

# LA ATRIBUCIÓN POR EL TRIBUNAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Raquel Castillejo Manzanares\*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El ejercicio de la patria potestad. 3.- La norma habilitante de la guarda y custodia compartida. 3.1. Presupuestos legales para la adopción de la custodia compartida. 3.2. Valoración por el juez del interés del menor y el informe de los especialistas. 3.3. Resolución del órgano jurisdiccional. 3.4. La violencia doméstica imposibilita la adopción de la custodia compartida. 4.- Medidas que acompañan a la atribución de la custodia compartida.

## ***1.- Introducción.***

**P**ara introducirnos en el estudio del procedimiento de atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, creo necesario comenzar diferenciando la guarda de la patria potestad. Así bien, esta última representa el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, y tiene como fundamento suplir las carencias de los hijos menores o incapaces, tanto en orden personal como patrimonial y jurídico, con la finalidad protectora de los intereses del menor o incapaz<sup>1</sup>. Su contenido viene previsto en el artículo 154 CC, según el cual el ejercicio de la patria potestad comprende “*1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

*2º Representarlos y administrar sus bienes”.*

La separación de los padres en cuanto situación de hecho, esto es, independientemente de la base jurídica a que responda la misma, no puede suponer alteración de la titularidad de la patria potestad, si bien conducirá normalmente a que se atribuya su ejercicio a uno de los progenitores, es decir, manteniéndose la titularidad conjunta se confiará a uno de los padres lo que viene denominándose guarda y custodia. Si bien el ejercicio de la patria potestad es un concepto más amplio que el de la guarda y custodia, pues comprende además la administración de los bienes de los hijos menores.

\* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela

<sup>1</sup> PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., Patria potestad, Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales, adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005, Madrid, 2005, pág. 159.

Así pues, lo normal en supuestos de crisis matrimonial es que la patria potestad la continúen teniendo ambos progenitores, siendo los responsables legales de los hijos, consensuando conjuntamente las decisiones que afecten a los aspectos más importantes de la vida de los mismos. Mientras que ejercer la guarda y custodia implica convivir con los hijos y tomar decisiones que afectan a su día a día, pero la responsabilidad, así como la obligación legal de velar por su prole, educarla, alimentarla y procurarla un desarrollo integral, es tanto del progenitor custodio como del no custodio, aunque este segundo tiene una menor participación<sup>2</sup>.

Pues bien, respecto al ejercicio de la patria potestad, el juego de los artículos 90 y 159 CC disponen que, en lo relativo a la resolución del juez, debe estarse a lo que decidan los progenitores de común acuerdo respecto del ejercicio, y el Tribunal lo aprobará en cuanto no estime que el mismo puede resultar dañoso para los hijos, aunque no habiendo acuerdo o no siendo aprobado por el tribunal, éste decide sin que pueda incurrir en incongruencia, pues no rige el principio dispositivo. De hecho la sentencia sobre guarda y custodia es de carácter necesario, no se halla vinculada por el principio dispositivo, no está el juez sometido a la congruencia, y no debe admitir actos de disposición, aunque trate de favorecer el acuerdo de las partes.

## ***2.- El ejercicio de la patria potestad.***

**H**asta hoy día, la jurisprudencia ha venido diferenciando varias formas de ejercicio de la patria potestad, siendo su utilización jurisprudencial muy desigual. De hecho, las variantes sobre las que han venido resolviendo nuestros tribunales son, la atribución total del ejercicio de la patria potestad a un progenitor, el reparto del ejercicio de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia a un tercero, la privación total de la patria potestad y el ejercicio compartido de la patria potestad.

La fórmula más habitual hasta ahora ha sido la atribución total del ejercicio de la patria potestad a un progenitor, lo que supone la titularidad compartida de la patria potestad, y atribución total del ejercicio de la patria potestad a aquel a quien se le confió la guarda y custodia, aunque existen determinados actos jurídicos de ejercicio conjunto, como la emancipación -art. 317 CC-, o la adopción -art. 177.2.2º CC-. También actos cotidianos, como la educación o la salud, deben decidirse por los titulares.

<sup>2</sup> BARBERO, T/PEÑA, E/GAJA, I/GALÁN, C., Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley de Divorcio, Madrid, 2005, pág. 45.

### La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

Antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se reforma el Código Civil, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de crisis matrimonial tendía, en caso de nulidad, a la buena o mala fe, y para la separación, a la inocencia o culpabilidad. La decisión por tanto giraba entorno a lo que había sido la relación de pareja y no el interés del menor<sup>3</sup>.

Será posteriormente, con la Ley 30/1981, cuando se busque el interés del menor. Precisamente atendido al interés del menor la jurisprudencia se decanta para atribuir a uno u otro padre el ejercicio de la patria potestad de una forma casuística. De tal forma que son muchas las sentencias que se refieren al *favor filii*<sup>4</sup>, siendo bastante difícil decidir en el caso concreto qué es.

Y precisamente como resultado de la búsqueda del interés del menor en todo caso, es por lo que el legislador ha previsto expresamente en su artículo 92 CC, tras la reforma acaecida por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que la patria potestad puede ejercerse conjuntamente por ambos progenitores.

La custodia compartida entendida como la atribución del ejercicio de la patria potestad de forma compartida a ambos progenitores, ha sido hasta el momento presente escasamente acordada por los Tribunales, pues, a la vista

<sup>3</sup> A este respecto pone de manifiesto la SAP de Segovia de 27 de junio de 1988, como "La reforma introducida en nuestro Código Civil por la Ley de 7 de julio de 1981, rompió radicalmente con el criterio anterior, muy criticado doctrinalmente, de resolver el problema de la distribución de los hijos entre los cónyuges tras un proceso de nulidad o separación conyugal, atendiendo a la buena o mala fe de cada cónyuge en los casos de nulidad, y a la culpabilidad en la separación, respondiendo a principios que para nada tomaban en consideración lo más conveniente para el destinatario principal de la medida: el propio menor. La norma actual, siguiendo criterios del Derecho Comparado, prescinde de la culpabilidad para atender únicamente a lo que resulta más beneficioso para el menor (art. 92), "tras oírle si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años" pudiendo recabar el dictamen de especialistas para determinar precisamente qué decisión es la más beneficiosa para el menor. Debe, en consecuencia, descartarse cualquier argumentación que utilice al hijo como mercancía o como objeto que premie el mejor o peor comportamiento de cada uno de los cónyuges, así como aquellas que se fundamentan en el interés del progenitor que solicita la custodia y no en el propio hijo".

<sup>4</sup> Según la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003, "la decisión de la juzgadora está inspirada en el favor filii, y tiene en cuenta todas las circunstancias acreditativas en autos, si bien entre ellas asume una influencia crucial en el fallo el hecho de que la jornada laboral de la esposa esté sujeta a turnos rotatorios que quedaran bajo la guarda y custodia de su madre, las exigentes condiciones laborales a que se ve sometida determinarían que en cualquier momento los menores puedan quedar al cuidado de una tercera persona, ajena a la relación paterna-filial, lo que no estaría justificado desde el interés de los menores toda vez que por parte de estos razonamientos han de ser aceptados por la Sala, en cuanto que una vez analizado lo actuado en la primera instancia la propia Sala llega a la conclusión de que la juzgadora de instancia acometió un análisis conjunto de todo el material probatorio, ponderando las circunstancias que concurren en los progenitores y las que rodean a la unidad familiar y a los menores, en la valoración de cuál es el ambiente más propicio o menos perjudicial para el desarrollo de sus facultades intelectuales y afectivas".

de no hallarse prevista expresamente en la ley, su aplicación se ha venido haciendo, atendiendo al caso concreto<sup>5</sup>.

En cualquier caso, el criterio jurisprudencial pasaba por entender que la custodia compartida debía ser denegada por resultar poco aconsejable<sup>6</sup>, o inadecuada, por ser poco, en definitiva, coherente con al *favor filii*. En este sentido se pronuncia la SAP de Valencia de 2 de marzo de 1991, según la cual *“Tratándose de una cuestión de derecho necesario, que facultaría incluso para resolver a los órganos jurisdiccionales ex officio e imperativamente, si es que así lo demandasen los intereses de los hijos menores de un matrimonio en crisis, lo cierto es que, planteada esa solución de “guarda compartida... desaconsejable también desde el punto normativo... y, desde luego, nunca argumentable por el artículo 14 de la Constitución... Pero es que, aparte de ello, desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina, sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado, todo, por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que e habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueron convenientes”*.

### **3.- La norma habilitante de la guarda y custodia compartida.**

#### **3.1. Presupuestos legales para la adopción de la custodia compartida.**

El legislador ha utilizado los términos con corrección al referirse a la expresión custodia compartida, dado que ante la ruptura de la pareja no

<sup>5</sup> SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 según la cual “La regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así...

Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores”.

<sup>6</sup> SAP de Valencia de 2 de marzo de 1991; SAP de Girona de 9 de febrero de 2000.

### La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

es posible hablar de guarda conjunta, pues resulta imposible que ambos progenitores ejerzan a un mismo tiempo, es decir, de forma simultánea, ese cuidado del menor, ya que de hecho van a vivir separados.

Por otro lado, ha pretendido dar una importancia fuera de lo que había sido común a la custodia compartida, instando a que la soliciten ambas partes, bien en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento, e incluso en aquellos supuestos de solicitud por uno de los progenitores. A este respecto, a pesar del interés que parece manifestar el legislador por la adopción de la custodia compartida, se ponen trabas al tribunal para acordarla, tanto en cuanto a la exigencia de instancia de parte como en cuanto a la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien habrá de emitir informe, el que habrá de ser favorable cuando solicite la custodia compartida un solo progenitor, pues, en caso contrario, no cabe que el tribunal la acuerde.

Así pues, en los supuestos de petición de custodia compartida por uno de los progenitores, será preciso el informe favorable del Ministerio Fiscal, el cual no se ha de entender como vinculante, de forma tal que si es favorable haya de adoptar el juez la custodia compartida y en caso contrario no. Ello se deduce de que el artículo 92 en su apartado 6 únicamente exige que antes de acordar el juez, cuando sea pedido por ambas partes, el régimen de guarda y custodia compartida, recabe el informe del Ministerio Fiscal. Mientras que, en el apartado 8, prevé como presupuesto necesario para acordar la guarda y custodia compartida, cuando sólo haya sido pedida por una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, sin el cual no podrá acordarse aquello<sup>7</sup>.

Esta exigencia es en todo punto criticable, pues la libertad de decisión del juez y de los progenitores, proclamada en la Exposición de Motivos, se cercena al dar la batuta de mando al Ministerio Fiscal en su función de informador. Por ello parece conveniente que se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley prevé que resulta necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.

<sup>7</sup> Según la SAT de Sevilla de 21 de diciembre de 1987 "El principio de autonomía de la voluntad, inspirador de los convenios entre cónyuges, elimina toda la normativa legal vigente, limitándose la intervención judicial, con el informe del Ministerio Fiscal, a evitar que estos pactos puedan producir perjuicios para los hijos comunes. Si estos no se producen, habrá de estarse al convenio que, examinado, cumple todas las exigencias del artículo 103 CC, ya que la impugnación de tales pactos por vicios inherentes a la declaración de voluntad ni se ha cuestionado ni procede examinar en este procedimiento".

### **3.2. Valoración por el juez del interés del menor y el informe de los especialistas.**

El tribunal, una vez cumplidos los presupuestos legales exigidos para poder acordar la custodia compartida, tiene libertad para resolver sobre ella, valorando, en el supuesto de acuerdo de los progenitores, las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y su hijo. En todo caso, el juez en su decisión valorará el interés del menor, el que sirve de termómetro con el que se mide la conveniencia de adoptar la custodia compartida, tanto con acuerdo de ambos cónyuges, como a instancia de uno. Y en este marco, se busca reforzar en los progenitores la idea de que las crisis de la pareja no deben afectar a los hijos, al menos en cuanto al régimen de obligaciones que tienen respecto a ellos, debiendo buscarse el compartirlas en el mismo modo existente con anterioridad a la situación de crisis.

Respecto a la resolución en la que se atribuya la guarda compartida a petición de uno de los cónyuges, cabe destacar que aunque parece resultar más adecuada en aquellos supuestos en que existe un acuerdo entre ambos progenitores, y que es muy difícil poder llevarla a cabo si no existe una predisposición a ella por ambos; sin embargo, en la práctica de los Juzgados de Familia, se da en ocasiones, que la disputa sobre la guarda se produce en situaciones en las que ambos progenitores podrían perfectamente llevarla a cabo de forma conjunta. Se trata de casos en los que ambos tienen y han tenido en el pasado muy buena relación con los hijos, y ambos disponen de tiempo suficiente y, a veces, además, ese tiempo que tienen libre no coincide entre ellos, lo que permite que el niño pueda estar con uno y con otro incluso diariamente. No obstante, no son capaces de llegar a un entendimiento en el modo y forma en el que van a alternar los períodos de estancia con sus hijos. La experiencia indica, por tanto, que en algunos supuestos contenciosos, aunque sean los menos y tengan, como dice la propia reforma, carácter excepcional, la mejor solución de las posibles es la de custodia compartida.

En todo caso, y para que los hijos puedan también mostrar cuál es su interés, se mantiene la obligación de oírlos si tuvieran suficiente juicio. Sin embargo, no por el mero hecho de tenerlo deben ser oídos, se exige que el Tribunal lo estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor. No parece una regulación muy adecuada al interés del menor, pues su audiencia debe ser obligatoria siempre y en todo caso, cuando los hijos tengan suficiente juicio, no debiendo producirse resoluciones relativas a la guarda y custodia de los mismos, sin que se les haya pedido intervención.

### La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

Además el juez tiene la posibilidad de solicitar el informe de los especialistas, término más correcto que el habido en la anterior regulación, facultativos, el cual le servirá de apoyo para valorar la conveniencia de la adopción de la medida, habiéndose suprimido las circunstancias exigidas en el proyecto de ley, relativas a la obligatoriedad de recabarlo de perito psicólogo, y de que fuera favorable. Y, sin duda, no tiene porque ser obligatorio el recabar dicho informe por el órgano jurisdiccional, sin embargo parece en todo caso conveniente a fin de que aquél valore la prueba practicada en la comparecencia, haciendo especial incidencia en la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos. En efecto, la valoración de esa relación resulta esencial para poder determinar, como dice el artículo 92.6, la idoneidad de la familia para la adopción del régimen de guarda compartida, y para ello el recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados deviene el método más idóneo.

### **3.3. Resolución del órgano jurisdiccional.**

En el momento de la resolución sobre la guarda y custodia, el juez podrá decidir desestimar la petición de guarda y custodia compartida, incluso cuando la solicitud se hiciera de mutuo acuerdo. En efecto, el precepto en principio parece inducirnos a considerar que si existe acuerdo de los cónyuges, el juez debe preceptivamente acordarla, “*se acordará el ejercicio compartido por uno de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*”. Sin embargo, a continuación, en su apartado 6, exige que antes de acordar dicho régimen tome en cuenta determinadas cuestiones, como el informe del Fiscal, la audiencia del menor, las alegaciones de las partes, la prueba practicada, todo ello a fin de lograr la mejor resolución en interés del menor.

Por otro lado, si la custodia compartida se solicita a instancia de uno sólo de los progenitores, parece que la apreciación de la concurrencia de estas circunstancias habrá de hacerla “a priori”, como ya hemos manifestado con anterioridad, el Ministerio Fiscal, pues se requiere su informe favorable, para después que el Juez pueda resolverla fundamentándola en el interés superior del menor.

Si el juez resuelve que el régimen más idóneo para el caso concreto es el de guarda y custodia compartida, habrá de acordar cual es la modalidad, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, serán acordadas por el juez. El problema radica en que para acordarlo el juez, el legislador

no da ningún parámetro. A este respecto opino como lo hace Pérez Ureña<sup>8</sup>, que aunque la custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos, existen diversos supuestos: una primera sería aquella en la que ambos cónyuges comparten permanentemente el cuidado de los hijos. Esto ocurre cuando los cónyuges siguen viviendo en el mismo domicilio tras la separación, o cuando cada uno de los progenitores fija su domicilio en partes distintas de una misma vivienda. También hay guarda compartida cuando se realiza una distribución temporal de los hijos: los hijos permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos: días, meses o años; y la tercera posibilidad es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar y son los padres los que periódicamente se trasladan a la vivienda para atenderlos. Así bien, el nuevo texto legal, simplemente, omite toda referencia a modalidades concretas de régimen de guarda y custodia compartida.

#### ***3.4. La violencia doméstica imposibilita la adopción de la custodia compartida.***

Únicamente se prevé una causa, la violencia doméstica, que impide al tribunal acordar la custodia compartida. Así imposibilita al Juez acordarla cuando, en primer lugar, cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. En este supuesto cabe que siendo la mujer la que esté incurso en el proceso penal, solicitada la guarda compartida por uno o ambos cónyuges, y concurriendo el resto de presupuestos exigidos en el artículo 92 CC, no pueda el juez civil acordarla; por otro lado, si se trata del hombre y estamos ante un supuesto de violencia de género, no es que no proceda la guarda compartida, sino que

<sup>8</sup> PÉREZ UREÑA, A., La custodia compartida en la ley 15/2005, Boletín de Legislación, El Derecho, año IX; núm. 396, de 3 de octubre de 2005, pág. 2.

Según PASTOR VITA., F.J., Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del código civil en materia de separación y divorcio, Revista La Ley, año XXVI, número 6235, 2005, pág. 22, considera que "parece adecuado que, de lege ferenda, se hubiese contemplado un régimen de visitas continuado, como el existente en Francia, en el que se establece una serie de exigencias como la de que los progenitores vivan en la misma ciudad y cerca de los centro escolares para que los menores no tengan que cambiar de colegio. Se trataría, pues, de establecer ciertos límites razonables a una custodia compartida indiscriminada, al tiempo que se amplía el derecho al régimen de visitas del progenitor no conviviente, de manera que no se impida a éste relacionarse con su hijo de una manera satisfactoria, al tiempo que deberían reforzarse las cautelas para que el progenitor conviviente no ponga trabas e impedimentos al ejercicio de este derecho del otro progenitor y del menor o mantener entre ellos una relación fluida. No olvidemos que, constitucionalmente, los progenitores no tienen únicamente deberes, sino también un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos, del que se podría derivar este derecho de los padres no convivientes a tener una relación continuada y permanente con sus hijos.



### La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

el Juez civil que está conociendo pierde su competencia a favor del juez de violencia contra la mujer, el que no podrá en ningún caso acordar la guarda compartida.

Por otro lado, resulta un tanto confusa la expresión “*esté incurso en un proceso penal*”, pues no queda determinado en qué momento tiene que estar el sujeto activo del acto de violencia para que el Juez aplique lo dispuesto en el artículo 92 CC. A este respecto, cabe acudir a la interpretación relativa a la atribución de competencias civiles a los Jueces de Violencia de género una vez que “*haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal*”. Así nos preguntamos si resulta suficiente con la denuncia de los hechos, o es preciso que se hayan incoado diligencias previas o juicio de faltas o haberse dictado auto de admisión de la querrela, evitando con ello cualquier incertidumbre sobre el exacto alcance de tal iniciación.

Parece en todo caso que no es necesario que se haya dictado auto de admisión de la querrela, dado que en el art. 87 ter.7 LOPJ se prevé que cuando el Juez apreciare que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyan expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente, y en ese supuesto no cabe que asuma competencias civiles. En caso contrario, cuando se trate de actos constitutivos de violencia de género, deberá apreciar su competencia civil, si concurre el otro de los presupuestos del art. 87 ter.3, esto es, la calidad de imputado del demandado.

Recordemos a este respecto que la calidad de imputado requiere de actuación judicial, así lo prevé el art. 118.2 «*La admisión de la denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito*». Actuación judicial, que precisa, sin duda, de otra previa, sin que sea suficiente la mera denuncia o querrela. En este sentido, dice De la Oliva<sup>9</sup>, que «*si respecto de unos hechos de apariencia delictiva no existe proceso penal y esos hechos se exponen en una querrela, la admisión de esto comporta el inicio del proceso. Parece, pues, que a la querrela le corresponde un papel de promoción del proceso y, por tanto, cabe pensar que la acción penal, a la que la querrela sirve de vehículo formal, puede configurarse como un derecho a la actividad jurisdiccional o procesal penal. Así viene siendo entendida por la acción penal: como un “ius tu procedatur”, un derecho a la jurisdicción*».

En segundo lugar tampoco podrá acordarla cuando, no estando abierto un proceso penal, el juez advierte, por las alegaciones de las partes, las pruebas

<sup>9</sup> De la Oliva Santos, Derecho Procesal Penal, Madrid, 1993, pág. 178.

practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En este supuesto, al regularlo el legislador respecto de la violencia doméstica y no sólo de género, caben dos situaciones: en primer lugar que tratándose de violencia doméstica, el juez civil que esté conociendo no pueda acordar la guarda compartida; y en segundo lugar, cuando de violencia de género se tratara, el juez civil, tras verificar que concurren los factores que determinan la competencia civil de los Juzgados de Violencia, ha de citar a una comparecencia al Ministerio fiscal y las partes, la que se celebrará en las siguientes 24 horas, a fin de que el juez tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. A continuación el juez civil ha de seguir tramitando la causa hasta que llegue el requerimiento de inhibición del juez de violencia, tras que el Ministerio Fiscal o las partes hayan presentado al correspondiente denuncia por violencia de género.

#### ***4.- Medidas que acompañan a la atribución de la custodia compartida.***

**E**n todo caso, cuando el órgano jurisdiccional establece en su sentencia el sistema de guarda y custodia, con él resuelve sobre otras medidas correlativas, sea el régimen de visitas, la pensión de contribución de los progenitores al sostenimiento de los hijos menores de edad, así como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

En cuanto al régimen de visitas parece obvio que aunque el reparto del tiempo de los hijos menores sea equitativa entre ambos cónyuges, durante el período de tiempo que no estén con uno de los progenitores, éste tendrá derecho a ver a sus hijos y a tener comunicación con ellos, por lo que se hace preciso que junto a la guarda compartida se fije el régimen de visitas de cada uno de los progenitores durante el tiempo que no lo tengan en su compañía.

Por otro lado, el artículo 96 CC prioriza el pacto relativo al domicilio familiar, por tanto, prevalece una regla sobre las demás, en cuanto a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda el Juez ha de estar al acuerdo alcanzado por los cónyuges o componentes de la pareja cuya convivencia ha cesado. En todo caso, dicho acuerdo ha de ser aprobado por el juez, pudiendo rechazarlo si el acuerdo es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Pero si de un proceso contencioso se trata, la atribución de la guarda lleva consigo la atribución al progenitor custodio del derecho de uso y disfrute del que fue el domicilio familiar, pues el artículo 96 CC prevé que corresponde

### La Atribución por el Tribunal de la Guarda y Custodia compartida

a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En tales casos, pues, la atribución del uso de la vivienda familiar viene marcada por la ley sin que el juez tenga potestad para actuar y resolver de forma diferente, salvo que concurran circunstancias excepcionales que recomienden otra decisión.

Esto, sin duda, plantea un problema, y es el relativo a si, atribuida la guarda de manera compartida a ambos progenitores, quedándose por tanto, el menor por períodos con ellos, a quién se le ha de atribuir el uso y disfrute de la vivienda a la vista de lo previsto en el artículo 96 CC. En estos supuestos el legislador no prevé nada al respecto, por lo que parece conveniente acudir al criterio de cuál sea el cónyuge más necesitado de protección.

En definitiva, y tal como analiza HERRERA PUENTES<sup>10</sup>, el Juez habrá de valorar entre otros, los siguientes factores: a) situación económica en la que queda cada grupo familiar; b) posibilidades de cada grupo familiar de contar con una vivienda distinta a la familiar para cubrir sus necesidades de alojamiento; c) edad de los hijos y número de ellos que quedan con cada uno de los progenitores; d) estado de salud de los hijos y de los progenitores; e) problemas de adaptación de los hijos para desarrollar su vida en otra vivienda, aun dentro de la misma población donde esté la familiar; f) cercanía de la vivienda a los centros donde cursan sus estudios los hijos y de trabajo de los progenitores; g) posibilidades de desplazamiento a tales centros... etc.

En lo relativo a la pensión de alimentos, en principio el Juez puede atener a lo pactado en el convenio regulador, con tal que se garantice el derecho de los menores a ser educados y mantenidos por sus progenitores; pero si no es el caso y las partes no se ponen de acuerdo, resuelta la guarda compartida, el órgano jurisdiccional la podrá establecer teniendo en cuenta como parámetros, los ingresos y capacidad económica de cada progenitor, las necesidades y situaciones concretas de los hijos comunes, así como las estancias que se hayan establecido de los menores con cada uno de los progenitores. Además se podrá tener en cuenta a cual de los progenitores se les ha atribuido el uso y disfrute de la vivienda familiar. Aunque también cabe que el órgano jurisdiccional resuelva que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos de sus hijos durante el tiempo que convivan con él, repartiendo los extraordinarios por mitad. En este sentido resolvió la SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 *“Cada uno de los cónyuges sufragará los gastos y necesidades de los menores mientras se encuentren a su cargo. 4º) Cada progenitor sufragará la mita de los*

<sup>10</sup> HERRERA PUENTES, P.J., Vivienda: atribución del uso, Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales, adaptado a las leyes 13/2005 y 15/2005, Madrid, 2005, pág. 614.

*gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc..., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el juzgado en el caso de discrepancia entre los padres”<sup>11</sup>.*

---

<sup>11</sup> A este respecto opina MONTERO AROCA, J., Separación, divorcio tras la Ley 15/2005, Valencia, 2005, pág. 147, que en la práctica se advierte que la guarda conjunta suele acordarse cuando se trata de progenitores de cierto nivel cultural y económico, de modo que entonces suele disponerse que cada progenitor se hace cargo de la alimentación de los hijos en el período que éstos permanecen con él y sin imponer pago de alimentos al otro progenitor, sin perjuicio de que los gastos escolares y los extraordinarios se dividen por mitad.