Favor Filia, o también conocido como principio de interés superior del menor.

Es uno de los grandes principios y fundamentos de Derecho en relación a los

¹⁴ El artículo 90 del CC establece los elementos que tiene que tener un Convenio regulador estableciendo que deberá contener “régimen de educación y estancia de los hijos con el progenitor que no conviva habitualmente con ellos”.

¹⁵ Artículo 92 del Código Civil.

menores, y con ello, del propio Derecho de Familia. El Tribunal Constitucional ha determinado en su **Sentencia del TC nº 4/2001 de 15 de Enero** que *es uno de los elementos imperativos del Derecho de Familia*.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 de las Naciones Unidas (ratificada por España) dispone expresamente en su artículo 3 que:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que *se atenderá al interés superior del menor*.

2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas o administrativas adecuadas (...).

Dentro del sistema español la propia **Constitución Española** recoge en su artículo 39 que *los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.

Y se ha promulgado además la **Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor** que dispone en su artículo 2 (modificado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) que:

1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos *primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del

menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas,

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Sin embargo a pesar de su extensa regulación normativa –derecho internacional, nacional e incluso autonómico- lo cierto es que, hoy en día, **no se puede dar una definición concreta de lo que se entiende por interés superior del menor**, ya que se engloba dentro de lo que se conoce como concepto jurídico indeterminado o cláusula general.

Por ello se ha entendido que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el favor filii¹⁶.

Serán por ello los Tribunales ordinarios los que se encargaran de determinar –en cada caso- cual es el interés superior del menor, y en estos términos incluso se pronuncio el Tribunal Constitucional en su **Auto del TC nº 28/2001, de 1 de Febrero** al señalar que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados”.

En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos destacar la **Sentencia del TS nº 623/2009 de 8/10/2009** que señala que “es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el CC *contiene una cláusula abierta que obliga al juez a*

¹⁶BALLESTÉ RAVETLLAT, ISAAC, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 núm. 2, 2012, p.92

acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés o en la Children Act 1989 inglesa, *el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.*

Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. *Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.*

Con lo cual podemos determinar que el interés del menor es un concepto indeterminado, que aunque está reconocido legalmente en nuestro ordenamiento así como en las normas internacionales, no se han establecido unos criterios concretos para determinar dicho interés –como si se ha producido en los ordenamientos de otros

países-De manera que son los Tribunales quienes tienen que determinar el interés superior del menor valorando cada caso concreto y teniendo en cuenta no solo a los menores o los progenitores, sino incluso también a los técnicos especialistas en estas situaciones, pudiendo además variar dicho interés según el trascurso del tiempo y las circunstancias presentes en cada momento¹⁷.

b) Principio de Audiencia del menor

Este principio se encuentra recogido expresamente en el artículo 92.2-6 del CC que disponen que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre su custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, *velara por el cumplimiento de su derecho a ser oído*” y en el artículo 9 de la LO 1/1996 (modificado por LO 8/2015) que dispone que “*el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*”.

En los citados artículos se dispone que los menores tienen derecho a ser oídos en el procedimiento cuando tengan suficiente juicio – y en todo caso siempre que sean mayores de 12 años¹⁸.

Este principio es también uno de los que más relevancia tiene en el Derecho de

¹⁷ En este sentido **la Sentencia del Tribunal Supremo de 17/09/1996** que determina que “*el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor*”.

¹⁸ Artículo 770.4 LEC dispone que “si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los *mayores de doce años*”

Familia y no solo porque se manifieste la voluntad de los menores –no siempre se va a adoptar la decisión en función de ello y máxime teniendo en cuenta la posible existencia del síndrome de alienación parental- sino porque el propio Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre ello en su **Sentencia del TC nº152/2005 de 6/06/2005** al señalar que “nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, *gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído* que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 de la CE”, *lo cual supone la anulación de las Sentencias dictada y el retrotraer de las actuaciones para que los menores puedan ser escuchados, es decir, supone la nulidad de las resoluciones dictadas.*

Y, en estos términos, se ha pronunciado también **el Tribunal Supremo en su Sentencia del TS nº 413/2014 de 20/10/2014** donde acuerda la *nulidad de oficio* de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense con el objetivo de retrotraer las actuaciones y que se escuche a los menores argumentando que “la aparente contradicción entre el CC y la LEC, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.

c) Principio de No Separación de los Hermanos

Se encuentra establecido en el artículo 92.5 del Código Civil que reconoce expresamente que “...el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, *procurando no separar a los hermanos*”.

Es cierto que no es una norma imperativa pero el propio Código Civil así como la jurisprudencia entienden –y así lo recomiendan- la conveniencia de no separar a los hermanos cuando se produce la ruptura entre los progenitores. Aunque es cierto que lo anterior no quiere decir que si las circunstancias del caso lo aconsejan, por ejemplo porque la convivencia entre los propios hermanos se haga verdaderamente difícil, se proceda a la atribución de la guarda y custodia a cada uno de los progenitores.

d) Principio de Corresponsabilidad Parental

El citado principio junto con el de coparentabilidad ha sido uno de los incorporados al Derecho de Familia en los últimos tiempos y supone el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercitar frente a sus hijos¹⁹.

Supone un ejercido por ambos progenitores en exaltación del principio de igualdad²⁰ entre los hombre y las mujeres en su condición de padres y madres pero sobre todo supone el derecho de los menores a ser criados por sus dos padres, ya convivan o no bajo el mismo techo –lo cual no es otra cosa que la representación del principio del interés superior del menor, de manera que la ruptura de sus progenitores no les impida relacionarse de una manera igualitaria con ambos-.

Se encuentra reconocido expresamente en la **Convención Internacional de los Derechos del Niño** al disponer en su artículo 18 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 el desarrollo del niño.*

¹⁹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia Compartida de los hijos*. Editorial La Ley, Madrid, 2008, p.348

²⁰ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia Compartida de los hijos*. Editorial La Ley, Madrid, 2008, p.361-362

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Y dentro de la normativa nacional la Ley 15/2005 de modificación del CC y de la LEC dispuso dentro de su exposición de motivos que “consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”, *queriendo con ello conseguir un aumento de la corresponsabilidad de los padres en la educación, la formación y el cuidado de los hijos menores* –equilibrando con ello la actuación de ambos progenitores y reduciendo la carga que tenían la mujeres en este aspecto-.

Así mismo modificó el artículo 68 del CC para determinar que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

Y sin olvidar que, con dicha reforma, se pretendía disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus progenitores como había venido ocurriendo en las últimas décadas donde uno de ellos tenía la guarda y custodia quedándose el otro progenitor con un sistema de visitas en ocasiones casi mínimas. Con ello, por lo tanto, se fomentaban las relaciones de familia en libertad, en el sentido de que otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad y se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro.

Con lo cual el principio de corresponsabilidad parental supone concretar el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos y, sobre todo, determinar el principio de igualdad entre los progenitores.

e) Principio de Igualdad entre los Progenitores

Como ya se ha mencionado anteriormente fue precisamente la Ley 15/2005 la que introdujo el debate sobre la igualdad de los progenitores, sobre todo, al modificar el artículo 92 del CC y establecer por primera vez en la normativa la posibilidad de

custodia compartida en el Derecho Español –aunque se viniera aplicando de manera excepcional de oficio por los Tribunales-.

Su establecimiento ha sido impulsado, principalmente, por asociaciones de padres separados y divorciados que, reivindicando su papel en la formación integral de sus hijos sobre la base del principio de igualdad, demandaron al Estado el reconocimiento legal de un mayor protagonismo en el desarrollo de las funciones de convivencia con los mismos²¹.

Esta reforma buscaba la más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer. Se trataba de desterrar la concepción que tradicionalmente le es asignada en el cuidado familiar (binomio maternidad-hogar), mediante la creciente asunción de roles compartidos por ambos progenitores en lo que respecta a la guarda y custodia de los hijos; agregando que, para que la mujer participe en condiciones de equidad en la vida pública, debe garantizarse que pueda hacerlo también en su vida privada.

Pero dicha Ley no es la única que tiene en cuenta el principio de igualdad. No podemos olvidar que la propia Constitución establece en su artículo 14 el principio de igualdad como uno de los Derechos Fundamentales²².

Así mismo en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer se establece en su artículo 6.2c) que “el padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a los hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial”.

Y finalmente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que establece en su artículo 3 “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

²¹ “Claves para entender las reformas del Derecho de Familia Español: Principios Informadores”. Tesis Doctoral por la Universidad de Valladolid. Martín Rocha Espíndola (p. 171).

²² Artículo 14 “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

f) Principio de Coparentabilidad

La coparentalidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura²³.

Implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos. De esta manera, la coparentalidad solo es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de progenitores.

La Ley 15/2005 también tuvo especial importancia en este principio y en su exposición de motivos señaló que “en el antiguo modelo de separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que este quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos, que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse”.

Y es precisamente con esta Ley con la que *se reconoce como derecho del menor, el mantener la relación y vínculos afectivos con ambos progenitores en igualdad de condiciones, configurando el llamado principio de coparentalidad*. En este sentido, el ejercicio compartido de la guarda y custodia va a suponer la garantía efectiva de dicho principio, ya que asegura el contacto fluido y regular del menor con ambos padres.

g) Principio de Universalidad

Supone que el régimen de guarda y custodia compartida puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva, con lo

²³ TAMAYO HAYA, SILVIA, “Igualdad Parental y Principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, Pérez Vallejo, Ana María (Coordinadora), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 112-112

cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial.

2.3 Historia y evolución normativa de la guarda y custodia

Considero que es importante tener una visión general de cómo ha ido evolucionando la normativa en esta materia con el paso del tiempo y, por ello, expondré brevemente las principales reformas suscitadas con la aprobación de la Constitución Española de 1978.

Antes²⁴ de la CE la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Código Civil de 1889²⁵ establecían que la forma de designar la custodia de los menores estaría basada en un **criterio de culpabilidad**. Ello significa que el menor se quedaba con el cónyuge no culpable, y si ambos lo eran, era necesario un tercero que ejercería la función de tutor (salvo que el menor tuviera menos de 3 años en cuyo caso debía estar con la madre). Y en el caso de que ambos cónyuges fueran inocentes los hijos varones –mayores de tres años- estarían con el padre y las mujeres con la madre.

Con la llegada de la Segunda República se promulgo por primera vez una Ley del Divorcio en 1932²⁶ que establecía el divorcio y *la atribución de la custodia al cónyuge no culpable salvo que fuera menor de 5 años, en cuyo caso era para la madre*. Y en caso de que ambos fuesen culpables o ninguno lo fuese se decidiría en la

²⁴ Ver en <http://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evolución-histórica-de-los-criterios-para-atribución-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>

²⁵ Artículo 70 en la redacción dada por el CC en 1889 “Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de 3 años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del núm. 2.º del art. 73. Los hijos é hijas menores de 3 años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre , á no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia”

²⁶ Artículo 17 de la Ley de Divorcio “A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”

Sentencia.

Este régimen se vio anulado con la llegada del franquismo que anuló el divorcio y estableció con la Ley de 24 abril de 1958²⁷ un sistema de culpabilidad a la hora de asignar la custodia, en el sentido de que se otorgaría al cónyuge no culpable, salvo en el caso de los menores de siete años que se otorgaba a la madre. Si ninguno era culpable los hijos mayores de siete años irían con el padre y las hijas mayores de siete años con la madre.

En 1978 se inicia el periodo democrático en nuestro sistema y en la Constitución ya se consagran algunos derechos y principios del conocido como Derecho de Familia, y que son:

- Derecho de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10²⁸.
- Derecho de igualdad recogido en el artículo 14, que supone la igualdad entre ambos sexos²⁹.
- Libertad de los ciudadanos para contraer matrimonio regulado en el artículo 32, estableciendo que será la Ley quien determine los requisitos.
- Principio de protección a las familias recogido en el artículo 39, que recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección a las familias, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos y el principio de protección del menor a través de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²⁷ Redacción del artículo 70 del CC con la Ley de 1958 “Los hijos mayores de 7 años quedará al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre”

²⁸ Artículo 10 “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos fundamentales de orden público y de la paz social”

²⁹ Artículo 14 “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”

Dentro de la normativa que surgió a partir de la aprobación de la CE es importante destacar para el análisis del presente trabajo las siguientes leyes:

a) La Ley 11/1981 de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

A pesar de la nueva redacción lo cierto es que el artículo 156 del CC³⁰ establecía una patria potestad que se ejercería conjuntamente por ambos progenitores en un plano de igualdad *pero el artículo 159 seguía atribuyendo en derecho de la guarda y custodia de los hijos a la madre –se atribuía de manera automática cuando fueran menores de siete años-* al establecer que “si los padres viven separados y no dijeren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales proveyere de otro modo”.

b) La Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación o divorcio.

Es una de las leyes más importantes en el ámbito del Derecho de Familia pues con ello se introduce por primera vez la posibilidad de extinguir el matrimonio mediante la figura del divorcio.

Además es la ley que **introduce el concepto de interés superior del menor** que va a sustituir al criterio de culpabilidad que estaba vigente en ese momento a la hora de determinar la guarda y custodia de los menores tras la ruptura, y que se basaba en si la crisis estaba fundada en la buena fe o inocencia de los cónyuges o en la culpabilidad y por lo tanto se usaba más bien como un premio o castigo³¹.

Pero aún así seguía estableciendo *en el artículo 159 del CC que los menores de siete años, salvo por motivos especiales, tenían que estar en compañía de la madre.*

³⁰ Artículo 156 del CC en la redacción dada por la Ley 11/1981 “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores...Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez...,en interés del hijo, podrá atribuir al solicitante para que la ejerza conjuntamente..”

³¹ El artículo 92 del CC con la redacción dada con la ley 30/1981 disponía que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años...”

c) La Ley 11/1990 de 15 de Octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Con esta Ley se modifica nuevamente el artículo 159 del CC para determinar que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor se quedaran...”, y consiguiendo con ello la instauración del criterio del interés superior del menor a la hora de determinar con que progenitor estaría y *finalizando con la tradición discriminatoria que había hasta ese momento basada en la doctrina de los años tiernos, que suponía la atribución automática de los menores de cierta edad* (concretamente en ese momento siete años) a la madre³².

d) 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.

Sin embargo, no sería hasta la aprobación de esta Ley, cuando el Derecho de Familia tuviera un gran avance puesto que concreta, por primera vez, los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad, *y establece también por primera vez en la normativa –mediante la modificación del artículo 92 del CC- el ejercicio compartido de la guarda y custodia*, que hasta ese momento solo se había venido atribuyendo de manera excepcional por algunos Tribunales –normalmente mediante la adopción de un régimen de visitas muy amplio-.

3. CUSTODIA COMPARTIDA

El sistema de guarda y custodia supone reconocer que cada progenitor tiene los mismo derechos y deberes que el otro ante los hijos, lo cual en la práctica supone una asunción compartida de los derechos y obligaciones de los padres en relación a todo lo que concierna a los hijos.

³² **El Auto del TC nº 438/1990** en su FJ 1 razonó que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de “*eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad*”, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental”

Podemos decir que la idea que hay detrás de la custodia compartida es que los progenitores se impliquen de igual manera en la educación y el cuidado de los hijos, repartiendo entre ellos el tiempo de permanencia de los hijos y las aportaciones económicas. Supone por tanto, como idea general, un reparto equitativo de tiempo para que ambos progenitores se encarguen de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los menores³³.

La guarda y custodia compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales que son³⁴:

- *El derecho de los hijos a preservar su relación con sus dos progenitores*, tal y como se deduce de las normas internacionales,

- *El derecho y deber de los padres de mantener una relación equilibrada y continuada con los hijos, de prestarles asistencia de toda orden, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos.*

En el Derecho Internacional nos encontramos con numerosas normas que recogen estos derechos de los menores, en el sentido de poder relacionarse con ambos progenitores.

La Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ratificada por España) dispone en el artículo 18³⁵ el principio de que *ambos padres tienen obligaciones*

³³ CATALÁN FRÍAS, MARÍA JOSÉ, “La Custodia Compartida”, p. 67-68 en: <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20José%20Catalán%20Fr%C3%ADas.pdf> (Consultado el 20/12/2015)

³⁴ GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA, “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”. *Revista de Derecho Patrimonial* n° 22/2009, p.1

³⁵ Artículo 18 de la Convención “1. 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 el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”

comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, señalando que los Estados deberán prestar a los progenitores la asistencia apropiada para el desempeño de las funciones.

Y en el artículo 9.3 dispone que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Lo cierto es que no podemos hablar de una definición única de lo que se entiende por guarda y custodia. En primer lugar, porque la regulación normativa, tanto nacional como internacional, no ha dado un concepto y, en segundo lugar, porque dentro de la doctrina nos vamos a encontrar con una doble tendencia.

Por un lado tenemos una tendencia de la doctrina que señala que la guarda y custodia compartida supone la materialización de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad, considerando acertado el término “compartida”, y por otro tenemos a la otra parte de la doctrina que se muestra contraria al uso de dicho término, por considerar que se identifica con el de simultaneidad, el cual se opone a la idea de que, una vez finalizada la convivencia de pareja ya nada queda por compartir, entendiéndose que sería más adecuado el uso de otros términos como “alterna, alternada o sucesiva”.

Precisamente la terminología ha sido muy criticada puesto que en ocasiones se habla de “guarda y custodia compartida” mientras que en otras se habla de “guarda conjunta”. Concretamente el artículo 92 del CC habla de tres términos: a) guarda conjunta (apartado 7), b) guarda y custodia compartida (apartado 8) y c) ejercicio compartido de la guarda y custodia (apartado 5).

Pero en todos los casos el término no parece corresponder con el contenido, y es que el cuidado de los hijos, a diferencia de lo que sucede con la patria potestad, no se puede ejercer conjuntamente en estos casos y por ello sería más adecuado hablar de “custodia alterna, alternada, sucesiva o alternativa”.

En nuestro sistema no fue hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio –que modificó el CC- cuando se introdujo por primera vez en la normativa la guarda y custodia compartida. Hasta ese momento solamente **se admitida en la práctica por los Tribunales en algunas ocasiones** –puesto que aunque no se encontraba regulada tampoco existía una prohibición expresa- que normalmente era en

los procesos consensuados por las partes, y muy excepcionalmente en los contenciosos³⁶.

Fue pionera en esto por ejemplo **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22/04/1999** que señaló en su FJ 6 que “la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (art. 92, párrafo segundo), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores” y en su FJ 8 que “desde esta perspectiva, dos exigencias deben enmarcar la decisión que se adopte; de un lado, atender al interés de los niños, que es el más necesitado de protección y que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos (art. 92, párrafo 4º del Código Civil), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada”.

Entendía la Sentencia que el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro: *a) no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna, b) la convivencia continuada con uno sólo de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujando las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente, c) la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y excesivos regalos, el afecto del pequeño, d) y en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidentes perjuicios del derecho del menor.*

³⁶ Salvo en los que por la distribución del tiempo o las circunstancias que concurran en la familia concreta se considerase que no se podía acordar en interés del menor. Vd. GONZALÉZ VICENTE, PILAR “La guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005”. *RJSepin Net, Persona y Familia*, Septiembre 2005, p.43.

Entre otras que concedieron la guarda y custodia compartida antes de la reforma podemos mencionar la **Sentencia de la AP de Valencia de 2/2/2000** y la **Sentencia de la AP de Madrid de 22/07/2004**.

Con la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, se introduce por fin en nuestro sistema la posibilidad del divorcio directo (sin trámite previo de separación y sin causa alguna) y *la guarda y custodia compartida* siguiendo la idea de que las normas relativas a la potestad de los progenitores “constituyen el paradigma de las relaciones derecho-sociedad-persona en el momento genético de la normas”³⁷.

La propia Exposición de Motivos de la citada Ley determina que “al amparo de la Ley 30/1981 *se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse (...)* Consecuentemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá solo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida”.

Se pretende con la entrada en vigor de la Ley desarrollar los principios de corresponsabilidad parental, entendido en el sentido de la obligación para ambos progenitores de compartir las responsabilidades derivadas de la relación de filiación con los hijos y el principio de coparentalidad entendido en el sentido del derecho de los menores a continuar relacionándose con ambos progenitores en igualdad de condiciones y sobre todo conseguir el mayor beneficio para los hijos. Y no podemos evitar hacer mención a que la Ley –por su redacción- está inspirado con el objetivo de incentivar el mutuo acuerdo entre los progenitores evitando, salvo en casos indispensables, la actuación judicial.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20/02/2007** entiende que “*dicha regulación también viene motivada porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familia empieza a ser distinta, toda vez que factores tales como el acceso de la mujer al mercado laboral y los cambios en determinadas pautas de educación están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una*

³⁷ GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”. *Revista de Derecho Patrimonial* nº 22/2009, p.1

coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los hijos”.

Con lo cual tras la reforma efectuada por la Ley 15/2005 se da un trámite normativo a una tendencia que durante los años anteriores habían venido aplicando los Tribunales, tras darse cuenta de cual era la situación tendente en nuestro sistema, donde en muchas ocasiones el beneficio del menor – principio general del Derecho de Familia- pasa por atribuir una custodia compartida.

Hay que tener también en cuenta que cuando se modificó el CC por la Ley 15/2005 se establecieron en el apartado 7 del artículo 92 unos supuestos en los que no procedería la custodia compartida, es decir, son **causas de inadmisión**, y concretamente son los siguientes:

- No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

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

Lo cierto es que hay que tener especial cuidado y los Tribunales tienen que valorar cada caso concreto pues ha habido indicios de que algunas personas usan el citado artículo con el único objetivo de que no se atribuya una custodia compartida, pero no se encuentran en ninguna de las situaciones anteriores.

Antes de proceder al análisis actual de lo que engloba la custodia compartida es importante partir de la base de que no solamente hay un sistema de custodia compartida, es decir, la normativa no establece un modelo concreto y los Tribunales tienen en cuenta cada caso concreto, en el sentido de ver el horario laboral de los progenitores, la distancia entre los domicilios, los recursos económicos... a la hora de establecer un sistema. Dentro de los modelos más conocidos para efectuarse la custodia compartida podemos resaltar los siguientes:

- Custodia compartida con traslado de los hijos al domicilio de cada uno de los progenitores.

Es una de las modalidades más habituales cuando se establece la custodia compartida, *y supone el traslado de los menores a las viviendas en las que los*

progenitores se hayan asentado tras la ruptura matrimonial, por lo cual es muy importante en este sistema la cercanía de los domicilios para que el sistema tenga éxito y pueda ser llevado a cabo con facilidad para sobre todo el interés del menor.

Teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en ocasiones una de las viviendas suele ser la vivienda familiar que ha sido atribuida a alguno de los progenitores, teniendo solo el otro que asentarse en otra vivienda.

- Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar.

La segunda de las modalidades supone que los hijos están constantemente en la vivienda que hasta ese momento ha sido la vivienda habitual de la familia, y son los progenitores los que se trasladan a ello según los tiempos que les correspondan para ejercer la custodia.

Lo cierto es que no suele aplicarse mucho esta modalidad aunque es cierto, que en aras del interés del menor, es la mejor modalidad porque supone que los menores no cambian de entorno y es más beneficio para su desarrollo y su adaptación, sin embargo implica una relación entre los progenitores casi sin conflictos y con capacidad de colaboración, teniendo en cuenta que la vivienda va a ser usada por ambos.

Además hay que tener en cuenta el gran gastos que supone y muchas familiar actualmente no pueden permitirse, puesto que tendrían que seguir manteniendo la vivienda familiar, y además tener otra vivienda cada uno donde estar los momentos en que es el otro progenitor quien está ejerciendo la custodia de los hijos.

- Custodia compartida simultanea

Por último, es importante mencionar otra de las modalidad que casi nunca se usa y es que implica que el menor estaría en la misma casa con su padre y con su madre, ya que se dividiría la vivienda familiar en dos dependencias diferentes, permitiendo, que los hijos puedan, indistintamente, estar en una u otra de ellas.

Sin embargo dicha modalidad requiere una relación casi idílica entre los progenitores para que pueda ser llevada a cabo sin que perjudique al beneficio del menor.

3.1 Régimen normativo de la custodia compartida. Reparto de tiempos. Edad.

El sistema de guarda y custodia compartida, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, se encuentra regulado en el artículo 92 del Código Civil, siendo los Tribunales –mediante la jurisprudencia- quienes han tenido que adaptar la normas a las circunstancias de cada caso.

Sin embargo no podemos dejar de hacer una mención expresa a que *algunas Comunidades Autónomas tienen entre sus normas una regulación concreta de la guarda y custodia compartida*, que en ocasiones está mucho mejor adaptada a las circunstancias y problemas que pueden surgir en su aplicación, que la regulación estatal, legislada más bien en un sentido amplio y sin directrices claras en muchos aspectos, que han tenido que ser solventadas por los Tribunales.

A) *La custodia compartida en Cataluña mediante la Ley de 25/2010, de 29 de julio, que no otorga preferencia al sistema de custodia compartida*

B) *La custodia compartida en Aragón mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, que fue la primera en otorga preferencia a la custodia compartida.*

C) *La custodia compartida en Valencia mediante la Ley 5/2011, de 1 de abril., que también otorga preferencia al modelo de custodia compartida.*

D) *La custodia compartida en Navarra mediante la Ley de 3/2011, de 17 de marzo, que no establece preferencia por la custodia compartida.*

Antes de entrar al análisis del contenido de la guarda y custodia compartida conviene también preciar que por un lado **el término “compartida” no supone un reparto equitativo del tiempo de convivencia con los hijos de ambos progenitores, y por otro, que este reparto de tiempo puede tener varias modalidades** a mencionar.

Existe el mito de que la custodia compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo -como he venido argumentando- es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. *Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales*³⁸.

Con lo cual a la hora de hablar de custodia compartida tenemos que partir de la

³⁸ V d . e n <http://www.monografias.com/trabajos28/custodia-compartida-disolucion-familiar/custodia-compartida-disolucion-familiar.shtml#a6#ixzz3tqmHpc1k>

base de que no significa un reparto al 50%³⁹ en sentido estricto del tiempo de convivencia, y en base a ello podemos hablar de las modalidades de reparto de tiempo. Las modalidades tienen precisamente como base el razonamiento de que la custodia compartida no supone un reparto al 50% y así lo han entendido algunos Tribunales como por ejemplo la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 50/2013, de 2 de abril** que determina en su FJ 2 que “el establecimiento de un sistema de custodia compartida, no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancia en régimen ordinario, es decir, fuera de los periodos de vacaciones o los tiempos extraordinarios derivados de puentes, festivos o similares, de los progenitores con sus hijos menores. El mismo se ha de adecuar a la protección del superior interés de las personas menores de edad...”

En este punto es interesante traer a colación el conocido como “Informe Reencuentro⁴⁰” que fue elaborado antes de la Ley 15/2005 y que incluso se tuvo en cuenta para su elaboración.

En él se hace mención a la creencia que entiende que la custodia compartida supone un reparto al 50% de los periodos de convivencia, señalando que la coparentalidad tendría que ser más bien considerada como un reparto al 50% de los derechos y obligaciones de ambos progenitores y no del tiempo.

No cabe duda de que la fórmula más idónea es la que permite al menor un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos progenitores.

Dentro de los modelos que nos podemos encontrar en la custodia compartida se mencionan en el Informe los siguientes (página 15):

- a) La fórmula que los padres establezcan de **mutuo acuerdo** en función de su situación personal y la del niño y que, salvo casos excepcionales, el juez considerara idónea,
- b) **Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario**, en caso de niños de muy corta edad. **O de tres días y medio** con cada progenitor, según la edad.

³⁹ En este sentido la **Sentencia del TS de 11/03/2010 (nº 94/2010)** que señala en su FJ 2 que “custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores”

⁴⁰ “Informe Reencuentro sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial” elaborado por Asociación de Padres de Familia Separados y por la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados de 2001.

- c) **Alternancia semanal.** Suele ser una de las formulas que más se usa tanto por mutuo acuerdo como por los Tribunales, al implicar que el menor pasa una semana seguida con cada progenitor, estando una de las tardes con el progenitor no custodio esa semana. Se suele recomendar a partir de los 5 años, y es el modelo que se usa en Francia.
- d) **Alternancia quincenal.** En este caso el menor convive quince días con cada progenitor, estando los fines de semana completos con el otro y una o dos tardes entre semana.
- e) **Alternancia mensual.** En este caso el menor convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.
- f) **Periodos escolares alternativos.** Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos, y con el otro los no lectivos y los periodos vacacionales. Sería útil en caso de domicilios alejados, pero suele alejarse de la formula de custodia compartida.

Lo que podemos apreciar es que aunque se establezca el régimen de custodia compartida –salvo que la misma sea por periodos muy cortos como días- *no se elimina el régimen de visitas y comunicación del artículo 94 del CC cuando el menor se encuentre con el otro de los progenitores*, en el sentido de que si la custodia se determina por quincena se atribuye los fines de semana al otro progenitor, con el objetivo de que el menor no pase un tiempo considerable de tiempo sin estar en contacto con el otro progenitor. Aunque es cierto que el régimen de visitas que hay dentro de la custodia compartida no es identificable con el que existe cuando se estableció la custodia exclusiva a uno de los progenitores, y ello es debido a que en ese régimen *el objetivo es que el menor disfrute de un mayor tiempo con el otro progenitor pero las responsabilidades las tiene el progenitor custodia, y en la custodia compartida las responsabilidades e implicaciones que se derivan de la corresponsabilidad parental son compartidas*⁴¹.

Otro de los aspectos a tener en cuenta a la hora de establecer cual sería la modalidad de la custodia compartida es la **edad de los menores**.

Se ha hablado durante mucho tiempo del “*principio de corta edad*”, que preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia (en general de 0 a 7 años), considerando secundaria la figura

⁴¹ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, *La custodia compartida*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 84

paterna, sin embargo números estudios vienen a desmentirlo y a señalar que el contacto asiduo en esos primeros años es particularmente importante, por lo que el contacto frecuente con ambos progenitores es aún más necesario, teniendo que ser la convivencia alterna más frecuente⁴².

El informe propone como modelo orientativo el propuesto por la **institución estadounidense Children´s Rights Council**, y que supone:

EDAD	FRECUENCIA DE CONTACTO CON AMBOS PADRES
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 8 años	Alternancia semanal, con media día (mañana o tarde) de convivencia con el otro progenitor
Más de 9 años	Alternancia semanal

3.2 Custodia compartida consensuada

En nuestro sistema –con la regulación actual- es posible establecer la guarda y custodia compartida por acuerdo de los progenitores, bien porque así se haya pactado en el Convenio regular, o bien porque a lo largo del proceso los progenitores hayan sido capaces de llegar a un acuerdo en este aspecto.

A este respecto hay que tener en cuenta el artículo 92.5 del CC que establece que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regular o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. La propuesta de convenio regular se tiene que presentar junto con la demanda de separación o divorcio⁴³. Y en relación precisamente a la propuesta de convenio regular hay que tener en cuenta el artículo 90 del CC que establece su contenido mínimo, y en relación a la guarda y custodia determina que hay que especificar el ejercicio de la patria potestad y el régimen de comunicación y estancias, con lo cual es necesario que el Convenio sea una propuesta amplia de cómo se ejercerá esa guarda y custodia conjunta, teniendo con ello que especificar el régimen de alternancia (semanal, quincenal, mensual...así como los días/fines de semana que

⁴² Informe Reencuentro p.12

⁴³ El procedimiento se concreta en la LEC, y en este caso al ser de mutuo acuerdo habría que acudir al artículo 777.

puede verle el progenitor no custodia en esos momentos), el régimen en vacaciones (Navidad, Semana Santa, verano, días festivos, cumpleaños...), domicilio/s donde se ejercería, forma de entrega, aspectos educativos, sanitarios, pensión de alimentos y gastos..., es decir, reseñar con detalle todos los aspectos de la vida del menor.

Sin embargo, el Juez deberá aprobar el acuerdo -homologación judicial- al que lleguen los progenitores, y ello porque estamos en una parte del Derecho de Familia donde hay menores, y los Tribunales deben velar por el cumplimiento del interés superior del menor, en el sentido de que el acuerdo establecido por los progenitores sea beneficio para el menor⁴⁴.

En aras también precisamente a salvaguardar el interés superior del menor el legislador ha previsto en el apartado 6 del artículo que, **antes de que el Juez adopte una decisión**, se:

- a) **recabar informe del Ministerio Fiscal** (sin vincular que sea favorable o desfavorable), y teniendo en cuenta que incluso el artículo 777.8 de la LEC faculta solo al MF a recurrir en apelación el acuerdo de custodia compartida aprobado en su totalidad por el Juez si lo considera necesario a favor del interés del menor.
- b) **oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario** – bien de oficio o por petición del MF, partes o miembros del Equipo técnico judicial o del menor-. En este caso no es obligatoria sino que el legislador lo propone para el caso de que el Juez lo estime necesario o cuando lo soliciten alguna de las partes.
- c) **valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba práctica** en ella,
- d) así como la **relación que los padres mantengan entre si y con sus hijos** para determinar la idoneidad del régimen.

Si el Juez aprecia que el acuerdo es beneficio para el menor lo aprobará pero en caso contrario se da por la Ley un plazo de 10 días⁴⁵ para que los progenitores presenten un nuevo convenio o subsanen las cláusulas del presentado que el Juez considere

⁴⁴ Artículo 92.5 “(...)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...”

⁴⁵ Artículo 777.8 de la LEC

dañinas para el menor (en un plazo de tres días desde que se presentó la propuesta o desde que transcurrido el plazo sin presentar nada resolverá el Juez por Auto lo que estime conveniente⁴⁶, en el sentido de que si lo considera más beneficioso para el menor puede incluso acordar la custodia exclusiva a uno de los progenitores)⁴⁷.

3.3 Custodia compartida contenciosa

Es precisamente en este apartado donde surgen la mayoría de los conflictos ya que alguno de los progenitores no está por la labor de llevar a cabo un sistema de custodia compartida.

Dispone el artículo 92.8 del CC que “Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia fundamentándose en que sólo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Una de las primeras veces que se aplicó el citado artículo fue en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20/2/2007** que otorgó la custodia compartida solicitada por el padre con la oposición de la madre, y con informe favorable del Ministerio Fiscal.

Lo cierto es que *el artículo 92.8 del CC en la práctica solamente concede la posibilidad de establecer la custodia compartida pero no regula con precisión ninguno de los detalles a tener en cuenta por los Tribunales para adoptarla*, siendo ellos mismos quienes a lo largo de los últimos años han tenido que precisar estos detalles, basándose en cada caso concreto.

⁴⁶ El artículo 90 del CC determina que “...serán aprobados por el Juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

⁴⁷ Sentencia de la **Audiencia Provincial de Toledo nº 52/2009 de 12 de febrero** que establece que “son los cónyuges los que, conforme a la normativa del CC, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial solo proyectable sobre los hijos menores y hacerse necesaria en aplicación del favor filii y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres”.

a) Criterios

Como se puede apreciar el artículo 92.8 no establece ninguno de los criterios a tener en cuenta por el Juez para determinar si debe adoptar o no la custodia compartida.

En este sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8/10/2009** ha manifestado que “a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

En el mismo sentido se ha manifestado el **Tribunal Supremo en Sentencias de 10/03/2010, 11/03/2010⁴⁸, 7/07/2011** hasta que finalmente el Tribunal Supremo ha sentado como doctrina jurisprudencial en el FJ 4 de su **Sentencia del TS de 29/04/2013** que “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la

⁴⁸ La Sentencia determina que “no pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto(...)relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

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”.

Con lo cual nos encontramos con que el CC no contiene una lista detallada de cuáles son las circunstancias a tener en cuenta por los Tribunales para establecer la custodia compartida por lo que el Tribunal Supremo ha tenido, a partir de la Sentencia del TS de 8/10/2009, que determinar una serie de criterios que podrían tener en cuenta (basados en el Derecho comparado). Estos criterios serían

- Práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores*
- Deseos manifestados por los menores*
- El número de hijos*
- Cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo de sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.*
- Los acuerdos adoptados por los progenitores*
- La ubicación de sus respectivos domicilios*
- Horarios y actividades de unos y otros*
- resultado de los informes exigidos legalmente*
- Cualquier otro que permite a los menores una vida adecuada.*

b) Excepcionalmente

Una de los aspectos que más llama la atención de la redacción dada al artículo 92.8 por la Ley 15/2005 es que comienza el apartado señalando que “excepcionalmente...”, lo cual inclina a pensar que la adopción de la guarda y custodia compartida –cuando no hay acuerdo de los progenitores- tiene que ser usada de una manera excepcional, siendo la regla general y normal el otorgamiento de una custodia

exclusiva a uno de los progenitores.

Sin embargo la realidad no es así y han tenido que ser nuevamente los Tribunales quienes determinan el significado que el legislador le ha querido dar a la redacción señalando el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 29/04/2013** 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 el mismo sentido se había pronunciado el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 22/07/2011** al señalar en su FJ 3 que “se hace necesario fijar la doctrina jurisprudencial en este punto al objeto de precisar de forma objetiva qué causas son las "excepcionales" a que se refiere el art. 92.8 CC , dada la inexistencia de criterios en la aplicación de los presupuestos derivados de la excepcionalidad prevista en el art. 92.8 CC (...) El texto actualmente vigente del Art. 92.8 CC admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara.

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta 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”⁴⁹.

Las anteriores sentencias demuestran que para el Tribunal Supremo el artículo

⁴⁹ En este sentido la **Sentencia de 19/07/2013 del TS** (primera vez que modifica una guarda única por una custodia compartida) determina nuevamente que la guarda y custodia compartida debe admitirse con normalidad “para aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”.

92 del CC no instaura un sistema de custodia compartida excepcional respecto a la custodia individual como regla general. No se puede señalar que el CC limite la posibilidad de la custodia compartida únicamente a los supuestos en los los padres, de mutuo acuerdo, lo soliciten sino que, al contrario, el apartado 8 prevé que el Juez pueda decidir sobre ella en caso no desacuerdo de los progenitores⁵⁰. *De manera que el termino excepcional no supone entender que la custodia compartida solo va a ser otorgada por los jueces cuando se dan algunas circunstancias concretas sino que es excepcional porque va a ser otorgado por el Juez en casos de desacuerdo de los progenitores.*

c) A instancia de uno de los progenitores. Conflictividad de los progenitores.

Otro de los requisitos que establece el apartado 8 del artículo 92 es que la solicitud de la custodia compartida sea realizada por alguno de los progenitores, es decir, que alguno de ellos en su demanda o en su contestación establezcan su preferencia a un modelo de custodia compartida, entendiéndose con ello que el Juez de oficio no puede atribuir la guarda y custodia compartida cuando ninguna de los progenitores así lo haya solicitado.

En este sentido es interesante la **Sentencia del Tribunal Supremo de 28/09/2009** que señalo que “en este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés”, puesto parece dar ha entender que el Juez, en beneficio del interés del menor, puede conceder de oficio la guarda y custodia (obviamente teniendo en cuenta el caso concreto y siempre que los progenitores no estén de acuerdo en que se atribuya a uno y el otro solo quiera un régimen de visitas pues sería contraproducente) pero en la práctica los tribunales nunca acuerdan la custodia compartida si no ha sido solicitada por alguno de los progenitores⁵¹ *(al contrario de lo que ocurría antes de la reforma del año 2005*

⁵⁰ CONESA PÉREZ, CARMEN, “Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil. Algunas referencias jurisprudenciales y legales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 8/2011, p.3

⁵¹ En este sentido por ejemplo la **Sentencia de la AP de Valencia de 22/2/2006** y la **Sentencia de la AP**

donde si había tribunales que, a pesar de que la custodia compartida no estaba regulada, daban la custodia a ambos progenitores en beneficio del interés del menor de oficio).

Y así lo ha manifestado el **TS en su Sentencia de 29/04/2013** al señalar que “el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.

Con lo cual para acordar la guarda y custodia compartida es necesario la solicitud de uno de los progenitores, no siendo posible que el el Juez – de oficio- decida adoptarla.

Es importante también tener en cuenta como afecta al otorgamiento de la custodia compartida por parte de los Tribunales cuando la relación entre estos es conflictiva, tanto que han tenido que acudir a los Tribunales para determinar como van a regular las relaciones con sus hijos, no siendo capaces de llegar a un mutuo acuerdo.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006 de 7 de marzo sobre “la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores” afirmaba que *para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los padres que les permita postergar su desencuentro personal en beneficio del hijo común.*

En este sentido lo cierto es que los Tribunales han optado, hasta hace algún tiempo, por no otorgar la custodia compartida simplemente cuando la relación era conflictiva pero el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en este aspecto.

de Oviedo de 9/1/2007 al señalar que “a instancia de uno de los progenitores...requisito que no ha ocurrido en el presente caso por lo que no procedía acordar ese pronunciamiento”.

A este respecto la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2013** indicó que “las relaciones entre los cónyuges, por si solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

En el mismo sentido la **Sentencia del TS de 30/10/2014** se señala que “esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Recientemente el TS ha dictado la **Sentencia del TS del 16/2/2015** donde critica que la Sentencia de la AP de Sevilla está basada solamente en la conflictividad de los padres y no tiene en cuenta el interés del menor, máxime cuando una conflictividad “razonable” no puede ser causa única para denegar la custodia compartida y señala que “ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales” y que “dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo”.

Y en la misma línea se ha pronunciado el TS en su **Sentencia del TS de 9/9/2015**.

Y en relación a los progenitores es necesario tener en cuenta otro punto que ha tenido en discrepancia a las resoluciones de muchos Tribunales, en el sentido de que una vez acordado un régimen –normalmente exclusivo- no veían oportuno cambiarlo cuando ya había transcurrido un tiempo y el menor se había adaptado a la nueva situación, sin embargo el TS en su **Sentencia del TS de 26/06/2015** ha determinado que “la sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. En primer lugar el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual. En segundo lugar, lo que se

pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

d) Informe del Ministerio Fiscal. Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del CC

Actualmente para que el Juez pueda acordar la custodia compartida es necesario que el MF emita un informe, pero sin ser vinculante. La redacción original dada por la Ley 15/2005 determina que era necesario un "informe favorable" del MF que limitaba totalmente la actividad del Juez, en el sentido de que si no se realizaba ningún informe o este resultaba desfavorable no se podía otorgar, por parte del Juez, la custodia compartida aunque el mismo considerase que era más beneficiosa para el interés del menor. Solamente en caso de que el informe fuera favorable el Juez podría entrar a valorar si considera o no mejor opción la custodia compartida, y en su virtud, toma la decisión.

Por ello se interpuso **una cuestión de inconstitucionalidad por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/2012 del 17 de Octubre** donde declara "inconstitucional y nulo el inciso favorable contenido en el art. 92.8 del CC según la redacción dada por la Ley 15/2005" Y es que el TC entiende que el citado precepto vulnerable los artículos 117.3 y 24 de la CE, ya que *suponía limitar –e incluso privar- la potestad jurisdiccional de la los Jueces*, y es que tras la emisión de un informe desfavorable por el MF los Jueces no podían conceder una custodia compartida a pesar de que considerasen que era la medida más beneficiosa⁵².

Así mismo la Sentencia señala que "supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para

⁵² LÓPEZ BAUTISTA, JULIA, "Insconstitucionalidad de la necesidad de informe "favorable" del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida". *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 854/2012, p.1-2.

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”⁵³.

También es interesante señalar que el artículo 92 establece en su apartado 9 la posibilidad de que el Juez, antes de adoptar alguna decisión, puede “recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia”.

*Dichos dictámenes son a menudo elaborados por los Equipo Psicosociales que se encuentran en los Juzgados y es cierto que, aunque no vinculan, los dictámenes emitidos son de vital importancia para el conocimiento de la realidad familiar en que se inserta el asunto sometido a decisión del Juez, lo cual le puede ayudar a tomar la decisión que sea más beneficio para el menor*⁵⁴.

e) Interés del menor

El último de los requisitos que recoge el apartado 8 es que la adopción de la custodia compartida de estar “fundamentada en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Cualquier decisión que se tome en relación a la guarda y custodia de los hijos ha de venir presidida por el principio favor filii, de forma que han de adoptarse las medidas que satisfagan mejor sus intereses⁵⁵.

El interés superior del menor debe ser entendido desde una triple dimensión definida por la Observación General nº 14 sobre el Derecho del niño (distribuida en el 2013 por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU) como: derecho sustantivo del menor, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento.

⁵³ Además hay que tener en cuenta que, aunque todas las sentencias son revisables, en este caso no ocurriría igual con el informe del MF, de tal forma que ni la Audiencia Provincial ni el TS, en su caso, ante un informe desfavorable del MF a la custodia compartida, podían entrar a valorar si era o no el sistema más beneficioso y por tanto no había la posibilidad de revocar el pronunciamiento, cediendo por tanto su potestad jurisdiccional a favor del MF.

⁵⁴ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*. Editorial La Ley, Madrid, 2008 (p.175)

⁵⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, “La guarda y custodia compartida”. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 4/2014, p.2-3.

El TS determinó en su **Sentencia de TS 10/1/2012** que “el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.

En este sentido también la **Sentencia del TS de 27/04/2012** que señala que la razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".

La **Sentencia del TS de 22/07/2011** determino que “en cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

Lo cierto es que para permitir con más facilidad que los jueces concedan la custodia compartida se ha decidido por el **Informe del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia** que la interpretación del término “solo” no será tan restrictiva al considerar en su medida séptima que “*el establecimiento de un régimen de custodia conjunta a solicitud de uno sólo de los progenitores, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 del CC, no exige fundamentar que sólo con esta modalidad de custodia se protege adecuadamente el interés del menor, bastando razonar que es la opción de custodia considerada más beneficiosa para el menor en el caso concreto*”.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS MÁS COMUNES.

Cuando nos encontramos ante una custodia compartida los abogados no solo se encuentran ya con el problema que tiene la redacción dada por la Ley 15/2005 al

sistema –que ha tenido que ser matizada casi en su totalidad por los tribunales- sino que nos encontramos con que, a diferencia de las normativas de las Comunidades Autónomas, no tiene ninguna regulación de los detalles que implica una custodia compartida en la práctica.

a) Vivienda Familiar

En el caso de la vivienda familiar el artículo 96 del CC no sufrió ninguna modificación tras la aprobación del sistema de custodia compartida, con lo cual nos encontramos con un artículo pensado para la custodia unilateral.

¿Qué ocurre con la vivienda si se atribuye una custodia compartida? En el caso de la custodia única los Tribunales, salvo caso excepcionales, solo atribuir la a los menores y por ende al progenitor custodio, sin embargo, con la custodia compartida nos encontramos con que ambos progenitores son custodios en determinados tiempos. Son tres las opciones con las que nos encontramos⁵⁶:

- que sean los hijos los que permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos, es decir, se atribuye la vivienda a los menores y al progenitor que en cada momento los tenga en su custodia directa en el periodo de convivencia la casa familiar.

- que sean los hijos los que cambian de domicilio en cuyo caso respecto de la vivienda parece lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesita de protección, valorando factores como la disponibilidad de otra vivienda, apoyos familiar... aunque en estos casos sería conveniente establecer un límite temporal.

- que el Juez no asigne la vivienda a ninguno de los progenitores teniendo con ello que proceder a la división de la cosa común, a fin de obtener cada uno los medios económicos precisos para afrontar independientemente las necesidades cotidianas.

El TS se ha pronunciado al respecto en la **Sentencia del TS de 24/10/2014** para señalar que el artículo 96 establece como criterio prioritario que, a falta de un acuerdo, se atribuya el uso de la vivienda a los hijos y por tanto al progenitor en cuya compañía se queda. Sin embargo en la custodia compartida ambos progenitores van a estar en compañía de los menores durante un tiempo determinado por lo que el criterio no sirve.

⁵⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA, “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 22/2009, p.28-29.

Por ello la Sentencia determina que “la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver <lo procedente>”.

En base a ello el Juez debe valorar *las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección*, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres, y *en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero*.

Una vez que el Juez, valorando las circunstancias, haya decidido acerca de la atribución del uso de la vivienda la Sentencia da un paso más y determina la necesidad que en ambos casos *se pueda imponer una limitación temporal en la atribución del uso*. La finalidad de dicha limitación no es otra que impedir que uno de los cónyuges se asiente en la vivienda de manera indefinida.

b) Pensión de alimentos

Otro de los temas discrepantes en la jurisprudencia son las pensiones de alimentos, y es que cuando se da una custodia unilateral es lógico que el progenitor no custodio tenga que abonar una cantidad para los alimentos del menor, pero *¿qué ocurre cuándo ambos progenitores son custodios y van a estar con el menor en tiempos repartidos? ¿Se sigue manteniendo la pensión de alimentos?*

La regla que se está aplicando actualmente en los Tribunales –ya que la normativa no regula nada al respecto- es que *la custodia compartida no tiene porque eximir de la obligación de prestar alimentos* puesto que el artículo 146 del CC para determinar la pensión de alimentos se fija, no sólo en las necesidades del alimentista y la capacidad económica del obligado al pago, sino también en atención a la capacidad económica de ambos progenitor en base al artículo 145 del CC. Las opciones que suelen establecerse, bien de común acuerdo o por los Tribunales, son:

- **Sistema de reparto proporcional**, que supone el establecimiento de un fondo común o cuenta bancaria en la que ambos progenitores abonen una cantidad de dinero proporcional pactada mensualmente en la que se cargan gastos habituales del hijo como

centro educativo, actividades..., pagándose el resto de gastos que genere el menor por el progenitor con el que se encuentre en cada momento.

A este respecto en la **Sentencia de la AP de Barcelona de 19/07/2013 (nº 574/2013)** se determina en el FJ 2 que “teniendo en cuenta los datos económicos se considera adecuado que para los gastos ordinarios cada litigante deberá abonar la cantidad de 200 euros que se ingresara en una cuenta común...”

- Se puede fijar que cada progenitor pague los gastos del hijo en los periodos en los que este bajo su custodia fijándose también una obligación de contribuir a los gastos extraordinarios en la proporción que se pacte. Se conoce como “**sistema de mantenimiento directo**”, y fue el que más se utilizó tras la entrada en vigor de la ley 15/2005, siendo necesario para su establecimiento que los recursos económicos y los tiempos de convivencia de los progenitores fuesen equiparados⁵⁷.

En este sentido podemos ver la **Sentencia de la AP de Valencia de 22/07/2005 (nº 485/2005)** que señaló en su FJ 2 que “cada progenitor se hará cargo de la manutención de los menores en los periodos en los que estén consigo”.

La **Sentencia de la AP de Barcelona de 20/02/2007 (nº 102/2007)** en su FJ 4 determinó que “cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezca con él y en cuanto a los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad por ambos”

- Fijación de una **pensión de alimentos** por parte de uno de los progenitores pero siendo necesario para ello que tenga una mejor situación económica y por lo tanto haya descompensación entre ambos⁵⁸.

Dentro de esta opción podemos mencionar la **Sentencia de la AP de Oviedo de 17/04/2009 (nº 151/2009)** que determinó en su FJ 3 que “ponderadas todas las circunstancias...así como la diferencia de ingresos de que gozan ambos cónyuges, se considera procedente mantener la obligación del apelante de contribuir a la alimentación de la niña los meses en que esta convive con la madre”.

En los mismos términos la **Sentencia de la AP de Baleares de 16/04/2012 (nº 151/2012)** que determina en su FJ 2 que “dado el desequilibrio es necesario el

⁵⁷ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid 2008, p.530-531

⁵⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p.532

establecimiento de una pensión de alimentos con cargo al padre para el periodo de ejercicio de la guarda y custodia ir la madre...”

Con lo cual podemos apreciar que no hay actualmente en la jurisprudencia un criterio unánime sobre el reparto de los gastos de los menores, teniendo que valorar cada Tribunal el caso concreto para determinar lo que mejor se adapte a las circunstancias.

c) Distancia domicilio

Otro de los problemas que se plantea en la custodia compartida es la *distancia entre los domicilios de los progenitores*.

Nuevamente nos encontramos con un tema que sigue en gran discrepancia entre las sentencias de las AP y que muchas Asociaciones de Padres han aprovechada para usar en contra de la custodia compartida al considerar que una distancia entre los domicilios sería perjudicial para la estabilidad de los menores. Evidentemente una gran distancia por ejemplo vivienda en distintos países o en CCAA muy lejanas hace difícil, aunque no imposible, la custodia compartida. *Si embargo no toda distancia entre los domicilios, por ejemplo si no viven la en la misma ciudad, supone que se vaya a denegar la custodia.*

En este sentido la **Sentencia de la AP Baleares de 18/03/2014** que determina que “la indiscutida cercanía entre los domicilios de los padres evita o, al menor, disminuye, el riesgo que se ha visto denominado “niños maleta”. Así mismo la **Sentencia de la AP de Valencia de 11/12/2013 (nº 8823/2013)** determina que “los inconvenientes prácticos derivados de la distancia entre los domicilios resultan compensados con la ventaja de que la hija este con ambos progenitores”.

En contra podemos encontrarnos con la **Sentencia de la AP de Huelva de 27/10/2013 (nº 196/2013)** donde considera que la distancia existente entre Madrid y Huelva es demasiado extensa para poder llevar a cabo un sistema de custodia compartida.

d) Relación entre los progenitores y con el menor

Uno de los aspectos que en la práctica crea dudas a los Tribunales para conceder la guarda y custodia compartida es *la relación existente entre los progenitores, así*

como la relación de éstos con los hijos –teniendo en cuenta incluso cual era el nivel de implicación de ambos antes de la separación-.

Respecto de la relación de lo progenitores ya se ha mencionado anteriormente en el presente trabajo (apartado 3.4C) que el propio TS entiende que una conflictividad entre ambos no tiene porque suponer directamente la negación del régimen de custodia compartida, teniendo que valorar el resto de circunstancias así como el caso concreto ante el que nos encontramos. En este sentido nos encontramos con la **Sentencia del TS de 12/12/2013 (nº761/2013)** y con la **Sentencia del TS de 29/11/2013 (nº 757/2013)** que establecen la custodia compartida al entender que “entre los progenitores existe un vínculo afectivo normalizada” y que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación " no tienen buenas relaciones", no ampara por si misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores”.

Y en contra la **Sentencia del TS de 9/03/2012 (nº 154/2012)** que deniega la custodia compartida puesto que la comunicación entre los cónyuges se produce únicamente por “SMS”.

En lo que respecta a la relación de los progenitores con los hijos los Tribunales suelen tener en cuenta cual era la práctica anterior al fin de la relación, en el sentido de si ambos se ocupaban de los menores o alguno de ellos había delegado la responsabilidad en el otro. Lo cierto es que los Tribunales no toman como un factor único estos hechos, *pero si suelen ser bastante más favorable cuando ambos progenitores han estado manteniendo una equidad en el cuidado de los menores.*

En este sentido la **Sentencia de la AP de Barcelona de 1/10/2013 (nº675/2013)** considera que el hecho de que la madre se haya ocupado del menor antes de la ruptura de forma prioritaria es un factor a tener en consideración, pero no es determinante para establecer o no el ejercicio conjunto de la custodia. Sin embargo la **Sentencia de la AP de Tarragona de 14/06/2013 (nº 225/2013)** desaconseja la custodia compartida porque el menor tiene una mayor vinculación con uno de los progenitores que era quien se

encargaba de las funciones parentales.

e) Disponibilidad de los progenitores

También crea conflictos a la hora de otorgar o no la custodia compartida en la práctica la *disponibilidad de los progenitores*, es decir, el tiempo que tienen para dedicarles la atención y los cuidados necesarios, por lo que es muy importante el aspecto laboral de ambos progenitores y como se encuentra distribuido. Es cierto que en algunos momentos se puede completar por otros familiares como los abuelos, por ejemplo, para la recogida en los colegios, pero la custodia compartida implica una asunción de responsabilidad por los progenitores, por lo que los Tribunales suelen valorar la disponibilidad de ambos progenitores (en el sentido de horarios labores, actividades...)

En este sentido la **Sentencia de la AP de Murcia de 23/11/2013 (nº422/2012)** que otorga la custodia compartida al señalar que “ambos presentan un desempeño laboral compatible con la guardia y custodia”, incluso aunque el de la progenitores es algo superior, pero entiende que no es una limitación de disponibilidad que pueda afectar al desarrollo de la custodia, sin embargo en contra nos encontramos con la **Sentencia de la AP de Murcia de 2/10/2014 (nº569/2014)** deniega el establecimiento de una custodia compartida al considerar que “el progenitor y apelante tiene una jornada laboral más prolongada y rígida, lo que dificulta el cuidado y atención de los hijos”.

f) Audiencia del menor

También en la práctica hay que tener en cuenta que es cierto que en los procesos de familia se suele dar *audiencia al menor* para que exprese sus opiniones o preferencias acerca del sistema de custodia que desea, y aunque en muchas ocasiones el Juez tiene en cuenta sus preferencias, no supone una vinculación ni se da en todos los casos el modelo que quiere el menor, pues en ocasiones podemos encontrarnos con una voluntad del menor que se encuentre viciada o influida por factores externos. En este sentido la **Sentencia de la AP de Madrid de 21/10/2013 (nº799/2013)** desestima la aplicación de la custodia compartida teniendo en cuenta, entre otros motivos, la manifestación del menor (13 años) de que desea seguir el régimen de custodia establecido hasta ese momento con la madre y ampliar el régimen de visitas con el padre. En la **Sentencia de la AP de Valladolid de 14/11/2014 (nº210/201)** se

determina la improcedencia de la custodia compartida al manifestar la menor el deseo de convivir con la madre. Así mismo en la **Sentencia de la AP de Ourense de 19/07/2012 (nº 319/2012)** la Sala entiende que debe tenerse en cuenta la opinión de la menor que ha manifestado si desea de pasar el mismo tiempo con su padre que con su madre. Sin embargo en la **Sentencia de la AP de Madrid de 5/07/2013 (nº 563/2013)** la Sala considere que, a pesar de la inclinación de la menor a convivir con la progenitora, era más adecuado para su desarrollo establecer una custodia compartida.

En el mismo sentido los Tribunales vienen interpretando los **informes de los expertos** –equipo psicosocial- y del **MF** entendiendo que, aunque su opinión ha de tenerse muy en cuenta al ser profesionales, *no supone una vinculación para los mismos lo establecido en sus respectivos informes*⁵⁹.

En la **Sentencia de la AP de Salamanca de 24/05/2007 (nº201/2007)** la Sala atribuye la guarda unilateral valorando el contenido del informe que no contemplaba la idoneidad de la custodia compartida. En el mismo sentido la **Sentencia de la AP de Málaga de 10/07/2014 (nº519/2014)** que establece la necesidad de continuar con el sistema de guarda compartida tal y como se muestra favorable el informe psicológico.

Sin embargo en otras ocasiones los Tribunales no han seguido la orientación de los informes como por ejemplo en la propia **Sentencia del TS de 9/09/2015 (nº 465/2015)** que establece la custodia compartida a pesar de que el informe psicosocial no era favorable y determina que “por tanto, las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnico”.

g) Síndrome de alienación parental

Finalmente conviene hacer una pequeña mención al conocido como *síndrome de alienación parental* que se identifica en aquellos casos en los que el menor es influido de tal forma por el progenitor conviviente que manifiesta no querer ver al otro, y que se puede producir sobre todo si no se atiende al interés superior del menor y se adopta una

⁵⁹ En este sentido la **Sentencia del TS de 7/04/2011 (nº252/2011)** que señala que “la reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor”

custodia compartida, puesto que con ella es mucho más complicado que se produzca.

En este aspecto es importante la **Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 el 14/06/2007 conocida como Sentencia Manresa** que determina que “no corresponde a esta Juzgadora entrar ni adelantarse a los reconocimientos de las más altas autoridades medicas, ni tampoco- por no ser su oficio- entrar en la discusión entre doctores en la pugna por la existencia de ese descrito síndrome, del que a raíz de documentarse sobre el mismo es cierto que ha hallado algunos detractores, sin embargo sí quiere poner de manifiesto que existe una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000 en el que se condena en el caso Esmola contra Alemania (demanda 25735/94) al Estado alemán a pagar a uno de sus ciudadanos que no vio a su hija durante casi diez años una indemnización. En las demandas sucesivas el demandante alegó la existencia del Síndrome de alienación parental”

5. CONCLUSIONES

I . Cuando se produce la ruptura entre los progenitores, uno de los elementos fundamentales a determinar es la guarda y custodia de los hijos. *Que los progenitores decidan poner fin a su vida en común no debería suponer, en ningún caso, que los hijos tengan que sufrir las consecuencias de ello y por lo tanto perder la relación que hasta ese momento tenía con ambos progenitores.*

Por ello es necesario determinar el régimen que se va a establecer. No podemos dar una definición concreta, pero podemos determinar que la guarda y custodia se encuentra incluida en la patria potestad y supone el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor.

Durante muchos años nuestro sistema optó por darle preferencia a la guarda exclusiva, es decir, sería un progenitor quien tendría la custodia del menor y el otro un régimen de comunicaciones y vivistas, siendo además en la mayoría de los casos una guarda exclusiva materna. En el aspecto relativo a conceder la guarda y custodia hasta la entrada de la CE la normativa estaba vinculada a la culpabilidad del cónyuges, sin embargo, cuando entró en vigor la CE el sistema empezó a darle preferencia al acuerdo entre los progenitores, y en caso de que no hubiera este acuerdo, el Juez valoraría cada caso atendiendo al principio principal del Derecho de Familia: el interés

superior del menor.

En esos momentos pocas veces se concedía la guarda y custodia compartida, ya que no se encontraba regulada en la normativa, y por tanto tenían que ser los Tribunales –de oficio- quienes la adoptasen, lo cual ocurría en pocos casos aunque si es cierto que a veces se concedía por ser más beneficio para el menor.

No sería hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2005 cuando el legislador incluyó en el CC la opción de establecer la custodia compartida, mediante la modificación del artículo 92.

II. En la exposición de motivos de la Ley se determina que “procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”, y es que la normativa introduce por primera vez los principios de corresponsabilidad parental y coparentabilidad. Ambos principios están destinados a conseguir el cumplimiento del principio de igualdad que se veía disminuido cuando automáticamente la custodia se deba a uno de los progenitores.

El principio de corresponsabilidad parental supone concretar el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos, y el principio de coparentabilidad supone el derecho del menor a mantener la relación y vínculos afectivos con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Como se puede apreciar ambos principios no tienen otro objetivo que mantener la relación que los progenitores han estado teniendo con los menores hasta el momento de la ruptura, entendiéndose con ello que la ruptura no supone el fin de la relación de los menores con los progenitores, ni las obligaciones ni derechos que éstos tienen con los hijos.

Asimismo el interés superior de los menores es otro de los principios fundamentales aunque es cierto que, en la práctica, no podemos darle una definición porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero que es analizado por los Tribunales a la hora de determinar el régimen de custodia que se establecerá en cada caso.

III. El citado artículo 92 determina el sistema de guarda y custodia compartida, dando preferencia al mutuo acuerdo, es decir, a que sean los propios progenitores quienes analicen cual es el mejor sistema para el menor. En caso de que opten por el sistema de guarda compartida lo establecerán en el convenio regulador que tendrá que ser aprobado por el Juez, pues es quien debe analizar si el sistema es beneficioso para el menor, es

decir, si se cumple con el principio del interés superior del menor.

Pero en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo entre los progenitores el apartado 8 del artículo establece la opción de que sea uno de los progenitores quien solicite a los Tribunales el establecimiento de la guarda y custodia compartida.

Y es en el momento de analizar el apartado cuando nos damos cuenta de que *la redacción dada por el legislador en la práctica lo único que permite es el establecimiento de la guarda y custodia compartida cuando no hay acuerdo pero sin establecer cuáles serán las circunstancias y requisitos que se tendrán que valorar para ello, es decir, el legislador optó por hacer una reforma que en práctica es imprecisa, sin capacidad para afrontar los problemas prácticos y darle una solución a los mismos. No es de extrañar tampoco puesto que el legislador incluso decidió denominarla “custodia compartida” cuando en realidad es más bien un régimen alterno, pues los progenitores no comparten la convivencia con los menores, sino que van alternando dicha convivencia.*

Son los Tribunales quienes –como han hecho en la práctica- tienen que determinar todos los detalles de la custodia compartida cuando no hay consenso, es más, el TS ha tenido que ir explicando cada una de las palabras del artículo 92.8 pues el tenor literal del mismo supondría otorgarla solo en casos concretos, y el TS no está por la labor, sobre todo cuando estudiamos sus últimas sentencias en este tema, y podemos apreciar con claridad cómo se muestra claramente favorable al sistema de guarda y custodia compartida, viéndolo como una institución normal.

IV. El CC en su artículo 92.8 señala que “excepcionalmente...”, lo cual podría dar lugar a pensar que el legislador ha querido establecer que los Tribunales podrán establecer la custodia compartida solo en casos concretos, pero sin embargo el TS ha determinado en numerosas Sentencias 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...*” y que “la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Así mismo ha precisado que aunque es necesario la solicitud de uno de los progenitores, *no se puede acordar de oficio por el Tribunal, para su otorgamiento la conflictividad entre los progenitores no supone de por sí la negación automática del régimen compartido, pues si no supondría una denegación constante.*

También ha tenido que *precisar el TS cuáles son los criterios que los Tribunales deberán valorar y tener en cuenta a la hora de dar o no la custodia compartida*, y es que como he mencionado antes, el CC no da ningún detalle en este sentido. Y los criterios que en la práctica se están utilizando son: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada.

No deja de llamar la atención el grado de importancia que tienen los Tribunales en estos aspectos que hasta el propio TC ha tenido que declarar la inconstitucionalidad de un inciso del artículo 92.8 que determina la necesidad de informe “favorable” del MF, lo cual limitaba totalmente las facultades judiciales de los Tribunales, pues ante un informe favorable sí podían conceder o no la custodia compartida, pero ante un informe desfavorable o a falta de informe los Tribunales teniendo que denegar automáticamente la custodia compartida, sin poder entrar a valorar el fondo del asunto y sobre todo el interés superior del menor.

V. Dentro de los problemas prácticos que más nos encontramos en la tónica general de los Tribunales se han mencionado en el presente trabajo –por considerarlos relevantes– la vivienda familiar, el reparto de tiempo y los distintos modelos de custodia compartida, la edad de los menores, la pensión de alimentos, las relaciones entre los progenitores y con los hijos, el síndrome de alienación parental, el domicilio y la disponibilidad de los progenitores.

Con el análisis de los mismos *se ha apreciado que no hay una solución concreta para la mayoría de ellos, debido a que el legislador optó por no darle una cobertura concreta a los detalles que obviamente iban a surgir cuando los Tribunales se*

enfrentasen a una custodia compartida contenciosa, motivo por el cual tienen que ser ellos mismos quienes den una solución a cada caso. Y es precisamente con estas soluciones cuando surgen los problemas para los profesionales del Derecho pues *cada Tribunal, concretamente las AP en este tema, tiene una solución que puede ser totalmente opuesta para un caso similar y que cambia dependiendo del territorio en el que te encuentres.* Ni siquiera la doctrina que a lo largo de los años ha ido estableciendo el TS parece asentar una unanimidad al encontrarnos ante un asunto que el legislador ha dejado a valoración de los Tribunales teniendo en cuenta “el interés superior del menor”, que obviamente no es entendido del mismo modo por todos los Tribunales.

VI. Lo cierto es que en la sociedad española, hoy en día, tampoco existe unanimidad por el establecimiento de una custodia compartida como modelo preferente, y nos encontramos con numerosas asociaciones que son defensoras o detractoras del presente modelo. Precisamente la reforma se hizo por las peticiones de muchas de las asociaciones, pero cuando se aprobó no contentó a casi nadie por su ambigüedad. Las Asociaciones de Padres Separados consideran que “compartir la custodia es seguir siendo y ejerciendo de padre y madre, en la mismas condiciones que antes del divorcio” y consideran que es el mejor método por las siguientes *ventajas*:

- Supone una ruptura menos traumática para los menores, y se evita con ello sentimientos negativos como el miedo al abandono o la sensación de culpa.
- No se da prioridad a ninguno de los progenitores, ni se considera con ello a uno más idóneo. Por ello el menor no pierde su derecho de estar y tener la presencia de ambos progenitores, y éstos no pierden sus derechos ni deberes respecto de los hijos. De manera que no se produce una desvinculación de los menores con alguno de sus progenitores, y éstos no sienten la pérdida de los hijos.
- Reparto de las responsabilidades y del cuidado de los menores, permitiendo que éstos se relacionen con ambos progenitores de la misma forma que antes de la ruptura.
- Supone una mayor cooperación y comunicación entre los progenitores.
- Se produce una mejor distribución de los gastos de los menores.

Sin embargo, en contraste, nos encontramos con Asociaciones Feministas que consideran que la custodia compartida se utiliza para coaccionar a las mujeres (sobre todo cuando puede haber violencia de género), y conseguir con ello un

empobrecimiento y la pérdida de la vivienda, siendo para estas asociaciones muy importante el acuerdo de los progenitores y la opinión de los menores, apreciando como *desventajas* de la custodia compartida las siguientes:

- Menor estabilidad si la relación entre los progenitores no es buena, puesto que habrá situaciones en las que no estén de acuerdo que pueden llevar a enfrentamientos o discusiones que pueden afectar al desarrollo de los menores.
- Cambio de hábitos del menor, lo cual supone un “peregrinaje” del menor debido a la alternancia de convivencia.
- Dificultad de llevarse a cabo en caso de que los domicilios de los progenitores no se encuentren cerca, o por la falta de flexibilidad de la jornada laboral de los mismos.
- Diferentes modelos educativos de los progenitores que conllevan enfrentamientos.

VII. Teniendo en cuenta el análisis del presente trabajo y las conclusiones anteriores en mi opinión la custodia compartida es uno de los temas que más actualidad está generando en los últimos años (se puede apreciar en los Anexos como han aumentado en los últimos años las concesiones de guarda y custodia compartida) siendo en la práctica judicial uno de los temas que más conflictos crea.

Y ello es debido en primer lugar a la propia redacción que dio el legislador al artículo del CC que regula la custodia compartida. Aunque es cierto que dio preferencia al mutuo acuerdo entre los progenitores con consentimiento del Juez, cuando reguló la custodia compartida contenciosa solamente estableció la posibilidad de que se pudiera acordar por el Juez a solicitud de una de las partes pero no explica ni uno de los detalles esenciales como por ejemplo los criterios a tener en cuenta, o qué ocurría con el domicilio familiar o las pensiones de alimentos...Han tenido que ser los Tribunales quienes regulan estas consecuencias de la custodia compartida, encontrándonos con los problemas de que ante un caso similar cada Tribunal puede entenderlo de una forma diferente dependiendo del territorio en el que se encuentre.

Tampoco podemos no tener en cuenta que el TS ha tenido que precisar, mediante jurisprudencia, casi todo el apartado 8 del artículo 92 ya que la redacción del legislador no ha mostrado claridad sino todo lo contrario, pareciendo que el sistema de custodia compartida era algo excepcional, nada más lejos de la realidad como bien ha venido

precisando a lo largo de numerosas sentencias el propio TS y mostrándose a favor de que la custodia compartida sea un régimen normal, incluso prioritario, por ser más beneficioso para el interés del menor, si las circunstancias del caso concreto lo permiten.

A mi modo de ver, esto supone una incertidumbre jurídica ya no solo para los progenitores y los menores, que son los afectados con el proceso, sino también para los propios profesionales del Derecho que tienen que analizar lo que ha venido entendiendo la jurisprudencia de las AP en cada lugar, teniendo que alegar sus demandas y contestaciones en base, no solo al caso concreto, sino a la práctica judicial que se está llevando a cabo en ese Juzgado, puesto que la Ley no da detalles ni permite una mayor fundamentación, sobre todo cuando estamos ante un tema que muchas veces se va a resolver teniendo en cuenta las valoraciones de los Tribunales (junto con informe del MF y de expertos) y su punto de vista sobre cómo se protege más el interés superior del menor.

Ni siquiera que el TS se haya manifestado a favor de la custodia compartida y de la necesidad de que sea considerada como un régimen normal ha servido para que todos los Tribunales se muestren proclives a dar una custodia compartida cuando se dan los requisitos, teniendo los letrados incluso que luchar para que los Tribunales intenten valorar la adopción de la custodia compartida, puesto que en el momento que aprecian algún detalle que pueda dificultar su práctica, por ejemplo domicilio en poblaciones distintas o mala relación entre los progenitores, ya tienden a acudir automáticamente a un modelo de custodia unilateral.

Mi conclusión final es que actualmente el sistema necesita un cambio en la regulación de la custodia compartida, es decir, es necesario una reforma de la ley mucho más adaptada a la actualidad y que regule los detalles que surgen cuando se establece una custodia compartida. Una regulación que se adapte mucho más a las normativas que han llevado a cabo las Comunidades Autónomas, que aunque no son perfectas, si se encargan de explicar los detalles, estableciendo el sistema de guarda compartida como uno normal, llegando alguno de ellas incluso a darle preferencia sobre el unilateral por considerarlo más beneficio para el menor.

Y es que precisamente el principio del interés superior del menor, a mi modo de ver, ha sido usado por muchos progenitores e incluso para los Tribunales para denegar la

custodia compartida, cuando en mi opinión es uno de los sistemas que, en condiciones normales, más beneficia al menor pues le permite tener relación con ambos progenitores, sin que la ruptura matrimonial suponga la ruptura con los hijos.

Los hijos no deben pagar las consecuencias de la ruptura y por ello denegar la custodia compartida sin razones de peso no les beneficia, pero con la redacción actual de la Ley es muy fácil denegarla sin dar motivos reales, por lo que es necesario una reforma de la Ley que beneficie a todos.

6. BIBLIOGRAFIA

- CATALÁN FRÍAS, MARÍA JOSÉ “La custodia compartida” en: <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20José%20Catalán%20Fr%C3%ADas.pdf>
- CONESA PÉREZ, CARMEN “Excepcionalidad de la salomónica mediada sobre custodia compartida en el Código Civil. Algunas referencias jurisprudenciales y legales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* nº 8/2001, 2011.
- Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos mejores (1970-2005), consultado el 28/12/2015 en: <http://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evolución-histórica-de-los-criterios-para-atribución-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>
- FERNANDEZ MARTINEZ, JUAN MANUEL “La guarda y custodia compartida”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 4/2012, 2013.
- GONZÁLEZ VICENTE, PILAR “Guarda y custodia compartida en la nueva ley” *R.J Sepin Net, Persona y Familia*, 2005.
- “Informe Reencuentro sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial”, elaborado por la APFS y la FASE, 2001.
- “Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” de 19/09/2013.

- “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” de 24/07/2014.

- “Informe del Consejo Fiscal” de 13/09/2013.

- Instrucción 1/2006 de la Fiscalía sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores.

- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

- LÓPEZ BAUTISTA, JULIA “Inconstitucionalidad de la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 854/2012, 2012.

- MARÓN GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA (Profesora titular de la Universidad de Valencia) “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009, 2009.

- PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL *La custodia compartida*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

- RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, “La guarda y custodia de los hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre, 2001.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Volumen 30, núm.2, 2012.

- ROCHA ESPINDOLA, MARTÍN “Claves para entender las reformas del Derecho de familia español: Principios informadores”, Tesis doctoral por la Universidad de Valladolid, 2013.

- TAMAYO HAYA, SILVIA “Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, Pérez Vallejo, Ana María (Coordinadora) *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Atelier, Barcelona, 2009.

LEGISLACIÓN

- Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889)
- Constitución Española de 1978
- Convención de La Haya de 1980
- Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado por el Gobierno el 10 de abril de 2014.

JURISPRUDENCIA

Sentencia	Asunto
Sentencia del TS de 19/10/1983 (nº 1983/5553)	Guarda y custodia incluida dentro del concepto de patria potestad
Sentencia del TC de 15/01/2001 (nº4/2001)	Principio del interés superior del menor
Auto del TC de 1/02/2001 (nº 28/2001)	Principio del interés superior del menor
Sentencia del TS de 8/10/2009 (nº 623/2009)	Principio del interés superior del menor Criterios adopción custodia compartida
Sentencia del TS de 17/09/1996 (nº1996/6722)	Principio del interés superior del menor
Sentencia del TC de 6/06/2005 (nº 152/2005)	Principio de audiencia del menor
Sentencia del TS de 20/10/2014 (nº 413/2014)	Principio de audiencia del menor
Auto de TC de 18/12/1990 (nº 438/1990)	Principio de igualdad
Sentencia de la AP de Valencia de 22/04/1999 (nº379/1999)	Acuerda la custodia compartida antes de la Ley 15/2005
Sentencia de la AP de Valencia de 2/2/2000 (nº116/2000)	Acuerda la custodia compartida antes de la Ley 15/2005
Sentencia de la AP de Madrid de 22/07/2004	Acuerda la custodia compartida antes de la Ley 15/2005
Sentencia de la AP de Barcelona de 20/02/2007 (nº102/2007)	Custodia compartida
Sentencia de la AP de Navarra de 2/04/2013 (nº 50/2013)	Reparto de tiempo en la custodia compartida

Sentencia del TS de 29/04/2013 (nº 2246/2013)	Criterios adopción custodia compartida contenciosa
Sentencia del TS de 22/07/2011 (nº 579/2011)	Término “excepcionalmente”
Sentencia del TS de 19/07/2013 (nº 495/2013)	El TS cambia una guarda única por una custodia compartida
Sentencia del TS de 28/09/2009 (nº 614/2009)	Necesidad de solicitud de parte
Sentencia de la AP de Valencia de 22/2/2006	Necesidad de solicitud de parte
Sentencia de la AP de Oviedo de 9/1/2007	Necesidad de solicitud de parte
Sentencia del TS de 17/12/2013 (nº 762/2012)	Conflictividad progenitores
Sentencia del TS de 30/10/2014 (nº 619/2014)	Conflictividad progenitores
Sentencia del TS de 16/2/2015 (nº 52/2015)	Conflictividad progenitores
Sentencia del TS de 9/9/2015 (nº465/2015)	Conflictividad progenitores
Sentencia del TS de 26/06/2015 (nº 390/2015)	Posibilidad de cambiar el régimen inicial
Sentencia del TC de 17/10/2012 (nº 182/2012)	Inconstitucionalidad del término “favorable”
Sentencia del TS de 10/1/2012 (nº961/2011)	Interés superior del menor
Sentencia del TS de 27/04/2012 (nº 261/2012)	Interés superior del menor

Sentencia de la AP de Barcelona de 19/07/2013 (nº 574/2013)	Pensión de alimentos
Sentencia de la AP de Valencia de 22/07/2005 (nº 485/2005)	Pensión de alimentos
Sentencia de la AP de Barcelona de 20/02/2007 (nº 102/2007)	Pensión de alimentos
Sentencia de la AP de Oviedo de 17/04/2009 (nº 151/2009)	Pensión de alimentos
Sentencia de la AP de Baleares de 16/04/2012 (nº151/2012)	Pensión de alimentos
Sentencia de la AP de Baleares de 18/03/2014	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Valencia de 11/12/2013 (nº8823/2013)	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Huelva de 27/10/2013 (nº196/2013)	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Barcelona de 1/10/2013 (nº675/2013)	Relación progenitores e hijos
Sentencia de la AP de Tarragona de 14/06/2013 (nº225/2013)	Relación progenitores e hijos
Sentencia de la AP de Murcia de 23/11/2013 (nº422/2013)	Disponibilidad progenitores
Sentencia de la AP de Murcia de 2/10/2014 (nº569/2014)	Disponibilidad progenitores
Sentencia de la AP de Madrid de 21/10/2012 (nº 799/2013)	Audiencia del menor
Sentencia de la AP de Valladolid de 14/11/2014 (nº210/2014)	Audiencia del menor

Sentencia de la AP de Ourense de 19/07/2012 (nº319/2012)	Audiencia del menor
Sentencia de la AP de Madrid de 5/07/2013 (nº 563/2013)	Audiencia del menor
Sentencia de la AP de Málaga de 10/07/2014 (nº519/2015)	Informes de expertos
Sentencia de la AP de Salamanca de 24/05/2007 (nº201/2007)	Informes de expertos
Sentencia del TS de 9/9/2015 (nº 465/2015)	Informes de expertos
Sentencia del TS de 7/4/2011 (nº 252/2011)	Informes de expertos
Sentencia del Juzgado Primera Instancia nº 4 de Manresa de 14/6/2007	Síndrome de alienación parental
Sentencia del TS de 22/07/2011 (nº 579/2011)	Término “excepcionalmente”
Sentencia del TS de 24/10/2014 (nº 593/2014)	Vivienda familiar
Sentencia del TS de 7/07/2011	Interés del menor
Sentencia del TS de 10/03/2010 (nº94/2010)	Interés del menor
Sentencia del TS de 9/3/2012 (nº 154/2012)	Conflictividad
Sentencia del TS de 29/11/2013 (nº 753/2013)	Conflictividad
Sentencia del TS de 12/12/2013 (nº 761/2013)	Conflictividad

7. ANEXOS

ANEXO I. ANTEPROYECTO

No podía finalizar el presente trabajo sin hacer una pequeña mención a la intención que tuvo lugar hace un par de años de reforma del sistema de custodia compartida y que hoy en día parece que ha quedado en el olvido.

Se plasmó en un Anteproyecto conocido como “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”⁶⁰, que se aprobó por el Gobierno el 19 de julio de 2013 y que fue modificado por otra versión, tras las críticas sufridas, el 10 de abril de 2014 y que es conocido como **“Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”**.⁶¹

El Anteproyecto no tiene otra finalidad que adaptar el sistema de custodia compartida a la realidad social existente en este momento, sobre todo a través de las interpretaciones jurisprudenciales, y así lo manifiesta en su exposición de motivos al señalar que “la cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma, se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes...”

Las medidas que podemos encontrar en el Anteproyecto son las siguientes:

a) Tiene como objetivo la necesidad de concienciar a los progenitores sobre la necesidad y la importancia de pactar *un plan de ejercicio conjunto de patria potestad* como ejercicio de la corresponsabilidad parental. En el citado plan será preciso determinar aspectos tales como la educación, deberes de guarda y custodia, periodos de

⁶⁰ Vd en:

<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>

⁶¹ Vd en:

[http://web.icam.es/bucket/Texto%20del%20anteproyecto%20de%20corresponsabilidad%20parental_enviado_al_Consejo_de_Estado_\(21-04-2014\).PDF](http://web.icam.es/bucket/Texto%20del%20anteproyecto%20de%20corresponsabilidad%20parental_enviado_al_Consejo_de_Estado_(21-04-2014).PDF)

convivencia, lugar de residencia de los hijos, reglas de entrega y recogida, vivienda familiar, alimentos y gastos...(artículo 90.1)

b) Se quiere con ello *favorecer los pactos y el mutuo acuerdo*, es decir, la concreción de acuerdos, cuyo plan debe incorporarse al proceso judicial para ser aprobado. Se sigue estableciendo la posibilidad de *denegar los acuerdo si “son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*.

c) Posibilidad de acudir en cualquier momento a la mediación familiar tanto de mutuo acuerdo como a petición judicial, debiendo aprobarse judicialmente el acuerdo.

d) *Las medidas adoptadas se pueden modificar, limitar o suspender cuando lo aconsejen las nuevas necesidades o circunstancias o si se modificaren las inicialmente consideradas, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior de los hijos* (artículo 92 bis 8)

e) *La patria potestad será conjunta como regla general*. Además se añade en el artículo 92.3 que “el Juez, al establecer el plan de ejercicio de la patria potestad de los hijos, determinará la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos”.

f) Se introduce el artículo 92 bis con el objetivo de acabar con la preferencia monoparental. Se regula la custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que puede adoptar el Juez a solicitud de una de las partes (artículo 92 bis 1), por lo cual se *elimina el término de “excepcionalmente”*.

g) *Excepcionalmente se puede acordar por el Juez la custodia compartida, aunque ninguno de las partes lo solicite, por el interés superior del menor* (artículo 92 bis 1).

h) Informe del MF sin vinculación, es decir, se elimina el hecho de que el informe sea favorable de acuerdo a la Sentencia del TC (artículo 92 bis 3).

i) Se señala que a la hora de establecer la custodia el Juez tendrá en cuenta las alegaciones de las partes, el deseo de los hijos y los dictámenes del MF y expertos (artículo 92 bis 3)

j) *Establece la concurrencia de criterios que debe tener en cuenta el Juez a la hora de establecer el sistema como la edad, el arraigo, relación de los progenitores...* (artículo 92 bis 4)

k) En cuanto al régimen de visitas ya no se habla de guardador o custodio o de visitas sino de convivencia y régimen de estancias, relación o comunicación (artículo 92 bis 2)

l) Extensión de la relación a hermanos u otros parientes, no solo abuelos (artículo 92 bis 2)

m) Establece no otorgar la custodia compartida en algunos casos (cuando exista violencia domestica o de género y haya una sentencia firme o en los casos en los que haya indicios fundados y relaciones de la comisión de delitos tal y como dice el artículo 92 bis 5)

n) *El artículo 93 sobre la contribución a las cargas familiares y la pensión de alimentos* (alimentos, vestido, habitación, educación, asistencia médica, gastos extraordinarios) elimina la falsa idea de que la custodia compartida no supone pensión de alimentos. Además establece los criterios para determinar y las causas de extinción (contempla un listado de lo que son gastos necesarios y los extraordinarios y un modo de calcular los alimentos).

ñ) *El artículo 96 sobre la atribución de la vivienda habitual*. Determina que prima el acuerdo entre los progenitores, y en caso contrario, será el Juez quien decida lo conveniente en interés del menor, señalando además que deberá “determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en computo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquel con el que los hijos tengan mayor vinculación”

En caso de que la custodia sea compartida y no fuese atribuida el uso por periodos alternos se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Pero además establece una limitación temporal, es decir, si se atribuye el uso de la vivienda a uno de los progenitores se determina que tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos a los hijos, cuando la vivienda sea común o privativa del otro progenitor.

Y en todo caso determina que cuando la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia lo será por un máximo de dos años.

Con lo cual podemos apreciar que la idea del Anteproyecto ha sido desarrollar más los detalles que establece en la práctica un sistema de guarda y custodia compartida, adoptándose a la realidad social y a la línea que estaba tomando la jurisprudencia, mostrándose pro custodia compartida.

El Anteproyecto ha sido sometido a **análisis por el Consejo de Estado⁶², como del Consejo Judicial del Poder Judicial⁶³ y el Consejo Fiscal⁶⁴** que ha emitido informes, concretamente el “Dictamen del Consejo de Estado de 24/07/2014”, el “Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental de 19/09/2013” y el “Informe del Consejo Fiscal de 13/09/2013”.

Lo más destacable de estos informes es que presentan *discrepancias en la medida que plantea al Anteproyecto sobre la posibilidad de que el Juez adopte la custodia compartida* “sin que ninguno de los progenitores lo haya solicitado”.

El Consejo Fiscal ha entendido acertada la decisión de "no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del menor", mientras que el CGPJ opina que la regulación proyectada “no se acompasa a la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2013 que exige que al

⁶² Vd en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>

⁶³ Vd en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-corresponsabilidad-parental>

⁶⁴ Vd en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1

menos uno de los padres solicite la aplicación de la referida modalidad". Mientras que el Consejo de Estado entiende que "la atribución de la guarda y custodia compartida, cuando ninguno de los progenitores lo haya solicitado, sólo puede entenderse razonablemente justificada -a juicio del Consejo de Estado- cuando sea la única opción posible para proteger adecuadamente el interés superior de los hijos, de ahí que se comparta el carácter excepcional".

Así mismo llegan a la conclusión de que "*debería excluirse en el Anteproyecto la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores estén de acuerdo en atribuir la guarda y custodia en exclusiva a uno de ellos o cuando alguno de los progenitores muestre su negativa a asumir la guarda y custodia*".

El Consejo Fiscal así lo ha entendido en su informe considerando que ésta es la voluntad del Anteproyecto expresada en el inciso primero del párrafo segundo del proyectado artículo 92 bis.1 del CC, a cuyo tenor el Juez "podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos".

Por tanto, a sensu contrario, puede entenderse que el ejercicio compartido de la guarda y custodia no procedería cuando uno de los progenitores no solicite –quiera- el ejercicio de la guarda y custodia o llegue a un acuerdo con el otro para que cualquiera de los dos la desempeñe en exclusiva.

ANEXO II. DATOS Y ESTADISTICAS

AÑO	DIVORCIOS NULIDADES SEPARACIONES	CUSTODIA COMPARTIDA OTORGADA
2014	100.746	21,3% de los casos
2013	95.427	17,9 % de los casos
2012	110,764	14,6 % de los casos
2011	110.651	12,3% de los casos
2010	110.321	10,46 % de los casos

Datos obtenidos del **INE** (Instituto Nacional de Estadística) en las estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios.

Se puede apreciar como claramente la custodia compartida se encuentra en una tendencia al alza desde el año 2010, otorgándose con mayor claridad por los Tribunales el régimen compartido.

