

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

THE SHARED CUSTODY AND KEEP IN THE REGIONAL LAW. CURRENT STATE OF QUESTION

DRA. NURIA MARTÍNEZ SÁNCHEZ
Abogada y Profesora de Derecho Civil
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir
nuria.martinez@icav.es

RESUMEN: Tras la promulgación de las últimas leyes en el Derecho autonómico sobre esta institución, a la vista de los avances jurisprudenciales producidos, así como ante la más que inminente sentencia del Tribunal Constitucional que resolverá sobre la constitucionalidad o no de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, en el presente artículo se analiza la situación actual existente en el Derecho autonómico en torno a la institución de la guarda y custodia compartida, así como la previsible situación en la que va a quedar la referida institución en el ámbito de la Comunidad Valenciana ante la hipotética derogación de la Ley de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Derecho autonómico, relaciones paterno-filiales, guarda y custodia compartida; interés superior del menor.

ABSTRACT: This paper reviews the current situation concerning the institution of joint custody in the regional legal system and its eventual development in Valencia region after the expected repeal of the Shared Custody Law following the enactment of the latest regional laws concerning this institution, the jurisprudencial progress made, as well as the imminent judgement of the Constitutional Court regarding the constitutionality of the Law 5/2011 of the Generalitat Valenciana.

KEY WORDS: The regional law, parent-child relationships, shared custody, interests of the child.

FECHA DE ENTREGA: 30/05/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/06/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.- 1. Cuestiones generales.- 2. Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana.- 3. La guarda y custodia compartida como modelo preferible pero no preferente en el Código Civil de Cataluña.- 4. De la falta de concreción de la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro.- 5. La custodia compartida como modalidad más adecuada en la ley vasca.- III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTRA EL AUTOMATISMO EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODALIDAD PREFERENTE.- IV. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE DEROGACIÓN DE LA LEY VALENCIANA 5/2011.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

En los últimos años, ha sido más que patente la demanda social existente por parte de muchos padres, especialmente del progenitor paterno, que tras la ruptura matrimonial o de la pareja, se han negado a ser meros espectadores de la vida de sus hijos, manifestando su interés por tener una mayor implicación y protagonismo en la vida de los mismos.

La legislación estatal sobre la materia, hasta la fecha, no ha dado solución a esta cuestión y ello a pesar de los novedosos e importantes avances que por vía jurisprudencial se han ido produciendo en los últimos años. Estos pronunciamientos han mitigado, siquiera en parte, la excepcionalidad con la que es tratada esta cuestión, al menos por el momento, en la regulación estatal.

Por el contrario, en la búsqueda de nuevas fórmulas para solventar o cuanto menos paliar, los problemas inherentes a las rupturas matrimoniales y de pareja más acordes con el principio de igualdad de los progenitores y especialmente, con el interés del menor, cinco han sido las Comunidades autónomas que, hasta la fecha, han regulado la materia objeto de estudio: Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y, recientemente, el País Vasco. Todas ellas, por este orden cronológico, han dado un paso adelante en la regulación de los efectos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, desmarcándose de la regulación estatal y acercándose más a la regulación que sobre la materia se da en algunos de los países de nuestro entorno más cercano. Todas ellas se han movido en una misma línea, si bien con diferentes matices, algunos de singular importancia como seguidamente expondré, dando lugar a un variado mapa legislativo.

De este modo, su promulgación ha significado una progresiva diferenciación de los ordenamientos jurídicos españoles que, en cierta medida se ha considerado antitética a la armonización y convergencia a la que parece tender el Derecho de familia a

nivel europeo¹. No obstante, se considera que no existe contradicción entre defender la diversificación del Derecho de familia en España y, por otro, apoyar la europeización de ese ámbito jurídico, siendo lo decisivo que los ordenamientos europeos, entre los que se incluye el Derecho español, se mantengan dentro de las coordenadas comunes europeas². Dentro de la diversidad legislativa existente, se debe propugnar la existencia de principios comunes que establezcan un marco común que, dentro de la diversidad, evite situaciones que pudieran ser discriminatorias en función del territorio en el que se conviva.

La entrada en vigor de las leyes en Aragón, Navarra, Cataluña, Valencia y País Vasco, ha tenido como consecuencia inmediata el desplazamiento en cada uno de los territorios donde son de aplicación, y en los supuestos en que lo sea, del régimen legal previsto en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del CC que, comprendiendo los arts. 90 a 106, regulan las medidas y efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio. Dicho desplazamiento de la legislación común, lo ha sido incluso con un efecto retroactivo, pues la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales decretadas con arreglo a la legislación anterior han pasado a regirse por las nuevas leyes, si bien en los términos establecidos en las Disposiciones Transitorias de cada una de ellas, en donde se han previsto mecanismos que han habilitado a las partes para instar, por vía del procedimiento de modificación de medidas y amparándose en las nuevas leyes promulgadas, la modificación de la custodia en su día acordada judicialmente.

En cuanto al Derecho estatal, con la reforma del CC del año 2005, se modificó el art. 92 en materia de guarda y custodia de los hijos, introduciendo explícitamente la posibilidad del establecimiento de la custodia compartida, si bien dejando intactos, en mi opinión erróneamente, artículos como el relativo a la atribución de la vivienda familiar (art. 96 CC), alimentos de los hijos (art. 93 CC) y otros, y dando con ello pie a situaciones verdaderamente injustas para alguna de las partes.

Por el contrario, el legislador autonómico ha sido mucho más ambicioso y no se ha contentado con modificar única y exclusivamente los criterios legales que rigen la atribución de la guarda y custodia de los hijos, sino que acertadamente, ha acometido la reforma de todo el conjunto de efectos que se siguen de la ruptura de la convivencia de los progenitores, regulando aspectos como la fijación de la pensión del menor, atribución del domicilio familiar³, etc. Ha logrado así, un mayor grado de coherencia en el diseño final de las condiciones de vida a que tendrán que acomodarse tanto los hijos, como cada uno de sus progenitores, a results del proceso y de la opción de guarda que se apruebe.

¹ En este sentido, la *Commission European Family Law* trabaja con el objetivo de elaborar Principios europeos de Derecho de familia que puedan servir a los legisladores europeos para armonizar y modernizar su Derecho de familia. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Derecho de familia desde una perspectiva europea”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, núm. 54, 2010, pp. 79-81.

² GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Derecho de familia”, cit., pp. 92-94.

³ Con la excepción de la Ley Foral Navarra que no contempla la regulación de la atribución del domicilio familiar.

Esta situación de disparidad de legislaciones ha planteado problemas en cuanto a que ha dado lugar a la existencia de “*niños de primera y segunda clase*”⁴ o, correlativamente, “*padres de primera y padres de segunda*”, que actualmente se produce dada la disparidad legislativa existente en nuestro país al respecto de esta materia, dependiendo del territorio en el que convivan, pues en función de ello y atendiendo a la diversidad de normas existentes, se les aplicará un régimen legal u otro, propiciando situaciones de desigualdad, que debieran evitarse.

A la vista de esta situación, resultó en cierto modo tranquilizadora la noticia publicada en la nota de prensa emitida el 13 de junio de 2014 por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Justicia, en la que se anunciaba el encargo por parte del anterior ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, a la Comisión de Codificación de la modificación del CC., para que el art. 92 dejara de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida de menores, estableciendo un sistema legal donde desaparecieran las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental pero sin establecer la preferencia por ningún sistema de custodia, y dejando en manos del Juez, atendidas las circunstancias del caso concreto, cuál sería la más adecuada para el interés de los menores. El referido Anteproyecto no vio la luz la pasada legislatura, por lo que queda pues en manos del legislador, la tarea de modificar la ley estatal, y así unificar criterios y subsanar las posibles deficiencias que se deriven de la aplicación práctica de las legislaciones autonómicas.

En suma, y ante la diversidad de leyes autonómicas existentes, se hace precisa una ley estatal que armonice el marco legal existente y flexibilice los criterios que, hasta la fecha, se exigen en el CC para acordar la custodia compartida en la línea seguida por el legislador autonómico, cuyo objetivo central sea favorecer la continuidad en la vida familiar del niño, ya que sin duda esto va a contribuir a reducir el fracaso escolar de los menores, reducir también su sentimiento de pérdida, y fortalecer su autoestima.

II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.

1. Cuestiones generales.

Las leyes autonómicas han resultado ser mucho más acordes a la evolución actual del concepto de potestad conjunta, tal y como está sucediendo en diversos ordenamientos europeos. En relación con los modelos legales de guarda y custodia en caso de ruptura de la convivencia de los padres, en el Derecho extranjero parece detectarse una clara tendencia a favor de la instauración en la práctica de regímenes de custodia compartida, siendo el modelo general en Europa el de la responsabilidad

⁴ TENA PIAZUELO, I.: “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011, p. 2.

parental conjunta, fomentando la relaciones personales de ambos progenitores con el niño y respetando los vínculos de éste con ambos.

La promulgación de las leyes autonómicas constituye un interesante punto de partida para la reforma del CC a los efectos de actualizar la normativa en materia de custodia compartida. Pese a ello, considero que la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual, constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro. Esta es la línea en la que se han pronunciado, entre otros, autores como GONZÁLEZ DEL POZO⁵. En mi opinión, dicho carácter preferente no garantiza adecuadamente el interés superior del menor, que es el fin último a proteger, ya que en este tipo de supuestos hay que estar a cada caso en concreto para ver cuál es el régimen de custodia que mejor garantizará el interés de los menores y no al establecimiento de un sistema de preferencia que en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas.

No obstante, y a pesar de la preferencia legal establecida, ello no va a suponer la aplicación automática de la misma⁶. A este respecto, y con buen criterio, la jurisprudencia es unánime en cuanto a considerar que no se puede hacer tabula rasa en este tipo de procesos, fomentando una medida única para prácticamente todos los supuestos dejando escaso margen para la capacidad de maniobra del juzgador. Éste, debe precisar en todo caso, qué régimen se adhiere mejor a las necesidades de cada menor y a las circunstancias de cada caso en concreto. Para ello, habrá de atender a diversos factores que faciliten la motivación de la decisión judicial, abstrayéndose de tratamientos igualitarios que pueden dar lugar a medidas no acordes con el verdadero interés de la familia.

2. Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana.

En el supuesto de la legislación aragonesa, la medida judicial sobre la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, está regulada en el art. 80 Código aragonés. El precepto, tras establecer en el párrafo primero de su apartado 1, como norma general, que cada uno de los progenitores por separado o ambos de común acuerdo, puedan solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno sólo de ellos dispone, en su apartado segundo que, a falta de pacto, el Juez adoptará de forma

⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010, p. 9.

⁶ Así lo refieren, entre otras, las sentencias AP Valencia 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347); 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345).

preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente⁷.

Así, el art. 80.2 del texto aragonés establece que, “se considera la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente”⁸. Con este cambio, en el que se invierten los términos del CC, se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. Y con respecto al objeto de esta custodia compartida, la fundamenta la ley en la conjugación de dos derechos básicos: “por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar”⁹.

De la literalidad del precepto pudiera desprenderse que el Juez podría adoptar la medida aún en el supuesto de que los padres hubieran acordado la custodia individual, pues si bien es cierto que el Juez debe tener en cuenta el llamado pacto de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender y que le vincula, es el interés superior del menor¹⁰. No obstante, dicha decisión del Juez apartándose de la voluntad de los padres, vulneraría el derecho a la libertad de éstos para elegir la modalidad de custodia que más se adecue a las necesidades de sus hijos. Por lo tanto, en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez debe ceñirse a dicha voluntad, y ello salvo que situaciones excepcionales en donde pudieran derivarse consecuencias dañosas para los menores.

⁷ Del análisis realizado se puede concluir que la jurisprudencia del TSJ Aragón, recogida por la SAP Zaragoza 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441), hace una apuesta fuerte por el régimen de custodia compartida, si bien ello no va a presuponer una negación del sistema de custodia individual, puesto que por encima de todo se encuentra el interés del menor. La SAP Zaragoza 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060), recoge la jurisprudencia del TSJ Aragón sobre esta cuestión refiriendo que en reciente sentencia de 25 de julio de 2013 se optó por un régimen de custodia en favor de la madre y amplio régimen de visitas para el padre, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba el individual, habida cuenta que aquel era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido. En la sentencia 8 febrero 2012, se destacaba por el TSJA que en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente establecido por el legislador aragonés debía ser el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFa, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

En similares términos, STSJ Aragón 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100020).

⁸ Preámbulo IV de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

⁹ Preámbulo III de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

¹⁰ En este sentido, la SAP Zaragoza 29 mayo 2012 (*Tol* 2.555.903), refiere que la custodia compartida es el sistema prioritario en nuestro Derecho Foral, pero éste cederá cuando, como en el caso enjuiciado, la individual resulte más conveniente para los menores (Art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Por lo tanto, y en defecto de pacto entre las partes, el Juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores y que la oposición de un progenitor a la custodia compartida (art. 80.5 Código aragonés), no será causa suficiente para considerar que no procede adoptar el régimen de custodia compartida solicitado por el otro¹¹.

No se trata de un sistema legal rígido, salvo en cuanto al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el interés superior del menor. Según GONZÁLEZ DEL POZO¹², en referencia al sistema establecido en la legislación aragonesa, si bien es perfectamente aplicable a la regulación prevista en la ley valenciana, “la preferencia legal por la custodia compartida es más nominal o teórica que real, ya que, si el Juez debe adoptar la custodia individual cuando la misma sea más conveniente para el interés y beneficio de los hijos, la preferencia por la custodia no devengará de ningún criterio legal de primacía o prioridad, sino de la mayor idoneidad o conveniencia de ese régimen de convivencia en el caso concreto planteado”.

A tal efecto, autores como GONZÁLEZ DEL POZO y CASTILLA BAREA¹³, han cuestionado esta preferencia en cuanto a la atribución de la modalidad de custodia compartida en el texto aragonés, si bien el razonamiento sería aplicable al resto de normas. Es evidente que ninguna de las normas autonómicas descartan la custodia individual, y en cuanto a la preferencia por la custodia compartida señala, que tal posibilidad se hará depender de las circunstancias y factores que se prevén en cada una de las leyes, de modo que lejos de decidir judicialmente la custodia compartida con carácter general, se deberá valorar para tomar la decisión más acorde al respecto, la edad de los hijos, el arraigo social y familiar, la opinión de éstos siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de catorce años, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Con todo, el texto legal se decanta, sobre todo, “procustodia compartida”, ya que es ésta la filosofía que se inspira en su Exposición de motivos.

En el caso de la norma valenciana, la regla general viene recogida en el art. 5.2 de la ley, que establece que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el Juez “atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”, extremo este último importante porque el motivo más habitual para la denegación de la custodia compartida, cuanto menos hasta fechas recientes, era precisamente la existencia de

¹¹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, cit., p.5.

¹² GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Análisis crítico de las medidas”, cit., p. 8.

¹³ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, cit., p. 9.

En igual sentido, CASTILLA BAREA, M.: “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010, p. 32.

malas relaciones entre los progenitores, considerándose que dicha circunstancia dificultaba enormemente un régimen de este tipo¹⁴.

Vemos pues que la ley valenciana irá todavía más allá que la aragonesa, y ello por cuanto no sólo contempla la convivencia compartida como regla general a falta de acuerdo entre los progenitores, sino que además, establece que no será obstáculo para ello la oposición de un progenitor, que también lo prevé el Código aragonés, o las malas relaciones existentes entre ambos, siendo esta última expresión exclusiva de la regulación valenciana¹⁵.

Así lo refiere igualmente la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013, que declaró como doctrina a los efectos de la interpretación que debía darse del art. 5 de la ley valenciana que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.

El criterio que recoge la doctrina legal del Tribunal en la referida sentencia es que, de la interpretación del art. 5.4 de la Ley 5/2011, se desprende que para acordar el régimen de custodia monoparental es necesario que existan informes que lo justifiquen en aplicación del principio de primacía del interés superior del menor.

En los supuestos en los que no exista informe, la reciente STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015¹⁶ sienta como doctrina jurisprudencial que “La aplicación de la primacía del interés superior del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el art. 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible con la doctrina de la sentencia de este Tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general”.

En mi opinión, y aun existiendo informe, debieran tomarse en consideración a la hora de otorgar la modalidad de custodia monoparental, no sólo el contenido de los

¹⁴ Véase a este respecto SAP Alicante 16 enero 2012 (*To/2569000*).

¹⁵ Conviene matizar que con la entrada en vigor de la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, también recoge en su art. 9, apartado 2º, que la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.

¹⁶ Véase a este respecto STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015 (Id Cendoj: 46250310012015100009)

informes emitidos sino también el análisis de los factores recogidos en el art. 5.3 de la ley.

Así, la ley valenciana regula el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a los hijos menores en su compañía cuando aquellos no conviven¹⁷.

En este sentido, para REYES LÓPEZ¹⁸ la ley valenciana “supone un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores”.

Con esta ley, y al igual que con la norma aragonesa, se produce un cambio de criterio respecto al imperante hasta la fecha, al establecer “un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental en todas las esferas de la vida del menor afectado, siempre compatible y guiado, en todos los extremos, por el principio fundamental del interés del menor, de igualdad entre los progenitores, y con el derecho de cada menor de poder convivir con ambos”¹⁹.

3. La guarda y custodia compartida como modelo preferible pero no preferente en el Código civil de Cataluña.

Por su parte, la redacción del Libro Segundo del Código Civil catalán, ha regulado tal organización familiar como deseable y preferida pero no preferente, y siempre y en cualquier caso, sometida al interés del menor que debe primar sobre cualquier otro interés en juego²⁰. En este sentido, los Tribunales deberán de hacer una aplicación extremadamente cuidadosa y quien predique y pretenda una guarda y custodia compartida, (como quien predique y pretenda la denominada “guarda exclusiva”) ha de asumir la carga de probar cuál es el reparto de funciones que se corresponde con la realidad de su familia en concreto y ha de acreditar la concurrencia de las condiciones necesarias en cada uno de los progenitores y la conveniencia de la guarda compartida para los menores (que lo que se pide se

¹⁷ En este sentido se ha señalado que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social...de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos. Así lo refiere GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, p. 4.

¹⁸ REYES LÓPEZ, M.J.: “La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana”, en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

¹⁹ REYES LÓPEZ, M.J.: *La nueva regulación de las relaciones familiares*, cit., p. 23.

²⁰Entre otras, las sentencias AP Barcelona 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285); 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078).

corresponde a su “superior interés”), aportando en concreto datos sobre vinculaciones afectivas, acuerdos, aptitudes, actitudes, situación de domicilios, residencia adecuada, horarios y actividades de los hijos, tiempo libre, tiempo dedicado de pasado a los hijos, tareas desarrolladas, opinión de los menores, y de los progenitores, etc., a cuyos efectos deben suministrarse las oportunas pruebas. En defecto de mejor prueba, adquiere relevancia la guarda residual a favor de quien ha cuidado más de los menores²¹.

Por ello, la legislación catalana, a diferencia de lo previsto en la aragonesa y la valenciana, no establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, y si bien la jurisprudencia sí que se refiere a ella como preferible²², esta falta de reconocimiento expreso ha dado lugar a diversas interpretaciones, de ahí que se haya criticado la redacción del art. 233.9 Código catalán al no establecer de forma clara, contundente y sin dudas el carácter preferente de la custodia compartida²³.

No obstante, de la redacción de la misma y en concreto del art. 233-10.2²⁴ del texto catalán, parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, optándose, en ausencia de pacto entre los progenitores, por un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentalidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. Se puede decir que el art. 233.8.1 del Código catalán, hace mención a la custodia compartida pero en la medida que ello sea posible, sin olvidar que el art. 233.10 otorga al Juez la posibilidad de atribuir la guarda y custodia exclusiva, sin hacer especial mención a la preferencia sobre la custodia compartida en los términos de las legislaciones aragonesa y valenciana.

Con esta nueva regulación, se aparta el legislador de la existente hasta la fecha en el CC, apreciándose una clara influencia de otros sistemas de Derecho extranjero²⁵.

²¹ SAP Barcelona 21 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100204).

²² SAP Barcelona 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233). La Sala refiere que el CCCat no establece ni impone la modalidad de guarda compartida como modelo preferente aunque sí preferido. En el CCCat la manera de ejercer la responsabilidad parental después de la ruptura, es decir, la modalidad de la guarda, está condicionada por el interés del menor. El art. 233-8 CCCat que determina que la nulidad, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que mantienen el carácter de compartido y en la medida que sea posible se han de ejercer conjuntamente, exige en el apartado tercero que la autoridad judicial en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores ha de atender de manera prioritaria al interés del menor.

²³ DE TORRES PEREA, J.M.: “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, p. 49.

²⁴La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

²⁵ Así, tras la Ley francesa 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad, en consonancia con el artículo 373.2.11 *Code*, que pone de relieve la valoración judicial de la aptitud de cada progenitor para asumir sus deberes y respetar la posición del otro. También en otras legislaciones, como ocurre con la *Children Act* inglesa de 1989, o en Bélgica, Gales y Escocia, se

En este sentido, la STSJ Cataluña 9 enero 2014 refiere que “la norma a tener en cuenta, es el art. 233-8, 1 del Código catalán que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”.

Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación. Conforme indica el Preámbulo de la ley, el Libro Segundo abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si éste no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor²⁶.

Así, en el supuesto en que no haya un acuerdo entre los progenitores, no se otorgará por defecto, y será el Juez quien decida cuál de los dos asume la guarda de los hijos menores, ya que no hay que partir de una apuesta indiscriminada de la norma catalana por la modalidad compartida²⁷, pues la autoridad judicial podrá disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del menor (art. 233-10.2 in fine Código catalán). En esta tarea, el Juez atenderá a una serie de factores previamente establecidos en la ley²⁸, y que luego veremos, positivando los que la jurisprudencia había tenido ya en cuenta²⁹. A ello se añade la consideración de

admite que la autoridad judicial pueda otorgar la guarda compartida sin acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor. Por el contrario, en Alemania o Noruega sólo procede si hay acuerdo entre los progenitores. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades”, en AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (coord. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid 2012, p. 78.

²⁶ SAP Barcelona 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651).

²⁷ En este sentido, véase SAP Barcelona 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282).

²⁸ Según el art. 233-11 Código catalán, estos criterios son: 1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de sus padres, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; 2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad; 3. La actitud de cooperación de los padres entre ellos a fin de asegurar la estabilidad de los hijos y garantizar las relaciones de estos con los dos progenitores; 4. El tiempo de dedicación de cada uno de los progenitores hacia sus hijos antes de la ruptura y las tareas que ejercían para procurarles el bienestar; 5. La opinión de los hijos; 6. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; 7. La situación de los domicilios de los padres, así como los horarios y actividades de estos y de los hijos.

²⁹ En este sentido, la SAP Barcelona 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100669) recoge los referidos criterios la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un

los pactos de los progenitores en previsión de una ruptura, anteriores al procedimiento³⁰.

La redacción del precepto, dista mucho de la regulación establecida en la ley valenciana y en el Código aragonés en donde se dice claramente que “el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida...”. En la norma catalana, en palabras de MAZA DOMINGO, “todo se dice de manera más difusa”³¹, pues refiere que las responsabilidades parentales “mantienen un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente”, pero no reconoce expresamente la preferencia, si bien se intuye la misma de manera más o menos clara.

En este sentido, la invocación general a la jurisprudencia y legislación vigentes, específicamente al art. 233-10.2 del Código catalán como favorecedora de las fórmulas de coparentalidad, y del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental debe ir acompañada de un examen del caso concreto dado que como el TSJ Cataluña subraya en sentencia 20 diciembre 2010^{32a} propósito de la guarda compartida, el modelo de guarda preferente es o será aquel que mejor tutela el interés del menor.

Por lo tanto, y aunque no conste expresamente reconocido, del texto catalán se desprende que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida³³, pues la expresión “sin embargo” denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida. El criterio jurisprudencial consolidado es que el sistema que mejor garantiza la estabilidad de los hijos tras el divorcio es el ejercicio conjunto de la custodia. No obstante, en la aplicación de la doctrina al caso concreto, el Juez deberá indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, y la

entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; la opinión expresada por los hijos competentes; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores..

³⁰ GARRIGA GORINA, M.: El criterio de continuidad, cit.

³¹ MAZA DOMINGO, J.: Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

³² STSJ Cataluña 20 diciembre 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100079).

³³ Así lo refiere VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental”. Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

“idoneidad” de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implante³⁴.

4. De la falta de concreción en la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro.

Por lo que se refiere a la Ley navarra 3/2011, de 17 de marzo, y a pesar de las manifestaciones de su Exposición de motivos, no deja de ser una mera declaración de intenciones, pues si bien regula las dos modalidades de custodia, no acaba de decantarse por ninguna de ellas de modo especial, ya que deja en manos del Juez la decisión sobre la concreta modalidad de custodia en interés de los menores, siendo que por ello se la ha tildado de norma vacía de contenido.

El texto final, en la línea con lo que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, recoge que la custodia compartida no debe prevalecer sobre la individual, sino que ambos regímenes deben quedar en pie de igualdad³⁵. El Juez tendrá plena libertad a la hora de adoptar la modalidad individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero sí al menos, uno de ellos (art. 3.2). No obstante, partiendo en su Exposición de motivos de la insuficiencia del CC para garantizar la igualdad de los padres, apuesta, "en línea con la realidad social actual", porque la custodia compartida no sea algo excepcional.

El sistema adoptado por la ley navarra, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor³⁶.

El art. 3.1 de la ley foral referido a la guarda y custodia de los hijos prevé, que en el supuesto de ruptura de la convivencia y en defecto de pacto de relaciones familiares pactado por los progenitores, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. En el supuesto de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres (art. 3.2), el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio

³⁴ SAP Barcelona 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070).

³⁵ Ello conllevó a que se cambiara incluso el nombre originario de la ley que dejó de llamarse ley de custodia compartida para denominarse ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

³⁶ SABATER BAYLE, E.: “Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres”. Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

Se ve pues como su art. 3.2³⁷, no se establece la preferencia legal de ninguna modalidad de custodia, confiriéndole al Juez amplia potestad para que decida por una modalidad u otra, sin establecer la preferencia de ninguna. Igualmente, y al igual que se prevé en el resto de legislaciones autonómicas, se prescinde del informe necesariamente favorable del Ministerio Fiscal que venía previsto en el art. 92.8 CC y permite al Juez, en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oído el Ministerio Público y previos los dictámenes que sea necesario recabar.

Concluye el art. 3.4 de la ley navarra que “la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de esto”.

Del articulado de la ley foral, no se recoge un modelo de custodia compartida como en el resto de las legislaciones autonómicas, permitiendo que sea el Juez, el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso. La prioridad, al igual que en el resto de legislaciones, será el interés de los hijos, así como conciliar las querencias de los padres. La posibilidad de los padres de conseguir la custodia compartida va a quedar subordinada a la decisión del juzgador, con el límite genérico de que su resolución debe respetar el principio del interés del menor, pero sin que pese sobre los Tribunales, el mandato legal de establecer la custodia compartida preferente.

Para autores como CONDE PUMPIDO³⁸, éste sería el modelo idóneo pues se trata de una regulación en la que no se da preferencia a una u otra modalidad de custodia, sino que las coloca a un nivel de total igualdad, de forma que en cada caso concreto sea el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta siempre como principio preferente el del interés del menor, el que adopte una u otra solución en relación con lo que se considere más adecuado y beneficioso para los menores objeto de cada procedimiento. Partiendo de esta premisa, considera que el legislador navarro ha adoptado una solución más neutra y, más correcta al poner al mismo nivel las dos modalidades de custodia, y remitir en cada caso concreto al criterio del Juez basado en el interés superior del menor.

³⁷ En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

³⁸ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: “Ley valenciana de custodia compartida”, *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

5. La custodia compartida como modalidad más adecuada en la Ley vasca.

Por último, el sistema adoptado por la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, siempre previa petición de parte, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor.

En la norma vasca la regla general viene recogida en el art. 9.2, que establece que el Juez “a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores...”. Igualmente, el apartado 1º del art. 9, en una clara intención de favorecer el establecimiento de la modalidad compartida, refiere que “la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”.

Todo ello, junto al alegato realizado en la Exposición de motivos de la ley en términos de que considera “la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio...”, hace que la ley se decante claramente por esta modalidad de custodia, si bien con el condicionante de que deba ser solicitada dicha modalidad de custodia por uno de los progenitores.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTRA EL AUTOMATISMO EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODALIDAD PREFERENTE.

El reconocimiento legal de la preferencia por la custodia compartida se ha visto reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido sucediendo tras la entrada en vigor de cada una de las leyes autonómicas. La doctrina emanada de las diversas Audiencias Provinciales, se ha mostrado favorable a la aplicación de la modalidad compartida, alabando las bonanzas de la misma, si bien, se ha hecho hincapié en que no se debe aplicar dicha modalidad de forma automática sino atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

No se debe olvidar que ni la custodia compartida es la panacea que va a remediar todos los males que produce en los hijos la ruptura de los padres -que, inevitablemente, afectará y cambiará en alguna medida la vida de aquellos y de éstos-, ni tampoco la custodia individual es el mal del que huir a toda costa. Debe reconocerse que este último régimen presenta como ventaja fundamental la estabilidad que proporciona al modo de vida de los hijos, eso sí, determinado por el progenitor custodio. Y esta estabilidad en el *modus vivendi* puede redundar en muchos casos en estabilidad emocional, principalmente cuando en el ámbito de la custodia individual se respetan los derechos de visita, comunicación y estancia del

progenitor no custodia y se tiene el sentido común de no indisponer o predisponer a los hijos contra la persona que no vive habitualmente con ellos³⁹.

Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia de las diversas Audiencias. Así, la SAP Zaragoza 19 junio 2012⁴⁰, entre otras⁴¹, refiere que “la ley establece la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello por el contrario no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores, deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico y fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad...”.

En iguales términos se ha manifestado la STSJ Aragón 28 septiembre 2012, al establecer los criterios de interpretación del art. 80 del texto aragonés, donde reproduce lo ya manifestado en su sentencia de 1 febrero 2012⁴². Refiere que no se trata de un sistema rígido, salvo en lo referido al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el superior interés del menor. La doctrina del Tribunal establece que la regla de preferencia correspondiente a la modalidad compartida de guarda sobre los hijos (tal como se configura en el art. 80 del Código aragonés), no llega a excluir absolutamente la posibilidad de una custodia individual o exclusiva ejercida por cualquiera de los progenitores⁴³, debiendo atenderse a las circunstancias del caso concreto para llegar a la conclusión de que la custodia individual pueda resultar más

³⁹ CASTILLA BAREA, M.: “Notas sobre la guarda y custodia”, cit., pp. 13-14.

⁴⁰ SAP Zaragoza 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

⁴¹ De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066).

⁴² Los criterios de interpretación del art. 80 Código aragonés sintetizados en la STSJ Aragón 1 febrero 2012: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá que evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

⁴³ En este sentido, véanse las sentencias TSJ Aragón 15 mayo 2014 (EDJ 2014/90606); 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100014); 9 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100003).

beneficiosa que la compartida, aplicando en estos supuestos la excepción al criterio legal de aplicación preferente de la custodia compartida.

En igual sentido, el TSJ Cataluña⁴⁴ también se ha pronunciado en términos de que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos los casos, debiendo atenderse como único criterio a tener en cuenta el interés superior del menor en cada supuesto.

Por su parte, y en términos similares la SAP Valencia 7 abril 2014⁴⁵, a pesar de que la norma valenciana recoge expresamente la preferencia, se ha pronunciado en términos de que la custodia compartida no es automática en nuestra legislación autonómica sino que debe ser valorada en función de las circunstancias concurrentes como más beneficiosa para los menores.

En esta misma dirección, la doctrina sentada por la STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013⁴⁶ establece que, la ley no crea un automatismo en la atribución de la guarda y custodia compartida para la que baste meramente su solicitud, pues dicha ley en su art. 5 permite la excepción de la regla general de custodia compartida mediante la ponderación del juzgador de cuál de los regímenes de custodia es el más adecuado para garantizar el interés superior del menor. En definitiva, será ese interés el que determine la resolución a adoptar teniendo en cuenta que, como dice la referida sentencia, que “el interés superior del menor se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida -art. 5.2- y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés de menor en cada caso - art. 5.4 -, todo ello en los términos de la definición de ambos de la propia norma legal -art. 3- todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su art. 5.3”.

Se ve pues que el legislador autonómico ha instaurado la presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para el menor cuyos padres ya no conviven juntos, es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a ambos progenitores. Esta presunción se ha reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al efecto. El Juez no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor sino que, presumiendo la idoneidad de éste, razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor ese sistema de custodia

⁴⁴ Entre otras, STSJ Cataluña 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063).

⁴⁵ SAP Valencia 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100246)

⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013 (*Tol* 3.966.045).

individual, en el supuesto de que lo haya solicitado alguna de las partes o el Ministerio Fiscal⁴⁷.

IV. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE DEROGACIÓN DE LA LEY VALENCIANA 5/2011.

A la vista de los últimos pronunciamientos del TC declarando la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano⁴⁸, así como la parcial inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana⁴⁹, conviene plantearse cuál es el futuro inmediato que le depara a la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pendiente igualmente de recurso de inconstitucionalidad.

Dado que se prevé que el resultado sea el mismo que los anteriores pronunciamientos, ya que el motivo es que el TC no reconoce a la Comunidad Valenciana el derecho a legislar en materia civil que por el contrario sí reconoce a otras seis Comunidades autónomas, conviene analizar cuál va a ser la situación en la que quede la institución en el ámbito de la Comunidad Valenciana ante una hipotética derogación de la ley.

En mi opinión, y si fuera el caso que se produjera la derogación de la ley, ello no va a conllevar grandes cambios respecto al régimen ahora vigente, y ello por los motivos que seguidamente voy a exponer:

Partiendo de la Resolución 2079 del Consejo de Europa de fecha 15 octubre 2015, en donde se recomienda a los Estados la necesidad de adaptar sus legislaciones en cuanto al desarrollo de la corresponsabilidad familiar, así como de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada de la Sala 1ª TS en cuanto a la interpretación que la misma hace del art. 92.8 CC, es evidente que aunque la ley se derogue, la custodia compartida va a seguir acordándose, no de forma automática, como tampoco lo ha venido siendo hasta ahora, pero sí analizando las circunstancias del caso concreto y garantizando el interés de los menores.

Así, son numerosas las sentencias en las que se concluye que la custodia compartida debe ser la modalidad normal y deseable. No debe considerarse un sistema excepcional que exija una acreditación especial, y ello por cuanto que la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

⁴⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, cit., p. 3.

⁴⁸ Véase a este respecto STC 82/2016, de 28 de abril 2016.

⁴⁹ Véase a este respecto STC de 6 de junio 2016.

Entre otras, se han pronunciado en estos términos, la STS 12 diciembre 2013⁵⁰; STS 21 octubre 2015⁵¹; STS 16 marzo 2016⁵²; la STS 19 febrero 2016⁵³, que consolida la doctrina jurisprudencial en cuanto a permitir la custodia compartida en caso de existir discrepancias razonables entre los progenitores; la STS 14 octubre 2015⁵⁴, que determina que la salida civilizada del hogar familiar de uno de los progenitores, no es inconveniente para que se otorgue la guarda y custodia compartida, pues la salida no supone que haya una aceptación de la custodia monoparental a favor del que se quedó; incluso la STS 29 marzo 2016⁵⁵, en donde parece producirse una clara llamada de atención a la AP Madrid por no haber accedido a conceder la custodia compartida, recriminándole que el no aplicar la doctrina consolidada de la Sala, pone en riesgo la seguridad jurídica.

Al margen y además de lo anterior, hay que traer a colación la Ley valenciana 12/2008 de Protección Integral de la infancia y la adolescencia, de plena aplicación, y en donde se consagra en su art. 28 el principio de coparentalidad. Se trata de una ley que se encuentra en vigor, y que por lo tanto, se podría tomar como fundamento para la petición de la custodia compartida.

Por lo tanto, y ante la hipotética derogación de la ley valenciana, se aplicaría de nuevo el sistema previsto en el CC así como la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a su interpretación. A partir de los últimos pronunciamientos del TS en cuanto a la interpretación del art. 92.8, los Jueces y Tribunales van siendo más proclives a su implantación, lo que ha hecho que se haya producido un aumento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de custodia.

Por ello, e independientemente de la existencia o no de ley autonómica, los Tribunales han ido definiendo un modelo de custodia que se va perfilando por vía jurisprudencial, en tanto se apruebe definitivamente la tan ansiada reforma del CC en materia de guarda y custodia compartida. Hasta que esto ocurra, es clara la línea jurisprudencial existente en cuanto a ser la custodia compartida la modalidad

⁵⁰ STS 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100707).

⁵¹ STS 21 octubre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100575).

⁵² STS 16 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100186).

⁵³ STS 19 febrero 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100098).

⁵⁴ STS 14 octubre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100541).

⁵⁵ STS 29 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100182). Refiere la Sala que La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia.

deseable y aconsejable, si bien habrá que probar y justificar la conveniencia de dicho modelo.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA BAREA, M.: “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: “Ley valenciana de custodia compartida”, *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

DE TORRES PEREA, J.M.: “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4.

GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Derecho de familia desde una perspectiva europea”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, núm. 54, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010.

MAZA DOMINGO, J.: “Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

REYES LÓPEZ, M.J.: “La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana”, en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

TENA PIAZUELO, I.: “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades”, en AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (coord. por T. PICONTO NOVALES), Dykinson, Madrid 2012

