



Grado en: Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2014/2015  
Convocatoria: de Junio

## “La Guarda y Custodia Compartida”

### “Shared Custody”

**Realizado por la alumna** Victoria Quintana Martín

**Tutorizado por el** Profesor Don Luis Javier Capote Pérez

**Departamento:** Derecho Civil

**Área de conocimiento:** Derecho de Familia

## ABSTRACT

The object of this work is to carry out a description of one of the distribution types of custody of children in cases of crises between the parents, either annulment, divorce or separation, that involve the breakdown of the coexistence. Specifically, the study will focus on shared custody between the parents of minors, we will see the historical - legal developments which led to the legal introduction of this custody, for the first time in the Spanish legal system with the Law 15 / 2005 that introduced a fifth section of the article 92 in the Civil Code, where this complex system is expressly mentioned.

In addition, we will do a comparative analysis of the different regulations that are inside the national legal system. Therefore, between the common civil law and regional civil law of the Autonomous Communities with jurisdiction over this type of issue. These are: Aragon, Catalonia, Navarra and Valencia.

On the other hand, we will deal with the question of the Draft bill of the Law on the co-parental responsibility exercise, as it is a necessary issue that tries to solve the cautious regulation of 2005, in order to satisfy a social reality.

Finally, we will study a second comparative analysis between the regional and the common law in two matters that, although we leave the personal area in which the work is centered –it is the care of the child - to deal with an economic issue, are transcendence. These two aspects are the attribution of the family home and allocation of ordinary and extraordinary expenses to meet the basic needs of the child.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El objeto de este trabajo es la realización de una descripción sobre uno de los regímenes de distribución de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis entre los progenitores, ya sea nulidad, divorcio o separación, que conlleve a la ruptura de la convivencia. En concreto, se centrará el estudio en la guarda y custodia compartida entre los progenitores de los menores, procediendo a observar la evolución histórica-jurídica que da lugar a la introducción legal de esta figura, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, con la Ley 15/2005 que introduce el apartado quinto del artículo 92 del Código Civil, en donde se hace mención

expresa a este régimen tan complejo.

Asimismo, se procede a un análisis comparativo sobre las diferentes regulaciones que se llevan a cabo en esta materia dentro del ámbito nacional, por tanto, entre la legislación civil común y la legislación civil foral de aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencia sobre este tipo de cuestión, que son: Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia.

Por otro lado, también se aborda la cuestión del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, en cuanto que consiste en una cuestión necesaria que intenta solventar la regulación tan precavida por parte del legislador español en el año 2005, y de esta forma, conseguir satisfacer una realidad social.

En último lugar, se realiza un segundo análisis comparativo entre las legislaciones forales y la común en dos aspectos que, aunque salen de la esfera personal en la que se centra el trabajo que es el cuidado del menor para atender a cuestiones patrimoniales, resultan ser de verdadera trascendencia. Estos dos aspectos son la atribución de la vivienda familiar y el reparto de los gastos comunes y extraordinarios para satisfacer las necesidades básicas del menor.

## **INTRODUCCIÓN:**

### 1.- La guarda y custodia:

1. a.- La patria potestad y la guarda y custodia
1. b.- El interés superior del menor y el derecho del menor a ser oído
1. c.- Tipos de custodia

### 2.- La custodia compartida:

2. a.- Antecedentes legislativos
2. b.- Concepto de custodia compartida
2. c.- Principios generales inspiradores
2. d.- Criterios legales y judiciales para la atribución de la custodia compartida
2. e.- Ventajas y desventajas de la custodia compartida
2. f.- Modelos de custodia compartida

### 3.- Regulación legislativa de la custodia compartida:

3. a.- Legislación derecho civil común
3. b.- Legislación derecho civil foral

### 4.- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio en materia de custodia compartida

### 5.- Otros aspectos de la custodia compartida

5. a.- Atribución de la vivienda familiar y el ajuar familiar
5. b.- Contribución de los gastos para el mantenimiento de las necesidades del menor

### 6.- Conclusión personal

## 1. La guarda y custodia:

### 1. a.- La patria potestad y la guarda y custodia

Constituye el objeto de este trabajo el estudio de la custodia compartida, institución jurídica regulada por el legislador a fin de responder a una creciente demanda social, que se posiciona en contra del carácter habitual de la custodia monoparental, en los supuestos de crisis matrimoniales. Por esta razón, es necesario llevar a cabo la correspondiente diferenciación entre la patria potestad y la guarda y custodia, en cuanto se reconoce una fuerte vinculación de estas dos figuras jurídicas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo número 7566/1985, de 24 de septiembre (EDJ 7566/1985) se dice que: *"a la patria potestad corresponde, entre otros deberes y facultades, en relación con sus hijos, los de velar por ellos, tenerlos en su compañía, expresiones que se refieren a los derechos de guarda y custodia"*, y posteriormente añade: *"la guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad"*.

Sin embargo, a pesar del efectivo desarrollo por parte de los progenitores que ejercen la custodia compartida de las funciones de carácter personal concebidas por el artículo 154 del Código Civil como derechos-deberes inherentes a quién ejerza la patria potestad, lo que da lugar a una evidente confusión de ambas figuras, no es menos cierto que es posible y necesario realizar una conceptualización de forma separada de las mismas, visualizándose tal diferencia en los supuestos de ausencia de convivencia de los progenitores. Tal y como considera parte de la doctrina, se trata de *"una distinción carente de relevancia mientras los progenitores vivan juntos, ya que, es ejercida de forma conjunta, y por lo tanto la guarda y custodia del menor corresponde a ambos"*. No obstante, cuando existe un cese de la convivencia entre los progenitores del menor, se determina como una diferenciación necesaria a tener en cuenta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Piconó Novales, T., *"La custodia compartida a debate"* Dykinson, Madrid, 2010, pág. 81, considera que en el momento en el que se produce una ruptura de la convivencia es cuando resultado relevante definir el contenido de ambas instituciones, que se han ido adaptando a la diversidad de situaciones y relaciones que se deriva de un proceso de crisis familiar. Por el contrario, cuando los progenitores viven juntos, la guarda queda su sumida en la potestad parental, de manera que, aunque puedan distinguirse ambas instituciones, difícilmente se identifica una diferencia de funciones entre los progenitores, en tanto que titulares de la potestad.

Con respecto al primer concepto, esto es, patria potestad o "autoridad familiar", se define, en su noción amplia, como un conjunto de derechos y deberes que se desenvuelven tanto en el ámbito personal como patrimonial, derivados de la relación filial entre los progenitores y el menor, es decir, un conjunto de potestades conferidas por ley que se ejercitan siempre sobre la persona y los bienes del menor no emancipado y en beneficio del mismo, por quienes son sus titulares, siendo éstos los progenitores del menor, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las cargas que les corresponden con respecto al desarrollo, sostenimiento y educación, así como al resto de las obligaciones que se originan en la vida diaria de los menores.<sup>2</sup>

Por el otro lado, la definición del término de guarda y custodia se caracteriza, en primer lugar, por la propia ausencia legislativa de la misma, lo que supone que se haya configurado tal concepto doctrinalmente, pudiendo apreciarse dos perspectivas diferenciadas: los autores que hacen referencia a esta figura en base a unas pautas bastante restrictivas, limitándose a los siguientes elementos como esenciales: contacto físico, directo y continuo, entienden la guarda y custodia como: "*el conjunto de funciones parentales que requieren un contacto constante entre el adulto y el niño*"<sup>3</sup>; mientras que, en segundo lugar, existe otra doctrina que viene a entender el concepto de guarda y custodia desde una perspectiva más amplia, que involucra la educación y formación integral de los hijos<sup>4</sup>. En consecuencia, parece más apropiado considerar que las funciones de la guarda y custodia compartida se encuentran previstas en el propio artículo 154 del Código Civil, en donde se hace referencia al término de patria potestad,

---

<sup>2</sup> Castillejo Manzanares, R., "*Guarda y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*". La Ley, Madrid, 2007, pág. 319, define la patria potestad como el conjunto de facultades, que concede el derecho, dirigidas a proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y a promover su desarrollo físico e intelectual durante el periodo de minoría de edad del hijo hasta que tiene lugar su emancipación bien por alcanzar la mayoría de edad o bien, por alguna de las otras causas previstas en el Código Civil.

<sup>3</sup> Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 58, considera que esta primera acepción de la guarda y custodia conllevan a definir esta figura jurídica desde una perspectiva restringida.

<sup>4</sup> Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 55, entiende que la guarda y custodia como una situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éstos.

por lo que se entiende que el progenitor custodio debe actuar conforme a tales deberes, los cuales corresponden de igual manera a quien ejerce la patria potestad, que son: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurar les una formación integral.

De tal manera que, salvo en los casos previstos del artículo 156 del Código Civil, la patria potestad, con carácter general, se ejercitará de forma conjunta por ambos progenitores, mientras que, en lo que respecta a la guarda y custodia, a partir del cese de la convivencia se constituye como presupuesto necesario determinar la forma en la que se llevará a cabo el cuidado del menor.

#### 1. b.- El principio del interés superior del menor y el derecho del menor a ser oído

Para resolver tal problemática, deben tenerse en consideración - como se explicará más adelante - un conjunto de criterios basados en las circunstancias en las que se desenvuelvan el conflicto familiar en concreto. Sin embargo, en todo caso, el agente juzgador debe ponderar cada uno de los diferentes criterios en base al denominado principio del interés superior del menor. Este principio se encuentra reconocido a nivel internacional, adquiriendo verdadera carta de naturaleza en la Convención Universal de los Derechos del Niño aprobada en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas, en cuanto el principio 7.2º establece que: *"el interés del niño es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación"*, ostentando tal responsabilidad primeramente los progenitores y demás responsables del desarrollo del menor, en el cumplimiento de los deberes adjudicados conforme a la posición en la que se encuentran; en segundo lugar, los magistrados competentes de resolver sobre las cuestiones en las que están involucrados menores y, finalmente, el legislador nacional a quien se atribuye el encargo de desarrollar actividades administrativas e instituciones públicas para el cuidado de menor. Además se configura este interés desde una triple dimensión, entendiéndose en primer lugar, como derecho sustantivo del menor, de necesaria observancia cuando se adopte una medida que le concierna; por otro lado, como un principio general de carácter interpretativo, de tal manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; y, en último lugar, como una norma de procedimiento. A partir de la aprobación de la citada

Convención en el año 1989, se comienza a recoger este principio en el resto de instrumentos jurídicos, como la Carta Europea del Niño de 21 de septiembre de 1992<sup>5</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político de 1966<sup>6</sup>, así como a nivel nacional, ya no sólo en la Constitución Española y a lo largo del articulado del Código Civil<sup>7</sup>, sino que también se recoge y desarrolla en otras leyes, tales como la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor<sup>8</sup>. Sin embargo, en ninguno de todos estos cuerpos legales en donde se hace referencia al mismo, existe una definición del concepto de interés superior del menor.

Por lo tanto, el interés superior del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado, lo que da lugar a un amplio margen a la hora de decidir qué es lo mejor para el niño, dejándose la concreción del principio, su desarrollo y delimitación a los jueces en base a las especialidades que se desenvuelven en cada situación familiar. Ante la ausencia de definición legal del principio, surge, como consecuencia inmediata, un afán por parte de la jurisprudencia de establecer el punto de partida que sirva de referencia, considerándose de forma unánime que el "*favor filii*" se trata de un principio primordial que, como tal, es preponderante sobre los demás intereses subjetivos. Así, el agente competente ante el que se suscita la controversia debe velar por proteger al menor y lo que mejor le convenga, frente a todo los demás intereses legítimos, incluso los relativos al de los progenitores.

En tal sentido, se pronuncian múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, como es la sentencia número 78873/2011, de 12 de mayo (ROJ: STS<sup>9</sup>78873/2011-ECLI:ES:TS:2011:78873) entendiéndose que "*se debe garantizar el derecho de los menores a tener relaciones con parientes y allegados,*

---

<sup>5</sup> Véase el artículo 8.4 de la Carta Europea del Niño de 21 de septiembre de 1992.

<sup>6</sup> Véase el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<sup>7</sup> El Código Civil consagra este principio: en materia de nacionalidad, artículo 20.2 letra a); crisis matrimonial, artículos 87 párrafo primero, 92 párrafos segundo y cuarto, y 103 número 1º; alimentos entre parientes, artículo 149; patria potestad artículos 154 párrafo segundo, 156 párrafo segundo, 159, 161 y 170; reconocimiento de filiación: artículos 125, 121 y 124; guarda y acogimiento, artículos 172.3, 173.3 y, 173 *bis* número 3º; adopción, artículos 176.1, 180.2 y 9.5 número 2º, tutela, artículos 216 párrafo segundo; 234 párrafo segundo, 235, 239, 245 y 246; guarda de hecho, artículo 304.

<sup>8</sup> Véase el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

<sup>9</sup> "Sentencia del Tribunal Supremo"

*independientemente de las diferencias entre dichas personas y de que existan entre ellos o no lazos biológicos", y también la sentencia número 48506/2012, de 9 de marzo (ROJ: STS 48506/2012-ECLI:ES:TS:2012:48506) que dice que: "la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor encuentra la razón de su fundamento en el interés de éste". Puede concluirse que el criterio jurisprudencial afirma el carácter predominante del principio según el cual: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del menor".*

Por el otro lado, también se configura el "*favor filii*" como un principio inspirador del ordenamiento jurídico comunitario, y marcado por esta idea, el legislador español entiende que los derechos de los menores no se circunscriben únicamente al ámbito privado y familiar, sino que exceden del mismo y se les reconoce una protección constitucional que debe ser asegurada también por los poderes públicos. En este sentido se pronuncian el artículo 39.2 de la Constitución española, así como sentencias tales como la sentencia del Tribunal Constitucional número 2500/1997, de 21 de abril (EDJ 2500/1997), que establece: "*Los derechos de los hijos exceden del ámbito privado y pasan a gozar de la consideración de públicos para los que la Constitución sanciona su protección integral por parte de los poderes públicos*".

Asimismo, se debe hacer mención a un concreto derecho reconocido a los menores tanto a nivel internacional como a nivel nacional, que se recoge en el ordenamiento jurídico español en la citada Ley Orgánica 1/1996 y en los preceptos 770.4º y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos matrimoniales y del menor, al cual debe ceñirse el Juez y que resulta ser el derecho del menor a ser oído. Así, en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 24, se hace mención a este derecho fundamental, argumentando la necesidad de valorar las propias opiniones de los menores en todos aquellos procesos contenciosos y voluntarios cuyo objeto de litigio conllevan determinadas decisiones que les conciernan, como consecuencia de las propias transformaciones que se experimentan en la sociedad, que conllevan a elevar el estatus social del menor; afirmando esta línea la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la destacada sentencia número

10328/2000, de 29 de mayo (EDJ 10328/2000) donde se reconoce a los menores de edad la titularidad de sus propios derechos fundamentales.

En concordancia con estas disposiciones, se encuentra el actual precepto 92.2 del Código Civil en donde se sustituye la anterior regulación que hacía referencia a la audiencia de los menores cuando *"tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años"*, para referirse de forma imperativa a la obligación del Juez para velar *"por el cumplimiento de su derecho -el del menor- a ser oído"*.<sup>10</sup> La eliminación de la referencia a los doce años conlleva a que el concepto jurídico indeterminado de "suficiente juicio" sea entendido por la jurisprudencia como *"el discernimiento para actuar las facultades volitivas: inteligencia y voluntad"*, con total independencia a la propia edad del menor, quien sólo requiere, por tanto, de poder tener una opinión propia y razonada en los aspectos que le conciernen. Así, se observa un mandato imperativo del deber de practicar la audiencia, que se desarrolla de forma directa y exclusiva por el juez, sin perjuicio de la presencia del Ministerio Fiscal, en base a lo estipulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez practicado este derecho fundamental cabe determinar si debe o no considerarse la opinión del menor, y de ser así, en qué medida. Partiendo de la premisa de la libertad discrecional del juzgador, se observa que sí existe una obligación del mismo a oír al menor, llegándose a considerar por el Tribunal Supremo y Constitucional la nulidad de las actuaciones en base a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. Pero lo cierto es que en ningún caso tendrá la opinión del menor carácter vinculante para el Juez ni tendrá éste una obligación de cumplir con la necesidad manifestada por el aquél. De esta manera, en primer lugar se estará a la propia entidad de la manifestación del menor, debiéndose diferenciar el mero capricho con la concreta voluntad otorgada, en base a un razonamiento conforme a unas causas que serán objeto de consideración, y determinada de esta forma la verdadera voluntad, la misma se constituye como un fundamento más de la propia decisión judicial, esto es, por tanto, un medio de prueba que ni es exclusivo ni excluyente del resto, requiriendo

---

<sup>10</sup> En la anterior regulación, el artículo 92.2 del Código Civil disponía que: *"Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírlos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años"*. En el actual Código Civil, el artículo 92.2 prescribe que: *"El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oído"*

que sea confrontada la expresión de la necesidad subjetiva del menor con el resto de las necesidades objetivas<sup>11</sup>.

#### 1. c.- Tipos de guarda y custodia

En la actualidad, es posible diferenciar varios tipos de custodia que no solamente se circunscriben a los padres, sino que también, en función de las circunstancias, pueden atribuirse a los abuelos, ya sea maternos o paternos, otros familiares, allegados o incluso entidades públicas, todo ello en base al reseñado principio del interés superior del menor. No obstante, en lo concerniente al objeto del tema, se procederá a examinar exclusivamente la custodia de los progenitores, con el fin de proceder a su comparación y posterior estudio de la custodia compartida.

Así, la guarda y custodia que se atribuye a los progenitores puede configurarse de dos formas distintas, bien monoparental o bien compartida. En cuanto a la primera, tal y como se desprende del nombre, se caracteriza por que tras la ruptura del vínculo matrimonial y, por consiguiente, de la unidad familiar, se decide que la guarda del menor sea ejercitada por un sólo progenitor con quien, hasta alcanzar la mayoría de edad, el hijo menor deberá convivir, teniendo en su caso el otro progenitor, sin perjuicio de mantener la titularidad de la patria potestad, solamente el derecho a un régimen de visitas.

Este tipo de custodia se ha venido configurando hasta nuestros días como la solución más propicia acogida por los jueces, quienes en base a un reparto tradicional de los papeles con respecto a la patria potestad, con carácter general suelen resolver entendiendo que lo adecuado es atribuir la guarda a la madre. De hecho, el Instituto Nacional de Estadística<sup>12</sup> ha venido recogiendo los siguientes datos; en el año 2007 la atribución de la custodia monoparental a favor de la madre alcanzó la cifra de 85,00 %, que fue superada en el siguiente año en un punto. En el año 2009 la cifra es de 84,00 % y en el año 2010, se resuelve a favor de una custodia exclusiva de la madre en el 83,2%

---

<sup>11</sup> Castillejo Manzanares, R., "*Guarda y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*". La Ley, Madrid, 2007, pág. 399 dice que el resultado de la audiencia del hijo no es vinculante para el juzgador en orden a la guarda y custodia. Sin embargo, no se puede desechar, puede y debe tenerse en cuenta el parecer y voluntad del menor, en cuanto voluntad razonada que responde a unas causas que deben ser valoradas y atendidas.

<sup>12</sup> De aquí en adelante INE

del cese de la convivencia. En el año 2011, la cifra de custodia monoparental a la madre fue de 81,7 %, cifra que disminuyó en el posterior año en donde se alcanzó la suma de 75,1%. En el año 2013 las custodias exclusivas a favor de la madre fueron atribuidas en un total de 76, 92 %.<sup>13</sup> El motivo de esta considerable diferencia radica en la idea fuertemente interiorizada en la sociedad española del tradicional reparto de las potestades familiares entre los cónyuges. Así pues, se instituía al padre bajo las potestades patrimoniales, por lo que era el competente de asegurar una estabilidad económica para ofrecer la protección necesaria a su familia, y a la madre se le otorgaba la potestad doméstica o de las llaves, encargada, por lo tanto, de todo lo concerniente al domicilio conyugal y entre ello, a la educación y cuidado de los hijos. Como consecuencia de esta distribución de papeles, de deberes y obligaciones conyugales, que perduró hasta la incorporación de la mujer al mundo laboral a partir del siglo XX, se observa todavía el mantenimiento de la línea judicial que tiende a considerar que el menor, tras un conflicto familiar, queda mejor custodiado por la madre que por el padre<sup>14</sup>. De hecho, son muchas las sentencias pronunciadas hoy en día que intentan romper con esta forma de pensar y que pretenden extender un pensamiento más igualitario entre padres y madres, entendiendo que la realidad social en la que se desenvuelven los conflictos de nulidad, divorcio y separación engloban ya no sólo el tradicional supuesto de un padre trabajador y una madre dedicada a las labores domésticas, sino también situaciones de dos padres trabajadores e incluso del padre consagrado al cuidado de sus hijos y de la madre encargada de la economía familiar. En este sentido, destaca la sentencia del Tribunal Supremo número 10042/2013, de 24 de julio (EDJ 10042/2013), que dice: *"(...) es preciso superar la creencia de que solamente la figura materna es indispensable en esta etapa del desarrollo de los niños, sino que ambos padres deben asumir un rol activo de cara a la consolidación de la estabilidad emocional del menor, su saludable desarrollo y su bienestar."*

---

<sup>13</sup> [www.ine.es/prensa/np867.pdf](http://www.ine.es/prensa/np867.pdf)

<sup>14</sup> Delgado del Río, G., *"La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente"*. Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 70, hace referencia a lo que denomina como la pervivencia del automatismo. Así, considera que, salvo supuestos muy excepcionales, no se suele debatir a fondo la idoneidad de uno u otro progenitor en orden a la guarda y cuidado de los hijos, ya que sigue viva la idea tradicional del reparto de las potestades familiares.

Frente a la custodia monoparental se sitúa la custodia compartida entre los progenitores, que será objeto de estudio en el siguiente epígrafe, desarrollando en primer lugar el propio concepto general, principios inspiradores y criterios legales y jurisprudenciales para su otorgamiento, para terminar con un análisis comparativo de las cuestiones entre la ley civil común y leyes forales con competencia en la regulación de esta materia:

## 2. Custodia compartida:

### 2. a.- Antecedentes jurídicos

La custodia compartida surge como figura jurídica tras una sucesión de transformaciones sociales que dieron lugar a la necesidad legislativa de satisfacer la constante demanda solicitada. Así, para entender la actual regulación prevista por el legislador español es preceptivo entender el trasfondo jurídico, histórico y social que se ha producido en relación con esta materia.

Retrotrayéndonos en el tiempo, se aprecia que España es uno de los países en donde a raíz de su propia tradición histórica se encuentra, de una forma fuertemente arraigada, el derecho canónico en su ordenamiento jurídico, sobre todo, en el ámbito del derecho familiar. Este hecho provocó que, hasta tiempos relativamente recientes, el matrimonio fuera concebido como la unidad familiar de dos personas que se comprometían a una unión indisoluble, en donde únicamente se daba cabida a la nulidad del vínculo matrimonial por unas determinadas causas previstas por el derecho canónico, como por ejemplo la no consumación del matrimonio o la impotencia *coeundi* o *generandi*, en cuanto que el objetivo principal por el cual se había prestado consentimiento marital consistía en la formación de una familia para procrear y aumentarla. Si bien es cierto que en la segunda república española se reguló la posibilidad de la ruptura de este vínculo por mutuo consenso o bien por petición de un sólo cónyuge con alegación de justa causa, no es menos cierto que con la dictadura del General Franco se anuló la Ley del Divorcio de 1932, con la característica de que se le atribuyó el efecto jurídico propio, esto es, unos efectos "*ex tunc*", lo que literalmente significa "desde siempre", por lo que no sólo se volvía a imponer el concepto matrimonial marcado por la religión cristiana-católica, sino que aquellas personas que

se habían divorciado en la franja temporal de 1932 y 1939, se consideraban que en ningún momento habían disuelto su unión marital con el otro cónyuge. Pero aún más, los efectos retroactivos de la Ley de 23 de septiembre de 1939 con la que se declara la nulidad de las sentencias de divorcio, llegaron hasta la última consecuencia, entendiendo que quienes se encontraban casados en segundas nupcias, debían volver a la convivencia con su anterior cónyuge, con quién realmente mantenía un vínculo matrimonial, tras la publicación de esta ley.

No se dicta una nueva ley de divorcio hasta 1981, con la finalización de la dictadura y tras la promulgación de la Constitución, que a lo largo de su articulado no hace mención alguna al divorcio que, por consiguiente, no se configura como un imperativo constitucional, debiendo ser el legislador ordinario el competente funcionalmente para su correspondiente regulación. Y así se hace con la Ley 30/1981, que modifica el Código Civil español, conocida como la "Ley del Divorcio", ya que, por segunda vez, se regula la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial. No obstante, se caracterizaba esta Ley por establecer un sistema causal, en donde era necesario la concurrencia de alguno de los cinco supuestos legalmente tasados en su artículo 86 para poder obtener la disolución de la unión matrimonial, que consistían cuatro de ellos en un previo cese de la convivencia, previendo distintos plazos en función de las circunstancias y el último en un incumplimiento continuo de los deberes conyugales, por lo que se observa que se contempla un tipo de divorcio-sanción cuyo fin es la búsqueda y calificación de quién es el cónyuge culpable y el cónyuge víctima. Transcurridos veinticuatro años desde la entrada en vigor de la misma, se promulga la Ley 15/2005 que trae como consecuencia la eliminación de todas las causas impuestas para lograr una sentencia de divorcio, entendiendo que el simple hecho de no querer seguir manteniendo una relación de afectividad, aunque se trate de una decisión unilateral, es motivo suficiente para romper la unión que se habían creado tras celebración del matrimonio. Se consagra, en definitiva el divorcio unilateral *ad nutum*.

La consecuencia de esta regulación es el inmediato aumento de las demandas de divorcio y, consecuentemente, de las sentencias judiciales que así lo decretaron, dando lugar por lo tanto a la ruptura definitiva de la unión familiar. Y ante esta situación surge la pregunta que se irá desarrollando a lo largo de todo este trabajo y que se considera

como uno de los aspectos más importantes y delicados de resolver: ¿qué ocurre con aquellas unidades familiares en donde los cónyuges deciden romper su unión matrimonial con la intención de continuar sus vidas por separado, pero en donde hay hijos menores en común? En concreto, se observa que la propia Ley 15/2005, que suprime el sistema causalista del divorcio, intenta de una forma bastante atenuada resolver a esta pregunta mediante la introducción en el ordenamiento jurídico español, por vez primera, de la atribución de la guarda y custodia de forma compartida entre los progenitores mediante la modificación del artículo 92, y la introducción de un apartado quinto en dicho precepto en donde se establece que: *"Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos (...)"*. Sin embargo, la introducción de esta nueva institución jurídica se ha llevado a cabo de forma muy silenciosa y precavida por parte del legislador, quien la observa con una concepción residual ya que, en una interpretación literal del precepto 92.8 del Código civil, se constituye como excepcional y subsidiaria del resto de medidas. Además, guarda el legislador un absoluto silencio en cuanto a lo que se debe entender por este régimen, sin que tampoco concrete cuáles sean los requisitos cuya concurrencia debe conllevar a considerar la guarda y custodia compartida como la mejor solución a adoptar en el caso concreto. De hecho, la mayor explicación en tal sentido se encuentra en la propia Exposición de Motivos de la Ley, que viene a establecer que *"el divorcio no debe constituirse como impedimento para mantener contacto y relación con todos los miembros de la familia que incluso debe constituirse este hecho como necesario para este trance de formación y desarrollo de la personalidad del menor"*. Ante este vacío legal, se hacen indispensables las matizaciones llevadas a cabo tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

## 2. b.- Concepto de custodia compartida

En cuanto a definición se refiere y en contraposición con la custodia exclusiva a favor de un sólo cónyuge, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 218805/2012, de 28 de septiembre (EDJ número 218805/2012) en donde los magistrados otorgan a la custodia compartida el siguiente concepto: *"modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras una crisis de relación en la pareja, donde ambos estarán capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y colaboración, con objeto de facilitar a los hijos comunes la forma más*

*frecuente y equitativa para atender a sus necesidades entre ambos de forma justa y proporcional*".<sup>15</sup> Por lo tanto, cuando existe una separación física entre dos cónyuges o entre dos personas que mantienen un relación análoga de afectividad, y entre ellos existan hijos comunes a su cargo, la cuestión más importante que se plantea es determinar cómo, a partir de ese momento, se ejercitará el cuidado de los menores, pudiendo ser una solución a este conflicto la colaboración entre los progenitores en el adecuado reparto de sus derechos y obligaciones para con sus hijos menores.

Por otro lado, y desde una perspectiva doctrinal se considera, sin embargo, que el uso del término "compartida" es erróneo en cuanto que realmente esta forma solamente puede llevarse a cabo antes de que los progenitores hubieran decidido cesar la cohabitación. Asimismo, también rechazan la locución "conjunta", por entender que ello significa que en el mismo momento la están ejerciendo ambos padres, hecho que parece más que imposible toda vez que los progenitores han decidido poner fin a su convivencia para empezar a vivir por separado, lo que impediría tomar decisiones tan comunes como a qué hora debe comer el menor. Por todo ello, consideran que la palabra más correcta que describe esta situación es "alternativa", ya que, representa realmente la situación consistente en la sucesión de periodos de tiempos donde el progenitor, que en un concreto lapso temporal sea el custodio, es el encargado de asegurar la guarda del menor, entendiendo por este tipo de régimen en su sentido más literal como la colaboración activa de ambos progenitores, quienes de forma periódica o rotativa se encargan del cuidado directo del menor, dando lugar a una distribución de las funciones y responsabilidades parentales que se asumen como consecuencia de ser titulares de la patria potestad, y siempre en beneficio del interés superior del menor<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup>Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 277, considera que la custodia compartida es un instituto que descansa principalmente sobre la participación parental en la convivencia con el hijo, pero sin restringirse sólo a la residencia.

<sup>16</sup> Romero Coloma, A. M., "*La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*" Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2011, pág. 46.

## 2. c.- Principios generales inspiradores

A partir de la definición, se observa que la custodia compartida o alternativa se fundamenta en la conjunción de tres directrices generales<sup>17</sup>: de un lado, partiendo del punto de vista de los hijos, es el derecho de los menores a mantener una relación continuada y equilibrada con ambos padres; y desde la perspectiva de los progenitores, hace referencia de una parte a la corresponsabilidad parental, que viene a definirse como el reparto equitativo de los derechos-deberes de crianza y educación con los hijos, en ejercicio de su autoridad familiar, y de otra, al principio de igualdad entre los progenitores, haciéndose uso del término "igualdad" en el sentido de equilibrio entre el hombre y la mujer para el desempeño de tales funciones, por ser ambos progenitores del menor, para evitar de esta manera que se potencie el papel de los deberes que nacen en la esfera personal por ser titulares del ejercicio de la patria potestad de un progenitor frente a los del otro.

La necesidad de tener presente hoy en día estos principios fundamentales es consecuencia de la propia historia reseñada en donde, a pesar de la atribución de la patria potestad a ambos progenitores en el artículo 154 del Código Civil, que estipulaba que *"están sometidos bajo la potestad del padre y de la madre"*, lo cierto es que tradicionalmente se reconocía con mayor fuerza la potestad doméstica de la madre frente a la del padre, y de ahí que el régimen de custodia compartida se configura en el año 2005, en cuanto ha de surgir en un sistema progresista que fomente la corresponsabilidad de ambos progenitores en el ejercicio de su autoridad familiar, es decir, se requiere como marco para su desarrollo una sociedad avanzada que abandone la idea de la potestad de educación ejercida por la madre y la potestad patrimonial por el padre, para empezar a defender la igualdad entre ambos en todos los sectores, esto es, de un lado, en la mayor participación de las mujeres en el ámbito laboral, pero también en el reconocimiento de una mayor implicación por parte de los hombres en la vida familiar, lo que trae como consecuencia un efectivo cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia exclusiva a favor de la madre, para empezar a favorecer la distribución igualitaria de los roles sociales entre el hombre y la mujer, al ser una

---

<sup>17</sup> Lathrop Gómez, F., *"Custodia compartida de los hijos"*, La ley, Madrid, 2008, pág. 347.

realidad la existencia cada vez más frecuente de distintos tipos de relaciones familiares y de organización entre las mismas que se ajustan mejor a una custodia compartida que a una custodia individual.<sup>18</sup>

En tal sentido se encuentra el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prescribe: *"Los estados 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"*.

#### 2. d.- Criterios de atribución de la custodia compartida

La aplicación de la custodia compartida, como cualquier otra decisión judicial, requiere de una efectiva fundamentación que pruebe que, en tales circunstancias concretas, se trata del mejor mecanismo para el beneficio del menor. De esta manera, llama la atención la ausencia de previsión de criterios que sirvan de guía para el juzgador, estableciéndose exclusivamente cuatro referencias legales que son: un informe del Ministerio Fiscal, las valoraciones especiales, las valoraciones de especialistas y en cuarto lugar, el principio de la unidad familiar.

En cuanto al informe del Ministerio Fiscal, se observa la preceptiva legitimación legal de este órgano para intervenir en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en base a las disposiciones 749.2 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde se establece que: *"será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados sea un menor" / "Si hubiera menores (...) el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal"*, siendo el motivo fundamental de este carácter la propia conceptualización del órgano como colaborador de la justicia, que actúa en defensa de la legalidad y, en concreto, garantiza el interés del menor velando por sus beneficios y salvaguardando sus derechos. En segundo lugar, en cuanto a las valoraciones especiales previstas en el artículo 92.6 del Código Civil, se dispone que el juez deberá *"valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella"*, debiendo entender que, más que un criterio legal característico que permita fundamentar al juez la aplicación de la custodia compartida, se trata de una mera redundancia en el sentido de que, en todo caso y ante

---

<sup>18</sup>Delgado del Río, G., *"La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente"*. Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 33.

todos los procesos, el agente competente juzgador deberá fundamentar la resolución judicial en las pruebas practicadas durante la correspondiente fase probatoria. Seguidamente, el artículo 92.9 faculta al juez, si así lo estimara necesario, a solicitar dictámenes de especialistas cualificados, que se constituyen como una herramienta eficaz para permitirle conocer de aquellas cuestiones específicas de una rama no jurídica y proceder conforme a la regla de la sana crítica a la valoración y vinculación que considere procedente para la fundamentación de la resolución. Finalmente, como último criterio legal previsto en el Código Civil se encuentra el principio de la unidad familiar del artículo 92.5, cuyo objetivo consiste precisamente en evitar la separación de los hermanos.

En la práctica forense esta regulación se ha venido calificando de escueta, por la multiplicidad de las particularidades que existen en cada caso concreto, que impiden diseñar unas pautas uniformes que actúen como regla general para la resolución de los conflictos. Por tanto, el juez en cada supuesto de crisis matrimonial al que se enfrenta debe determinar la idoneidad de los progenitores, lo que ha dado lugar a la elaboración de unos criterios judiciales que buscan ser punto de referencia para determinar tal aptitud de los padres del menor. Doctrinalmente, se considera que el origen del conjunto de criterios que determinan qué tipo de régimen de custodia es el más beneficioso para el menor se encuentra en las siguientes tres sentencias del Tribunal Supremo número 623/2009, de 8 de octubre (EDJ 623/2009); número 16359/2010, de 10 de marzo (EDJ 16359/2010); y, finalmente, número 78873/2010, de 11 de mayo (EDJ 78873/2010),<sup>19</sup> pudiéndose diferenciar todo un conglomerado de presupuestos y situaciones específicas en atención a la capacidad de los progenitores, destacando: por un lado, aparte del principio del interés del menor que ya se reseñó como fundamento predominante, se atiende a la práctica habitual de quien hubiera venido dedicando mayor tiempo al cuidado de los menores durante la convivencia conyugal, considerándose este requisito como casi totalmente determinante, en defecto de otras circunstancias que aconsejen justo lo opuesto, pronunciándose en base a esta consideración varias tendencias, entre las que destacan, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número

---

<sup>19</sup> De aquí en adelante, sentencias originarias de los criterios de atribución de régimen de custodia

71587/2006, de 15 de mayo (EDJ 71587/2006), que falla "*la custodia de los hijos debe ser atribuida a la madre por ser la que ha venido atendiéndolos durante el matrimonio*"; de igual manera que si ambos progenitores durante la convivencia se repartían equitativamente los deberes familiares, lo procedente sería la atribución de la custodia compartida, fundamentándose la jurisprudencia para ello en la tendencia a mantener el *statu quo* previo a la crisis matrimonial, tal y como se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 42216/1999, de 30 de septiembre (EDJ 42216/1999), que dice: "*siempre que sea posible deberá mantenerse al menor en su entorno actual*". Por tanto, esta previsión se extiende no sólo en la situación previa a la crisis matrimonial sino también en aquellos supuestos en donde, previamente al proceso de divorcio, existiera una separación de hecho, en cuyo caso también se atenderá a quién hubiera estado ejerciendo de hecho la guarda. En segundo lugar, se tienen en cuenta un conjunto de circunstancias laborales de los progenitores, como la disponibilidad horaria, otorgándole la medida de guarda y custodia compartida cuando es posible adaptarla a su horario laboral y domicilio, esto es, en general, a su régimen de vida cotidiano. En este sentido, existe jurisprudencia que tiene en cuenta las jornadas laborales, considerando que aquel progenitor que tuviera una mejor jornada en cuanto a horarios dedicaría mayor tiempo al menor, valorándose positivamente otros datos como la estabilidad del progenitor y negativamente la falta de un puesto de trabajo fijo que conlleve una ausencia de garantía de estabilidad económica. También se atiende a si existe una constante necesidad de viajar que daría lugar a una ausencia del hogar familiar o falta de estabilidad geográfica. Sin embargo, no es menos cierto que, en este aspecto, también existen pronunciamientos jurisprudenciales mucho más cautelosos, al entender que existen determinadas situaciones que pudieran producir una injusticia judicial si se valorase negativamente el hecho de que un progenitor dedique más horas a su trabajo si la situación económica así lo requiriera, tal y como se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada número 74663/2007, de 23 de marzo (EDJ 74663/2007), "*No puede aceptarse el planteamiento simplista que pretende hacer recaer en el horario laboral de los progenitores, la única referencia para decidir sobre la conveniencia del otorgamiento de la guarda y custodia. (...) la referencia al horario de trabajo no puede valorarse en ningún caso como elemento inhabilitante*

*para la atribución de la guarda y custodia, sobre todo si se le considera como medio adicional para la obtención de recursos, que necesariamente han de revertir en un incremento de los medios económicos con lo que contribuir a los alimentos del menor".* Asimismo, a pesar de que el párrafo 5º del artículo 159 del Código Civil, que establecía que cuando el hijo fuera menor de siete años tendría que atribuirse la custodia a la madre, fue declarado inconstitucional en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y consiguientemente eliminado de dicho texto a través de la Ley de modificación de 15 de octubre de 1990, lo cierto es que en la práctica forense, al igual que todavía se encuentra patente un pensamiento de reparto tradicional de las potestades familiares, se sigue decantando a favor de la atribución de la custodia monoparental a las madres cuando los menores no hubieran superado esta edad, como por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo número 11818/2005, de 14 de febrero (ROJ: STS: 11818/2005-ECLI:ES:TS:2005:11818) que se pronuncia de la siguiente manera: *"dada la edad de la menor (4 años) (...) la atribución a la madre de su guarda y custodia está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil"*, sin perjuicio de que dicha atribución de custodia exclusiva a favor de la madre se vaya diluyendo a medida que aumenta la edad del menor, orientándose las resoluciones hacia la custodia compartida<sup>20</sup>. Otro de los requisitos que se tienen en cuenta es el ya mencionado derecho del propio menor a ser oído, ya que, en líneas generales, no hay mejor prueba para determinar cuál es el beneficio del menor que la propia manifestación de éste, sin perjuicio de que por un lado, en ningún caso se deba entender que el beneficio del menor es un criterio objetivo que se equipara con la mera voluntad del propio menor, y por el otro lado, se tenga en cuenta lo que se ha venido llamando como alienación parental, esto es, una manipulación del menor por un cónyuge contra el otro. Por otro lado, parece evidente que, en base siempre al *"favor filii"*, no se atribuirá la custodia a un progenitor cuando exista un riesgo para el menor por estar afectado tal progenitor

---

<sup>20</sup>Lathrop Gómez, F., *"Custodia compartida de los hijos"*, La ley, Madrid, 2008, pág. 201, opina que la atribución de la guarda a la madre por mera razón de edad es una decisión judicial que vulnera el principio de igualdad de los progenitores, debiendo carecer de transcendencia la edad de los menores y la todavía persistente presunción del papel más beneficioso de la madre para ejercer las funciones de cuidado, para tener en cuenta únicamente la propia aptitud de cada cónyuge en cada caso.

por enfermedad física o psíquica, drogodependencia, alcoholismo<sup>21</sup>. También se tiene muy en cuenta la relación de los menores, en su caso, con la nueva pareja de su progenitor, lo que se relaciona con la necesaria mención a la ausencia de relevancia, para elegir la custodia compartida, de elementos relacionados con la culpa o mala fe de uno de los progenitores en la causa de la crisis matrimonial, como pudiera ser el incumplimiento de deberes conyugales tales como la fidelidad, en cuanto que, tras la integración en el ordenamiento jurídico español de la Ley 15/2005, se eliminó por completo cualquier indicio de un divorcio como sanción, por lo que es jurisprudencia mayoritaria y dominante el ignorar cualquier causa de culpabilidad como requisito decisorio para atribuir o no la custodia compartida, sin perjuicio en todo caso de los supuestos de malos tratos en donde expresamente se regula en el artículo 92.7 del Código Civil que: "*No procederá la guarda conjunta*". Otras decisiones judiciales que fundamentan la custodia compartida se basan en el grado de colaboración y cooperación de los progenitores entre sí, entendiéndose tal cooperación como una situación ideal y elemento determinante para el desarrollo del reparto del cuidado personal del menor entre ambos cónyuges, sin que en ningún caso pueda considerarse como impeditivo insalvable la mala relación entre ellos. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 111083/2010, de 3 de marzo (EDJ 111083/2010) al decir que: "*Es necesario, en consecuencia un cierto grado de entendimiento y consenso pero esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida*".

En todo caso, lo realmente conveniente es fundamentar la adopción de una custodia compartida en la consideración de la misma como el mejor instrumento para el desarrollo integral del menor, esto es, como garante absoluta del principio del "*favor filii*".

---

<sup>21</sup> En estos casos no se ejercita el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores por existir un riesgo para el desarrollo físico, psicológico o moral del menor. Así, se observa que el derecho a relacionarse no surge desde el punto de vista de los padres con sus hijos, sino justamente al contrario: es el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores, de ahí, que no se ejercite si hay algún peligro en base al principio del interés superior del menor

## 2. e.- Ventajas y desventajas de la custodia compartida

A medida que aumenta la presencia de la custodia compartida en las resoluciones judiciales, se aprecia una mayor discusión sobre los beneficios y perjuicios que dicha figura jurídica conlleva tanto a los menores como a ambos progenitores.

En lo que respecta a las desventajas, una de las más destacadas versa sobre la inestabilidad del hijo<sup>22</sup>, considerando que carece de un punto de referencia estable a raíz del continuo cambio del domicilio de un progenitor al del otro, que provoca un efecto extensivo al no circunscribirse esta modificación constante exclusivamente al ámbito familiar sino también a los hábitos, costumbres, relaciones sociales e incluso a la propia forma de educar, lo que por parte de la jurisprudencia se entiende que podría dar lugar a lo que denomina como desdoblamiento de la personalidad. Por todo ello, no son pocas las sentencias que descartan la atribución de la custodia compartida sacrificando con esta fundamentación la estabilidad emocional del menor para proteger su estabilidad física, y evitar lo que prevén que sería una situación de inseguridad e inestabilidad<sup>23</sup>. Estos argumentos llevan a discutir cuál resulta ser el efectivo objeto fundamental de la custodia compartida. En concreto, se debe recordar que esta institución jurídica permite al menor tener una relación personal con ambos progenitores, no debiendo quedarse en una visión simplista de una guarda y custodia pendular entre dos domicilios. Además, en lo referente al eventual conflicto que surge por las diferencias en la educación, cabe recordar que si bien es cierto que este hecho constituye uno de los inconvenientes más destacados dentro del modelo de la custodia compartida, acentuado como consecuencia de la propia hostilidad entre los progenitores, no es menos cierto que el Tribunal Supremo tiene declarado la imposibilidad de descartar un cuidado personal del menor entre ambos cónyuges por ésta única razón, en cuanto que, a pesar de resultar ser la situación más idónea una comunicación y entendimiento entre ambos ex-cónyuges, se

---

<sup>22</sup> Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 484, considera que la guarda conjunta altera la estabilidad de los hijos provocando perturbaciones en su desarrollo y formación integral. En esta línea, mantiene la opinión de que la seguridad del menor se ve afectada al no contar con un punto de referencia estable, ya que se genera una convivencia itinerante que hace imposible la uniformidad de criterios de educación.

<sup>23</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 108417/2006, de 4 de octubre (EDJ 108417/2006) que dice: "(...) *es casi de imposible cumplimiento por la inestabilidad que puede ocasionar los continuos cambios de domicilio*"

trata al mismo tiempo de una situación utópica por ser la conflictividad parental elemento casi natural de toda crisis de convivencia.

Por otro lado, se recogen en numerosas sentencias a lo largo de todas las comunidades autónomas, como es el caso de las dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona número 75468/2008, de 25 de abril (EDJ 75468/2008), la Audiencia Provincial de Alicante número 326810/2010, de 10 de diciembre (EDJ 326810/2010) o la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 268324/2010, de 26 de abril (EDJ 268324/2010), entre otras muchas, las ventajas de establecer una custodia compartida que es calificada como un mecanismo que posibilita paliar la conflictividad familiar y que promueve la igualdad entre hombres y mujeres; el sistema que mejor permite el desarrollo de los derechos de corresponsabilidad familiar y coparentalidad; sistema que garantiza a los hijos disfrutar de la presencia de ambos padres, por lo que se mantienen los lazos de afectividad y relación continuada y por consiguiente se logra una ruptura menos traumática al no ver limitada la compañía de los padres. Pero además, como consecuencia de que ambos progenitores ejercen equitativamente sus derechos, no se pierde el referente de la figura paterna, lo que permite mantener la vigencia de dos modelos adultos frente al hijo, evita el nacimiento de sentimientos negativos a menores como son el miedo al abandono, culpa o suplantación, lo que conlleva una actitud más abierta de los hijos frente a esta nueva situación y la posibilidad de menores manipulaciones de un progenitor para poner al hijo en contra del otro; además, asegura a los progenitores el ejercicio de sus derechos, deberes y obligaciones sin cuestionarse la idoneidad de alguno de ellos, lo que trae como consecuencia una mayor implicación efectiva de ambos padres en todos los aspectos de la educación y desarrollo y la cooperación necesaria entre ambos, sin que se permitan abusos característicos de la custodia monoparental por aquél al que se le atribuye.<sup>24</sup>

## 2. f.- Modelos de custodia compartida

Como consecuencia del silencio legislativo, no sólo en la concepción de este régimen sino en su propia configuración, surgen distintas modalidades del mismo, principalmente a raíz de las diferentes y variadas formas de distribución de los periodos,

---

<sup>24</sup>Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 473-484

ya que, es consideración común entender que la custodia compartida no es sinónimo de reparto exactamente igualitario del tiempo en el que el menor debe convivir con cada progenitor. Este hecho ha llevado a convertir en objeto de discusión la diferencia entre una custodia monoparental con un amplio régimen de visita a favor del progenitor no custodio con derecho de pernocta, y una custodia compartida. Así, se entiende que, en todo caso, aunque la custodia compartida no implique la alternancia en periodos iguales de cohabitación, lo cierto es que deben ser lo suficientemente adecuados para permitir el cumplimiento de la finalidad de este régimen, que al fin y al cabo consiste en el ejercicio igualitario de los derechos y deberes que le corresponden a ambos progenitores para el cuidado de su menor, considerándose que nunca, por muy amplio que llegue a regularse el régimen de visita a favor de un progenitor, será lo precisamente extenso para permitir el desarrollo de sus obligaciones como tal<sup>25</sup>.

Retomando las diferentes modalidades del régimen de custodia alternativa, lo cierto es que no existe ningún listado específico al que se haga referencia, sino que en virtud de las concretas circunstancias y especialidades de cada caso, el juez resolverá y determinará los periodos que a su entender mejor favorezcan al menor, lo que tiene como consecuencia un mayor margen de actuación, flexibilidad y variaciones por parte del juzgador. No obstante, de la práctica forense es posible extraer una guía en mayor o menor medida asumida jurisprudencialmente, pudiendo observarse distintos modelos de custodia compartida, siendo el principal criterio diferenciador el mayor o menor tiempo de convivencia. Así, en escala gradual, se observa la preponderancia de una alternancia de los periodos por días para aquellos casos en los que hay hijos menores de edad inferior a cinco años y alternancias semanales para los casos de menores que tengan cinco años en adelante; también se usa la alternancia por quincenas, pero con un régimen de visitas durante los fines de semana y durante uno o dos días laborales por parte del progenitor no custodio. Otro sistema habitual es el establecer una convivencia basada en meses, ya sea la alternancia mensual, trimestral, cuatrimestral o semestral, todos ellos, marcados también por un régimen de visitas durante fines de semanas

---

<sup>25</sup>Delgado del Río, G., "*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*". Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág 138, dice que la custodia compartida no debe traducirse en una distribución matemática del tiempo, sino en una asunción equitativa de las responsabilidades, ajustadas a las necesidades del menor

alternos y entre semana, junto con el reparto equitativo de los periodos vacacionales. De igual forma se procede cuando se establece un lapso temporal aún mayor en relación a un curso escolar entero o por razón de años.

El fundamento de este reparto se encuentra en los numerosos estudios desarrollados por entidades internacionales en relación con los tiempos de custodia más idóneos en función de las edades del menor en cada caso, destacando el informe llevado a cabo por el Consejo de los Derechos del Niño<sup>26</sup>, que recomienda una alternancia mucho más rápida cuanto menos edad tenga el hijo en el momento de la crisis matrimonial:

Edad	Frecuencia del 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 progenitor
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el otro progenitor no conviviente esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

En estos informes, acogidos por los jueces españoles, se observa la presencia necesaria de una combinación entre una custodia compartida con otros tipos de regímenes, en concreto, el régimen de comunicación y de visitas, los cuales tendrán una mayor aparición cuanto mayor sea el periodo temporal de custodia de cada progenitor. Se diferencian entre sí estos dos regímenes, comunicación y visita, en que el primero hace referencia a un contacto del progenitor no custodio con el menor sin presencia física, por lo tanto, mediando distancia, mientras que el régimen de visitas se configura como la relación directa y física, en la que el progenitor no custodio tiene el derecho a

<sup>26</sup> [www.sospapa.es/informe\\_reencuentro\\_01.pdf](http://www.sospapa.es/informe_reencuentro_01.pdf)

trasladar al menor a un lugar distinto de la residencia habitual, pudiendo preverse el derecho a la pernoctación, caracterizándose el uso de este régimen por su menor intensidad cuanto más rápida sea la rotación de los periodos. Con respecto al término empleado de "visita" cabe decir que la doctrina ha criticado su uso al entender que viene a considerar al progenitor como un simple invitado, debiendo sustituirse por la locución de "régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no conviva con el menor", hecho que es tenido en cuenta por el legislador actual en la reforma de la legislación de la custodia compartida.

Otra modalidad acogida como un ejemplo de custodia compartida es la que se denomina custodia partida, que, aunque no se encuentra legalmente prohibida, lo cierto es que requiere de una fuerte motivación singularizada por parte del agente juzgador, al ir en contra de uno de los pocos requisitos previstos en el artículo 92.5 del Código Civil, "no separar a los hermanos", ya que este régimen consiste precisamente en repartir entre los progenitor los hijos, en los supuestos de crisis matrimonial con dos o más menores a su cargo, sin que medie posteriormente una alternancia en el tiempo de los mismos. Los motivos que pudieran fundamentar la conveniencia de este modelo son diversos, entre los que destacan la diferencia de edad y sexo entre los hermanos, la preferencia razonada de los hijos como consecuencia de las propias relaciones entre ellos y sus progenitores. En definitiva, se considera que, aunque el mantenimiento de la unidad familiar, esto es, la no separación de los hermanos, es uno de los criterios legales previsto en el Código Civil por considerar que contribuye a un mejor desarrollo y equilibrio emocional y psicológico, se trata en todo caso de una recomendación y no un imperativo legal que permite, por lo tanto, separarlos si dicha convivencia influyera negativamente en el aspecto personal de los menores. En tal sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 221/2007, de 2 de febrero (EDJ 221/2007) que atribuye la custodia de un hijo a la madre y del otro hijo a la abuela materna, en base al fundamento siguiente "la única comunicación con la madre que admite el menor se hace por teléfono y, a lo que se ve, sin especial calor al menos por parte del niño".

### 3.- Regulación legislativa de la custodia compartida:

#### 3. a.- Legislación derecho civil común

Las diferentes formas de custodia son objeto de regulación por primera en el ordenamiento jurídico español con la incorporación al mismo de la denominada Ley del Divorcio de 1981.

Ubicado sistemáticamente dentro del Libro I "DE LAS PERSONAS", Título IV "Del matrimonio", capítulo IX que regula los efectos comunes como consecuencia de la nulidad, separación y divorcio, el artículo 92 del Código Civil español, en su primera redacción, estaba dividido en cuatro apartados y regulaba los supuestos de crisis matrimoniales cuando en los mismos hubieran niños, entendiéndose, por un lado, en su apartado primero, que tales conflictos familiares no eximían en ningún caso a los progenitores de las obligaciones para con sus hijos, obligaciones que corren a su cargo como consecuencia de la titularidad de la patria potestad. Seguidamente se hacía mención al reseñado principio de interés superior del menor, así como a la obligación judicial de oír al menor cuando el mismo tuviera suficiente juicio y en todo caso cuando fuera mayor de doce años y, finalmente, el apartado cuatro venía a decir que: "*Podrá también acordarse, (...), que el cuidado de los menores correspondan a un cónyuge u otro*". Así, se reconocía exclusivamente la custodia monoparental y, por consiguiente, se configuraba el derecho de visita como la institución necesaria que debía ser tenida en cuenta para el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura del vínculo matrimonial, con independencia de que las circunstancias del caso concreto aconsejaran como más favorable la custodia compartida. Esta forma de resolver los conflictos familiares era la práctica forense habitual por excelencia, sin perjuicio de determinados casos en donde se hablaba de una custodia compartida a pesar de su ausencia de regulación, aunque siempre como una medida de carácter excepcional.

Fue con la publicación y la correspondiente entrada en vigor de la Ley 15/2005 cuando por vez primera se menciona de forma expresa la custodia compartida dentro de la Código Civil, y esto se debe a que la citada ley no sólo produjo la supresión del sistema causalista que regía el procedimiento de divorcio sino que, además, dio lugar a la modificación de un largo listado de artículos dentro de este cuerpo legal, entre los que cabe mencionar el propio artículo 92. Así, tal precepto se divide en nueve párrafos, de

entre los cuales el apartado quinto hace referencia a "(..) *el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres*" y el octavo apartado establece que "*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida*".

De esta manera, el juzgador se encuentra con la situación de que se prevé legalmente la institución de guarda y custodia compartida, pero a la hora de discernir cuál es la mejor forma de proceder ante un conflicto familiar, se sigue manteniendo un silencio absoluto, de ahí que se hayan ido acentuando los requisitos mencionados en el anterior epígrafe para determinar la solución más idónea en base al interés del menor. Sin embargo, no solamente se ha criticado el vacío legal que se produce en tal sentido, sino que el artículo ha sido objeto de múltiples discusiones y matizaciones a medida que los padres, esgrimiendo la existencia de una discriminación por razón del sexo, solicitan cada vez más el régimen de custodia compartida y menos el régimen de visitas.

En la interpretación de la nueva redacción de este artículo se debe hacer hincapié en el término "excepcionalmente" empleado en el apartado octavo. Son numerosas las sentencias pronunciadas sobre este aspecto que entienden que en ningún caso debe considerarse que el tenor literal del precepto concibe a la custodia compartida como una regla singular y anómala y la custodia monoparental como la regla general. De esta manera, la interpretación del término de excepción empleado por el legislador debe llevarse a cabo en relación con el artículo 92.5 del mismo cuerpo legal, en el que se hace referencia al mutuo acuerdo de los progenitores para aplicar la custodia compartida. En consecuencia, se entiende que el apartado octavo ofrece al juez la posibilidad de optar por este tipo de custodia incluso cuando no hubiera una solicitud de mutuo acuerdo entre los progenitores, bastando que este tipo de régimen sea solicitado por un único progenitor, o incluso, en aquellos supuestos donde ninguno de los dos pidiera la custodia compartida si se entiende que, de esta forma, se esta protegiendo el interés superior del menor<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup>Delgado del Río, G., "*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*". Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 84, hace referencia a lo que denomina como la guarda compartida no consensuada.

Así se han pronunciado sentencias tales como la del Tribunal Supremo número 146903/2011, de 7 de julio (ROJ:STS 146903/2011-ECLI:ES:TS:146903:2011) que dice lo siguiente: "*La redacción de dicho precepto no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis familiares.*" No obstante, en base a las estadísticas del INE, cabe preguntarse si realmente se está decretando en los juzgados de España la custodia compartida como una medida general y normal frente a la custodia exclusiva de un solo progenitor, ya que todavía, a pesar del esfuerzo y empeño del Tribunal Supremo por extender esta concepción de la guarda compartida entre progenitores, la realidad es que se sigue apreciando más como la excepción.

Por otro lado, el mismo apartado octavo establecía que, ante la inexistencia de solicitud de mutuo acuerdo de los progenitores de una custodia compartida, si el juez competente quería establecer este tipo de régimen, era necesario fundamentar la decisión en todo caso en el informe favorable que dictaba el Ministerio Fiscal. Esta razón surge del hecho de que en el ámbito familiar el Ministerio Fiscal se instituye como un organismo que actúa como un garante de la protección integral de los derechos de los menores. No obstante, la potestad que el legislador le atribuye conlleva una invasión del ámbito de la potestad jurisdiccional establecida constitucionalmente en el artículo 117.3, que atribuye con carácter exclusivo la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los jueces y magistrados. Así, en los supuestos en donde se debía denegar la custodia compartida ante la falta de un informe favorable, se estaba dando lugar, en primer lugar, a la imposibilidad de que el juez se pudiera pronunciar de forma material sobre la pretensión, al ser el único argumento, que imponía tal pronunciamiento, la ausencia de un informe positivo del Ministerio Fiscal, y, en segundo lugar, daba lugar a una limitación de la potestad de valoración de todas las pruebas por parte del juzgador para decidir, en base a las reglas de la sana crítica, cuál es el tipo de custodia que mejor se adapta a la situación en concreto. Por este motivo, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria sobre la que se resuelve en la sentencia del Tribunal

Constitucional número 185/2012, de 17 de octubre (ROJ: STC<sup>28</sup> 185/2012-ECLI:ES:TC:2012:185), que establece la inconstitucionalidad del calificativo "favorable" en base a una vulneración del artículo 117.1 de la Constitución Española, entendiéndose que se debe mantener intacta la capacidad de decidir por parte del juzgador, a quien corresponde de forma única tal potestad sin sometimiento a condicionamiento de ningún tipo, y en base a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española porque impedía realizar el pronunciamiento material sobre la pretensión, así como someter la resolución a una modificación como consecuencia de que las decisiones del Ministerio Fiscal son irrecurribles y, por tanto, inmodificables.

Otro cambio que se produjo con la introducción de la citada ley de 2005 se observa con respecto a la línea jurisprudencial mantenida en lo referente al principio del derecho de oír a los menores. Así, con anterioridad, se entendía que la audiencia previa al menor constituía una norma sustantiva de obligado cumplimiento, cuya inobservancia daba lugar a la revocación de la sentencia, al considerar que *"el Ministerio Fiscal no podía suplir este trámite"*<sup>29</sup>. Sin embargo, con la ley de 2005 se cambia esta concepción de la audiencia previa del menor, ofreciendo una mayor flexibilidad al procedimiento judicial permitiendo que esta práctica sea exonerada en aquellos supuestos en donde hubiera un convenio regulador de mutuo acuerdo entre los progenitores que regulara las medidas relativas a los hijos menores de edad.

### 3. b.- Derechos civiles forales

En las comunidades autónomas donde se ha reconocido constitucionalmente su propio derecho civil foral en base al artículo 149.1.8, se observa que el empleo del derecho civil común solamente surge en aquellas situaciones de lagunas legales, por tanto, en base a un criterio de relación subordinada. Este hecho ha dado lugar a cambios legislativos en aquellas comunidades que han regulado esta controversia, que son: Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia. Así, se aprecia una relevante modificación a la hora de constituir el régimen de custodia compartida, que conlleva a que al mismo tiempo exista una diferenciación de la regulación, de un lado, entre el derecho civil común y el foral, y de otro, dentro de las distintas comunidades autónomas.

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional

<sup>29</sup> En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo número 3781/1987, de 14 de mayo (EDJ número 3781/1987)

En primer lugar, por ser la pionera en lo que a esta materia se refiere se procederá al análisis de las leyes forales de la comunidad autónoma de Aragón. Por un lado, entra en vigor la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona que regula en sus artículos 56 y 57, ubicados en el Capítulo I que lleva por título "Efectos de la filiación", lo concerniente a la relación personal del hijo menor con respecto a sus progenitores. Así, este primer instrumento legal si bien asume los conceptos sociales clásicos marcados por el derecho civil común, lo cierto es que lleva a cabo algunas matizaciones haciendo bastante énfasis en el derecho de los hijos y de ambos padres a relacionarse, con independencia de la situación familiar en la que se encuentren. No es hasta el año 2010 cuando se produce realmente el gran cambio legislativo que lleva a Aragón a posicionarse como la primera comunidad autónoma con una regulación específica de la custodia compartida, caracterizada por la preferencia legal expresa de ésta frente a la custodia monoparental<sup>30</sup>, para poder dar repuesta a una gran demanda social, sobre todo de los padres quienes, tras la mayor integración de los mismos en el ámbito familiar, consideraban que sufrían una vulneración de sus derechos por generalizarse la custodia exclusiva a favor de la madre.

Los dos principios que inspiran la primacía de la custodia compartida frente a la monoparental son el explicado principio del interés superior del menor y el principio de los progenitores a relacionarse con los hijos en condiciones de igualdad. Con respecto al primero, poco hay que añadir, salvo que el legislador aragonés, a pesar de mantener el concepto jurídico amplio e indeterminado del "*favor filii*", parece que marca unas determinadas connotaciones para asimilarlo a la custodia compartida, ya que establece: "*cuanto más continua y equilibrada la relación más se salvaguarda*", y en segundo lugar, con respecto a la igualdad de los progenitores a relacionarse con su hijo, lo cierto es que tiene su argumentación en el principio rector de igualdad de hombres y mujeres que se hace mención en el Estatuto de Autonomía de Aragón. Este hecho conlleva a la necesidad de tener que diferenciarlo del derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, y, asimismo, se entienda que no debe existir ninguna discriminación por razón de sexo a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia. Estos principios no

---

<sup>30</sup>Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, ley que es integrada en bloque en el Código del Derecho Foral de Aragón.

se encuentran en un mismo plano de igualdad como consecuencia del carácter de predominio del interés superior. Sin embargo, el derecho aragonés se aleja de la concepción que se realiza por el derecho civil común en lo que se refiere a la forma de relacionarse ambos principios. De esta manera, mientras que en el ámbito nacional se predica que *"la regla de la igualdad se aplica, salvo que otra cosa sea más conveniente para el menor"*, en el territorio aragonés se entiende que *"la regla de la igualdad se aplica, salvo el interés superior del menor"*. Así, la diferencia conlleva a que en la primera interpretación se aplique otra forma organizativa no igualitaria más conveniente, a pesar de no ser la custodia compartida perjudicial, mientras que el planteamiento del legislador aragonés conduce a que solamente no podrá aplicarse la custodia compartida cuando sea dañina para el menor, y por tanto, se hace presente el tratamiento de preferencia de la custodia compartida, configurándose la exclusiva a favor de un progenitor como la regla excepcional. Esta preferencia se encuentra prevista de forma expresa en el artículo 80.2 del código foral<sup>31</sup> aragonés que dice: *"El juez adoptara de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores"*<sup>32</sup>

Una segunda diferencia surge con respecto al ámbito subjetivo, el cual se amplía en el derecho aragonés en base al sentido literal del artículo 75 del mismo cuerpo legal, en el que se hace referencia a dos requisitos para que sea aplicable esta regulación, en el seno del conflicto familiar, y son: la ruptura de convivencia y la existencia de hijos a cargo de la pareja. Así, solamente se hace mención a la necesidad de una anterior convivencia con independencia del estado civil de los progenitores del menor, por lo que se incorporan no sólo el matrimonio sino también las parejas estables no casadas, así como las uniones de hecho. Además, esto mismo se menciona posteriormente en la disposición adicional segunda y tercera del mismo cuerpo legal, en donde se especifica que entran en el ámbito de aplicación de la ley los casos de nulidad, divorcio y separación, y los casos de ruptura de convivencia de las parejas estables no

---

<sup>31</sup> <http://www.boa.aragon.es>

<sup>32</sup> También se reconoce en el artículo 75 del Código de Derecho Foral de Aragón en donde se regula el objetivo de promover el ejercicio de la custodia de forma compartida con el fin de asegurar la protección de la familia y de la infancia de los menores en las rupturas de la convivencia de los padres con hijos a su cargo.

casadas y de las uniones de hecho<sup>33</sup>. Y con respecto al requisito de tener hijos a cargo y comunes, también es indiferente si es en el ámbito matrimonial o no, en base a la igualdad constitucional de los hijos con independencia de su origen, y sólo se requiere que los mismos sean menores. La última gran novedad es que, a diferencia del Código Civil, el Código de Derecho Foral de Aragón no se limita exclusivamente a contemplar la custodia compartida, sino que, además de invertir las reglas de generalidad y excepcionalidad en lo que se refiere a los regímenes de custodia, lleva a cabo una profundización en todos los demás aspectos al regular cómo se debe proceder con respecto a cuestiones económicas, tales como la atribución de la vivienda, los gastos de asistencia y la asignación compensatoria, existiendo sobre las mismas una redacción bastante más escueta en el derecho civil común.

La segunda comunidad autónoma en introducir en su ordenamiento jurídico una ley que regula el mecanismo de custodia compartida fue Cataluña, con la Ley 25/2010, de 29 de julio<sup>34</sup> que fue incorporada al libro segundo del código civil de Cataluña.

Tras la lectura de la citada ley<sup>35</sup>, se observa que el legislador catalán no es tan específico al determinar la preferencia del régimen de guarda y custodia compartida entre los progenitores frente a la monoparental, ya que su verdadera intención consiste en fomentar que sean los propios cónyuges quienes de mutuo acuerdo establezcan la forma en la que van a desarrollar todo lo concerniente a la guarda, educación y cuidado de los hijos que están a su cargo mediante el instrumento del plan de parentalidad, que se instituye como preceptivo. Así, el plan de parentalidad no se regula como un instrumento único en aquellos supuestos de mutuo acuerdo entre los progenitores, sino que el artículo 223-8.2 del código civil catalán señala que también en el caso de procesos contenciosos cada progenitor debe incluir cómo desea organizarse, siendo su

---

<sup>33</sup>Así, se considera que al no hacer ninguna diferencia entre parejas estables de hecho y las parejas estables de derecho, se encuentran ambas afectas

<sup>34</sup>En la exposición de motivos de esta ley se hace referencia a la incorporación de dos novedades. De un lado, se regula el denominado plan parental y, de otro lado, se abandona la idea de entender que, tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, la custodia monoparental es el instrumento más favorable para proteger el interés superior del menor. De esta manera, al igual que el legislador aragonés, la ley catalana fomenta la preferencia de la custodia compartida y el mantenimiento de forma equitativa en las responsabilidades parentales

<sup>35</sup>[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/CCAA/ca-125-2010.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-125-2010.html)

criterio una referencia a la que debe atender el juzgador a la hora de decidir qué tipo de régimen es el más conveniente para el menor. Por el otro lado, aunque el juez debe respetar lo acordado en el plan de parentalidad, se observa que del sentido literal del artículo 233-8 del código civil catalán que prescribe que *"en los casos de ruptura de la convivencia, no se alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos"*, así como del artículo 233-10 del mismo cuerpo legal que dice que *"La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales."*, se aprecia la verdadera intención del legislador, quien sin imponer, anima a la elección de un tipo de régimen que sea lo más equiparada tanto en el cumplimiento de las obligaciones como en la cohabitación entre progenitores y sus hijos menores, considerando que la custodia compartida es el que mejor se ajusta a fomentar la igualdad en el ejercicio de dichos deberes.

Poco después de la entrada en vigor de la ley catalana, la comunidad autónoma de Navarra promulga la Ley 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres<sup>36</sup>. Esta ley se caracteriza por la regulación de los tipos de regímenes de custodia en un plano de igualdad, sin establecer la preferencia de una frente a otra, argumentando esta ausencia de predominio de un régimen de custodia frente a otro en la consideración de que el único fundamento válido para resolver esta cuestión debe ser siempre el principio del interés superior del menor. Asimismo, sin que ello suponga un perjuicio del *"favor filii"* se prevén legalmente unos factores que el juzgador debe tener en cuenta para decidir qué custodia es más conveniente, criterios que solamente aseguran la igualdad entre hombre y mujeres<sup>37</sup>. Así, el artículo 3.2 de la ley establece que el juez puede acordar tanto la custodia compartida o individual y, en el apartado tercero, añade que tal decisión la fundamentará en el interés superior del menor. Por tanto, esta regulación difiere de las anteriores legislaciones forales que consagran claramente la regla de predominio de la

---

<sup>36</sup> <http://www.lexnavarra.navarra.es>

<sup>37</sup>La propia exposición de motivos de la ley dice que tras la ruptura de la convivencia de los cónyuges con hijos menores a cargo se deben *"adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, con respeto a la igualdad entre hombres y mujeres"*.

custodia compartida frente a la exclusiva a favor de un sólo cónyuge<sup>38</sup> o bien, permiten intuir que ésta es la intención del legislador<sup>39</sup>. Por ello, puede afirmarse que la legislación de Navarra se constituye como la única que regula específicamente los distintos tipos de custodia y los criterios determinantes para la elección de una frente a la otra, sin que ninguna de ellas goce de una mayor preferencia.

La última comunidad autónoma en regular esta cuestión fue Valencia, con la Ley 5/ 2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven<sup>40</sup>, que es comúnmente conocida como la Ley de Custodia Compartida ya que, aunque su objeto es bastante amplio, el núcleo de la misma se concreta en la regulación de este tipo de régimen en las situaciones de conflicto familiar. Por lo que respecta a la constitucionalidad de esta ley, encuentra su fundamento en la recuperación de la competencia exclusiva del derecho foral civil valenciano y su plena adecuación a la constitución española en virtud del artículo 49.1.2ª de la Ley Orgánica 1/ 2006 de 10 de abril, teniendo como meta final la creación de un único cuerpo legal valenciano que agrupe todas los instrumentos legales. Por otro lado, en relación con la propia Ley 5/2011, se considera que la postura del legislador valenciano de preferir la custodia compartida frente a la monoparental ya se venía encauzando en su antecedente inmediato<sup>41</sup>, en donde se hacía mención al derecho del menor a vivir con sus padres y, en el supuesto de progenitores separados, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos. Así, en esta ley del año 2011 se prevé el principio de coparentalidad como la garantía de ambos progenitores a participar en igual grado en la toma de decisiones que afecten a los intereses del menor, ya que, aunque es cierto que con la custodia monoparental no se modifica ni la titularidad ni el ejercicio de la patria potestad, la práctica forense demostraba que la misma era asumida en su casi totalidad por el progenitor a quien se la había atribuido la custodia exclusiva. También se reconoce el derecho del menor a crecer con sus padres, procurándose que en los casos de separación se observe una convivencia igualitaria y de forma regular entre

---

<sup>38</sup> Artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón

<sup>39</sup> Artículo 233-8 y 233-10 del código civil catalán

<sup>40</sup> [http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011\\_3975.pdf](http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011_3975.pdf)

<sup>41</sup> Ley 12/2008 de protección integral de la infancia y adolescencia de la comunidad autónoma Valenciana

ambos, siendo por supuesto omnipresente el principio del interés superior del menor, que se constituye como el eje central de la normativa reguladora de las situaciones en donde existan menores. Este principio se constituye como uno de los fundamentos de la ley, y junto con éste se encuentra el derecho-deber de los progenitores de tener que proveer crianza y educación a sus hijos en base al ejercicio de la responsabilidad familiar, requiriéndose para este ejercicio un mayor compromiso, cooperación y diligencia entre ambos progenitores cuando exista un supuesto de crisis familiares.

Una diferencia de la ley valenciana con respecto a la ley común y el resto de las leyes forales consiste en la sustitución del término “custodia” por “convivencia”. De esta manera, el legislador valenciano considera que hacer uso de la locución "custodia" no conlleva a la integración de la totalidad de los objetivos que se persiguen con esta ley, quedándose bastante limitado el concepto y, de ahí, que lo sustituyera por "régimen de convivencia" del que se considera que sí representa la búsqueda de un contacto de continuidad y directo de los hijos con ambos progenitores<sup>42</sup> en los casos de ruptura de la unidad familiar y que se define como *"un sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores cuando éstos no tengan el mismo domicilio familiar, caracterizado por una búsqueda de distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación con cada progenitor"*. Así, se observa también que, a diferencia del artículo 92 del Código Civil que nada dice acerca de qué debe entenderse por tal, el legislador valenciano prescribe una definición legal sobre este concepto.

Por otro lado, al igual que los legisladores aragonés y catalán, la Ley 5/2011, de 1 de abril atribuye al régimen de convivencia compartida el carácter de regla general y, a sensu contrario, el régimen de convivencia individual se constituye como la excepción, tal y como se observa en el artículo 5.2 de la ley que dice *"Como regla general, se atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos, sin que sea obstáculo la mala relación entre los progenitores"*. Sin embargo, esta preferencia del régimen de convivencia compartido frente al individual no se aplica en ningún caso de forma automática, ya que el propio

---

<sup>42</sup> En base a esta definición, se aprecia que el término de custodia se viene a explicar desde la perspectiva restringida a la que se hizo referencia en el epígrafe primero de este trabajo, tal y como apunta Lathrop Gómez, F., *"Custodia compartida de los hijos"*, La ley, Madrid, 2008, pág. 58

artículo en su apartado cuatro regula una serie de factores a tener necesariamente en cuenta, entre los que destaca la edad del menor, considerándose que por razones lógicas cuando se trate de menores lactantes el régimen compartido no puede ser tan extenso, pero a medida que vaya creciendo el hijo en común se irá aumentando su extensión progresivamente; también se hace referencia a la propia opinión del menor, al igual que sucede en el Código Civil, cuando tuvieran juicio de suficiencia y cuando sean mayores de doce años<sup>43</sup>. Sin embargo, se diferencia de este último en que, como ya se indicó, tras la Ley 15/ 2005 en derecho común la audiencia previa del menor se instituya como un requisito cuya omisión fundamentada no tiene consecuencias jurídicas, mientras que el legislador aragonés configura este requisito como de necesaria realización en todo caso, y también destaca la posibilidad de imponer un control judicial periódico con el fin de observar si la resolución judicial adoptada esta siendo correctamente ejecutada por los progenitores.

Por otro lado, tanto la legislación común como la foral valenciana regulan como obstáculo para la aplicación del régimen compartido la existencia de violencia doméstica. Sin embargo, la redacción de ambos preceptos es más que diferente. Así, en el ámbito del derecho común la introducción de este impedimento surge como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/ 2004 de medidas de protección integral contra violencia de género, que trajo como resultado una excesiva e injusta regulación en lo que respecta al proceso civil de familia, puesto que la mera interposición de demanda conlleva a la imposibilidad de establecer la custodia compartida<sup>44</sup>. Por el contrario, el legislador valenciano obliga a la necesaria concurrencia de dos requisitos que son: una resolución judicial motivada que conlleve por tanto a dar verosimilitud a la imputación, así como un riesgo objetivo de los

---

<sup>43</sup> Así, el legislador valenciano mantiene la que fue la anterior redacción del artículo 92.2 del Código Civil con respecto a la audiencia del menor, ya que tiene en cuenta la edad, requisito que tras la Ley 15/2005 se suprimió dentro del derecho civil común.

<sup>44</sup> Esta redacción tan amplia da lugar a que se produzca la apreciación de la "separación-sanción", a pesar de la supresión del sistema causalista que buscaba quien era el cónyuge-culpable y el cónyuge-víctima, y así, determinar quien resulte titular de la custodia del menor. Esta decisión por tanto se fundamenta no en el "*favor filii*", sino en la sanción

menores<sup>45</sup>. Otra crítica que se hace en relación a estos dos preceptos se basa en la interpretación literal de los mismos, que da lugar a entender que en el ámbito de la ley valenciana se entiende que es impedimento para la atribución de un régimen de convivencia individual la concurrencia de los anteriores requisitos, sin perjuicio de que se pueda determinar una convivencia compartida. Sin embargo, en la legislación común ocurre justamente lo contrario, así, del sentido literal del artículo se observa que es posible que al procesado penal por violencia doméstica no se le atribuya una custodia compartida pero sí una custodia exclusiva, lo que lleva a considerar lo absurdo de esta posibilidad y, por consiguiente, se entiende jurisprudencialmente que también se extiende como criterio para denegar la custodia monoparental a quien resulte ser progenitor inculpado por esta causa.

#### 4.- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio en materia de custodia compartida:

A lo largo de la historia legislativa española, en cuanto a vínculo matrimonial y regímenes de custodia se refiere, la doctrina ha conseguido actualmente diferenciar cuatro etapas a las que se ha ido haciendo referencia de forma separada. Así, en primer lugar, el periodo anterior a la primera ley de divorcio de 1981, en donde solamente se reconocían la nulidad y la separación como modalidades de ruptura marital, con el añadido de que se atendía a la calificación de cónyuge-víctima y cónyuge-culpable para resolver la obtención o pérdida de la custodia de los hijos menores a su cargo, constituyéndose tal reconocimiento como un premio o como castigo. Seguidamente, tras la entrada en vigor de la Ley de 1981 y su regulación de unas causas determinadas para poder decretar el divorcio, así como su introducción de una obligada fase denominada de reflexión, la doctrina legal siguió manteniendo los elementos de culpabilidad. La ley de 2005, con su correspondiente modificación del divorcio y de los tipos de custodia, es reconocida por la doctrina científica como la tercera etapa, caracterizada por una novedosa regulación de ambas instituciones, excesivamente escueta en lo referente a los tipos de custodia, lo que dio lugar a que fueran las interpretaciones jurisprudenciales y

---

<sup>45</sup>En este caso, el legislador valenciano se aleja de la concepción de "separación-sanción" para hablar de lo que se denominada como "separación-remedio", entendiendo que será titular de la custodia quien mejor resulte en base al "*favor filii*"

la normativa comparada, tanto de carácter comunitario como foral, las que permitieran un mayor margen de actuación, tal y como se pronuncia las citadas sentencias originarias de los criterios de atribución de los regímenes de custodia. En cuanto a la última etapa a la que hace referencia la doctrina, la misma consiste en una reforma de la legislación anterior propuesta de *lege ferenda*.

En tal sentido, el día 19 de junio de 2013 se aprobó el Anteproyecto de Ley citado en el título de este epígrafe, con el fin de ofrecer una regulación legal que permitiera adaptar las relaciones paterno-filiales a las actuales transformaciones y tendencias que surgen en la sociedad, mediante la eliminación de las rigideces, de la preferencia de la custodia monoparental, y por tanto, del marcado carácter excepcional que el sentido literal que el artículo 92.8 del Código Civil atribuye a la custodia compartida. Todavía sin haber salido a la luz, esta nueva legislación ha sido objeto de múltiples críticas y discusiones como consecuencia de la gran trascendencia social que pudiera llegar a alcanzar. Entre tales críticas destacan, en primer lugar, el propio título de la posible futura ley encargada de regular toda la transición derivada de la ruptura de un vínculo entre progenitores con hijos menores. De esta manera, se observa que la ley no regula las relaciones paterno-filiales extra-matrimoniales, en cuanto su ámbito subjetivo parece quedar delimitado a la ruptura de un vínculo matrimonial, siendo su presupuesto la nulidad, la separación o el divorcio de un matrimonio. Este primer descuido ha dado lugar a reconsiderarse si se trata meramente de un olvido o si por el contrario la verdadera intención de legislador consiste en volver a una diferenciación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, la cual había sido superada mediante la incorporación del artículo 39.2 de la Constitución Española que consagra el principio de "*la igualdad de lo hijos ante la ley, con independencia de su filiación*". Por otro lado, se ha destacado de este anteproyecto la modificación terminológica que introduce, aspecto que ha sido objeto de crítica favorable por parte de la doctrina, que viene entendiendo que los términos comúnmente empleados por el Código Civil han quedado desfasados, al no representar la verdadera naturaleza jurídica de las instituciones previstas. De esta forma, al igual que ocurre en varias comunidades autónomas, tales como Valencia, se equipara el término patria potestad a responsabilidad parental; el de

custodia a coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los menores; y finalmente, el de régimen de visitas a periodo de convivencia o de estancia.

Otra consecuencia que se produciría con la incorporación de esta ley al ordenamiento jurídico español sería la modificación del articulado del Código Civil, siendo lo más destacado una segunda variación del artículo 92 y la introducción del artículo 92 bis<sup>46</sup>, caracterizados ambos por la integración de los requisitos jurisprudenciales que se han estado estableciendo desde la entrada en vigor de la anterior ley de 2005, así como de las bases de la regulación previstas por las comunidades autónomas con normativa foral en este campo, habiéndose tenido en consideración sobre todo las legislaciones de Aragón y Cataluña anteriormente analizadas. Tales cambios legislativos se manifiestan, por un lado, en la regulación del denominado plan de ejercicio de la responsabilidad parental, que al igual que hace el legislador catalán, se introduce con el fin de fomentar un mayor compromiso por parte de ambos progenitores para llegar a acuerdos en beneficio del menor, acuerdos que, por su propia naturaleza, esto es, por haber sido aceptados por ambos, pueden permitir suponer que serán objeto de un mayor y más real cumplimiento, especialmente en comparación con una resolución judicial que puede ser impuesta en contra de la voluntad de alguno de ellos. Sin embargo, se diferencia de la regulación catalana prevista en su ley 25/2010, en cuanto esta última asegura que si tales acuerdos, con independencia de cómo se hayan querido organizar los cónyuges, han sido aceptados por ambos, el juez debe homologarlos, debiendo el juzgador pronunciarse solamente sobre aquellas cuestiones en las que no se hubiera conseguido un acuerdo. Por contra, este anteproyecto permite que, una vez entregado el correspondiente acuerdo, el juez puede denegarlo en su totalidad o en parte si considera que existe mejor forma de organización en base al interés superior del menor, lo que daría lugar al mismo resultado práctico que, se intenta evitar. Además, con la introducción del artículo 92 bis, se intenta una mejor redacción que la actualmente vigente, pues queda claro que el término "excepcionalmente" aplicado a la custodia compartida se interpreta como se ha

---

<sup>46</sup> <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>

venido haciendo por la jurisprudencia<sup>47</sup>, ya que la futura redacción tendría el siguiente 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 y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos*".<sup>48</sup>

No obstante, aunque con esta regulación se eliminaría el miedo inicial que tuvo el legislador de 2005 cuando incorporó por primera vez en el ordenamiento jurídico la custodia compartida, lo cierto es que tampoco con el anteproyecto se impone este tipo de régimen de cuidado del menor como la regla preferente, por lo que mantiene la línea establecida por la comunidad de Navarra, entendiéndose que el juez aplicará el régimen más idóneo en función del principio "*favor filii*", pero con la novedad que introduce los requisitos que la jurisprudencia acogió en su momento en las tres famosas sentencias del Tribunal Supremo originarias de los criterios de atribución del régimen de custodia, tales como la práctica habitual anterior a la crisis matrimonial, el horario laboral compatible, la implicación en la vida del menor, entre otros muchos, con la finalidad de establecer una guía de actuación que permita al juzgador decidir en base a la concurrencia o no de los mismos.

Por otro lado, se mantiene también como supuesto en el que no sería posible atribuir un régimen de coparentalidad el de existencia de violencia de género, con la modificación necesaria del apartado séptimo del actual artículo 92 como consecuencia de las abundantes críticas mencionadas ante una regulación tan sancionadora, por lo que se introduce que es necesario una previa sentencia firme para impedir que el condenado pueda ostentar la custodia, ni en un régimen individual ni compartido. De otra parte, se posibilita que se fundamente la negación de un régimen de corresponsabilidad en el

---

<sup>47</sup> Así, la interpretación jurisprudencial en relación al término "excepcionalmente" recordar que consistía en la posibilidad de que el juez determinara la custodia compartida entre los progenitores en los supuestos en que sólo uno de ellos o ninguno hubiera solicitado este régimen, si considera que es lo más conveniente para el menor.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión, destaca la posición contraria que se mantiene en la sentencia del Tribunal Supremo número 146903/2012, de 9 de marzo (ROJ: STS 146903/2012-ECLI:ES:TS:146903/2012) que se pronuncia entendiéndose que "*es improcedente cuando ninguno lo solicite (...), podría configurarse como un régimen de imposible cumplimiento por motivos personales y económicos*".

cuidado del menor cuando se esté incurrido en un proceso penal por esta causa o existan indicios fundando por la presunta comisión de tales delitos, pero sin perjuicio de una modificación a posteriori de las medidas definitivas y, en su caso, de la posibilidad de establecer un régimen de estancia, relación y comunicación directa del presunto autor con el menor.

#### 5.- Otros aspectos de la custodia compartida:

A lo largo de todo el trabajo se ha estado haciendo referencia de forma exclusiva a la custodia, observada desde su ámbito personal, es decir, entendida como el deber de los progenitores de cuidar y velar por sus hijos. Sin embargo, lo cierto es que, tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, surgen otras cuestiones que han de ser necesariamente consideradas, tanto por parte de los progenitores como del agente juzgador en ausencia de un acuerdo entre aquéllos. Y al igual que a la hora de regular aquel aspecto personal de la custodia podemos encontrar marcadas diferencias entre los ordenamientos de cada momento histórico o de distintos territorios, lo cierto es que también existen gran disparidad de criterio con respecto a esos otros aspectos a los que se hará referencia a continuación, y que son:

##### 5. a.- La atribución de la vivienda y del ajuar familiar

Como punto de partida, el término vivienda en este ámbito abarca no solamente el lugar físico en donde reside el menor, manifestación tangible del derecho a la vivienda del mismo, sino que adquiere una concepción mucho más amplia, entendiendo por tal la estructura organizativa de la vida familiar del menor, es decir, el contexto en el que se desenvuelven las relaciones tanto familiares como sociales del hijo, que da lugar a un auténtico arraigo familiar y social y permite el desarrollo de la personalidad del menor<sup>49</sup>. La consecuencia de esta concepción amplia es la no inclusión de la atribución del uso de la vivienda en la esfera de los efectos patrimoniales del proceso de liquidación de la unidad familiar tras la crisis, y su consideración como una cuestión de necesario pronunciamiento en el ámbito personal, de forma conjunta con la decisión

---

<sup>49</sup>Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág 509.

sobre la atribución de la patria potestad y tipo de régimen de custodia, por considerarse que frente al interés privado de cada progenitor prima el interés colectivo familiar.

En base a lo expuesto, resulta incomprensible que, una vez más, el legislador español en el ámbito del derecho civil común, regule una materia de forma tan escueta, donde los criterios para la correspondiente asignación del uso de la vivienda brillan por su completa ausencia, pero ya no sólo en las regulaciones anteriores a 2005, sino que incluso tras la introducción específica del modelo de custodia compartida no se lleva a cabo ninguna modificación del artículo 96 del Código Civil. En este precepto se hace referencia exclusivamente, por un lado, a los supuestos de custodia monoparental, en donde el criterio escogido para la atribución del uso y disfrute de la vivienda consiste en asignarla al progenitor que se constituya como custodio exclusivo, y por el otro, en los supuestos de custodia partida, esto es, cuando se separan a los hermanos, se establece un criterio judicial en base a su función discrecional, por lo que se deja un correspondiente vacío legal en cuanto a los demás regímenes de custodia compartida. Como consecuencia, nace una variada jurisprudencia que establece diferentes sistemas de adjudicación de la vivienda lo que permite hablar, según Lathrop Gómez, F., de residencia privilegiada y de residencia alternada<sup>50</sup>.

Tras la crisis correspondiente y el establecimiento de la custodia compartida puede surgir la figura denominada "progenitor privilegiado", atribuyéndole tal calificación a aquél con el que los menores conviven durante la mayor parte del tiempo<sup>51</sup>, y como consecuencia, en base a esta característica, el uso de la vivienda le corresponde al mismo; siendo esta vivienda la considerada como residencia privilegiada. En este caso son los menores quienes cada periodo correspondiente alternan de domicilio, aunque bien es cierto que existe una segunda modalidad que lleva a la misma consecuencia fáctica, consistente en la liquidación y venta de la vivienda familiar, por lo que en estos casos, también son los hijos menores quienes irán a la casa

---

<sup>50</sup> Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág. 515-519

<sup>51</sup> En cuanto al término progenitor privilegiado, se debe recordar que es jurisprudencia unánime entender que la custodia compartida no es equivalente a un reparto matemático e igualitario del tiempo de convivencia entre los progenitores y el menor, sino que consiste en la distribución de los periodos temporales en donde se permita el ejercicio de cuidado del menor por parte de ambos progenitores

del progenitor custodio en cada periodo. Uno de los problemas jurídicos que surgen como resultado de la observación de estos métodos versa sobre el necesario empadronamiento de los menores, cuestión sobre la cual se ha pronunciado la Fiscalía General en el año 2006, entendiendo que en ningún caso se permitirá que se inscriban en dos domicilios diferentes por tratarse de una irregularidad, por lo que los progenitores deberán decidir un único lugar. No obstante, también es posible que la vivienda no sea atribuida de forma exclusiva a uno de los dos progenitores, sino que se reparta en función de los periodos temporales que a cada uno le corresponden conforme a la guarda y custodia del menor. Es lo que se conoce por la doctrina como el "sistema de anidación", consistente en la permanencia del menor en la vivienda familiar (denominada "nido"), que da lugar a una rotación de los progenitores, que tendrán por lo tanto una residencia alterna<sup>52</sup>. Con respecto a esta segunda modalidad, se observa la necesidad de que ambos progenitores cuenten con amplios recursos económicos que les permitan hacer frente al mantenimiento de dos viviendas a cada uno, como son la vivienda familiar en donde reside únicamente el menor y la vivienda propia y exclusiva donde residirán el progenitor durante aquellos momentos en los que no se están constituyendo como progenitor custodio del hijo<sup>53</sup>. Por otro lado y respecto a las regulaciones forales, el legislador aragonés dispone en el artículo 81 de su código foral los criterios de atribución de uso y disfrute de la vivienda habitual, tanto en los supuestos de custodia compartida como individual. Estos criterios, en el caso de la custodia compartida, son, en primer lugar, una razón objetiva basada en el nivel económico, ya que el precepto hace mención a "*la dificultad para acceder al mercado inmobiliario*", y en segundo lugar, también es criterio a tener en cuenta el favorecer las relaciones familiares, aunque este último criterio tiene carácter subsidiario para los supuestos en donde no existan diferencias económicas sustantivas entre los progenitores. De la combinación de estos dos primeros criterios, se puede entender que

---

<sup>52</sup>Lathrop Gómez, F., "*Custodia compartida de los hijos*", La ley, Madrid, 2008, pág 519

<sup>53</sup>Asimismo, otra desventaja reconocida para este modelo se encuentra en múltiples sentencias, tales como la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid número 192882/2007, de 11 de abril (EDJ 192882/2007), que considera que "*la custodia compartida es altamente perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio o de costumbres dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los progenitores*".

no se constituye, como fundamento inspirador y primordial, el interés superior del menor, sino, tal y como literalmente se establece "*el mejor interés de la relación familiar*". Esta expresión se define como la situación que permita un contacto directo y continuado de los hijos con los progenitores y demás familiares, así, en esta cuestión en concreto, el fundamento "*favor filii*" no adquiere su máxima expresión, sino que está en un segundo lugar para dar mayor importancia a la igualdad de los derechos de los progenitores. Aunque también se prevé el supuesto de liquidación de la vivienda si es lo más conveniente para el mejor funcionamiento de las relaciones familiares, regulándose que sea el juez quien acuerde su venta, con la omisión de otras modalidades menos gravosas que permitan la transmisión del uso y disfrute como el arrendamiento.

Nada más dice con respecto a las otras modalidades del régimen de custodia compartida, dejando sin solución el supuesto de la residencia alternada por los progenitores e interrumpida del menor en la vivienda familiar, así como el de custodia partida. En esta última modalidad de guarda y custodia compartida se discute si los criterios a tener en cuenta son los establecidos para la custodia compartida, individual, o bien un mecanismo meramente numérico en donde se atiende a cuántos hijos están a cargo y cuidado de un progenitor frente al otro, con independencia de las edades.

Además, se hace referencia al ajuar familiar, entendido como el conjunto de mobiliario, enseres y demás bienes muebles<sup>54</sup> que, por encontrarse dentro de la vivienda, tendrán igual destino que el que tenga la primera, sin perjuicio de que los bienes privativos sean retirados por el progenitor titular. Ante tal posibilidad, se plantea cuál sea la actuación procedente en aquellos supuestos de atribución de la vivienda conforme al sistema de anidación cuando el bien mueble privativo reclamado tiene la característica de ser, al mismo tiempo, un bien esencial de la vivienda, como por ejemplo la propia cama del menor. No existe una respuesta concreta y general para dicha pregunta, pero se entiende que lo procedente en tales casos será la imposibilidad por parte de los progenitores de reclamar su recuperación.

En segundo lugar, la comunidad autónoma catalana regula todo un sistema de atribución de la vivienda, a partir de su artículo 233-20 en adelante del código civil

---

<sup>54</sup>En ningún caso, se incluyen dentro del ajuar familiar aquellos objetos artísticos, históricos y de valor extraordinario

foral, caracterizándose, al igual que se hizo con respecto a la elección del régimen de la custodia, por la preferencia de lo acordado por los propios progenitores en el instrumento obligatorio del plan de parentalidad, siempre con el fundamento del interés superior del menor. Este principio inspirador adquiere, a diferencia de la legislación aragonesa, su máximo esplendor, ya que el legislador catalán entiende que ningún pacto será válido cuando perjudique al menor. Por el otro lado, se ofrece la posibilidad de que tal atribución de la vivienda se pondere como una contribución en especie a la prestación alimenticia o compensatoria, al establecer que "*(...) a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este*".

Solamente en defecto de pacto que regule esta cuestión entre los progenitores, entra el juez a determinar el criterio a seguir para la atribución del uso del domicilio familiar, y se observa que el criterio determinante se basa en cuál de los dos progenitores ostente la custodia, siendo éste a quien se le concede el derecho de uso y disfrute de la vivienda. Sin embargo, esta regla general conoce determinadas excepciones que tienen como razón común el nivel económico de los progenitores. En concreto, se favorece al más necesitado con la atribución de estos derechos sobre el domicilio en los siguientes casos: en el supuesto de una custodia compartida; cuando en el momento de la crisis matrimonial no haya hijos o, si los hay, no sean menores de edad; cuando se requiere que se prolongue la atribución de la vivienda, una vez alcanzado el hijo la mayoría de edad; y finalmente, cuando no ostente la custodia del menor. Así, en base a esta razón objetiva se llega consecuentemente a una exclusión de la atribución de la vivienda a favor del progenitor custodio que goce de los suficientes medios económicos para cubrir la necesidad de una vivienda o para garantizar una pensión de alimentos a favor de los menores o, en su caso, compensatoria al cónyuge. No obstante, en todos estos casos excepcionales, el uso de la vivienda se hace con carácter temporal, sin perjuicio de una prórroga que sólo cabe cuando se mantengan las mismas circunstancias que fundamentaron en ese momento tal decisión. Por tanto, no cabe el planteamiento de situaciones aparecidas "*ex novo*", aunque sean determinantes para la atribución del domicilio familiar.

Como peculiaridad de la legislación catalana, se regula la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar aún cuando ninguno de los progenitores ostente un título de dominio sobre dicha vivienda. En tales casos, la atribución de los derechos se hará dentro del ámbito que le corresponda y conforme al título correspondiente<sup>55</sup>. Y por otro lado, se regula que todos estos criterios permitan determinar, ya no únicamente el uso y disfrute del domicilio familiar, sino que se amplía a los supuestos de las calificadas como segundas viviendas, lo que constituye una diferencia con respecto a lo previsto por el legislador civil común y por la doctrina legal mayoritaria de las Audiencias Provinciales, donde solamente se pronuncian con respecto a la vivienda principal, sin perjuicio de no poner ninguna objeción a los supuestos de previsión del uso de las demás residencias, en los casos de regulación de estos aspectos por los propios progenitores de mutuo acuerdo.

Por su parte, la comunidad de Navarra, en su legislación foral, se limita exclusivamente a regular el régimen de custodia y guarda de los menores, imponiendo un absoluto silencio con respecto a todas las restantes cuestiones, por lo que en virtud del artículo cuarto apartado tercero<sup>56</sup>, en donde se consagran como principios fundamentales el interés superior del menor y la igualdad de los dos progenitores a relacionarse con sus hijos, se entiende que mediante una interpretación extensiva, el juzgador correspondiente, para los casos en que debe atribuir el uso de la vivienda, se regirá de forma subsidiaria por lo establecido en el código civil común pero bajo la combinación de tales principios inspiradores.

Con respecto a la regulación de la comunidad valenciana se observa, en contraposición con el artículo 96 del Código Civil, el cambio del término empleado, al sustituir el término "uso" por "destino" para ofrecer, de esta manera, un mayor ámbito de actuación al progenitor a favor del cual se atribuye la vivienda, como pudiera ser la posibilidad de realizar actos de disposición, como una venta, sobre la misma. En segundo lugar, el artículo sexto<sup>57</sup> de la ley valenciana establece como primer criterio delimitador para establecer dicho destino de la vivienda, el propio pacto previsto por los progenitores, que siempre será válido, salvo en el supuesto de que lo desaconsejen

---

<sup>55</sup> Estos son los supuestos por ejemplo de tolerancia de tercero o arrendamiento

<sup>56</sup> Véase artículo 4.3 de la Ley 3/2011, de 17 de marzo

<sup>57</sup> Véase artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril

razones de orden público. En defecto de este criterio general se establece explícitamente que, tanto para un régimen de custodia compartida como para la custodia monoparental, el fundamento principal será, en todo caso, el interés superior del menor y, si cabe, su compaginación con la intención de favorecer al cónyuge que tenga mayores dificultades económicas para la adquisición de una vivienda.

Por otro lado, el apartado segundo de este artículo enumera los supuestos de prohibición de adjudicación de la vivienda a favor de uno de los progenitores, cuestión que se recoge por primera vez en la legislación dentro del ámbito estatal. En tal sentido, se dispone que en los supuestos de custodia exclusiva, no será posible atribuirle al progenitor custodio el domicilio familiar en base al criterio de ser el encargado individualmente del cuidado y guarda del menor, cuando éste progenitor tenga una segunda residencia o, por contar con medios económicos suficientes, pudiera adquirirla. Asimismo, se admite la posibilidad de introducir circunstancias "*ex novo*" que permitan la modificación de la decisión adoptada.

En cuanto al ajuar familiar, se hace referencia a sus criterios de distribución en una línea similar a la acogida por el Código Civil común, con la diferencia de que en la ley valenciana se regula el supuesto problemático, al que se hizo mención, de que el uso y disfrute de la vivienda sea atribuido precisamente en base al sistema de anidación y los bienes muebles privativos sean reclamados por su titular, cuando tales bienes muebles sean además esenciales para la vivienda. Así, el legislador valenciano dispone que, en tales casos, se debe efectuar el reparto de los bienes de acuerdo con los criterios propios de la liquidación del régimen de la sociedad familiar, ya sea separación de bienes o régimen legal de gananciales.

Finalmente, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar es una cuestión que también es regulada por el anteproyecto de ley de reforma y, a diferencia de la regulación actual, se recogen distintos criterios, tanto forales como jurisprudenciales, dando lugar a una legislación abundante y extensa para poner fin a las problemáticas fácticas y jurídicas que se vienen planteando en la práctica forense en los procesos contenciosos familiares. En esta línea, en primer lugar, se regulan las diferentes modalidades del régimen de custodia, estableciendo específicamente los criterios inspiradores que deben fundamentar la decisión de atribución del uso de la

vivienda familiar, tanto en los casos de custodia exclusiva como compartida, incluyendo, dentro de este último régimen, los criterios necesarios para la atribución de la vivienda en los supuestos de una custodia compartida partida. Por otro lado, se caracteriza por que tales criterios consisten, con carácter general, en una conjugación del interés superior del menor con la razón objetiva consistente en las posibles dificultades económicas que pudieran tener los progenitores tras la crisis conyugal. Así, en los supuestos de custodia exclusiva y en cuanto a la titularidad, si la vivienda familiar es un bien privativo se atribuye al progenitor que resulte titular único, independientemente de que ostente o no la custodia del menor, sin perjuicio de que los derechos de uso y disfrute de la vivienda puedan ser atribuidos al progenitor no titular custodio del menor e, incluso, al progenitor no titular de la vivienda ni custodio del menor, cuando el primero – el progenitor titular - goce de los medios económicos suficientes y necesarios. En cuanto a los supuestos de custodia compartida, se pone fin a la discusión anteriormente mencionada acerca de la determinación del lugar en el que debe empadronarse el menor<sup>58</sup>. En este sentido, se regula que se inscribirá en el término municipal donde resida el progenitor custodio con el que, en el cómputo anual, pase más tiempo y, en defecto de este criterio, se escoge el de mayor vinculación del menor con su progenitor. En todo caso, a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar se le confiere carácter temporal, al igual que lo establecen las comunidades autónomas, fijando como límite máximo de tales derechos el momento en el que haya cesado la obligación de prestar alimentos por parte del progenitor hacia el menor. Aunque también se establece un periodo máximo de dos años, con posibilidad de prorrogarlo por un año más, en aquellos supuestos en los que la adjudicación del uso y disfrute del domicilio familiar se realice, con independencia de quién sea progenitor custodio, en base a la situación económica de los padres. Asimismo, del tenor literal del precepto se observa que el término uso y disfrute, como es característico de la naturaleza jurídica de tales derechos, impide la disposición de la propiedad de la vivienda de forma unilateral por parte del progenitor beneficiario de tales derechos de posesión, y, por lo tanto, se mantiene la peculiar diferencia con respecto a la regulación

---

<sup>58</sup> Con respecto a esta problemática, recordar que nace siempre que el uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuyera en base al criterio de la residencia alternada por parte del hijo, no de los progenitores

valenciana, donde en vez de “uso y disfrute” se habla de “destino de la vivienda” permitiendo la posibilidad de enajenar libremente el domicilio familiar por parte del progenitor no titular sin necesidad de que medie un acuerdo entre ambos progenitores o, en su defecto, una autorización judicial.

Y finalmente, al igual que lo hace la legislación catalana, el legislador civil común en el anteproyecto de ley hace referencia a la posibilidad de que el título por el que se posea la vivienda familiar no sea únicamente el de propiedad y, así, regula expresamente el supuesto de tolerancia de tercero, considerando que se determinará el uso y disfrute de la vivienda en función de cada título, entendiéndose en el supuesto de precariedad que finaliza el derecho de posesión en el momento en que el titular reclame su propiedad.

#### 5. b.- Contribución de gastos:

El artículo 39.3 de la Constitución Española regula la obligación de los padres de prestar asistencia a sus hijos menores, obligación que también se recoge en el artículo 110 del Código Civil, que dice: *"El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"*. De igual forma, el artículo 154 del mismo cuerpo legal reconoce como un deber dentro de la potestad ejercida por los progenitores el de velar por los menores, que incluye el quehacer de alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación íntegra, con independencia de si existe o no una unión familiar.

Por esta razón, cuando cesa la convivencia entre los cónyuges se plantea como una cuestión determinante la necesidad de resolver cómo va a contribuir cada progenitor a los gastos de los hijos con el fin de asegurar el mantenimiento y la satisfacción de sus necesidades a partir de ese momento. Así, por primera vez en este trabajo, se desarrollará un análisis en el ámbito patrimonial y económico de la custodia compartida, ya que la atribución de la vivienda familiar, aunque se trate de una cuestión que se desenvuelve en los umbrales del patrimonio de uno o de ambos progenitores, como consecuencia de la admisión de un concepto amplio, esto es, entendida la atribución de la vivienda familiar como el derecho del menor al desarrollo de la vida familiar, no se encuentra circunscrita a la esfera patrimonial, sino que invade el ámbito personal.

En lo concerniente a la legislación civil común, se hace referencia a la distribución de los gastos del menor mediante el uso genérico del término "derecho-deber de prestar alimentos". El empleo de esta terminología da lugar a que tradicionalmente se hayan venido diferenciando dos conceptos. En primer lugar, alimentos en un sentido amplio, que se caracteriza por que incluye un conjunto de prestaciones que son asimiladas por el derecho civil a los alimentos y, por tanto, se considera que forman parte del concepto, a pesar de no resultar verdaderamente alimentos. Y, por otro lado, el concepto de alimento en un sentido estricto, limitados únicamente a los alimentos desde la perspectiva natural. Así, la doctrina identifica la prestación de alimentos en sentido estricto como una obligación que nace exclusivamente entre hermanos y para el sustento de las necesidades mínimas y que, por tanto, se aleja del ámbito de estudio de este trabajo, mientras que, por otro lado, el derecho de alimentos interpretado ampliamente se constituye como un derecho-deber que surge entre los cónyuges, ascendientes y descendientes, y por consecuencia, entre los progenitores y sus hijos<sup>59</sup>. En concreto, el artículo 142 del Código Civil define la palabra "alimentos" como: " (...) *todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. (...) también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*". Este derecho, para quien se posiciona como alimentista, nace desde el momento en que los alimentos sean necesarios y se entiende que, en los supuestos de una crisis conyugal, el presupuesto de situación de necesidad surge como consecuencia del propio cambio en la forma de afrontar los gastos debido al cese de la convivencia de los progenitores. En cuanto a la satisfacción de este derecho-deber de prestar alimentos, el artículo 149.1 del Código Civil regula que se podrá hacer por dos vías distintas, bien mediante una pensión pecuniaria o bien mediante el mantenimiento del menor en la propia casa del progenitor, poniendo de manifiesto esta última posibilidad el reseñado carácter de contribución en especie de que reviste la convivencia con el progenitor custodio al que se le atribuye el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar. Por lo que respecta a la cuantía, el artículo 146 del

---

<sup>59</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, C., De Pablo Contreras, P. y Pérez Álvarez, M.A., "*Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*" Colex, Madrid, 2011, pág. 43 y 44

mismo texto legal prevé el criterio de la proporcionalidad para regular la distribución de los gastos económicos entre los progenitores, teniendo en cuenta tanto los propios medios del alimentante como las necesidades del alimentista.

No obstante, del análisis del conjunto de los preceptos dictados por el legislador para regular el derecho-deber de prestar alimentos, se desprende que los criterios legales no son suficientes para determinar la forma en la que se debe proceder ante la ausencia de acuerdo entre los progenitores sobre la nueva distribución y reparto de gastos que concierne al menor en los supuestos de crisis familiares<sup>60</sup>. Así, una vez más y ante tal laguna legislativa, han sido la jurisprudencia y la doctrina los encargados de suplirla, determinando tanto la forma en que se llevará a cabo dicho reparto como el importe de las pensiones alimenticias, en su caso. Con respecto a esta última cuestión relativa a la cuantía de la pensión, cabe hacer mención al pronunciamiento llevado a cabo por el Tribunal Supremo en sentencia número 26741/2002, de 10 de junio (ROJ:STS 26741/2002-ECLI:ES:TS:26741:2002) en donde se considera que: "*la pensión alimenticia tiene más características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, (...), una de tales manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía (...) y, en todo caso, la cantidad de una pensión pecuniaria debe ser establecida en atención a los deberes domésticos, cuidados y necesidades del hijo para poder determinar las bases de la cantidad pecuniaria que se deberá abonar y proceder, posteriormente, a la distribución de tales cargas entre los progenitores, no al contrario (...)*". Se observa, por tanto, que una de las mayores dificultades a la que se enfrenta el juez consiste en la determinación de la cantidad de forma previa a la propia realización y devengo de los gastos, por lo que se aprecia la necesaria contribución parental, al no poder establecerse una cantidad en abstracto, sino pecuniaria y perfectamente delimitada, sin perjuicio de una posible modificación en base a la cláusula "*rebus sic stantibus*".

---

<sup>60</sup>Delgado del Río, G., "*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*". Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág 185 dispone que la obligación de prestar alimentos a los hijos es inherente a la paternidad y maternidad, es una materia de *ius cogens* y, en consecuencia, no disponible por las partes. Así, el artículo 92 del Código Civil recuerda que la ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

En tal sentido, se encuentra el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo número 49231/2003, de 1 de julio (EDJ 49231/2003), donde se declara que: *"En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de una situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil"*.

Por el otro lado y en relación con el mantenimiento de los hijos, es práctica habitual distinguir dos tipos de gastos, los ordinarios y los denominados extraordinarios, siendo los criterios determinantes de la resolución distintos en función de si se trata de uno u otro tipo. Por lo tanto, por lo que respecta a los gastos ordinarios, se identifica con este adjetivo todo aquel pago que se lleva a cabo de forma habitual, incluyendo, por tanto, las cantidades pecuniarias periódicas, fijas y previsibles. A sensu contrario, el gasto extraordinario está caracterizado por la indeterminación de su propia existencia, naturaleza y cuantía. Así, los gastos extraordinarios constituyen cantidades inespecíficas que requieren de una posterior objetivación y que pueden o no ser devengadas, por lo tanto, imprevistas y no periódicas. Sin perjuicio de esta clasificación, existen otras como la realizada por Lathorp Gómez, F., que considera que una diferenciación más acertada daría lugar a distinguir entre los siguientes tres conceptos: en primer lugar, los alimentos ordinarios, que define como aquéllos de difícil anticipación para determinar su cuantía, ya que varían notablemente, considerando como tales la comida, la vestimenta y el ocio; por otro lado, los gastos ordinarios, que como tal, son periódicos, cuantificables y objetivos, lo que conlleva a un devengo fijo; y finalmente, los gastos verdaderamente extraordinarios, cuyas características hace coincidir con las reseñadas anteriormente<sup>61</sup>.

Aunque lo cierto es que la jurisprudencia, ante la ausencia de un listado o enumeración de los conceptos que de forma concreta se deben entender como ordinarios

---

<sup>61</sup>Lathorp Gómez, F., *"Custodia compartida de los hijos"*, La ley, Madrid, 2008, pág 532-534

y extraordinarios, ha venido entendiendo que tales condiciones estarán establecidas por la propia práctica que los progenitores tuvieran antes de la crisis conyugal. En tal sentido, tiene declarado que no se puede imputar como extraordinario un gasto que, aunque aisladamente pudiera adquirir esta característica, dentro de la unidad familiar objeto de discusión, en base a sus propias circunstancias, no se puede clasificar como gasto extraordinario sino como ordinario. En esta línea se encuentran varios pronunciamientos entre los que destacan, la sentencia del Tribunal Supremo número 224288/2011, de 26 de octubre (ROJ:STS 224288/2011-ECLI:ES:TS:224288:2011) que establece que: *"(...) si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formarán parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel de vida que existía antes de la separación o del divorcio, deben de considerarse tales gastos como ordinarios."*

Determinados los conceptos, es necesario hacer referencia a los criterios a seguir para la distribución de su correspondiente satisfacción. Cuando el régimen de guarda y custodia establecido entre los progenitores para con el menor consiste en un régimen de custodia compartida, la práctica forense en las sedes judiciales, en defecto de mutuo acuerdo, consiste en la no imposición de una pensión alimenticia a cargo de ninguno de los progenitores. Se elimina, en definitiva, la determinación de un padre como asignatario exclusivo de la prestación de alimentos, para considerar que, al igual que el cuidado personal y la convivencia de los progenitores con el menor se realiza de forma conjunta, los gastos económicos también han de ser compartidos por ambos. De esta manera, en el régimen de custodia compartida, el reparto de los gastos ordinarios se resuelve mediante lo que se denomina el mantenimiento directo de los hijos durante el periodo de convivencia<sup>62</sup>, esto es, la asunción de los gastos necesarios para el sustento del menor por ambos progenitores, durante el lapso temporal en que se constituyen como progenitores custodios. Este criterio conlleva varias ventajas, todas ellas con el común denominador de que permite a ambos progenitores que se involucren en un mayor grado dentro de la vida cotidiana del menor, evitando la irresponsabilidad de los mismos, contribuyendo al adecuado funcionamiento del régimen de custodia escogido

---

<sup>62</sup>Lathrop Gómez, F., *"Custodia compartida de los hijos"*, La ley, Madrid, 2008, pág 529

y, en consecuencia, conforme a este criterio la distribución de los gastos da lugar a que no se asuman solamente un deber de realizar de forma periódica un pago pecuniario, como ocurre en los supuestos del progenitor no custodio al que se le impone la obligación de abonar una prestación alimenticia, sino que también posibilita suministrar una adecuada formación y educación integral, conceptos que, tal y como establece el artículo 142 del Código Civil, se configuran dentro del derecho de alimentos ampliamente interpretado. En tal sentido la jurisprudencia se pronuncia considerando que: *"no procede la fijación de una pensión de alimentos en la custodia compartida cuando el tiempo de convivencia y el nivel económico entre ambos progenitores es similar, (...) durante los periodos se asumen los correspondientes gastos propios de convivencia" / "en defecto de acuerdo, se impone el sistema de pago de los gastos en función de la estancia con los menores" / "los gastos de manutención y vivienda se atenderá directamente por cada progenitor cuando custodie al menor"*. Sin embargo, este criterio de mantenimiento directo es, por otra parte, tachado de ser un sistema injusto, fundamentándose en la disparidad económica y estatus social que pudiera haber entre un progenitor y otro. Esta crítica ha dado lugar a que se reconozcan situaciones donde la imposición de una pensión alimenticia a cargo de uno de los progenitores se constituye como necesaria, con el fin de paliar tales diferencias en los recursos económicos y equilibrar las situaciones patrimoniales de los progenitores para que el nivel de vida del menor, durante la convivencia con un progenitor y con el otro, no sea dispar. Este método se denomina mantenimiento indirecto, ya que se establece una cantidad pecuniaria a cargo del progenitor con más recursos económicos, con independencia de que el menor esté o no conviviendo con este progenitor, que es al mismo tiempo custodio parcial y alimentante. Un ejemplo de este posicionamiento se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 112551/2012, de 2 de marzo (EDJ número 112551/2012) en donde se establece que: *"(...) procede fijar una pensión alimenticia cuando es preciso compensar las diferencias patrimoniales que pudieran existir entre los obligados a abonarlas" / "cuando la custodia compartida entre ambos y los ingresos sean iguales, podría no fijarse una pensión en sentido estricto debiendo cada progenitor abonar los gastos correspondientes a la convivencia, sin embargo cuando los insostenibles no sean*

*iguales, se debe fijar a favor del progenitor con menos ingresos una pensión alimenticia".* Por tanto, en este sistema se atiende a un criterio proporcional de los ingresos económicos de cada progenitor, que participará en la medida establecida, conforme a tales criterios, en la satisfacción de las necesidades de los menores.

En lo referente a los gastos extraordinarios, la jurisprudencia civil común viene definiéndolos a partir de las pautas establecidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 39734/2012, de 24 de febrero (EDJ 39734/2012), donde se configura la denominada "teoría de actos propios en la reclamación de los gastos extraordinarios", entendiéndolo por tal concepto: "*Con carácter de generalización, son extraordinarios cuando no tienen periodicidad prefijada, dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, pudiendo surgir o no, vinculados a necesidades cubiertas económicamente de forma ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, sin perjuicio de aquéllos que sean asumidos como gastos ordinarios por los propios cónyuges*". Así, destaca como rasgo característico en esta definición, por un lado, que se requiere que sea un gasto imprevisto, pero, al mismo tiempo, se debe tratar de un gasto que cubra una necesidad básica del menor, por lo tanto, se debe descartar la inclusión en esta clasificación de las actividades de ocio o caprichos del hijo. Como se analizará más adelante, se trata de una de las principales diferencias de conceptualización en lo que respecta al término extraordinario entre la legislación común y la legislación foral.

Asimismo, los gastos extraordinarios difieren de los ordinarios no sólo en su concepto sino también en los criterios que se tienen en cuenta para determinar la forma en la que se llevará a cabo su satisfacción. De esta forma, se entiende por la jurisprudencia mayoritaria, aunque no de modo unitario, que, en defecto de pacto entre los progenitores, en los gastos extraordinarios no rige el principio de proporcionalidad de los recursos económicos, como así ocurre en los supuestos de gastos ordinarios. En tal sentido, será el juez quien, subsidiariamente, establezca la forma en la que a partir de la crisis conyugal se deban sufragar los gastos y, en concreto, el criterio empleado consiste en el reparto de forma equitativa, esto es, por iguales partes entre los progenitores, siendo una de las opciones para la administración de la economía, la

apertura de una cuenta bancaria conjunta donde se realicen aportaciones mensuales<sup>63</sup>. Lo cierto es que esta medida no sólo conlleva dificultades en el ámbito financiero sino que también surgen problemas con respecto a la administración y gestión de la misma, que puede llevarse a cabo por ambos o por un único progenitor, con rendición de cuentas. No obstante, a pesar de tales dificultades, no se trata de un modo de satisfacer los gastos extraordinarios meramente teórico, puesto que existen sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Castellón número 287376/2014, el 26 de diciembre (EDJ 287376/2014) que establece que: "*desembolsos extraordinarios con cargo a un fondo conformado por contribuciones mensuales por el padre y la madre, siendo ambos administradores, en cuanto que la administración exclusiva pudiera dar lugar a desconfianza y acentuar las malas relaciones entre los cónyuges*". Por consiguiente, se observa que el criterio establecido para la distribución de los gastos extraordinarios no es el principio de proporcionalidad en función de los recursos económicos que posea cada progenitor, sino en base al principio de igualdad, imputándose exactamente a cada uno el cincuenta por ciento de tales gastos, con independencia de sus ingresos respectivos.<sup>64</sup>

Por otro lado, en cuando a las legislaciones forales, se ha hecho mención a los pronunciamientos de todas ellas en lo referente a los criterios para la atribución de la custodia compartida y la custodia monoparental. También se ha procedido a su análisis en lo que concierne a las diferentes formas de atribución de la vivienda familiar y finalmente, al igual que lo hace el legislador civil común, también las distintas comunidades autónomas y sus respectivas Audiencias Provinciales han establecido las definiciones y los criterios propios para determinar cómo satisfacer las necesidades básicas del menor en la esfera patrimonial. Sin embargo, lo cierto es que no todas las leyes autonómicas que de forma específica regulan el régimen de custodia compartida

---

<sup>63</sup>Delgado del Río, G., "*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*". Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 186 hace referencia a la apertura de una cuenta corriente bancaria intitulada a nombre de ambos progenitores donde se extraigan los gastos extraordinarios que puedan suceder, con rendición de cuenta internas periódicas.

<sup>64</sup> Delgado del Río, G., "*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*". Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 187 hace referencia a la asunción de cada progenitor los gastos ordinarios en el tiempo en que el menor está con él y la asunción de los gastos extraordinarios por mitades

se pronuncian sobre esta cuestión de ámbito patrimonial, lo que da lugar a que en defecto de una regulación foral, se aplique lo establecido por la legislación civil común. En concreto, han establecido un régimen propio en esta materia la comunidad autónoma de Aragón, de Cataluña y de Valencia. Por lo tanto, carece de una regulación propia la comunidad autónoma de Navarra, al igual que ocurría con la cuestión de la atribución de la vivienda familiar.

En cuanto a la legislación de Aragón, se ha reseñado anteriormente que esta comunidad autónoma cuenta con un código civil foral y, dentro del mismo, en el artículo 82, dividido en cuatro apartados, se encuentra prevista la cuestión de los gastos ordinarios y extraordinarios. Como primera diferencia frente al derecho común se debe hacer mención al cambio de uso de los términos, pues se sustituye el concepto "pensión alimenticia" por "manutención de gastos", al entender que este último engloba aspectos más extensos que la simple satisfacción de la comida. De esta forma, se da carta de naturaleza y se consagra normativamente la interpretación extensiva que ha llevado a cabo la jurisprudencia sobre el concepto de "alimentos". En cuanto al término empleado por el legislador aragonés, lo cierto es que con "manutención de gastos" también se hace referencia a dos tipos de gastos, los ordinarios y los extraordinarios. Con respecto a los primeros, son entendidos de igual forma que lo hace la legislación civil común, así, se incluyen todos aquellos gastos marcados por un carácter de habitualidad a lo largo de un año, que se consideren imprescindibles para satisfacer las necesidades básicas o, desde otro punto de vista, son los gastos que permiten el cumplimiento de todos los deberes derivados de la autoridad familiar, lo que conlleva a la inclusión en su totalidad del artículo 65 del código foral, donde se regulan los derechos y deberes que ostentan el titular de la patria potestad<sup>65</sup>, y que son: tener a los hijos en la compañía con el progenitor, proveer sustento, educación, habitación, vestimenta, asistencia médica, entre otros.

Para la determinación de cómo deberá sufragar cada progenitor estos gastos, tras el cese de la convivencia, se establece una serie de disposiciones legales que son de aplicación únicamente en defecto de pacto entre los progenitores. Así, el apartado

---

<sup>65</sup> El término patria potestad es remplazado por el legislador aragonés por el término de autoridad familiar

segundo del artículo 82 establece que los criterios para determinar esta cuestión son las necesidades del hijo, los ingresos de los mismos, si los tuviera, y los ingresos propios de los progenitores, con independencia de la edad del hijo, que puede ser un menor, un emancipado e incluso, un mayor de edad, ya que lo determinante para el reparto de estos gastos entre los progenitores es que el hijo sea económicamente dependiente. Todo ello da lugar a que el criterio escogido para determinar la forma de sufragar estos gastos, se circunscribe únicamente al ámbito de los ingresos familiares, con exclusión del nivel de vida en el que se desarrollaba la unidad familiar previamente a la ruptura de la misma. Este último inciso conlleva a que en ningún caso quepa, como así ocurre en la legislación civil común, que se establezca una pensión de alimentos con el objetivo de re-equilibrar las situaciones patrimoniales de los progenitores. Otro criterio que se tiene en cuenta es precisamente el régimen de guarda y custodia establecido, lo que conlleva a diferenciar tres modalidades de reparto de los gastos ordinarios: en primer lugar, la atribución separada, que rige como regla general en los casos de custodia compartida, consistente en la satisfacción de los gastos en proporción al tiempo que el progenitor custodio conviva con el menor; por otro lado, la atribución de los gastos de forma compartida para los supuestos de una custodia monoparental, como consecuencia de que el progenitor a favor del cual se establece la guarda y custodia del menor no debe de forma exclusiva hacerse cargo de sufragar tales necesidades, ya que la patria potestad o autoridad familiar sigue siendo compartida entre ambos cónyuges; y, como última modalidad, el pago periódico entre los progenitores que combina los anteriores dos mecanismos<sup>66</sup>.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios, se vienen a definir, por oposición a los ordinarios, como imprevisibles y no periódicos, pero también se incluyen en esta categoría aquellos artículos de lujo y de extraordinario valor. Por otro lado, el legislador aragonés de forma explícita en el apartado cuarto del precepto 82 del código introduce una novedad legislativa consistente en establecer dentro de esta categoría una subdivisión entre los denominados gastos extraordinarios necesarios y los extraordinarios no necesarios, fijando criterios distintos para la satisfacción de los

---

<sup>66</sup> González del Pozo, J.P., *"Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón"* La ley, Madrid, 2010, pág. 487-489.

mismos. No obstante, solamente regula tales criterios, sin especificar qué es lo que se debe entender por estos dos nuevos conceptos, de tal manera que la Audiencia Provincial de Zaragoza viene a entender por necesarios aquéllos que, aún no siendo previstos, su realización es inevitable por satisfacer necesidades básicas del menor y, por consiguiente, el criterio que se adopta para su distribución es el mismo que el de los gastos ordinarios, esto es, el criterio de la proporcionalidad en base a los recursos económicos de los progenitores. Por el contrario, los gastos extraordinarios no necesarios son aquéllos que, aunque también son imprevisibles, no responden a una necesidad básica, y por lo tanto, en este concepto se incluyen los caprichos y actividades de disfrute del menor, que han sido excluidas por el legislador civil común, y, como no responden a una auténtica necesidad, el criterio para su reparto es el mero acuerdo entre los propios progenitores, lo que parece algo ilusorio puesto que si no han existido pactos en los temas referentes a las necesidades básicas del hijo común, menos probable parece que los vaya a haber sobre aquellas cuestiones que no lo son, y, por lo tanto, en defecto de pacto, responderá del mismo aquel progenitor que incurriera o autorizara el gasto.

Como se reseñó anteriormente, la segunda comunidad autónoma en promulgar una ley específica sobre la custodia compartida y las cuestiones que se desenvuelven alrededor de la misma fue Cataluña. El legislador catalán regula en su Ley 25/2010 el denominado plan de parentalidad, que adquiere un importante protagonismo en la fase de las medidas provisionales, puesto que en el mismo se deberá incluir, no sólo el régimen de convivencia entre los hijos y los progenitores, sino entre otros muchos más aspectos, se debe hacer referencia a la forma en la que, a partir de la resolución que establezca el divorcio o la separación, las partes se van a distribuir el correspondiente deber de alimentos frente a sus hijos menores, mayores de edad o emancipados que carezcan de suficientes medios económicos. Resulta característico de la propia redacción el artículo 233-1 letra d)<sup>67</sup>, ya que expresamente hace referencia al verbo "distribuir" y no se hace mención al término de prestación alimenticia; por otro lado, en la fase de medidas definitivas, el convenio regulador redactado por los propios progenitores también debe pronunciarse sobre los alimentos, así como sobre las

---

<sup>67</sup> Véase artículo 233-1 del código civil catalán

necesidades ordinarias y extraordinarias, debiendo por su parte la autoridad judicial competente homologar en todo caso tales acuerdos, con el único límite de que no perjudique al menor.

Por otro lado, al igual que el Código Civil, el legislador catalán regula un conglomerado de preceptos sobre los denominados "alimentos de origen familiar", entendidos como lo indispensable para el mantenimiento de la vivienda, la vestimenta, la asistencia media y la formación integral, y el criterio para su distribución se fundamenta en el principio de proporcionalidad entre los obligados, en virtud de los recursos económicos y sus posibilidades, sin perjuicio de que, si las circunstancias así lo requieran, se atribuya de forma íntegra la prestación a un sólo alimentante. También se regula cómo se determina la cuantía, atendiendo tanto a las necesidades del alimentista como a los medios económicos de los obligados; y en segundo lugar, la forma que puede ser satisfecha la manutención del menor, ya sea con el establecimiento de una cantidad pecuniaria o bien, mediante la convivencia, lo que pone de manifiesto el carácter de contribución en especie del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por parte de aquel progenitor custodio a quien se le atribuye. No obstante, tales criterios se entienden por la jurisprudencia como bastante abstractos, y así, se establecen unos criterios específicos para los supuestos concretos de crisis conyugales donde hayan hijos menores comunes.

En esta línea, la jurisprudencia entiende que en materia de pensiones alimenticias se deben diferenciar de un lado, los alimentos debidos, que se entienden como el deber que surge a cargo de quien ostenta la titularidad de la patria potestad; y de otro lado, las deudas alimenticias simples entre parientes. En ambos supuestos el criterio determinante para la distribución de los gastos se fundamenta en el principio de la proporcionalidad, no obstante, en los casos de pensiones alimenticias a favor de los hijos menores, jurisprudencialmente se viene aplicando, con carácter general, el criterio de la manutención directa del menor durante los periodos de convivencia y solamente para los gastos ordinarios, y para los gastos extraordinario se aplica, por analogía, la regla de la equidad establecida en el artículo 146 del Código Civil. En tal sentido se encuentran múltiples pronunciamientos, como el publicado por la Audiencia Provincial de Barcelona número 7223/2007, de 20 de febrero que establece: "*Cada progenitor*

*deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezcan con él, y en cuanto a los demás gastos de los niños, deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres".*

Como se aprecia en la anterior sentencia, es línea jurisprudencial reiterada el diferenciar entre gastos extraordinarios y gastos ordinarios, aunque lo cierto es que no se encuentra la mención a ambos conceptos en la propia ley catalana y, además, dentro de la propia categoría de gasto extraordinario viene la doctrina legal a diferenciar los gastos propios de las actividades extra-escolares. En un sentido opuesto a la definición de gasto ordinario, la Audiencia Provincial de Barcelona identifica con el término de extraordinario aquellos gastos que exceden de la naturaleza del ordinario, pero que, al mismo tiempo, son necesarios, imprescindibles, e imprevistos en ese momento, no periódicos o no conocidos, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social. En cuanto al criterio determinante para su distribución, se atiende al principio de igualdad entre ambos progenitores, por tanto, cada uno responderá al cincuenta por ciento. En cuanto al término empleado de actividades extra-escolares, se caracterizan estos gastos por no ostentar el carácter ni de gasto ordinario ni de gastos extraordinario necesario, por lo que, en caso de discrepancia, para la satisfacción de tales actividades será la autoridad judicial competente quien determine, en primer lugar, la necesidad o conveniencia de las mismas, y, en segundo lugar, los criterios para su satisfacción, que también podrá ser por iguales partes entre los progenitores.

En cuanto a la regulación de la distribución de tales gastos por parte de la comunidad autónoma de Valencia, se asume de igual forma la legislación y la jurisprudencia establecida respectivamente por la comunidad de Aragón y de Cataluña y, como consecuencia, se observa que el legislador dispone que, en los supuestos de falta de acuerdo en el reparto de los gastos ordinarios, el juez debe determinar el correspondiente mecanismo, atendiendo a los recursos de los progenitores, la necesidad de los hijos y, finalmente, el régimen de convivencia, considerando que, como regla general, para los supuestos de atribución a favor de un progenitor de la custodia exclusiva, se debe establecer una cantidad pecuniaria mensual a cargo parte del otro progenitor, mientras que, en los supuestos de custodia compartida, prima el criterio del mantenimiento directo, tal y como se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial

de Valencia número 1340/2005, de 30 de junio (EDJ número 1340/2005), al decir: "*Cada progenitor se hará cargo de la manutención de los menores en los periodos que estuviera a su cargo*". Por otro lado, en contra del carácter habitual del que goza todo gasto ordinario, el legislador valenciano también delimita el concepto de gasto extraordinario con la nota de excepcionalidad, tal y como se especifica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 87843/2006, de 22 de marzo (EDJ 87843/2006) que establece: "*todos aquellos gastos extraordinarios no periódicos, que por su entidad no se incluyen en la pensión de alimentos, como los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, así como aquellos otros gastos que por su entidad así se derivé y se tratase de una actividad consentida por ambos progenitores*", diferenciando dentro de esta misma categoría, entre aquéllos que gocen de un carácter necesario, siendo tales la educación y la salud no cubierta por la Seguridad Social; de los gastos que gocen de un carácter innecesario. Así, establece que, para los primeros, el criterio determinante que fundamenta la distribución de su satisfacción consiste en el principio de proporcionalidad, con total independencia del régimen de guarda y custodia establecido; mientras que para los casos en donde haya un desacuerdo en la forma de sufragar los gastos extraordinarios no necesarios se procederá a su satisfacción por parte del progenitor que hubiera autorizado o incurrido en tal gasto.

Por otro lado, también el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de custodia compartida se pronuncia sobre esta cuestión, siendo una de las primeras novedades que se pretenden promover el cambio de terminología del artículo 93 del Código Civil, que hace referencia a "satisfacer los alimentos" por la expresión de "cargas familiares". Por otro lado, se regula un incremento en la duración de estos derechos-deberes, que no se circunscriben únicamente a la minoría de edad o hasta la finalización de la formación, sino que se tiene en cuenta la dependencia económica de los hijos para fundamentar si existe todavía un deber de satisfacer tales cargas, en base a la titularidad de la patria potestad. Estas modificaciones presuponen una mayor conciencia por parte del legislador quien comienza a solventar los problemas jurídicos que nacen de la actual regulación, problemas sobre los que se ha tenido que ir pronunciando la jurisprudencia. De la misma manera, también se procura una

modificación del artículo 142 del Código Civil con el objetivo de introducir expresamente las definiciones de gastos ordinarios y extraordinarios, aunque dentro de estos últimos solamente se hace mención a los de carácter necesario, excluyendo los que las diferentes comunidades autónomas han denominado como gastos extraordinarios no necesarios, a los que expresamente el legislador español define como gastos voluntarios, por considerar que, a pesar del hecho de que tales gastos pueden ser continuos en el tiempo y adecuados para la formación, no son necesarios para el menor.

Por último, en cuanto a los criterios legalmente previstos para determinar cómo se satisfarán los gastos, tras la ruptura de la unidad familiar, el legislador retoma el principio de proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y los ingresos económicos del obligado, pero además, compagina dicho principio con el criterio de la manutención directa, es decir, en base al periodo temporal de permanencia del hijo con cada uno de los progenitores, o lo que es lo mismo desde otro punto de vista, se atiende al criterio de la proporcionalidad de forma conjunta con el tipo de régimen de guarda y custodia establecido.

#### 6.- Conclusión personal

A la vista de todo lo analizado, bajo mi personal punto de vista, como consecuencia de la enorme trascendencia jurídica de sustituir el sistema tradicional de custodia monoparental por el modelo de la custodia compartida, que requiere sobre todo un cambio de mentalidad entre los jueces así como en la propia sociedad en lo que se refiere al reparto tradicional de las potestades domésticas en el seno de la unidad familiar, considero que el legislador español a la hora de introducir esta figura lo hace de una forma escasa e insuficiente, con una regulación que plantea, por su difícil interpretación, más problemas que soluciones prácticas, y que no logra resolver uno de los conflictos más importantes dentro del ámbito civil por consistir el litigio precisamente en la toma de decisiones que afectarán directamente a la esfera personal de los menores. Por ello, es evidente que, más que necesario, se debe considerar ineludible la promulgación de una nueva legislación que modifique y solvante de forma definitiva toda la problemática jurídica mencionada, y de hecho, partiendo del estudio realizado a lo largo de este trabajo del Anteproyecto de ley, parece que el cambio que se

está tramitando podría considerarse el correcto, sin perjuicio de las concretas matizaciones citadas, como es el olvido o la verdadera exclusión de la filiación extra-matrimonial.

Se aprecia que evidentemente el legislador español se deja influir en gran medida, de un lado, por las propias soluciones jurisprudenciales, lo que debe entenderse como procedente de que paulatinamente se está consiguiendo modificar el planteamiento tradicional del reparto de roles, asumiéndose la nueva realidad social en donde los padres demandan también su reconocimiento como titulares de la patria potestad y protección a su deseo de seguir siendo partícipes activos de las decisiones relativas a la esfera personal de sus hijos, mostrando su completo descontento ante el trato como meros invitados con un derecho exclusivo de visitas. Pero, por otro lado, también existe un acogimiento de las medidas aportadas por las distintas legislaciones forales, sobre todo, destacando el marcado carácter preferente que se le intenta dar al cuidado personal de forma alternativa entre los progenitores para imponer como excepcional y subsidiario la custodia exclusiva que operaría, por lo tanto, solamente en defecto de que la primera se considere, no como insatisfactoria para permitir el desarrollo de la personalidad del menor, sino que ha de ser calificada como totalmente dañina para el beneficio del interés superior del menor. Esta novedosa introducción de la custodia compartida como institución general supone una frontal contradicción de la normativa actual contenida fundamentalmente en el artículo 92.8 del Código Civil que la concibe como medida excepcional. Cabe por tanto preguntarse si realmente es posible atribuir a cualquier tipo de régimen de la guarda y custodia un carácter de predominio frente a otra. Así pues, al inicio del trabajo surgía la cuestión sobre la forma en que se debía resolver el problema que plantea una ruptura de la convivencia entre los progenitores cuando existen hijos menores, y tras todo el ejercicio de investigación llevado a cabo, opino lo siguiente:

En el ámbito de una situación personal que, como tal, es exclusiva, aunque se aprecie la existencia de determinados elementos que concurren generalmente en otros supuestos, no es menos cierto que dentro de cada vivienda se desarrollan unas circunstancias peculiares, únicas y propias, cuyos orígenes se remontan a la propia relación entre los progenitores y de ellos con sus hijos, por lo que resulta misión

imposible prever un modelo genérico que se adapte a todas y cada una de estas especialidades. De ahí que la solución más idónea debería ser la que no atribuyera preferencia a una modalidad frente a la otra, sino la de colocar en un plano de total igualdad a los progenitores, de forma que en cada caso en concreto el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, pueda adoptar un concreto régimen en función de lo que considere más adecuado y beneficioso para el interés superior del menor.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Al tiempo de concluirse este trabajo, acaba de publicarse, el día 30 de junio de este año, la nueva ley vasca sobre la custodia compartida, que lleva por título Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, y que entrará en vigor el día 1 de octubre de este mismo año. El legislador vasco, al igual que el legislador aragonés, califica la custodia compartida como el régimen de guarda preferente frente a la custodia monoparental, siendo siempre el fundamento inspirador el interés superior del menor. Así, el artículo noveno dispone que: “*Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos*” y además, regula que la ni oposición de uno de los padres a dicho modelo de guarda y custodia ni las malas relaciones entre los primeros podrán considerarse en ningún caso como obstáculo para dicho régimen, ya que se considera, de una parte, que ambos progenitores tienen el derecho-deber de compartir la crianza y educación de sus hijos, y de la otra, que el hijo menor tiene el derecho a continuar relacionándose con sus progenitores en igualdad de condiciones. Por otro lado, en el apartado tercero del mismo artículo se recogen una serie de circunstancias a las que el juez deberá atender para poder adoptar la custodia compartida, entre las que destacan: la opinión de los propios hijos, el arraigo social, escolar y familiar de los menores y las posibilidades de conciliación de la vida laboral de cada uno de los progenitores para con los hijos. En cuanto a la manutención de los gastos para la satisfacción de las necesidades básicas de los menores, esta ley se pronuncia en el artículo siguiente diciendo, en primer lugar, qué debe entenderse por gasto ordinario y extraordinarios, excluyendo de ambas clasificaciones a los que denomina como gasto voluntario por no atender a necesidades primarias del hijo. En cuanto a los criterios para determinar la cuantía que cada progenitor debe satisfacer para sufragar los gastos, el legislador vasco solamente regula el criterio de proporción en base a los recursos económicos para los gastos extraordinarios. Así, guarda silencio al criterio necesario para atender a los gastos ordinarios, de los cuales se pronuncia sobre la forma en la que se llevará a cabo el cálculo de su prestación. Finalmente, el artículo 12 regula la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar atendiendo en primer lugar al interés superior del menor, pero en un segundo plano a las dificultades económicas que pudieran tener los progenitores a raíz del cese de la convivencia así como la titularidad de la vivienda familiar. Por ello y en virtud a la relación de estos criterios, la regla general de atribución del uso y disfrute de la vivienda en los supuestos de la custodia compartida será bien el sistema de anidación o bien, en defecto de éste, se atribuirá al progenitor

## **Bibliografía, artículos de revista, páginas web y jurisprudencia consultadas**

### Bibliografía:

1. Albácar López, J. L., y Martín Granizo, M., “*Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*”, Trivium, Madrid, 1991
2. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “*Comentarios al Código Civil*”, Thomson Reuters ARANZADI, Navarra, 2013
3. Castillejo Manzanares, R., “*Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*”. La Ley, Madrid, 2007
4. Delgado del Río, G., “*La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*” Thomson Reuters, Navarra, 2010.
5. Díez Picazo, L., y Gullón, A., “*Sistema de Derecho Civil (Vol. IV-Tomo 1)*”, Tecnos, Madrid, 2012.
6. González del Pozo, J. P., “*Comentarios sobre el ámbito y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón.*” La ley, Madrid, 2010
7. Holgado Esteban, J., Panisello Martínez, J., Puig Blanes, F. P., y Sospedra Navas, F. J., “*Comentarios al Código Civil de Cataluña, Tomo I*”, Thomson Reuters, Navarra, 2011
8. Ivars Ruiz, J., *La Guarda y Custodia compartida tras la actual Reforma del Código Civil. Aspectos procesales sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
9. Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. A., “*Elementos de Derecho Civil IV: Familia.*” Dykinson, Madrid, 2008.
10. Lasarte Álvarez, C., “*Principios de Derecho Civil, Tomo 6*” Tecnos, Madrid, 2011.
11. Lathrop Gómez, F., “*Custodia de los hijos*”, La ley, Madrid, 2008
12. Martínez de Aguirre Aldaz, C., De Pablo Contreras, P. y Pérez Álvarez, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia.* Colex, Madrid, 2011.

---

custodio que presente mayores dificultades económicas. En este último supuesto, la atribución de tales derechos será siempre temporal con un periodo máximo de dos años, sin perjuicio de prorrogarse en base a las concretas circunstancias.

13. Moreno Gil, O., *Código Civil y Jurisprudencia concordada*, BOE, Madrid, 2000
14. Picontó Novales, T., “*La custodia compartida a debate*” Dykinson, Madrid, 2010
15. Romero Coloma, A. M., “*La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*”. Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2011

Artículos de revistas consultadas:

1. Serrano García, J.A., “La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida” *Revista de derecho civil aragonés*, nº18, 2012, págs. 9-54
2. Ivars Ruiz, J., “La custodia compartida tras la reforma del Código Civil” *Revista internauta de práctica jurídica*, nº19, 2007, págs. 7-83
3. Alascio Carrasco, L., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art.92.8 CC)” *Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2011, págs. 4-23
4. De Torres Perea, J.M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social” *Revista para el análisis del derecho*, nº4, 2011, págs. 4-56
5. Guilarte Martín-Calero, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida” *Revista para el análisis del derecho*, nº3, 2010, págs. 3-19

Páginas web consultadas:

<http://www.boa.aragon.es>

[http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011\\_3975.pdf](http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011_3975.pdf)

<http://www.eljusticiadearagon.com>

<http://www.ine.es>

<http://www.lexnavarra.navarra.es>

<http://noticias.juridicas.com>

<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional>

[http://www.sospapa.es/informe\\_reencuentro\\_01.pdf](http://www.sospapa.es/informe_reencuentro_01.pdf)

Jurisprudencia consultada:

**Sentencias del Tribunal Constitucional:**

Sentencia número 2500/1997, de 21 de abril (EDJ 2500/1997)

Sentencia número 10328/2000, de 29 de mayo (EDJ 10328/2000)

Sentencia número 185/2012, de 17 de octubre (ROJ: STC 185/2012-  
ECLI:ES:TC:2012:185 )

**Sentencias del Tribunal Supremo:**

Sentencia número 7566/1985, de 24 de septiembre (EDJ 7566/1985)

Sentencia de 14 de mayo (EDJ número 3781/1987)

Sentencia número 26741/2002, de 10 de junio (ROJ:STS 26741/2002-  
ECLI:ES:TS:26741:2002)

Sentencia número 49231/2003, de 1 de julio (EDJ 49231/2003)

Sentencia número 11818/2005, de 14 de febrero (ROJ: STS: 11818/2005-  
ECLI:ES:TS:2005:11818)

Sentencia número 623/2009, de 8 de octubre (EDJ 623/2009)

Sentencia número 16359/2010, de 10 de marzo

Sentencia número 16359/2010, de 10 de marzo (EDJ 16359/2010)

Sentencia número 78873/2010, de 11 de mayo (ROJ: STS 78873/2011-  
ECLI:ES:TS:2011:78873)

Sentencia número 146903/2011, de 7 de julio (EDJ 146903/2011)

Sentencia número 224288/2011, de 6 de octubre (ROJ:STS 224288/2011-  
ECLI:ES:TS:224288:2012)

Sentencia número 48506/2012, de 9 de marzo (ROJ: STS 48506/2012-  
ECLI:ES:TS:2012:48506)

Sentencia número 78873/2011, de 12 de mayo ROJ: STS 146903/2012-  
ECLI:ES:TS:146903/2012

**Sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia:**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 11083/2010, de 3 de  
marzo (EDJ 111083/2010)

### **Sentencia de las Audiencias Provinciales:**

Alicante: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 326810/2010, de 10 de diciembre (EDJ 326810/2010)

Asturias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 221/2007, de 2 de febrero (EDJ 221/2007)

Badajoz: Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 71587/2006, de 15 de mayo (EDJ 71587/2006)

#### Barcelona:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 42216/1999, de 30 de septiembre (EDJ 42216/1999)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 108417/2006, de 4 de octubre (EDJ 108417/2006)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 134093/2005 de 30 de junio (EDJ 134093/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 7223/2007, de 20 de febrero (EDJ 7223/2007)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 75468/2008, de 25 de abril (EDJ 75468/2008)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 218805/2012, de 28 de septiembre (EDJ 218805/2012)

Castellón: Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón número 287376/2014 de 26 de diciembre (EDJ 287376/2014)

Granada: Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada número 74663/2007, de 23 de marzo (EDJ 74663/2007)

#### Madrid:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 192882/2007, de 11 de abril (EDJ 192882/2007)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 39734/2012 de 24 de febrero (EDJ 39734/2012)

Santa Cruz de Tenerife:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 268324/2010, de 26 de abril (EDJ 268324/2010)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 112551/2012, de 2 de marzo (EDJ 112551/2012)

Valencia:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 1340/2005, de 30 de junio de 2005 (EDJ 1340/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 87843/2006, de 22 de marzo (EDJ 87843/2006)