Deusto
Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA UNA REINTERPRETACIÓN CONCEPTUAL DE LA FIGURA

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
Kepa Ayerra Michelena

2012

5709.01

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

Deusto
Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA UNA REINTERPRETACIÓN CONCEPTUAL DE LA FIGURA

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

Kepa Ayerra Michelena

BAJO LA DIRECCIÓN DE

Dra. Gema Tomás Martínez

Archivo General
Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea
Artxibo Orokorra

Universidad de Deusto, 2012

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

Deusto
Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA UNA REINTERPRETACIÓN CONCEPTUAL DE LA FIGURA

DOCTORANDO

Fdo: Kepa Ayerra Michelena

DIRECCIÓN

Fdo: Dra. Gema Tomás Martínez

2012

ÍNDICE

ÍNDICE....1
ABREVIATURAS....15
INTRODUCCIÓN....17

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS....23
1.- Introducción....23
2.- Derecho Romano....23
2.1.- Acercamiento a la concepción de la familia romana....23
2.2.- Ideas de la guarda y custodia en Roma....27
2.3.- El matrimonio....30
3.- Transformación del poder del *pater*....32
4.- Ley de matrimonio civil de 17 de junio de 1870....34
5.- Código Civil de 24 de julio de 1889....35
6.- Reformas efectuadas durante la segunda república....36
6.1.- Constitución de 1931....37
6.2.- Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932....37
6.3.- Ley sobre filiación de 25 de mayo de 1932....37
7.- Época franquista y reformas en el derecho de familia....38
7.1.- Ley de 24 de abril de 1958....38
7.2.- Ley 14/1975 de 2 de mayo, sobre reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges....40
8.- Desde la transición democrática hasta la actualidad....41
8.1.- Constitución Española de 1978....41
8.2.- Ley 11/1981, de 13 de mayo modificadora de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio....42
8.3.- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio....44

8.4.- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo 45

CAPÍTULO II.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL 47

1.- Patria potestad 47

1.1.- Introducción 47

1.2.- Concepto 50

1.2.1.- Definiciones de la patria potestad de la doctrina 51

1.2.2.- Definiciones de la patria potestad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo 53

1.3.- Naturaleza jurídica 55

1.4.- Terminología 59

1.5.- Caracteres 61

1.6.- Contenido 62

1.7.- Titularidad y ejercicio 63

1.7.1.- Titularidad 63

1.7.2.- Ejercicio 64

1.7.2.1- Norma general: Ejercicio conjunto o individual de la patria potestad 64

a) Discusión respecto de la extensión del artículo 156 CC 65

b) Duplicidad de regulaciones 67

c) Práctica general en los Juzgados y Tribunales 70

d) Titularidad sin ejercicio 71

e) Conclusión sobre la norma general de ejercicio de la patria potestad en nuestro Derecho: Ejercicio conjunto o exclusivo de la patria potestad (156.5 y 92.4 CC) 71

f) Ejercicio de la patria potestad en el supuesto de guarda y custodia compartida 77

2.- Guarda y custodia 77

2.1.- La guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad: Diferencias y delimitación de contenido 77

2.1.1.- Realidad social y familiar 79

2.1.2.- Evolución legislativa 81

2.1.3.- Vencedor y vencido 82

2.1.4.- Concepto de guarda y custodia como función de la patria potestad 83

2.1.5.- Mayor influencia *de facto* del progenitor que pase más tiempo con el menor 86

2.1.6.- El cónyuge no custodio ejerce la guarda y custodia durante los periodos de régimen de visitas 89

2.1.7.- Analogía con la interpretación restrictiva del artículo 170 CC..... 91

2.2.- Concepto de guarda y custodia 92

2.3.- Terminología 95

2.4.- Tipos de guarda y custodia 97

3.- Guarda y custodia compartida 98

3.1.- Concepto 98

3.1.1.- Elaboración doctrinal y jurisprudencial del concepto 98

3.1.2.- Opinión personal 102

3.1.3.- Distinción cualitativa o cuantitativa entre la guarda y custodia exclusiva y la compartida 103

3.2.- ¿Es necesario para fijar una custodia compartida que el reparto de tiempos de estancia sea por mitad entre ambos progenitores? 110

3.3.- Terminología 112

CAPÍTULO III.- MARCO LEGAL 117

1.- El artículo 92 del Código Civil 118

2.- 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 121

2.1.- Estructura de la Ley 15/2005, de 8 de julio 121

2.2.- Exposición de motivos 122

2.3.- Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio (art. Primero de la Ley 15/2005) y modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición Final Primera) 124

2.3.1.- Derechos y deberes de los cónyuges 124

2.3.2.- Situación de las causas de separación y divorcio en el momento previo a la reforma. Desaparición de las causas de separación y divorcio 127

2.3.3.- Mantenimiento de la separación como opción 128
2.3.4.- Plazo de tres meses para la solicitud de separación o divorcio 129
2.3.5.- Posibilidad de acudir al divorcio sin previa separación 131
2.3.6.- Procedimientos matrimoniales tras la reforma.....131
a) Demanda de separación o divorcio (Arts. 81 y 86 CC) 132
b) La nulidad del matrimonio.....132
c) La reconvención 133
d) El procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC)...133
2.3.7.- La reconciliación tras la reforma 135
2.3.8.- Nueva redacción del artículo 90 CC 137
2.3.9.- La pensión compensatoria tras la reforma 138
2.3.10.- El nuevo artículo 103.1 CC 141
2.4.- Modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil (art. Segundo de la Ley 15/2005) 142

CAPÍTULO IV.- TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 92 CC.....147
1.- Introducción 147
2.- Anteproyecto de Ley. 148
3.- Proyecto de Ley.....149
4.- Enmiendas del Congreso de los Diputados 150
4.1.- Párrafo nº 1 151
4.2.- Párrafo nº 2 151
4.3.- Párrafo nº 3 152
4.4.- Párrafo nº 4 152
4.5.- Párrafo nº 5 152
4.6.- Párrafo nº 6 154
4.7.- Párrafo nº 7 154
4.8.- Párrafo nº 8 155
4.9.- Párrafo nº 9 155
4.10.- Enmiendas que proponen un nuevo texto al artículo 92 del Código Civil. 156
5.- Fase de Ponencia en el Congreso de los Diputados 158

6.- Fase de Comisión en el Congreso de los Diputados 160
7.- Debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley 165
8.- Enmiendas del Senado 168
9.- Fase de Ponencia en el Senado 170
10.- Fase de Comisión en el Senado.....172
11.- Debate en el Pleno del Senado del Proyecto de Ley 173
12.- Variaciones del Senado publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales 176
13.- Pleno del Congreso de los Diputados para debatir las modificaciones introducidas en el Senado 177

CAPÍTULO V. CUESTIONES GENERALES PREVIAS: PROCESO MATRIMONIAL COMO PROCESO ESPECIAL Y EL PRINCIPIO DE INTERÉS DEL MENOR.....181
1.- Proceso matrimonial como proceso especial. 181
1.1- Coexistencia de medidas de *ius cogens* con medidas de naturaleza dispositiva.....182
1.2.- Principio de justicia rogada y de congruencia.....183
1.3.- Cosa juzgada 184
1.4.- Semejanza del procedimiento matrimonial con el proceso penal 186
1.5.- La última resolución es la que se aplica.....186
2.- Interés del menor.....187
2.1.- Principio superior y guía interpretativa 187
2.2.- Principio de proporcionalidad.....191
2.3.- El interés del menor como concepto jurídico indeterminado.....193
2.4.- Marco legal.....194

CAPÍTULO VI.- EXÉGESIS DE LA REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL (ART. 92 CC) TRAS LA LEY 15/2005.....197
1.- introducción 197
2.- Procedimiento de mutuo acuerdo 198
2.1.- Introducción 198
2.2.- Crítica a la alusión al convenio regulador en el artículo 92.5 CC.....200

2.3.- Obligatoriedad de aprobar por el Juez el convenio regulador.....200
2.4.- Informe del Ministerio Fiscal 204
2.5.- Fundamentar su decisión 205
3.- Procedimiento contencioso 207
3.1.- Introducción 207
3.2.- La excepcionalidad recogida en el artículo 92.8 CC.....211
3.3.- Instancia de parte 215
3.4.- Informe favorable del Ministerio Fiscal 223
3.4.1.- Introducción 223
3.4.2.- Posición de la doctrina y de la jurisprudencia.....224
3.4.3.- Momento en el que debe emitirse el informe del Ministerio Fiscal. 232
3.4.4.- Reflexión personal 233
3.5.- Fundamentar su decisión en que sólo con la guarda y custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor 234
3.6.- Conclusión.....240
4.- Supuesto en el que no es posible la fijación de la guarda y custodia compartida (92.7 CC) 241
4.1.- Incurso en un proceso penal 243
4.2.- Ámbito de aplicación 247
4.3.- Indicios fundados de violencia doméstica 249
5.- Otras cuestiones recogidas en el artículo 92 del Código Civil comunes a ambos procedimientos (92.6 y 92.9) 251
5.1.- Dictamen de especialistas 252
5.1.1.- Antecedentes 252
5.1.2.- Terminología.....254
5.1.3.- Ámbito de aplicación 255
5.1.4.- ¿Informe psicosocial preceptivo en el supuesto de custodia compartida? 255
5.1.5.- Importancia o influencia del informe psicosocial en el procedimiento de familia.....257
5.2.- La audiencia de los menores 265
5.2.1.- Regulación anterior a la Ley 15/2005 de la audiencia de los menores 265

5.2.2.- Regulación tras la Ley 15/2005 de la audiencia de los menores ..
.....266
5.2.3.- Naturaleza jurídica 274
5.2.4.- Forma de efectuar la diligencia de audiencia o exploración de los menores 274
a) Personas que deben estar en la audiencia o exploración del menor 275
b) Toga, vocabulario y lugar donde efectuar la audiencia 279
c) Qué preguntar al menor 279
d) Edad para la audiencia 280
e) Documentación de la audiencia y traslado a las partes 281
5.3.- Cautelas procedentes 282
5.4.- No separación de hermanos 284
5.5.- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella 286
5.6.- Relación de los padres entre sí y con sus hijos 287
5.7.- Otros criterios o cuestiones relevantes 299
5.7.1.- Cercanía de los domicilios 305
5.7.2.- Voluntad de los menores 309
5.7.3.- La edad de los hijos 314
5.7.4.- Preferencia por la madre 319
5.7.5.- Disponibilidad de tiempo para el cuidado; Trabajo de los progenitores 325
5.7.6.- Situación anterior a la ruptura y durante la ruptura de hecho ..327
a) Situación anterior a la ruptura 327
b) Situación durante la ruptura de hecho y/o durante la aplicación de las medidas provisionales 331
5.7.7.- Capacidad para asumir la guarda y custodia de los progenitores
.....335

CAPÍTULO VII.- DISTINTAS FÓRMULAS DE APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA 339
1.- Periodos de convivencia 339
1.1.- Alternancia menor a la semanal 340

1.2.- Alternancia semanal 342
1.3.- Alternancia quincenal.....344
1.4.- Alternancia mensual.....344
1.5.- Alternancia trimestral.....345
1.6.- Alternancia semestral 346
1.7.- Alternancia anual o por curso escolar 347
1.8.- Otras periodicidades.....348
a) Entre semana la madre y los fines de semana el padre 348
b) Cuatro semanas 348
c) Sesenta días 349
d) Cinco meses 349
2.- Domicilio de los menores 349
2.1.- Permaneciendo los menores en la vivienda 350
2.2.- No permaneciendo los menores en la vivienda.....353
3.- Guarda y custodia compartida: Beneficios y perjuicios para el menor.....356
3.1.- Breve alusión a estudios internacionales.....357
3.2.- Doctrina jurídica y jurisprudencia respecto de los beneficios y perjuicios de la custodia compartida 359
3.2.1.- Beneficios y perjuicios de la custodia compartida en la doctrina y la jurisprudencia 360
3.2.2.- Constante cambio de domicilio.....366
3.2.3.- Crítica a la custodia exclusiva.....368
3.2.4.- Crítica a la custodia compartida.....369
3.2.5.- Posturas intermedias: Custodia exclusiva y compartida en igualdad de condiciones 371
3.2.6.- Custodia compartida como opción óptima: Opción preferente o presunción *iuris tantum* 372

VIII.- REPERCUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL RESTO DE MEDIDAS A ADOPTAR EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA ..375
1.- Introducción 375
2.- Pensión de alimentos.....376
2.1.- Introducción 376

2.2.- Obligatoriedad de fijar la contribución de los progenitores a los alimentos 377
2.3.- Exigencia de que dicha contribución sea en forma de pensión 382
2.4.- Contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos en el supuesto de custodia compartida 383
2.4.1.- Distintas fórmulas planteadas por doctrina y jurisprudencia ..383
2.4.2.- Cuestiones a tener en cuenta para fijar la contribución a los alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida 393
2.4.3.- Propuesta personal 398
3.- Vivienda familiar 400
3.1.- Que los hijos se queden viviendo en el domicilio familiar, y sean los padres quienes entren y salgan del mismo en sus periodos de guarda.....401
3.1.1.- Resolución de esta medida aplicando el artículo 96.1 CC 401
3.1.2.- Resolución de esta medida aplicando el artículo 96.3 CC: Interés más necesitado de protección.....403
3.2.- Que sean los menores quienes se trasladen de una a otra vivienda de sus progenitores.....404
3.2.1.- A favor del párrafo 3º del artículo 96 CC: Interés más necesitado de protección 404
3.2.2.- A favor del párrafo 2º del artículo 96 CC 407
3.3.- Otras fórmulas o posibilidades.....408
3.3.1.- No atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.....408
3.3.2.- Atribución temporal del uso y disfrute de la vivienda familiar. 409
3.4.- Empadronamiento 410
4.- Régimen de visitas 411

CAPÍTULO IX.- OTROS ASPECTOS PROCESALES EN RELACIÓN CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....417
1.- Procedimiento en el que puede adoptarse la medida de guarda y custodia compartida.....417
2.- Reconvención.....420
3.- Ejecución de la guarda y custodia compartida.....424
4.- Recurso de apelación 427

4.1.-Procedimiento de mutuo acuerdo.....427
4.2.-Procedimiento contencioso.....427
4.2.1.- Caso de informe favorable del Ministerio Fiscal.....428
4.2.2.- Caso de informe desfavorable del Ministerio Fiscal.....428
4.3.- Petición de custodia compartida en segunda instancia sin haber sido solicitada en primera instancia.....433

CAPÍTULO X.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....435
1.- Introducción.....435
2.- Análisis de la jurisprudencia menor anterior a la Ley 15/2005.....436
2.1.- Sentencias denegatorias del ejercicio compartido de la guarda y custodia anteriores a la Ley 15/2005.....436
2.2.- Sentencias estimatorias de la guarda y custodia compartida anteriores a la Ley 15/2005.....440
3.- Análisis de la jurisprudencia menor tras la Ley 15/2005.....442
3.1.- Sentencias denegatorias de la petición de guarda y custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005.....442
3.2.- Sentencias estimatorias de la guarda y custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005.....446
4.- Sentencias sobre guarda y custodia compartida dictadas por el Tribunal Supremo posteriores a la Ley 15/2005.....450

CAPÍTULO XI.- REGULACIÓN AUTONÓMICA.....493
1.- Aragón.....493
1.1.- Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.....493
1.2.- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.....493
1.3.- Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).....494
1.3.1.- Relación de los hijos con ambos progenitores.....494
1.3.2.- Interés del menor.....495
1.3.3.- Audiencia del menor.....495
1.3.4.- El pacto de relaciones familiares.....496

1.3.5.- Mediación.....498
1.3.6.- Medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares.....498
1.3.7.- Vivienda y ajuar familiar.....503
1.3.8.- Gastos de asistencia a los hijos.....505
1.3.9.- Disposición Transitoria Sexta.....507
1.4.- Jurisprudencia.....507
1.5.- Evolución temporal de la legislación de la guarda y custodia compartida en Aragón.....509
2.- Cataluña.....510
2.1.- Proyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 13 de junio de 2006.....510
2.2.- Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 29 de agosto de 2008.....510
2.3.- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.....512
2.3.1.- Medidas definitivas propuestas por convenio regulador.....512
2.3.2.- Medidas a acordar por el Juez en defecto de pacto.....514
2.3.3.- Mediación familiar.....515
2.3.4.- Cuidado de los hijos.....515
a) Responsabilidad parental.....515
b) Plan de parentalidad.....517
c) Ejercicio de la guarda. Discrepancia sobre la guarda y custodia compartida.....519
2.3.5.- Vivienda familiar.....523
2.3.6.- Convivencia estable en pareja.....524
2.3.7.- Potestad Parental.....524
2.3.8.- Disposición transitoria tercera.....525
2.4.- Jurisprudencia.....526
2.5.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Cataluña.....527
3.- Navarra.....530
3.1.- Proposición de Ley Foral sobre custodia compartida.....530

3.2.- Ley Foral 3/2011, de 17 de Marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres 531
3.2.1.- Objeto y finalidad de la Ley 531
3.2.2.- Mediación familiar 531
3.2.3.- Medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares 532
3.2.4.- Disposición Final Primera 536
3.3.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Navarra 537
4.- Valencia 538
4.1.- Anteproyecto de 30 de julio de 2010 538
4.2.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven 538
4.3.- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven 538
4.3.1.- Objeto de la Ley 539
4.3.2.- Procedimientos consensuales: Pacto de convivencia familiar 539
4.3.3.- Procedimientos contenciosos 540
4.3.4.- Vivienda familiar 544
4.3.5.- Gastos de atención a los hijos e hijas 545
4.3.6.- Disposición Transitoria Primera y Segunda 546
4.4.- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2011 547
4.5.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Valencia 548
5.- País Vasco 549
5.1.- Propuesta de la Federación de Padres y Madres Separados, "Kidetza" 549
5.2.- Juntas Generales 550
5.2.1.- Juntas Generales de Vizcaya 550
5.2.2.- Juntas Generales de Alava 551
5.2.3.- Juntas Generales de Guipúzcoa 551
5.3.- Proposición no de Ley del Parlamento Vasco 552

5.4.- Recomendación general del Ararteko 1/2010, de 15 de octubre: *Corresponsabilidad parental en parejas separadas: el papel de los poderes públicos*.....555
5.5.- Proposición de Ley de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a su cargo o parejas sin hijos/as, presentada por la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados (Kidetza) 556
5.6.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en el País Vasco 557

ESTUDIO DE CAMPO: ENCUESTA A JUECES/MAGISTRADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y A ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA DEL PAÍS VASCO 559
1.- Justificación 559
2.- Razón de ser del estudio de campo: Objetivos 559
3.- Muestra elegida 560
4.- Metodología empleada 562
5.- Resultados obtenidos 562
5.1.- Encuesta a Jueces/Magistrados 562
5.2.- Encuesta a abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia del País Vasco 580
6.- Análisis de resultados en comparación con el estudio doctrinal y jurisprudencial 592
7.- Conclusión general del estudio de campo 599

CONCLUSIONES 601
ANEXO I.- REPERTORIO DE SENTENCIAS 619
ANEXO II.- CUESTIONARIO A JUECES/MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA DEL PAÍS VASCO 647
1.- Cuestionario a Jueces/Magistrados 647
2.- Cuestionario a abogados 648
BIBLIOGRAFÍA 651

ABREVIATURAS

AC.- Aranzadi Civil

AEAFA.- Asociación Española de Abogados de Familia

BDF.- Boletín de Derecho de Familia

BIB.- Base de Información Bibliográfica Aranzadi

BL.- Boletín de Legislación

BOE.- Boletín Oficial del Estado

BOJGB.- Boletín Oficial de las Juntas Generales de Bizkaia

BOPN.- Boletín Oficial del Parlamento de Navarra

BOPV.- Boletín Oficial del Parlamento Vasco

CC.- Código Civil

CCCat.- Código Civil de Cataluña

CDFA.- Código de Derecho Foral de Aragón

CE.- Constitución Española

DSPV.- Diario de Sesiones del Parlamento Vasco

EDJ.- El Derecho Jurisprudencia

EDO.- El Derecho Otra Documentación

EUDER.- Europea de Derecho

G.P.- Grupo Parlamentario

JJGGA.- Juntas Generales de Álava

JUR.- Jurisprudencia Aranzadi

LEC.- Ley de Enjuiciamiento Civil

LECr.- Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ.- Ley Orgánica del Poder Judicial

RJ.- Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi

SBOTHA.- Suplemento al Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava

SP.- Sepín

SP/DOCT/.- Sepín doctrina

SP/SENT/.- Sepín sentencia

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional

STS.- Sentencia del Tribunal Supremo

STSJC.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

TS.- Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

En el mes de julio de 2005 entró en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio[1], que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La Ley 15/2005 ha supuesto un nuevo y trascendental cambio en el Derecho de familia y en el tratamiento legal de las crisis matrimoniales. Asimismo entraña el relevo de la reforma efectuada por las Leyes 11/1981 de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, que implicaron un cambio muy relevante en la regulación del matrimonio y su ruptura en el Código Civil.

La Ley 15/2005 ha introducido por primera vez la guarda y custodia compartida, figura protagonista del presente trabajo de investigación, en nuestro ordenamiento. Concretamente se recoge en el nuevo artículo 92 del Código Civil. La regulación de la guarda y custodia compartida ha sido sin duda una de las cuestiones de la reforma que mayor eco social y jurídico ha implicado.

Con anterioridad a la reforma la guarda y custodia compartida no era una figura ajena al panorama teórico del Derecho español, ni tampoco a la aplicación práctica de la misma, aunque era excepcional, por los Juzgados, Tribunales y demás operadores jurídicos.

El motivo de elegir la guarda y custodia compartida como objeto de estudio, es la novedad y la contradicción de opiniones que supone su incorporación a nuestra legislación, así como la capital importancia que la guarda y custodia tiene en la vida de todo progenitor y fundamentalmente de los menores. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los de medidas paternofiliales, la guarda y custodia de los menores es la medida neurálgica a acordar. Su atribución supone la elección del progenitor que va a "tenerlos en su compañía", la "llave" de la convivencia diaria con los hijos del matrimonio o pareja, por tanto, la "llave" de la continuación del privilegio de ver crecer con mayor intensidad a los propios hijos y compartir su desarrollo. Asimismo la fijación de una guarda y custodia exclusiva o compartida tiene una directa repercusión respecto de otras de las medidas a acordar en un pleito matrimonial o de

[1] La 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, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 163, del día 9 de julio, y entró en vigor al día siguiente de su publicación (Disposición Final 4ª).

pareja de hecho con hijos, tales como la pensión de alimentos o el uso de la vivienda familiar. Su relevancia, por tanto, es indiscutible.

Por tanto, la presente tesis tiene como objeto estudiar integralmente la guarda y custodia compartida, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2005, a fin de discernir sobre los siguientes aspectos:

1º.- La delimitación conceptual de la guarda y custodia compartida, y su diferenciación y encaje junto a las figuras ya existentes: la patria potestad y la guarda y custodia.

2º.- La regulación de la figura en nuestro ordenamiento desde el punto de vista sustantivo y procesal.

3º.- Los motivos que generan posturas radicalmente opuestas respecto a la custodia compartida.

4º.- La evolución de la figura desde antes de la Ley 15/2005 hasta el momento actual, y sobre cual puede ser la deriva de la misma.

A fin de lograr concluir sobre el objeto, la tesis está compuesta de once capítulos en los que se analizan los siguientes contenidos:

En el Capítulo I se estudian los antecedentes históricos de la guarda y custodia, que ciertamente supone una tarea ardua y poco fructífera habida cuenta de la diferencia radical entre el sistema familiar actual y el existente en momentos anteriores. Por tanto, los antecedentes históricos cercanos son de mayor interés que los lejanos.

El Capítulo II se dedica a la delimitación conceptual. Comienzo analizando la patria potestad, continúo por la guarda y custodia y finalizo en la guarda y custodia compartida. Dicho recorrido es, en mi opinión, imprescindible para un acercamiento conceptual integral y vertebrado a la guarda y custodia compartida.

En el Capítulo III se fija el marco legal de la figura, aludiendo al artículo 92 CC y a la Ley 15/2005, destacando sucintamente las principales novedades, que además de la custodia compartida, introdujo la misma.

El Capítulo IV desarrolla la tramitación parlamentaria de la modificación del artículo 92 CC. El análisis es de honda relevancia a tenor de las cuestiones que se vislumbran de la misma. Esta tramitación parlamentaria nos muestra las opuestas posturas existentes respecto a la figura, el considerable número de discrepancias que existieron respecto al texto del artículo, el origen de cada palabra del mismo, etc…

En el Capítulo V se exponen brevemente las especialidades del proceso matrimonial, que tiene múltiples singularidades que lo diferencian del proceso civil

general en algunos de sus principios básicos. Considero fundamental reseñar las mismas como cuestiones a tener en cuenta para el acometimiento de los dilemas que plantea la custodia compartida. Asimismo, en este Capítulo se plantea el principio de interés del menor, que es de obligada referencia dada la importancia incuestionada del mismo en los procedimientos matrimoniales o de parejas de hecho con hijos menores.

El Capítulo VI analiza la regulación de la guarda y custodia compartida en nuestro Código Civil en la actualidad, en concreto en su artículo 92, tras la reforma de la Ley 15/2005. Se efectúa un análisis crítico a nivel sustantivo y procesal del nuevo artículo 92 CC, estudiando cada uno de los problemas que dicho artículo genera, acudiendo para ello a la opinión doctrinal y jurisprudencial.

En el Capítulo VII se estudian las distintas fórmulas de aplicación de la guarda y custodia compartida desde dos puntos de vista: El de los periodos de convivencia, es decir, qué alternancias temporales pueden darse o se dan en la práctica. Y el del domicilio de los menores, es decir, si son los menores quienes permanecen en la vivienda familiar, y los progenitores son los que entran y salen de la misma, o si cada progenitor tiene su vivienda y los menores van de una a otra.

El Capítulo VIII se dedida a la repercusión de la custodia compartida en el resto de medidas, en concreto en la pensión alimenticia, en el uso y disfrute de la vivienda familiar y en el régimen de visitas. La Ley 15/2005 no ha modificado los artículos relativos a dichas medidas a fin de ser adaptados a la introducción en nuestro ordenamiento de la custodia compartida, en consecuencia, con los artículos existentes debemos resolver las consecuencias de la custodia compartida en dichas medidas.

El Capítulo IX versa sobre otros aspectos procesales (como la reconvención, el recurso de apelación etc…) que plantean dudas en relación con la custodia compartida.

El Capítulo X se destina al tratamiento jurisprudencial de la guarda y custodia compartida. En el mismo se estudian sentencias anteriores y posteriores a la Ley 15/2005 de la jurisprudencia menor, y asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo sobre custodia compartida dictadas con posterioridad a la Ley 15/2005[2].

El último Capítulo, el número XI, estudia las distintas legislaciones autonómicas dictadas hasta el momento, en concreto en Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia, relativas a la custodia compartida con posterioridad a la Ley 15/2005. Respecto al País Vasco se recoge una Proposición no de Ley del Parlamento Vasco, y una Proposición de

[2] La consulta de las Sentencias de las Audiencias Provinciales se cerró en torno al mes de marzo de 2011, y la consulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se cerró en el mes de marzo de 2012.

Ley presentada en el Parlamento Vasco habiendo sido admitida a trámite el día 19 de abril de 2011.

Este análisis de las legislaciones autonómicas se efectúa porque considero que aún es escasa la literatura jurídica que analiza cada una de las Leyes, y porque ayuda a iluminar la trayectoria legislativa de la custodia compartida, así como las soluciones legales que pueden adoptarse para la misma y el resto de medidas interrelacionadas.

Por último se efectúa un trabajo de campo, que se concreta en una encuesta a Jueces/Magistrados de Primera Instancia que resuelven asuntos de familia del País Vasco y a abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia también del País Vasco. El motivo de realizar esta encuesta responde al interés que tiene el conocer la opinión directa de estos agentes jurídicos respecto a los dilemas que se exponen en la tesis, dado que va a permitir observar qué grado de conformidad o disparidad de opiniones existen en la práctica respecto de los puntos discutibles y contrastarlos con el *status* de la doctrina al respecto.

En definitiva, la custodia compartida es una figura que despierta posicionamientos rígidos a favor y en contra. A favor, por las personas que han luchado por su inclusión en nuestro Código Civil, y en contra, por quienes desde un inicio, y ya con anterioridad a la reforma, consideraban que era una medida no beneficiosa para los menores.

No es España el primer país que regula la guarda y custodia compartida. Ya en muchos países se ha legislado en este sentido, y sobre todo se ha generado el interés suficiente para el estudio multidisciplinar de la fórmula jurídica.

Esta modificación legislativa venía siendo solicitada por una parte relevante de sectores sociales y jurídicos, que defendían y defienden la medida contundentemente, pero a su vez, venía siendo vetada con la misma rotundidad por otra buena parte de dichos sectores. Esta situación generó un clima de creación legislativa de tenso embiste de posturas, lo que implicó un serio "antídoto" para que dicha norma se elaborase en base a razonamientos jurídicos, psicológicos, sociológicos etc... La encendida polémica que generó el planteamiento de la guarda y custodia compartida, dada la antedicha rígida oposición entre las opiniones existentes y la complejidad de su plasmación jurídica, vino reflejada en que el nuevo artículo 92 del Código Civil fue el artículo que recibió mayor número de enmiendas, en concreto veintiuna.[3]

[3] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005.

En definitiva, nos encontramos con una figura de gran relevancia, que introduce una nueva opción de "estar en compañía" de los menores, y que, no cabe duda, irrita la consolidada inercia de la guarda y custodia unilateral. Se trata de una figura que implica a la convivencia diaria con los hijos, y por tanto, su correcta "instauración" en nuestro ordenamiento es de cardinal relevancia. De ahí, el análisis que se lleva a cabo en este trabajo en aras de lograr los objetivos propuestos.

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.- Introducción

La búsqueda de antecedentes históricos de la figura jurídica que es objeto del presente trabajo de investigación, supone una dificultosa labor a tenor de la radical diferencia de sistema familiar existente en anteriores momentos históricos y en el actual.[4] La rotunda y estructural distancia, como veremos, entre la actual familia y la familia romana, supone ser ésta una fuente de escaso vínculo para aquella.

2.- Derecho romano

2.1.- Acercamiento a la concepción de la familia romana

El derecho de familia que existe en la actualidad, modifica un pilar fundamental de la organización familiar que prácticamente ha existido desde la época romana, el poder del *paterfamilias*.

Adelantando lo que al analizar el derecho de familia de momentos anteriores se irá vislumbrando, la guarda y custodia, tal y como en derecho de familia actual se entiende, no ha existido nunca. De hecho, desde la época romana la familia ha venido sufriendo transformaciones hasta el resultado actual, siendo realmente en el último siglo cuando se ha materializado el cambio estructural.

La familia originaria romana, llamada *agnaticia*, se concreta en un grupo de personas, procedentes de diferentes orígenes, no todos consanguíneos, que se encuentran bajo el poder del *paterfamilias.* Arias Ramos y Arias Bonet[5], define a esta familia como *(...) el grupo de personas sujetas al poder doméstico de un jefe (paterfamilias).*

---

[4] En este sentido opinan ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II,* 18ª edición, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 726: *Por eso, si el Derecho actual en materia de relaciones patrimoniales (derechos y obligaciones) puede nutrirse aún en gran parte de sustancia romana, el Derecho de familia genuinamente romano puede ofrecernos tan sólo un interés histórico, no por ello, ciertamente, menos digno de atención.*

[5] *Ibidem*, pág. 726.

Por tanto en el derecho romano no existe potestad de los padres, sino únicamente potestad del padre, dado que la madre estaba en el mismo lugar que los hijos.[6]

En la familia romana por tanto existen dos categorías diferenciadas, el jefe, llamado *paterfamilias, sui iuris* y las personas que se encuentran bajo su poder, *filiifamilias, alieni iuris.*

La familia romana sustancialmente estaba formada por:

- Los hijos legítimos de ambos sexos del *pater*.
- Los hijos legítimos de los varones subordinados a la *potestas* del *pater,* siendo hijos legítimos los nacidos de padre y madre unidos en matrimonio, por el acto jurídico de la *conventio in manum*, entrando también a formar parte de la familia la mujer tanto del *pater* como de los subordinados a su *potestas*.
- Los extraños que estaban bajo la *potestas* de otro jefe y que eran adoptados.
- Los extraños que hasta entonces hubieren sido *paterfamilias* y mediante la *arrogatio* pasaba a ser *filiiusfamilias* de su nueva familia.
- Y en un último periodo de la familia romana, mediante la legitimación de los hijos engendrados fuera del matrimonio.

Por tanto, como se observa, el concepto de *filiifamilias* es un concepto más amplio que el de hijo biológico o adoptivo.[7]

Esta diversidad de formas de entrar en la familia romana, supone que en la misma existan dos tipos de relación familiar, la agnación y la cognación. Iglesias Redondo[8] define la agnación (*agnatio*) como el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, son todas las personas que se encuentran bajo la *potestas* del *paterfamilias*. Siendo por el contrario la cognación (*cognatio)*, el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común, pudiendo darse tanto en la línea masculina como femenina.

---

[6] KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil,* IV Tomo, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1946, pág. 43, añade como *(...) aún después de suprimida la manus el derecho romano no ha pensado en dar a la madre una posición semejante a la del padre hacia los hijos ni siquiera por vía de aproximación.*

[7] SANTANA PAÉZ, Emelina en HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo y otros, *Los procesos de familia: una visión judicial,* Colex, Madrid, 2007, pág. 675, argumenta en este sentido: *Efectivamente, en Roma, el vinculo que fundamentaba la familia no era únicamente el de la sangre pues la familia comprendía además del padre, de la madre y de los hijos, a los nietos nacidos en la familia, a los adoptados, a los prisioneros por deudas, a los prisioneros de guerra, a los hijos de éstos, a los clientes (que estaban constituidos por huéspedes pobres, por individuos expulsados de otras gens, por esclavos libertados, por extranjeros vencidos, los cuales piden y obtienen protección por parte del grupo), a los animales, al fondo y por ultimo a los dioses tutelares y protectores del hogar. Todas estas personas se encuentran sometidas a la autoridad de un jefe (pater familia).*

[8] IGLESIAS REDONDO, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones,* 11ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pág. 478.

En este sentido, la primera cuestión importante, de sustancial diferencia con nuestro sistema actual de derecho de familia, se concreta en que el *paterfamilias* no tiene porque ser el padre de las personas sometidas a su poder, de hecho, éste puede no haber procreado nunca. Lo importante es que no esté sometido a la *potestas* de nadie.

Nos encontramos por tanto, con la primera gran diferencia con respecto a nuestra familia y por tanto al derecho que la regula. En la actualidad la familia se rige por dos parámetros, la filiación natural o adoptiva y la unión de dos personas, del mismo o de distinto sexo, mediante vínculo matrimonial o unión *more uxorio,* inscrita o no. Estos dos parámetros, concurriendo ambos o únicamente uno de ellos, son los que generan consecuencias jurídicas, entre ellas la atribución de la guarda y custodia en caso de ruptura matrimonial o de pareja de hecho.

Sin embargo, en Roma el parámetro era único, el *paterfamilias*.[9] De hecho ni siquiera se añade en ese parámetro a las personas sometidas a él, que por supuesto en la generalidad de los casos existían, dado que la familia, tal y como afirman Arias Ramos y Arias Bonet *(...) podía estar constituida por la sola persona del pater.*[10]

Otra cuestión de relevancia en la actualidad, a diferencia de lo que sucedía en Roma, es la edad. Los derechos y deberes que engloba la patria potestad, dentro de los que se incardina la guarda y custodia, se extinguen en el presente, entre otras causas por la emancipación, que se obtiene con la mayoría de edad. Por el contrario en Roma la edad no era un parámetro relevante. La duración de la *potestas* del *pater* sobre los miembros de su familia se extendía durante toda la vida del *pater,* independientemente de la edad de sus subordinados.[11] La patria potestad es vitalicia y *(...) constituye un acto de gracia del padre cuando exime al hijo de la patria potestad.*[12]

---

[9] Tal y como expone IGLESIAS, *Derecho Romano...*, *op.cit.*, pág. 467: *La familia romana, lo que los romanos llaman familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia –familia proprio iure-, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad –manus, potestas- de un jefe –paterfamilias, señor o soberano de la familia, y no <padre de familia>.*

[10] ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano II...*, *op.cit.*, pág. 726, continúa: *El lazo que sirve de aglutinante en el grupo familiar no es el biológico, sino que está constituido por la idea netamente jurídica de autoridad, de sujeción a una jefatura. De la familia se forma parte en tanto en cuanto se está sometido a la jefatura doméstica (potestas) del pater, prescindiendo de que se sea o no descendiente del mismo por vínculos de sangre. Así, en la concepción genuinamente romana, el extraño adoptado entra plenamente en la familia del pater adoptante, y, en cambio, un hijo engendrado por éste en legítimo matrimonio, pero que haya sido emancipado por dicho progenitor, nada tienen que ver con la familia en la cual nació; no pertenece a ella (...).*

[11] Refiriéndose al poder del *pater* CASTÁN VAZQUEZ, José Mª., *La patria potestad,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 22, dice: *Y este amplio poder del padre se prolonga, en el tiempo, durante toda su vida. La patria potestad romana no se extingue al madurar el hijo, ni al envejecer el padre. Cualquiera que sea la edad de uno y otro, el poder subsiste. Aunque el hijo se haya casado; aunque tenga, a su vez, hijos; aunque alcance alto rango social propio, seguirá bajo la patria*

Para salir de la *patria potestas* del *pater,* éste podía dar, en el caso de las hijas y por medio de la *conventio in manu,* en *adoptio* a éstas a otra familia. Sin embargo, para que el *pater* permitiera salir del vínculo familiar sin entrar en otro, debía utilizarse la figura de la emancipación. Es importante en aras a incidir en la cualitativa diferencia de la familia romana de la actual, que dicha emancipación *es un acto dependiente de la voluntad del padre*[13]. En definitiva, la edad del que estuviera sometido al padre no determinaba la posibilidad de éste de decidir libremente crear una familia independiente, sino que será el *pater* quien permitirá o no su emancipación.

Por tanto, la familia romana podía, tal y como se ha referido, constituirse únicamente por el *paterfamilias* o estar compuesta de varias de las que en la actualidad entendemos como familias. Esta circunstancia podía acaecer dado que todos los descendientes legítimos por la línea de varón, están sometidos al poder exclusivo del *pater*, pudiendo no obstante estos descendientes estar unidos en matrimonio y tener sus propios descendientes, pero todos ellos estaban sometidos a la *potestas* del único que ostentaba el poder, el *paterfamilias*.

Asimismo, a través del fenómeno de la *arrogatio*, el *paterfamilias* adoptaba a un extraño que entraba a formar parte de la familia, a estar bajo su *potestas*, y el adoptado podía llevarse consigo a todo el grupo familiar del que era a su vez él, *pater.* En caso de que se adoptara a un *alieni iuris*, ésta se designaba *adoptio*.

En consecuencia, la búsqueda de antecedentes históricos de la guarda y custodia en Roma no es sencillo ni fructífero, habida cuenta de que el parámetro existente en dicha época era la sumisión al poder del *pater,* no la filiación y los derechos y deberes de ambos progenitores para con sus hijos.

Ese poder aglutinador del *paterfamilias* y único referente de la familia romana, se denomina *manus* cuando se refiere a la mujer y *patria potestas* cuando se refiere al resto de personas. Es interesante observar la lógica crítica existente a la terminología utilizada en la actualidad, denominando aún patria potestad a la relación de derechos y deberes de los padres para con sus hijos, cuando dicha expresión deviene históricamente

potestad del padre mientras este viva. Porque es sólo el paterfamilias quien alimenta el fuego del hogar; y únicamente saliendo de la familia –como sale el hijo emancipado, o la mujer casada con manus o el hijo dado en adopción- puede el hijo liberarse de la autoridad de aquél.

[12] KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 44,

[13] No obstante IGLESIAS, *Derecho Romano...*, *op.cit.*, pág. 477, añade algún supuesto en el que el *paterfamilias* si estaba obligado a emancipar: *Hay casos, no obstante, en que éste puede ser obligado a emancipar, y así sucede: 1º., cuando el padre hace al hijo objeto de malos tratos; 2º., cuando el impúber que fue adoptado se ha hecho púber y desea ser emancipado; 3º., cuando la emancipación del hijo figura como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor.*

de un concepto cualitativamente distinto y absolutamente alejado del sentido que en la actualidad tiene y pretende la patria potestad. No obstante, tampoco, como veremos, es sencillo modificar dicha arraigada terminología.

Por tanto la autoridad del *pater* denominada *patria potestas*, para todos los miembros que formaban parte de su familia y se encontraban subordinados a él, era absoluta, su poder sobre los miembros de su familia era absoluto.[14]

Peña Bernaldo De Quirós[15] caracteriza la patria potestad romana frente a la actual:

1º.- Por el carácter patriarcal, referido al sometimiento de hijos, nietos, mujer al padre.

2º.- Por el carácter absoluto del poder, tanto en lo personal como en lo patrimonial.

3º.- Por el carácter perpetuo de la sumisión. Dura mientras viva el padre.

2.2.- Ideas de la guarda y custodia en Roma

La guarda y custodia, mucho menos la compartida, no tenía discusión en Roma, no se elegía cual de los progenitores era el más adecuado para la asunción de la misma, no se buscaba lo más beneficioso para el interés del menor, la patria potestad que el *paterfamilias* ostentaba sobre todos los hijos nacidos en su familia, incluía esta función.

Más aún la discusión sobre la guarda y custodia en Roma no tendría sentido alguno, dada cuenta de que el poder del *pater* era prácticamente absoluto. Si el *pater* tenía poder para decidir sobre la vida y muerte de los miembros de su familia, pese a que con el tiempo fue suavizándose hasta extinguirse, ¿cómo va a pretenderse discutir sobre la guarda y custodia[16]?.

El poder del *paterfamilias* abarcaba el derecho de vida y muerte, *ius vitae necisque,* el derecho de exponer, *ius exponendi* y el derecho de vender, *ius vendendi.*

[14] En este sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 261, sostienen: *Originariamente, la potestas era la jefatura doméstica o soberanía que el jefe del grupo, el paterfamilias, ejerce sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico, concebido a favor de quien lo ejerce y de la cohesión del grupo mismo.*

[15] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de familia,* Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 508.

[16] Es interesante en este sentido lo que explica IGLESIAS, *Derecho Romano...*, *op.cit.*, pag. 469: *Inconcebibles son las relaciones de derecho privado entre el paterfamilias y los filiifamilias, como no puede hablarse de pretensiones de éstos frente a aquél, ni de un derecho a los alimentos, o de un derecho de la hija a la constitución de dote.*

Ante poderes de tal potencia, la guarda y custodia obviamente se incluye en la patria potestad, y por supuesto, ni se discute la posibilidad de que no sea del *pater*[17].

A mayor abundamiento, es muy ilustrativo a fin de acreditar la livianísima repercusión[18] de la guarda y custodia en el sistema familiar clásico romano, la consecuencia de la emancipación de un hijo legítimo del *paterfamilias* por éste, en caso de que este hijo emancipado hubiera tenido hijos a su vez previo a la emancipación; estos nietos del *pater* tras la emancipación de su padre biológico, en caso de que ellos no hubieren sido emancipados con éste, continuaban bajo la subordinación del *paterfamilias,* pertenecían a su familia, y perdían todo vínculo familiar con su padre biológico.

Consecuentemente, no sólo el *paterfamilias* ostentaba la patria potestad y consecuentemente la "guarda y custodia" de los miembros de su familia, fueren de la edad y procedencia que fueren, sino que ostentaba la capacidad de decidir quiénes formaban parte de su familia y por tanto quienes eran familiares entre sí.

Por supuesto a este ejemplo se une el de la familia materna, es decir, los hijos nacidos del matrimonio son absolutamente ajenos a la familia de su madre. De hecho, existen varias opciones sobre la relación que los hijos podían tener con su propia madre, dado que ésta podía ser para aquellos:

- Una extraña: Por razón del matrimonio no se alteraba en modo alguno la situación familiar agnaticia anterior al mismo de los cónyuges. Por tanto los hijos nacidos de dicho matrimonio, dado que el padre es el que determina la familia a la que éstos pertenecen, pertenecerán a una familia distinta a la de su madre, con lo que ello significa. Los únicos vínculos que unían a la madre con sus hijos eran los de la cognación que no tenía prácticamente efectos. No obstante, Arias Ramos y Arias Bonet[19] sí apelan a la cognación en relación con la guarda y custodia cuando dicen: *(...) a medida que la familia natural va suplantando a la civil y la manus poco frecuente y desvirtuada de su alcance originario, acaba por desaparecer, la cognación o el*

[17] VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y otros, *Derecho de Familia*, Civitas, Navarra, 2012, pág. 1809 dice: *Para el Derecho romano la persona del menor de edad se consideraba, cabe decir, <inexistente> como tal persona, por cuanto carecía absolutamente de independencia jurídica estando sometido de forma ilimitada al poder del padre. En efecto, la patria potestad romana se caracterizó esencialmente por el poder absoluto y absorbente que el padre de familia ejercía sobre sus hijos: poder éste que obedecía más al propio provecho del progenitor que a la protección de los sometidos a él.*

[18] Digo livianísima y no nula repercusión, dado que sí se cita tenue y contadamente la guarda y custodia por algunos autores, tal y como más adelante se recogerá.

[19] ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano II...*, *op.cit.*, pág. 759.

parentesco de sangre entre la madre y los hijos produce una serie de consecuencias que acercan tal situación a la de las legislaciones modernas: derechos recíprocos de sucesión, alimentos, guarda de los impúberes por la madre, que en el Derecho postclásico puede ejercer la tutela, etc. En Roma, en caso de divorcio y no pertenencia de la madre a la familia de sus hijos, además de continuar siendo una extraña, el *paterfamilias* de sus hijos tenía poder para negar cualquier vínculo entre madre e hijos.

- Su hermana agnaticia: Si junto al matrimonio se celebraba el acto jurídico de la *conventio in manum,* la esposa entraba a formar parte de la familia del marido dejando de formar parte de su familia anterior. Podía entrar a formar parte de la familia de su marido de dos formas: *Loco filiae*, en caso de que su marido fuera el *pater* de su familia y por tanto su mujer se sometía directamente a su *potestas*, siendo su situación igual a la de una hija de éste, o *loco neptis,* en caso de que su marido fuera *alieni iuris,* quedando bajo la misma *potestas* bajo la que se encuentre su marido, entrando en la familia en este caso en la situación de una nieta para con el *pater familias*. La *manus* era la potestad sobre la mujer que quería entrar en la familia del marido al casarse[20].

Es decir, la madre no tenía opción alguna de discutir sobre la custodia dada cuenta de que ni siquiera tenía participación en la patria potestad. Castán Vazquez[21] defiende al respecto: *La potestad de la madre sobre los hijos no podía desenvolverse en el antiguo matrimonio romano, por cuanto la madre se hallaba equiparada a sus propios hijos en la quasi potestad del padre (manus). Pero aun después de suprimida la manus, el Derecho romano no ha pensado en dar a la madre una posición semejante a la del padre hacia los hijos, ni siquiera por vía de aproximación.*

Es decir, el matrimonio tenía relevancia como medio para que los hijos nacidos bajo su vigencia fueren legítimos y por tanto entraran a formar parte de la familia agnaticia.

No obstante, Treggiari[22] sostiene respecto a la custodia de los hijos, como los emperadores en el siglo II, ya se interesaron por la custodia de los menores. Aún seguía

[20] La *conventio in manum,* según IGLESIAS, *Derecho Romano...*, *op.cit.*, pag. 475, puede tener lugar de tres modos, la *confarreatio,* la *coemptio,* o por el *usus.* La *confarreatio* es una ceremonia religiosa que se celebra presentes diez testigos, el sacerdote de Júpiter o el Pontífice Máximo. La *coemptio* consiste en una supuesta compra de la mujer. El *usus* supone adquirir la *manus* por medio de la usucapión. Adquiere la *manus* el marido sobre la mujer cuando ejerce dicho poder y convive con la esposa durante el plazo de un año. Para interrumpir el *usus* debía la esposa permanecer en la casa de su familia durante tres noches consecutivas en el año.

[21] CASTÁN, *La patria potestad...*, *op.cit.*, pág. 75.

[22] TREGGIARI, Susan, *Roman marriage, Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian,* Clarendon Press, Oxford - New York, 1993, pág. 469.

siendo preferente que el padre debía tener al menor bajo su potestad, viviendo con él, sin embargo, en caso de que existiera justa causa, sobre todo si existía maltrato, el juez podía conceder el cuidado del menor a la madre, manteniendo el padre la patria potestad. Añade como los emperadores cristianos querían salvaguardar los intereses económicos y de otro tipo de los menores en los casos de divorcio.

Por tanto, la familia romana giraba en torno a la pertenencia y sometimiento a una persona, el *pater familias*, esto implicaba una concepción de raíz estructuralmente distinta a la actual, y por tanto, la repercusión de la guarda y custodia era nula. La madre del hijo cuya guarda podría discutirse y el *pater* bajo cuyo poder vivía, no estaban en igualdad de condiciones, de hecho ésta podía estar también bajo la patria potestad de aquel.

2.3.- El matrimonio

El matrimonio en Roma no era una institución de la relevancia jurídica, social y de estructura familiar que en la actualidad ostenta. Servía básicamente para que los hijos nacidos durante el mismo fueren legítimos y formaran parte de la familia agnaticia del padre, y para que mediante la *conventio in manu* la esposa pudiera entrar a formar parte de la familia del marido.[23]

Su constitución no exigía ninguna formalidad, siendo lo fundamental la existencia de *affectio maritalis*, es decir voluntad de compartir la vida en convivencia con el marido o mujer.[24] El consentimiento no debía ser inicial sino mantenido durante el matrimonio.[25]

[23] IGLESIAS, *Derecho Romano..., op.cit.*, pag. 482, define el matrimonio como: *(...) la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la affectio maritalis.*

[24] ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano II..., op.cit.*, pág. 752, explican: *La affectio maritalis no es únicamente manifestación de consentimiento inicial emitida en una sola vez: es más bien un estado de voluntad cotidiano. De ahí que el divorcio aparezca tan natural para los romanos: el matrimonio sostenido únicamente por la affectio maritalis, se acaba si la affectio cesa. Y por ello es lógico también que cuando la influencia cristiana, contraria a tal concepción, se hace sentir, vaya acentuándose el valor del consensus inicial.*

[25] En este sentido explica FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone in Roma antica, Dall'etá arcaica al principato,* Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, los dos requisitos fundamentales del matrimonio romano en la época clásica, que son: *(...) il consenso e la convivenza matrimoniale. Le fonti parlano di consensus e anche di affectio maritalis, che vanno interpretati come riferimenti a un consenso perdurante, in atto, in quanto per la persistenza del matrimonio romano non è suficiente il consenso inizialmente manifestato.*

Con respecto al consentimiento del *pater*, cuando fueran *alieni iuris,* inicialmente fue de gran importancia, presumiendo el de los contrayentes, sin embargo más adelante se invirtieron los términos[26].

El divorcio estaba absolutamente aceptado, dado que al sustentarse el matrimonio en la *affectio maritalis* la consecuencia lógica de su fin era la disolución del propio matrimonio, y en Roma era admitido con naturalidad y sencilla su obtención[27]. De hecho, el divorcio fue posible en Roma desde los mismos orígenes de la ciudad. [28]

Cuando ya no existía intención de continuar siendo marido y mujer finalizaba el matrimonio. Esta cuestión pudiera ser llamativa (sobre todo teniendo en cuenta el enorme relieve que ha tenido el divorcio no causal de la Ley 15/2005), sin embargo, atendiendo a la situación de la familia romana no lo era, dado que el eje en torno al que giraba la misma no era el matrimonio sino la autoridad del *paterfamilias.* El matrimonio se disolvía por cesación de la *affectio maritalis*, y esa voluntad de no continuar compartiendo la vida con el otro, podía ser de los dos o de uno sólo.

El divorcio al igual que el matrimonio no está sujeto, según Iglesias Redondo[29], a cumplimiento de forma alguna, por tanto, es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito o por mensajero.

La separación parece que no tenía cabida en el sistema romano, o cuando menos su sistema matrimonial no permitía en coherencia sustentarla. La separación supone una ruptura matrimonial que no disuelve el vínculo, y el concepto de la indisolubilidad del

[26] TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, "Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, t. L, Bruxelles, 2003, págs. 383-399.

[27] Refiere la no infrecuencia del divorcio en Roma, FAYER, Carla, *La familia Romana, Aspetti giuridici ed antiquari concubinato divorzio adulterio, Parte Terza,* <L'erma> di Bretschneider, Roma, 2005, pag. 96: *Che il divorzio fosse considerato una "eventualità" non infrequente nella vita coniugale, la cui prospettiva non era d'ostacolo alla conclusione delle nozze, lo si può dedurre da una scena dell'Andria di Terenzio, ove un padre, che voleva distogliere il figlio da una passione amorosa, chiede per lui ad un vecchio amico la mano della figlia; dubitando questi della buona riuscita del matrimonio, l'altro riesponde che, in fin dei conti, il peggio che poteva capitare si riduceva ad un divorzio.*

[28] Argumenta OLIS ROBLEDA, S.J., *El matrimonio en derecho romano,* Librería Editrice Universita' Gregoriana, Roma, 1970, pág. 255, del siguiente modo: *No se puede no admitir, ante todo, que el divorcio fue posible en Roma desde los mismos orígenes de la ciudad. Estos, no sólo puede deducirse del hecho que en todos los pueblos antiguos con los cuales Roma se comunicaba más o menos desde el principio, lo admitían, y sería muy raro que Roma constituyera una excepción, entre ellos, sino que consta positivamente por Plutarco, que recoge la tradición antigua, y nos la transmite, de una cierta ley atribuida al primer rey de Roma, Rómulo, que señala las causas por las que al marido era permitido repudiar a su mujer (...).*

[29] IGLESIAS, *Derecho Romano..., op.cit.*, pag. 492.

vínculo, parece no tener que ver con el concepto de disolución del matrimonio de Roma[30].

Por otra parte, Fayer opina como en determinada época, el *pater familias* podía imponer el divorcio a la hija que se encontraba bajo su potestad[31], cuestión que no sorprende teniendo en cuenta el absoluto poder de éste. Complementa y amplia esta idea Treggiari[32], explicando que un *filiafamilias* podía en la ley clásica divorciarse de su marido sin permiso explicito de su padre, aunque parece probable que se asumía su consentimiento en caso de que no mostrara su disconformidad.

Por tanto, como hemos visto, el divorcio en Roma estaba aceptado con naturalidad y la primera limitación o represión verdadera del mismo, según Franciosi[33] *(...) si ebbero solo molto più tardi con gli imperatori cristiani, da Costantino in poi.*

3.- Transformación del poder del *pater*

La influencia del cristianismo para la transformación del poder del *pater*, y en definitiva del sistema o estructura familiar romana, fue de gran importancia.[34]

La doctrina cristiana concebía el parentesco de forma netamente distinta a la tradición romana; cada nueva familia se formaba con el matrimonio, el mismo se regía por los principios de unidad e indisolubilidad, como una *(...) asociación para toda la vida que funda derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges y une al hombre y a la mujer cualquiera que sea su condición social (...),* y el padre tenía deberes frente a sus

[30] Sobre la disolubilidad del vínculo OLÍS, *El matrimonio...*, *op.cit.*, dice: *Aunque el matrimonio se diga perpetuo por los Romanos: perpetuum in omne saeculum; consortium ovnis vital; no por eso como arriba expusimos, se ha de entender que lo tenían por indisoluble; sino al contrario: era para ellos disoluble, sea por voluntad de los cónyuges, sea por otras causas.*

[31] Textualmente FAYER, *La familia Romana...*, *op.cit.*, pág. 88, refiere: *Da questi esempi appare evidente che, per lo meno all'epoca cui essi datano, il pater familias poteva imporre il divorzio alla figlia in sua potestà; non lo poteva, invece, imporre alla figlia che aveva emancipato.*

[32] Opina TREGGIARI, *Roman marriage...*, *op.cit.*, pág.460: *It appears that a filiafamilias could in classical law divorce her husband without explicit permission from her father, but it seems likely that his consent to divorce was assumed if he did not express dissent. If he was mad, he could not consent. It is argued that a filiusfamilias had long had this right, at least when the wife was not in manu and so was not in the power of his father. We would expect that the consent of the paterfamilias was necessary if his daughter-in-law had to be released from his control. But when most marriages were without manus and divorce was informal, from the late Republic onwards, it is likely that even husbands who were filiifamilias enjoyed considerable freedom to divorce.*

[33] FRANCIOSI, *Famiglia e persone...*, *op.cit.*, pág. 178.

[34] SERRANO ALONSO, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia,* Edisofer, Madrid, 2000, pág. 434.

hijos.[35] Obviamente estos principios distan radicalmente de la familia romana y debilitaron progresivamente el poder del *pater*.

La familia romana fue evolucionando durante siglos, restando sucesivamente despliegue de poder al *pater*, y tambaleando la nula inferencia de la sangre en los vínculos familiares. A esta evolución se refieren múltiples autores, como González Porras[36], que explica como la familia romana agnaticia, que significaba el vínculo jurídico que unía a los parientes por la línea masculina con el padre, y en la que no era suficiente la sangre para estar sometido a dicha autoridad, fue evolucionando lentamente hasta que se llegó a la familia *cognaticia* que suponía que lo fundamental era estar unidos por vínculos de sangre. Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet[37] sostienen cómo la evolución durante siglos termina con las constituciones de Justiniano, que supone que la *manus* cae en desuso, disminuyen las facultades del *pater* y progresivamente cambian de carácter, los *alieni iuris* van adquiriendo capacidad patrimonial, los emancipados empiezan a tener vínculos familiares sobre todo sucesorios, el vínculo natural de la madre y sus parientes con sus hijos va adquiriendo valor jurídico, alcanzando lentamente importancia en el campo jurídico la familia de sangre. También Marlasca Martínez[38] se hace eco de la evolutiva disminución del poder absoluto del *pater*.

La historia ha modificado sustancialmente el modelo de familia, transformando de igual forma la concepción de la patria potestad, que en época romana el énfasis se colocaba en la idea del derecho del padre y en la actualidad en el deber del padre.[39]

[35] LACRUZ BERDEJO, José Luis y ALBALADEJO, Manuel, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía,* Bosch, Barcelona, 1963, pág.13.

[36] GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *La familia, el derecho y la libertad,* Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1987, pág. 18.

[37] En este sentido refieren ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano II...*, *op.cit.*, pág. 730 y 740.

[38] MARLASCA MARTÍNEZ, Olga, "Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho Moderno", *Estudios de Deusto*, Vol. 48/2, Universidad de Deusto, Julio – Diciembre 2000, lo explica del siguiente modo: *En sociedades anteriores a la nuestra, las facultades del paterfamilias eran muy amplias y se traducían en una serie de derechos a favor del mismo, como eran el derecho de dar muerte al filius, imponerle toda clase de castigos: venderlo, donarlo, pignorarlo, entre otros. Pero no es menos cierto que determinadas disposiciones legales van limitando las amplias facultades del pater ya desde la época romana.*

[39] Argumenta CASTÁN, *La patria potestad...*, *op.cit.*, págs. 15 y 16: *Pero si, en la esfera de las relaciones internas, hoy se contempla generalmente a la patria potestad como un deber o función de los padres, no siempre ha sido así; históricamente, en efecto, se la concibió como un poder paternal: una larga evolución ha tenido que operarse para que el antiguo derecho ilimitado del padre sobre el hijo se convierta en la función protectora de hoy.* Más adelante continúa: *Si en la concepción antigua de la patria potestad se destacaba, pues, el aspecto de derecho, en la concepción moderna se acentúa el de deber.* También CORTEZO, Jaime, *Situación jurídica de la mujer casada,* Montecorvo, Madrid, 1975, opina como se aprecia el avance en la materia dado que *(...) en la antigüedad, era un derecho de los*

No obstante, pese a que desde el derecho romano el poder del *pater* se ha venido suavizando, la realidad es que la legislación postconstitucional es la que instaura una situación de igualdad entre madre y padre en cuanto a la patria potestad se refiere. Ni siquiera con el Código Civil se consigue dicha igualdad. Tal y como señala Castán Vázquez[40], durante siglos ha imperado el criterio desfavorable para la madre en la organización de la patria potestad procedente de Roma, de hecho cuando llegó el periodo codificador, la patria potestad subsidiaria fue el mayor logro para la madre en este asunto.

Es con la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, modificadora de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, a la que posteriormente me referiré, con la que se obtuvo dicha igualdad en la patria potestad para la madre y el padre.

4.- Ley de matrimonio civil de 17 de junio de 1870

La Ley de 1870 es la que inicia la configuración actual del matrimonio, siendo la primera vez en la que se reconoce el matrimonio civil en nuestro Derecho, existiendo antes de la misma un matrimonio canónico único, obligatorio e indisoluble.[41]

Peña Bernaldo De Quirós[42] reseña las modificaciones introducidas por la Ley:

- La madre es llamada a la patria potestad, pero sólo en defecto del padre. El artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 decía: *(...) el padre y, en su defecto, la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.*

- La patria potestad finaliza con la mayor edad del hijo. Se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley: *(...) desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna, o, lo que es lo mismo, la patria potestad carece de razón de ser.*

Puig Brutau[43] por su parte, destaca la transformación de la patria potestad de poder ejercido con carácter absoluto sobre hijos y descendientes a un poder que debe usarse rectamente para no incurrir en responsabilidad, por tratarse del cumplimiento de

padres y hoy es más bien una obligación de los padres como consecuencia del derecho de su familia a que los hijos sean educados.

[40] CASTÁN, *La patria potestad...*, *op.cit.*, págs. 109 y 110.

[41] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, "El divorcio en España: Unos apuntes sobre su evolución histórica", *Diario La Ley*, Año XXVI, núm. 6292, 11 de julio de 2005, pág. 1.

[42] PEÑA, *Derecho de familia*, *op.cit.*, pág. 510.

[43] PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo IV, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1970, pág. 174.

un deber de asistencia. Y en esta transformación en España, la ley de matrimonio civil de 1870 *(...) partió de la idea de la patria potestad como officium para la crianza y educación de los hijos y de los descendientes sin ascendientes más próximos.*

En los casos de separación, dado que pese a que dice el artículo "divorcio" en dicho momento no existía dicha figura[44], el artículo 83[45] regulaba la patria potestad y el cuidado de los hijos.

Tal y como se recoge en el artículo, la patria potestad de los hijos menores, explica Jiménez Munoz[46], era para el cónyuge inocente, y en caso de que ambos fueran culpables, para el tutor o curador. No obstante, también matiza que la madre mantenía a su cuidado en todo caso, excepto distinta fórmula recogida en sentencia, a los menores de tres años. Añade como el cónyuge culpable era privado de la patria potestad mientras viva el inocente. En el mismo sentido, De La Sola Porta[47], matiza cómo esa culpabilidad o inocencia, que era el criterio de atribución de la guarda y custodia de los hijos, no regía en los hijos menores de tres años, quienes quedaban siempre al cuidado de la madre, excepto que la sentencia fallará en distinta forma.

5.- Código Civil de 24 de julio de 1889

Ciertamente la entrada en vigor del Código Civil no supuso una enorme transformación en el sustrato de los caracteres que conformaban las patria potestad. Continuaba existiendo en relación con la regulación de la patria potestad caracteres muy similares a la anterior regulación. En este sentido, aludiendo a esta redacción inicial del

[44] Explica DE LA SALA PORTA, Carmen, "El prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001, págs. 14 - 19, pág. 15, como debe entenderse la denominación de divorcio como sinónimo de separación, dado que el divorcio se instauró en España en virtud de la Ley de 2 de marzo de 1932.

[45] El artículo 83 decía: *La Sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos: 1. La separación definitiva de los cónyuges. 2. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor o curador, que se nombrará con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los casos comprendidos en el núm. 2º del artículo 187. No obstante las disposiciones anteriores, la madre conservará, en todo caso, a su cuidado a los hijos menores de 3 años hasta que cumplan esta edad, a no ser que expresamente se haya dispuesto de otra cosa en la sentencia. 3. La privación por parte del cónyuge culpable, mientras viviera el inocente, de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que hubiere dado margen al divorcio hubieres sido alguna de las comprendidas en el mencionado núm. 2º del artículo 87. Si fuese distinta se nombrará tutor a los hijos en la forma anteriormente prevenida. La privación de la patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos (...).*

[46] JIMÉNEZ, "El divorcio en España…", *op.cit.*, pág. 3.

[47] DE LA SALA, "El prejuicio del sexo…", *op.cit.*, pág. 15.

Código Civil, Peña Bernaldo De Quirós[48] explica cómo se regula la patria potestad en la redacción inicial del Código Civil:

- Continúa la preferencia del varón, siendo la madre llamada a la patria potestad sólo en defecto de éste.

- Considera que continúan existiendo restos del carácter absoluto de la patria potestad romana.

- Añade por último, como los hijos especialmente discriminados en relación con la patria potestad eran los entonces denominados ilegítimos no naturales, quienes no estaban bajo la patria potestad ni del padre ni de la madre, sino estaban sujetos a tutela como si fuesen huérfanos o hijos de padres separados.

De similar forma, y en atención a la Ley del Matrimonio Civil, el Código Civil también estipuló un sistema de patria potestad subsidiaria en su artículo 154[49].

Esta regulación subsidiaria nos plantea el problema de qué ocurría en situación de separación o nulidad del matrimonio con los hijos del matrimonio. El artículo 73[50] regulaba el cuidado de los hijos menores.

Si se observa el artículo 83 de la Ley de 1870 transcrito anteriormente y el 73 del Código Civil en su inicial redacción, se constata que tienen prácticamente la misma redacción.[51]

6.- Reformas efectuadas durante la Segunda República

Las leyes relevantes en derecho de familia promulgadas durante la Segunda República fueron la Constitución de 1931, la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, la

[48] PEÑA, *Derecho de familia*, *op.cit.*, pág. 510.
[49] El artículo 154 decía: *El padre y, en su defecto, la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y obediencia siempre.*
[50] El artículo 73 decía: *La Sentencia de divorcio producirá los efectos siguientes: 1º. La separación de los cónyuges. 2. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad o protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la Sentencia no hubiere dispuesto otra cosas, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de 3 años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la cusa que dio origen al divorcio hubiesen sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.*
[51] En este sentido, DE LA SALA, "El prejuicio del sexo…", *op.cit.*, pág. 15.

Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932, y la Ley de 25 de mayo de 1932 sobre filiación. [52]

6.1.- Constitución de 1931

Es importante el artículo 41[53] de la misma referente al matrimonio la familia y la filiación.

6.2.- Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932

La guarda y custodia se recoge en esta Ley en los artículos 16[54] y 17[55].

Explica Jiménez Muñoz[56] que en defecto de acuerdo, la Ley de 1932 sólo introduce pequeñas modificaciones a la línea existente desde la Ley de 1870, señalando cómo los hijos quedarán con el cónyuge inocente, y en caso de que ninguno fuera culpable lo resolverá la sentencia, que incluso podría designar tutor, teniendo no obstante, excepto disposición contraria de la sentencia, el cuidado de los menores de cinco años la madre.

Lo que sí aumenta en esta ley en comparación con la Ley de 1870, es la edad de los menores, de tres a cinco, que deben quedarse al cuidado de la madre en caso de que la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa.

6.3.- Ley sobre filiación de 25 de mayo de 1932

[52] GALLEGO GARCÍA, Elio A., *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 33, afirma como con anterioridad a 1931, nuestro derecho de familia se hallaba íntegramente recogido en el Código Civil de 1889.
[53] El artículo 41 decía: *La familia está bajo la salvaguardia del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados, respecto a sus hijos, a alimentarles, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes. Los hijos habidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos y deberes que los habidos dentro de él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. El Estado se obliga a proteger y asistir a la infancia y a la maternidad.*
[54] El artículo 16 decía: *Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas Primera, Segunda, Novena, Décima y Duodécima, o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cual de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del Juez.*
[55] Y el artículo 17: *A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la Sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cual de ellos han de quedar, o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código Civil. Si la Sentencia no hubieres dispuesto otra cosa, la madre tendrá, en todo caso, los hijos menores de cinco años.*
[56] JIMÉNEZ, "El divorcio en España…", *op.cit.*, pág. 4.

También es importante dado que elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y permite la inscripción en el Registro Civil de todo tipo de filiación como legítima.

7.- Época franquista y reformas en el derecho de familia

Mediante la Ley de 12 de marzo de 1938 se derogaba la Ley de 28 de junio de 1932 referente al matrimonio civil. Asimismo la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 quedaba anulada mediante la Ley de Derogación de la de Divorcio de 23 de septiembre de 1939, que restituye a la situación previa a la reforma, las disposiciones del Código Civil.

7.1.- Ley de 24 de abril de 1958[57].

Esta ley pretendía abordar la reforma de determinados artículos del Código Civil que eran seriamente discriminatorios para la mujer y sobre todo para la mujer casada.[58]

Esta Ley encuentra su origen en el Concordato de 27 de agosto de 1953 y, dada la derogación de las leyes republicanas, es la primera reforma que se efectuaba en el Código Civil en materia de derecho de familia. Según su Exposición de Motivos *(...) afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español (...).*

Esta Ley reguló con mayor profusión la guarda y custodia, destacando en dicha materia los artículos 67[59] y 68[60] del Código Civil. El supuesto de nulidad del

[57] BOE 25 de abril de 1958, núm. 99.

[58] Se refiere GALLEGO, *Los cambios del derecho...*, *op.cit.*, pág. 72, a la exigencia social de esta reforma: *(...) la propia evolución de la sociedad española, como la del Derecho comparado, donde en la mayoría de los países de nuestro entorno habían ido reformando sus derechos de familia en un sentido más igualitario, exigían cada vez más la reforma de un Código, que tenía más de medio siglo de vigencia, y que, sin contar con la ruptura que había supuesto la legislación republicana, no había tenido una evolución acorde con los tiempos. Incluso sectores del propio Régimen de Franco se hicieron eco de esta sensibilidad social.*

[59] El artículo 67 decía en su redacción posterior a dicha Ley: *La mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir que se le separe provisionalmente de su marido y que se le confíen, con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio y si es menor de edad, la persona bajo cuya custodia haya de quedar, así como los auxilios económicos necesarios a*

matrimonio se regulaba en el artículo 70[61] del Código Civil, el supuesto del mutuo acuerdo en el artículo 71[62], y el artículo 73[63] del Código Civil regula los efectos tras la sentencia de separación.

Explica De La Sala Porta[64] que esta nueva redacción del artículo 73 del Código Civil, amplía la anterior redacción en cuanto al límite de edad, si bien dicha extensión tiene un carácter meramente orientativo y no vinculante, pudiendo el Juzgador resolver como considerase en Derecho más oportuno.

Por otra parte, el artículo 68 del Código Civil, explica Castán[65], se aplica en principio durante la sustanciación del procedimiento de nulidad o separación, en espera de la sentencia que resuelva la definitiva atribución de la patria potestad. Tras la sentencia, los artículos 70, 71 y 73 del Código Civil serán los aplicables.

cargo de su cónyuge, medidas que quedarán sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta.

[60] Por su parte el artículo 68 del Código Civil decía: *Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes: (...) 3ª Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllos ejercerá la patria potestad. En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del Protutor y Consejo de Familias a la autoridad judicial. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos.*

[61] El artículo 70 recogía: *La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo 73. Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él. Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional según las particularidades del caso.*

[62] El texto del artículo 71 era: *Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos dejando siempre a salvo lo establecido en los dos últimos párrafos del mismo artículo.*

[63] El artículo 73 del Código Civil reseñaba: *La ejecución de separación producirá los siguientes efectos: (...) 2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de siete años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos. Sin embargo de lo anteriormente establecido si al juzgarse sobre la separación se hubiera por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado. Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.*

[64] DE LA SALA, "El prejuicio del sexo...", *op.cit.*, pág. 15.

[65] CASTÁN, *La patria potestad...*, *op.cit.*, pág. 188 y 189.

Es importante mencionar que ya en estos años comenzaban a escucharse voces relevantes que mostraban su disconformidad con la fórmula de la patria potestad subsidiaria:

En 1957, en su obra *La participación de la madre en la patria potestad*, Castán[66], planteaba, tras efectuar el análisis de otras legislaciones y de la doctrina civilista española, que era conveniente y de justicia formular expresamente el principio de patria potestad solidaria o conjunta.

Por su parte, Vives Villamazares[67] consideraba que debía consignarse en nuestras leyes civiles que la madre conjuntamente con el padre durante el matrimonio tendrá el derecho y deber de cuidar de su hijo. Sin embargo, aún mantiene la preponderancia de la decisión del padre cuando dice: *(...) sin perjuicio de que si existe disentimiento entre el padre y la madre, prevalezca la opinión del primero. En casos de gravedad, podrá acudirse a los Tribunales, para que éstos decidan.*

También el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en su Resolución de 3 de agosto de 1955 considera conveniente *(...) que los padres ejerzan por igual los derechos y obligaciones referentes a los hijos.*[68]

7.2.- Ley 14/1975 de 2 de mayo, sobre reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges[69]

[66] CASTÁN VAZQUEZ, José Mª., *La participación de la madre en la patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, explicaba: *En todas estas afirmaciones favorables a la patria potestad conjunta no debe verse una tendencia feminista revolucionaria, sino simplemente una aspiración a que el legislador reconozca a la madre en la ley lo que la sociedad le ha reconocido ya en la realidad de la vida familiar española. Porque no puede desconocerse que el papel de la madre en el seno de la familia y en relación con los hijos es, de hecho, mucho más activo que el que se deduce del artículo 154 del Código Civil.*

[67] VIVES VILLAMAZARES, Francisco, *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho,* Anales de la Universidad de Valencia, Vol. XXIX, Valencia, Curso 1955 – 56, pág. 41.

[68] Dice la Resolución de 3 de agosto de 1955: *Observando que en los sistemas jurídicos de algunos países, la patria potestad corresponde exclusivamente al padre; que en otros su decisión prevalece en caso de desacuerdo entre los padres... Considerando que es conveniente, no sólo para la condición de la mujer, sino también para los hijos y para la familia considerada como institución, que los padres ejerzan por igual los derechos y obligaciones referentes a los hijos y convencido de que la limitación de la autoridad de la madre es incompatible con el principio de igualdad de los cónyuges y con el derecho de los padres a elegir la clase de educación que se haya de dar a sus hijos, como proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, recomienda a los Estados miembros que adopten todas las medidas necesarias para garantizar, entre los padres, la igualdad de los derechos que ejercen y de las obligaciones que les incumben respecto a sus hijos.*

[69] BOE de 5 de mayo de 1975, núm. 107.

Es la segunda reforma del Derecho de familia que se efectuó durante la época de Franco.

Gallego García[70] explica que esta Ley deviene de la mayor exigencia de equiparación de derechos entre el hombre y la mujer. Esta voz social de igualdad devenía, entre otras cuestiones, de la comparativa con la situación en otros países como Bélgica, Finlandia, Noruega, Francia, Alemania etc..., que subrayaban la injusta situación para la mujer casada que existía en España. Añadiendo las declaraciones de Naciones Unidas sobre el tema, entre ellas la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que aludía a la no discriminación por razón de sexo.

Al hilo del estado de la opinión doctrinal sobre la preponderancia del padre en la patria potestad frente a la madre en el año de la ley, 1975, Cortezo[71], sostiene que la patria potestad es una institución vejatoria para la mujer, al no tener ésta jurídicamente ninguna autoridad ni poder decisorio frente a sus hijos. Añade que si tienen la obligación de educar a su hijo en todos los órdenes, lógicamente deben tener correlativamente derechos, correspondiendo a los dos, al padre y a la madre, dado que no es posible imponer el deber sin conceder los medios para ello[72].

En el tema de la guarda y custodia, la Ley de 1975 modifica el artículo 68 del Código Civil, que tenía la redacción dada con anterioridad por la Ley de 24 de abril de 1958, añadiendo al final del tercer párrafo de su medida 3ª: *y tenerlos en su compañía.* Es decir, el tercer párrafo quedaba redactado del siguiente modo: *El Juez discrecionalmente determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

Es curioso que se incluya en la regulación del régimen de visitas la expresión "tenerlos en su compañía". Parece que ya desde entonces se entendía que en los periodos de visita el cónyuge no custodio ejercía también la custodia al "tenerlos en su compañía", tal y como analizaremos en el capítulo dedicado a concepto.

8.- Desde la transición democrática hasta la actualidad

[70] GALLEGO, *Los cambios del derecho...*, *op.cit.*, pág. 92.

[71] CORTEZO, *Situación jurídica...*, *op.cit.*, pág. 221, 222.

[72] *Ibidem*, pág. 234, más adelante afirma: *Lo verdaderamente grave es que sin encontrar una verdadera razón profunda (pues no la hay) se haga prevalecer una solución que atenta contra la dignidad y el respeto a toda madre. La realidad jurídica española es de tal dureza que excluye de todo derecho efectivo a una mujer que ha llevado en su seno nueve meses a un ser que constituye una de las esencias de su vocación femenina, cual es la de la maternidad.*

Las elecciones de junio de 1977 abrieron camino a un intento legislativo acorde con la nueva situación democrática y alejado del régimen franquista.

8.1.- Constitución Española de 1978

La Constitución constituye la cúspide jerárquica normativa y fija una serie de parámetros en lo que a la familia se refiere. Los artículos más importantes al respecto son los vigentes artículos 32 y 39.

Por otra parte, en 1979 se produce la ratificación del acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, a tenor del cual *(...) tratándose de un matrimonio canónico, a solicitud de cualquiera de los ex cónyuges, las Resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declararán ajustadas al Derecho del Estado en Resolución dictada por el Tribunal Civil competente.*[73]

8.2.- Ley 11/1981, de 13 de mayo modificadora de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio[74]

La presente Ley, junto con la Ley 30/1981, sí supuso una reforma extensa y profunda del Derecho de familia vigente desde la promulgación del Código Civil. Se habla incluso del final de las reminiscencias históricas, relacionadas con la omnipresente presencia del lugar jerárquico en la familia del *paterfamilias*, que habían nutrido la redacción del Código Civil.[75]

Además de la reforma del régimen económico matrimonial, y de la filiación, con el aspecto fundamental de no distinción entre la filación por adopción y por naturaleza, sea matrimonial o no matrimonial, en el artículo 2 de la Ley se recoge la reforma de la patria potestad, modificando los artículos 154 al 171, de entre los cuales es interesante aludir a los siguientes:

- Se recoge el ejercicio conjunto de la patria potestad en el artículo 156 que en su nueva redacción dice: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos*

[73] ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos,* Bosch, Barcelona, 1996, pág. 27.
[74] BOE 19 de mayo de 1981, número 119.
[75] Dice GALLEGO, *Los cambios del derecho...*, *op.cit.*, pág. 162, que la reforma *(...) supone un cambio sustancial no sólo del Código Civil sino también de todo un Derecho histórico, multisecular, del que en gran medida el Código Civil fue heredero. Es el fin, al menos hablando en términos legislativos, de la familia tradicional jerárquicamente estructurada en torno al paterfamilias. Pero también, y sobre todo, de la función legitimadora que el matrimonio siempre había desempeñado respecto de la prole.*

progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (...), modificando la preponderancia del padre y la subsidiariedad de la madre del anterior sistema.

- La patria potestad será titularidad de ambos progenitores y su ejercicio será siempre en beneficio de los menores, dice el artículo 154: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.*

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades (...).

- En la nueva redacción del artículo 159 se recoge una preferencia por la guarda y custodia materna en los menores de siete años: *Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.*

Díez Picazo[76] explica que la patria potestad desde la redacción del Código Civil en 1889 y hasta 1981, continuaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, pese a no ser coincidentes con la realidad que existía cuando el Código entro en vigor. La patria potestad era paterna y sólo subsidiariamente materna, presentando caracteres notoriamente autoritarios, todo ello incluso habiendo existido notorios esfuerzos durante años de la doctrina para paliar dicha situación.

Sin embargo, la reforma de 1981, afirma el autor, introduce importantes modificaciones, fundamentalmente la de que ya la patria potestad no es exclusiva del padre sino compartida con la madre. Además dicha potestad se ejerce en beneficio del hijo, y no en interés del padre. [77]

[76] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 261.
También SANTANA PAÉZ, Emelina, y otros, *Los procesos de familia: una visión judicial,* Colex, Madrid, 2007, pág. 676 argumenta en el mismo sentido, diciendo como en 1981 *(...) se introdujo una modificación importante en el régimen anterior, al configurar la patria potestad como derecho-deber de ambos progenitores, del padre y de la madre, que ejercerían conjuntamente ambos o uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo particularmente relevante la precisión de que la misma se ejercería siempre en beneficio de los hijos.*
[77] El mismo autor, en una obra anterior, de 1982, DÍEZ-PICAZO, Luis, "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 1, 1982, pags. 3 – 20, págs. 4 y 5, aproximadamente un año después de la reforma, describe el padre anterior y posterior a la reforma: *En la redacción que el Código civil tenía desde 1889, se dibujaba una potestad del padre. Potestad se escribe casi como majestad. El padre en el que los textos pensaban era un dios. Era un Júpiter tonante o un dios del Sinaí. La definición de los poderes punitivos resultaba especialmente gráfica. El jefe de la familia, según la concepción patriarcal que encuentra reflejo en los textos de aquellos viejos artículos 154 al 168, era al mismo tiempo un legislador y un juez. (...) Tras la reforma, la figura del padre-Júpiter tonante pasa a ser historia. He dicho alguna vez, medio en broma medio en serio, que el dibujo robot del padre que cruza a través de la reforma es el que los actuales legisladores hubieran deseado tener cuando en vez de legisladores eran niños, porque lo fueron alguna vez. (...)*

También en materia de patria potestad, De Padra González[78], explica que con esta Ley cambiaron los principios generales existentes con anterioridad a la reforma.

8.3.- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio[79]

Esta ley modificó el título IV (del matrimonio), artículos 42 al 107 del Código Civil. Tal y como se ha recogido en los artículos transcritos de las anteriores Leyes vigentes, la inocencia o culpabilidad era un criterio fundamental para la atribución de la guarda y custodia. Sin embargo, tras la reforma de 1981 se suprime el criterio de la culpabilidad, implantándose el beneficio e interés de los hijos como principio rector de las decisiones sobre guarda y custodia[80], tal y como se recoge en el artículo 92 CC[81].

Esta redacción del artículo 92 CC no se ha modificado, en ninguno de sus

Ahora aparece un padre lleno de ternura y de preocupaciones por sus hijos. La patria potestad no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular. Se ejerce en beneficio de los hijos.

[78] Según DE PRADA GONZÁLEZ, José María, "Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código, en Ponencias sobre la Ley 11 – 1981", *Academia Matritense del Notariado*, 1981, pág. 337 y 338, cambiaron los principios generales existentes con anterioridad a la reforma por los siguientes principios: *1. El principio de igualdad jurídica de los padres en orden a la patria potestad de sus hijos. 2. Consideración de la patria potestad no como un derecho (la Ley elude cuidadosamente calificarla de tal) sino como una función cuyo ejercicio está pensado exclusivamente en beneficio del hijo. Aunque algunas normas no parecen responder a este principio. 3. Acentuación de la intervención judicial que se hace después de la reforma presente en muchos más aspectos de la vida familiar que antes, especialmente en este campo de la patria potestad. 4. La igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales (...).*

[79] BOE 20 de julio de 1981, número 172.

[80] ZANÓN, *Guarda y custodia...*, *op.cit.*, pág. 25. En el mismo sentido BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª del Sagrario y SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", *Aranzadi Civil*, núm. 2/2001, BIB 2001\324, en www.westlaw.es. Alude también al interés del menor como nuevo criterio determinador de la atribución de la guarda y custodia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de octubre de 1998, Ponente: Don Carlos Domínguez Domínguez (AC 1998/7583): *En efecto, nadie duda que la Ley 30/1981, de 7 de julio, alteró sustancialmente el criterio determinador de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en casos de crisis matrimonial, de tal manera que de concebirse como un premio o castigo a los esposos en atención a la relación matrimonial en sentido estricto, pasó a considerarse exclusivamente en el interés de los hijos y en el mantenimiento de la unidad familiar dentro de lo posible. Dicho cambio, del que es muestra el art. 92.2 del CC en cuanto establece que "las medidas judiciales sobre el cuidado y atención de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos", se reforzó aún más tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en la que se expone que "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".*

[81] El artículo 92 del CC quedó redactado del siguiente modo: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.*

párrafos, hasta la Ley 15/2005, que ha dado la actual redacción que nos ocupa en el presente trabajo de investigación.

8.4.- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo[82]

La Ley 11/1990, a tenor de su Exposición de Motivos, pretende, pese a la modernización que han representado las Leyes de 1981, eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad.

Es interesante respecto de esta Ley, la modificación del artículo 159 CC, que en su redacción dada por la Ley 11/1981, recogía una preferencia por la guarda y custodia materna en los menores de siete años, y tras la Ley 11/1990, redacción que perdura en la actualidad, dice: *Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*

Con esta Ley 11/1990, finalizamos el primero de los Capítulos del presente trabajo de investigación, para dar paso a un segundo Capítulo, de gran trascendencia, referente a la delimitación conceptual de la patria potestad, guarda y custodia y guarda y custodia compartida.

[82] BOE 18 de octubre de 1990, número 250.

CAPITULO II.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.- Patria potestad

1.1.- Introducción

Para poder definir la guarda y custodia, y posteriormente sus tipos o modalidades, entre ellas la guarda y custodia compartida, es imprescindible acudir al estudio de la patria potestad. Por tal motivo, dedicaré los siguientes folios a intentar desgranar ésta, para después, comenzar a abordar la guarda y custodia y finalmente, afrontar la figura que nos ocupa, la guarda y custodia compartida.

Tanto la patria potestad como la guarda y custodia, su concepto y extensión, han ido variando sustancialmente con el transcurso del tiempo; nos encontramos ante una materia que su interpretación se desarrolla de forma razonablemente paralela a la realidad social. De hecho algunos conceptos en derecho de familia tienen una "holgura" conceptual que permite que sean interpretados, atendiendo a la situación social, con mayor o menor extensión, lo que puede suponer concebir la figura de modo cualitativamente distinto. Justamente es lo que sucede con los conceptos de patria potestad y guarda y custodia. Ambos conceptos son susceptibles de ser definidos de diversa forma, sobre todo atendiendo a la extensión de su contenido. Pero el problema es que cuando el aumento cuantitativo del contenido es ostensible muta la figura cualitativamente, tal y como se expondrá más adelante.

Ambas figuras han sido estudiadas por la doctrina, sin embargo, entre los que han dedicado su esfuerzo a entenderlas, las discrepancia de opiniones, tal y como se desarrollará posteriormente, son plausibles.

En cualquier caso, en mi opinión la primera cuestión que debe quedar absolutamente clara, previo a cualquier análisis respecto del concepto de ambas figuras, es que, dada la eficaz influencia de la evolución social en la materia que nos ocupa, no podemos analizar ambos conceptos sin tener en cuenta la realidad social actual en contraste con la realidad existente en 1981, momento en el que se configuró gran parte de la regulación de ambas figuras.

No obstante, esta primera aclaración es innecesaria dada su imperativa exigencia recogida en el artículo 3.1 del Código Civil[83]. Este principio general de interpretación de las normas jurídicas, considero que es un fundamental "timón" interpretativo de ambas figuras, que nos permite acercarnos al concepto y extensión más adecuado de las mismas.

La mayor importancia de la realidad social en los conceptos que nos ocupan también deriva de la repercusión directa de una u otra interpretación de dichas figuras en las relaciones paterno-filiales, es decir, su aplicación práctica conlleva directas consecuencias en los progenitores, que varían ostensiblemente según la interpretación que se efectúe de la figura.

En este sentido, algunas de las opiniones doctrinales existentes provienen del análisis de la trascendente modificación legislativa efectuada en esta materia en 1981, y dichas opiniones, siendo enormemente constructivas y valiosas para un estudio actual, no deben ser tratadas como si hubieran sido esgrimidas en el día de hoy, dado que fueron escritas conforme a la realidad social existente en tal fecha.

La realidad social, política, jurídica y familiar anterior a 1981 en España no es en modo alguno la misma que la existente en la actualidad:

- La realidad de la mujer anterior a 1981 era muy distinta a la existente en el momento presente. Los esfuerzos realizados para ostentar los mismos derechos y posibilidades han supuesto una gran evolución respecto de la situación jurídica y social de las mujeres. Su acceso generalizado al trabajo también ha supuesto una gran diferencia, dada su consecuente independencia económica y posibilidad de plantearse una ruptura matrimonial con libertad.[84]

- También en 1981 se introdujo en nuestra legislación el divorcio, con anterioridad únicamente se podía acceder a la separación. A mayor abundamiento, la ruptura conyugal no tenía "buena prensa" en términos generales. Es decir, en escasos

[83] Dice el artículo 3.1 CC: *1.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquéllas.*

[84] Sobre el acceso de la mujer al mercado laboral, TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda y custodia compartida y las nuevas relaciones de familia", *Aequalitas*, núm. 18, enero - junio 2008, págs. 26 - 41, dice: *Con respecto a los nuevos paradigmas de comportamiento social debe considerarse la trascendencia enorme que ha supuesto, en tantos ámbitos de la economía, y también de la familia, la definitiva incorporación de la mujer al mundo laboral. Este fenómeno, por sí solo, hubiera sido suficiente para trastocar la tradicional distribución de papeles, en que era fundamental que la mujer se dedicase en exclusiva al cuidado del hogar y a la atención de los miembros de la familia. Aunque hoy en día no ha dejado de considerarse que también aquél es uno de los cometidos que, por razones de género, ha de desempeñar la esposa, ahora ya no resulta una ocupación exclusiva, sino que la mujer debe compaginar su trabajo fuera del hogar con las tareas que los tópicos sociales le encomendaban.*

treinta años hemos pasado de una sociedad en la que no existía el divorcio a una en la que prácticamente el divorcio es directo, siendo meramente figurativa la causa del transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitarlo. Además el inmenso aumento de las rupturas matrimoniales y de pareja, ha supuesto, además de la "admisión" o "normalización" del divorcio, que la problemática jurídica que se plantea crece en variopinta casuística, y la repercusión pública de dichas problemáticas alcanza muy superiores cotas, dado que son muchos más los que se ven inmersos en dichos problemas.

- La influencia de la religión en el ámbito familiar también ha disminuído en la actualidad de forma drástica.

- Progresivamente ha aumentado la implicación de muchos padres en el cuidado diario y compartido de sus hijos. Al hilo de esta cuestión, en la actualidad parece que existe unanimidad respecto de la trascendencia de la presencia en la vida del hijo de la figura paterna y materna.[85]

Esta coyuntura[86], junto a muchas otras circunstancias existentes, supone que los conceptos de patria potestad y de guarda y custodia deben ser analizados atendiendo a

[85] En este sentido se postula TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 667 a 709, págs. 675 y 676, cuando afirma que *(...) nadie duda de la importancia de ambos progenitores para la educación de sus hijos.*

[86] Han aludido a las causas sociales que han podido "afectar" en la introducción creciente de la custodia compartida en nuestra realidad jurídica y social, entre otros: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, abril, 2008, págs. 1 – 33, pág. 9, que explica como: *Las causas que se han apuntado como determinantes de este fenómeno sociológico son heterogéneas: el aumento del trabajo femenino, la mayor implicación de los padres en la educación de los hijos, el incremento del número de divorcios (en este sentido, SAP Barcelona (18a) de 20 de febrero de 2007) y su repercusión jurídica se ha plasmado en la demanda de un sistema de guarda compartida en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio que, de no acordarse, determinaba, en compensación, la fijación de un régimen de comunicación y estancia más extenso de lo acostumbrado hasta el momento.* Por su parte, VIÑAS MAESTRE, Dolores, "La custodia compartida", *Sepin*, SP/DOCT/3601, en www.sepin.es, en similar sentido dice: *Resultaba impensable para el legislador de 1981 que la custodia de los hijos menores pudiera otorgarse a persona distinta de la madre, salvo concurrencia de circunstancias excepcionales que le impidieran ejercer de forma adecuada sus funciones parentales. Existía incluso la previsión legal de atribución automática de la custodia de los hijos menores de siete años a la madre en el art. 159 CC (derogada por Ley 11/1990 de 15 de octubre). Pero los cambios en la realidad social actual empiezan a ser patentes. El funcionamiento de algunas familias viene condicionado por la confusión de roles, que en ambos progenitores ha determinado el acceso de la mujer al mercado laboral y la existencia de un modelo educativo distinto al tradicional, lo que está produciendo una participación más activa de los padres en el cuidado diario de sus hijos, alejándose del modelo familiar tradicional. Dichos cambios sociales son incipientes, no están ni mucho menos generalizados y todavía resulta mayoritario el modelo familiar en que es la madre la que asume de forma prioritaria la responsabilidad del cuidado y asistencia de los hijos, aun cuando trabaje también fuera del hogar.* La jurisprudencia también alude a esta evolución de la sociedad, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223), que revoca una custodia exclusiva fijada en primera instancia y acuerda una custodia compartida, y en su fundamentación explica: *Su regulación viene motivada, porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta, toda vez que, factores tales como*

una realidad social y familiar muy distinta, y consecuentemente el resultado del análisis que se efectuaba en 1981 debe, a mi juicio, variar. Históricamente, tal y como se ha analizado en el capítulo de antecedentes históricos, el cambio de ambas figuras ha sido inmensamente lento, sin embargo, en los últimos tiempos la variación de ambas figuras interrelacionadas ha sido rápida y trascendente.

1.2.- Concepto

A mi modo de ver, la patria potestad es la denominación jurídica del conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores, o solamente uno de ellos en caso de fallecimiento o privación del otro, y únicamente éstos, ostentan y les competen en relación a sus hijos no emancipados o incapaces, con el fin de prestar asistencia de todo orden, tanto en el ámbito patrimonial como personal, todo ello siempre atendiendo al interés de éstos. La patria potestad engloba el cuidado, formación, alimentación, educación, representación y administración de bienes, es decir, derechos y deberes tanto sobre la persona como sobre los bienes de los hijos[87]. Su fin es tratar de lograr el adecuado desarrollo de su personalidad.[88]

Afirma Rabadán Sánchez-Lafuente[89] que la patria potestad se concible sobre el principio del interés del menor, de conformidad con el artículo 154.2º CC, y por ello, *(...) cuando enumeramos el contenido de la patria potestad –art. 154 CC- hablamos de facultades y deberes, no de derechos. Se trata de facultades concedidas en interés de los hijos, los padres no pueden disponer de las mismas a su voluntad, sino ejercerlas*

el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores.

[87] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia,* La Ley, Madrid, 2004, pág. 222, expone sobre la patria potesdad: *Uno de los efectos de la filiación es la patria potestad. El menor de edad carece de capacidad de obrar y será el titular o titulares de la patria potestad quienes actuarán en el mundo jurídico en su nombre, como sus representantes legales; (...) Pero no sólo la patria potestad cubre las necesidades jurídicas del menor, sino también sus aspectos personales y patrimoniales. Por ello se define, por la más moderna doctrina, como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.*

[88] Describe el fundamento de la patria potestad CODERCH MANAU, Secundino, *Tratado de la menor edad,* Agustín Bosch, Barcelona, 1917, pág. 19, diciendo: *Ante la necesidad que tiene el menor de edad de que alguien le cuide y guíe, no podía por menos de reconocerse que esto incumbe en primer término a los padres, ora por el derecho que les da la naturaleza sobre los que ellos han procreado, ora por el amor innato que les profesan. Por esto declara el Código que el padre y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, así como sobre sus hijos naturales reconocidos y los adoptivos.*

[89] RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven,* Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 33.

cumpliendo un deber y con la finalidad de proteger al menor. Pese a que me parece una reflexión a tener en cuenta, considero que debe hablarse de "derechos y deberes", dado que ello en nada perjudica o contradice la obligada actuación en relación con la patria potestad bajo el prisma del interés del menor. Por el contrario, la denominación de "facultad" opino que puede suponer una escora excesiva hacia la preponderancia del interés del menor, lo que puede derivar en un resultado contrario al pretendido, es decir, a que no sea beneficioso para éste. El interés prioritario es el de los menores, y los progenitores están sujetos a múltiples deberes, pero también tienen derechos respecto de sus hijos que por supuesto deben ser cumplidos atendiendo a dicho interés, pero estos derechos no deben edulcorarse o cuestionarse.

No obstante, la patria potestad no lo es todo o supone el total de la relación paterno filial.[90] Por ejemplo el artículo 110 del Código Civil dispone que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, siguen estando obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.[91]

Por último, tal y como se ha referido, la patria potestad perdura durante la minoría de edad, extinguiéndose por la emancipación[92], exceptuando el supuesto de prórroga o rehabilitación de la patria potestad (171 CC).

1.2.1.- Definiciones de la patria potestad de la doctrina

Abundante doctrina define la patria potestad:

[90] Es interesante la reflexión de los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op.cit.*, pág. 260, cuando argumentan: *La mayor parte del contenido de la relación paterno-filial, en cuanto relación jurídica, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad. Pero sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad. La primera existe desde que la filiación queda legalmente determinada, pero la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por ello puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, bien porque el padre y la madre han sido privados de ella, o excluidos, o bien porque los hijos se hayan emancipado. En todos estos casos subsiste una relación que tiene un contenido jurídico (...).* También SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho..., op.cit.*, pág. 433, opina respecto a la relación paterno filial: *(...) el establecimiento de la filiación, del tipo que ésta sea, matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, origina el nacimiento de una relación jurídica entre el padre y el hijo, que recibe la denominación de <relación paterno-filial>, y que constituye, junto con la relación conyugal y las relaciones parentales, el conjunto de relaciones jurídicas que emanan de la institución familiar.*

[91] Aludiendo a este artículo IVARS RUIZ, Joaquin, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pág. 23, concluye que *(...) la obligación de velar por los hijos menores y prestarles alimentos nace del hecho de la filiación, y no de la patria potestad.*

[92] El artículo 169 del Código Civil dice: *La patria potestad se acaba: 2º.- Por la emancipación.* Y el artículo 314 del mismo Código: *La emancipación tiene lugar: 1º.- Por la mayor edad.*

Con anterioridad a 1981, en 1970, Puig Brutau[93] considera que la denominación tradicional de patria potestad *(...) significa el poder que corresponde al padre y en su caso a la madre sobre los hijos menores no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de alimentación, educación e instrucción, en la medida de sus posibilidades.*

Alude al termino "poder", tamizándolo posteriormente con la función del mismo, que es el "cumplimiento de los deberes". Y dada la situación legal del momento, se recoge que dicha patria potestad "correspondía" en exclusividad al padre, y en segunda instancia a la madre, dado que hasta las reformas de 1981 la patria potestad no fue dual.

Ya tras la reforma de 1981, son muchos los autores que han definido la patria potestad, y la gran mayoría coinciden en considerar la misma como un "conjunto de derechos y deberes" que corresponden a ambos padres respecto de sus hijos no emancipados, y con el fin de "proteger y educar a la prole", "procurar su asistencia y formación", "proteger a sus hijos" "promover su desarrollo" etc…:

En 1982, Castán Vazquez[94] entiende por patria potestad *(...) el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.* Otros autores que posterior a la reforma de 1981 han definido la patria potestad son Santos Briz[95], Albácar López[96], Castillo Martínez[97], Pérez Salazar- Resano[98], Serrano Alonso[99], Castillejo Manzanares[100],

[93] PUIG, *Fundamentos de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 171.

[94] CASTÁN VAZQUEZ, José María en ALBALADEJO, Manuel y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo III, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pag. 69.

[95] En 1982, SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil,* Tomo V, Derecho de familia, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1982, pág. 365, considera que la patria potestad *(...) designa esencialmente las facultades (deberes y derechos) que los padres tienen sobre las personas y bienes de sus hijos como medio para procurar su asistencia y formación física e intelectual durante el tiempo de su minoría de edad.*

[96] Más adelante, en su obra de 1991, ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia,* Trivium, Madrid, 1991, pág. 973, definen la patria potestad *(...) como un derecho-deber que implica o contiene la idea de una función dirigida al desarrollo de ese contenido y de modo especial, al cuidado, guarda y atención de la parte más débil de su entidad subjetiva, los hijos, diciendo que ello no implica que quede borrado el aspecto derecho.*

[97] En fechas recientes, CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina en LLOPIS GINER, Juan Manuel, *Curso básico de derecho de familia y sucesiones,* Editorial práctica de derecho, Valencia, 2003, pág. 161, considera que bajo la denominación de patria potestad *(...) se designa al conjunto de atribuciones, deberes y derechos que ostentan los progenitores respecto de sus hijos que, por ser menores de edad, están naturalmente bajo la guarda y custodia de sus padres.*

[98] PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar y otros, *Tratado de Derecho de Familia,* Sepin, Madrid, 2005, pág. 159, define la patria potestad como: *(...) el conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tiene respecto a sus hijos menores o incapaces, para garantizar su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y*

González Del Pozo[101], Pinto Andrade[102], Serrano Castro[103], San Segundo Manuel[104] o Morán González[105].

1.2.2.- Definiciones de la patria potestad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

administración de bienes, tendente a conseguir un adecuado desarrollo de la personalidad de los mencionados hijos (...).

[99] Para SERRANO ALONSO, Eduardo en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Comentario del Código Civil*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 444, es *(...) el conjunto de derechos y obligaciones que como consecuencia de la filiación surgen entre padres e hijos y que la ley establece para que puedan hacer efectiva la previsión constitucional del artículo 39 CE de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fueran del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

[100] CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guardia y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 319, la define del siguiente modo: *Durante el periodo de minoría de edad del hijo y hasta que tiene lugar su emancipación bien por alcanzar la mayor edad o bien, por alguna de las otras causas previstas en el CC, el Derecho concede a los padres, por el hecho de serlo, un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y a promover su desarrollo físico e intelectual.*

[101] Define GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Custodia versus patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra", *El Derecho*, BDF núm. 93, 2009, EDO 2009/178604, la patria potestad como *(...) la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del art. 154 CC, en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.*

[102] Para PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 35, se trata de *(...) la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre estos. La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y tiene indudable carácter de función tutelares se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del titular (STS Sala 1ª, 9.7.2002 y SAP Baleares 3ª 5.7.2004).*

[103] Según SERRANO CASTRO, Francisco de Asís, *Relaciones paterno-filiales,* El Derecho, Madrid, 2010, pág. 13: *Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.*

[104] Por su parte SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2010, pág. 129, define la patria potestad como *(...) el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos/as y tiene como fundamento el deber de aquellos de velar por sus hijos/as, tanto en el orden personal como patrimonial. Está integrada por el conjunto de facultades que la ley otorga a los progenitores para que puedan cumplir los deberes que tienen para con sus hijos/as en orden a cuidarlos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Comprende, también, el deber de representarlos y administrar sus bienes (artículo 154 del Código Civil).*

[105] Por último, para MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, *El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor,* en *ibidem*, pág. 77, la patria potestad es *(...) un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, y un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes, que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida.*

También el Tribunal Supremo ha definido en no pocas ocasiones la patria potestad, en Sentencias como la de 30 de abril de 1991[106], la de 20 de enero de 1993[107], la de 22 de mayo de 1993[108], la Sentencia de 25 de junio de 1994[109], la Sentencia del 31 de diciembre de 1996[110], la Sentencia de 24 de abril de 2000[111] o la Sentencia de 9 de julio de 2002[112].

[106] La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, Sala 1ª, Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (EUDER: 2486/1991), la define como *(...) conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre los padres, resulta evidente que dicho instituto está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos, lo cual, queda recogido en el propio texto del Código Civil cuando, en su artículo 154, establece que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad (...).*

[107] La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993, Sala 1ª, Ponente: Matías Malpica González-Elipe (EUDER: 22468-JF/0000), define la patria potestad con las literales palabras utilizadas en la Sentencia anterior desde el inicio hasta *(...) sostenimiento y educación (...)* y continúa definiéndola explicando como está *(...) orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres, tanto en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren (Sentencia de 5 de octubre de 1987) como la posibilidad de su ejercicio integral.*

[108] La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1993, Sala 1ª, Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes (LA LEY 897-5/1993), define la patria potestad casi de modo idéntico a las anteriores Sentencias, pero con una relevante diferencia, habla de *(...) conjunto de derechos y deberes (...)*, a diferencia de las otras dos Sentencias anteriores que aluden a *(...) conjunto de derechos (...)*. Define la patria potestad como: *(...) un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos (...).*

[109] En la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio 1994, Sala 1ª, Ponente: Don Teófilo Ortega Torres (LA LEY 13968/1994), la primera parte de su definición, referente a los "derechos" es exactamente igual a la de 30 de abril de 1991, sin embargo, completa la definición con la referencia a los "deberes": *(...) el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos.*

[110] La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996, Sala 1ª, Ponente: José Almagro Nosete (LA LEY 508/1997), vuelve a la definición recogida en la Sentencia de 30 de abril de 1991, en la que se alude exclusivamente a conjunto de derechos sin mencionar los deberes: *(...) conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad (...).*

[111] En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, Sala 1ª, Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (EUDER: 86246/2000), se explicita palmariamente la preponderancia del deber frente al derecho en la figura que nos ocupa, y su condición de función: *La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño (...).*

[112] Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio 2002, Sala 1ª, Ponente: Don Alfonso Villagómez Rodil (LA LEY 306/2003), alude tanto a los derechos y deberes, como a su condición de función en beneficio de los hijos, la define: *(...) como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo.*

1.3.- Naturaleza jurídica

Tal y como se ha desarrollado en el Capítulo anterior, la patria potestad es de procedencia romana, sin embargo, el cambio de perspectiva de la misma ha sido radical. En la época romana el poder del *pater*, y únicamente el de éste, era absoluto, centrado en su derecho, por el contrario en la actualidad, tras una lenta evolución, es un poder limitado, basado en el beneficio o interés del menor, y centrado en el deber[113]. Hasta hace escasos cuarenta años la figura de autoridad en aquella época del padre era preponderante. Continuaba la inercia de siglos, claramente desde la época romana, incomparablemente más limitada, en que la ley la imponía el padre y no se discutía la autoridad de éste. Sin embargo, ya en el último siglo se venía discutiendo respecto de esa preponderancia del deber respecto del derecho en lo que a la relación paterno filial se refiere. Dicho desarrollo ha derivado en que en la actualidad es unánime la consideración de preponderancia del deber frente al derecho de los padres en relación con sus hijos.

Morán González[114] explica cómo el concepto de la patria potestad ha evolucionado de forma pareja a la evolución que durante los siglos se ha producido en las sociedades; inicialmente, en Derecho Romano, se concebía como un derecho absoluto que atribuía poderes ilimitados al padre, y en los Códigos más modernos se regula *(...) como una función, otorgando derechos a los padres el cumplimiento de los deberes que tenían encomendados en relación a sus hijos.*

Es decir, el concepto de patria potestad basado en el derecho del padre ha mutado a uno centrado en el deber de los padres para con los hijos. Este énfasis en el deber no significa que no existan derechos, pero prepondera el deber y tanto los

[113] En este sentido son interesantes las palabras de CASTÁN, *La patria potestad..., op.cit.*, pág. 5: *Se viene señalando en la doctrina, hace tiempo, que el nombre de la institución –"patria potestad"- no responde ya al contenido de la misma. El término parece traducir, en efecto, las ideas de poder (potestas) atribuido sólo al padre (patria). Y en el instituto de la patria potestad, como observa Dekkers, se ve hoy, más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aun a la madre sola en defecto del padre.* Por su parte DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op.cit.*, pág. 261, opinan: *La evolución posterior del Derecho romano, del Derecho común y del Derecho moderno han transformado, del mismo modo que la familia patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores.*

[114] MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, *El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 77.

derechos como los deberes deben ejercitarse atendiendo al interés del menor[115]. San Segundo Manuel[116] afirma que en la patria potestad prima *(...)el aspecto de deber sobre el de derecho.*

Al hilo de esta cuestión, es llamativo cómo un cambio de perspectiva de una figura, y una consiguiente modificación doctrinal y jurisprudencial de su definición y contenido, puede tener tanto reflejo en la vida cotidiana y en las actuaciones de los padres y de los hijos. Es decir, este "centrarse en el derecho" es imprescindiblemente positivo, y ha permitido derrocar definitivamente al *pater* romano que aún pervivía en cota mínima, sin embargo, tal y como suele acaecer cuando se decae una injusta y dañina situación, es posible que en la actualidad esta nueva perspectiva jurídico social se haya acercado a la "orilla contraria" en exceso. Un ejemplo sobre este posible efecto de excesivo "orillamiento", se concreta en una de las cuestiones que preocupan en la actualidad: La falta de autoridad de los padres frente a sus hijos, y el efecto reflejo de la ausencia de respeto de los hijos para con sus padres o figuras de autoridad (profesores, educadores etc…). Sobre esta cuestión, es llamativa por ejemplo la modificación de la última parte del último párrafo del artículo 154 CC operada por la Disposición Final Primera, punto dos, de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[117]. Esta Ley suprime la última parte del último párrafo de ese artículo que decía: *Podrán* (los padres) *también corregir razonable y moderadamente a los hijos.* A mi juicio en dicha redacción se observa nítidamente la preponderancia del deber frente al derecho, y sin embargo se suprime. La supresión de este artículo cuando menos se torna cuestionable, dado a partir de la citada Ley: ¿De qué forma podrán corregir los padres a sus hijos? ¿Puede ser no beneficioso para un menor la fijación de límites de forma razonable y moderada?[118]. Lo sucedido a mi juicio es el efecto, difícil de evitar,

[115] O´CALLAGHAN, *Código Civil...*, *op.cit.*, 2004, pág. 222, alude al *favor filii* en esta materia: *La patria potestad tiene la naturaleza de función, en el sentido de que se concede a su titular unos derechos para cumplir unos deberes. Se inspira en el principio de favor filii, tal como dice el segundo párrafo: <se ejercerá siempre en beneficio de los hijos>, lo que es concorde con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/1996, de 10 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

[116] SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 129.

[117] BOE núm. 312, Sábado 29 de diciembre de 2007, Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

[118] SERRANO CASTRO, Francisco de Asís, *Relaciones paterno-filiales,* El Derecho, Madrid, 2010, pág. 13, aludiendo a la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos, que ha sido suprimida por la Ley 54/2007 explica: *El restringir o anular esa facultad a progenitores y tutores supone cercenar toda posibilidad de que los niños, desde pequeños, asuman que existen límites, sepan diferenciar lo correcto de lo inmoral, aprendan a respetar y a respetarse, comprendan el significado del principio de autoridad, es decir, que puedan adquirir una formación integral en valores, en su significado no sólo de derechos sino también de obligaciones.*

derivado de que cuando ha habido un exceso en determinada materia, el derecho trata de proteger y revertir dicha situación, reformar hacia un lugar más adecuado y correcto, sin embargo, esa nueva deriva necesita sus correcciones de "rumbo" para finalizar en el lugar equilibrado, porque de lo contrario se escora en exceso hacia el lugar pretendido, desdibujando en parte la bondad del objetivo o incluso mostrando la cara "amarga" del mismo. Metafóricamente recuerda a lo que sucede con una balsa; cuando pisas en un extremo se hunde hacia el mismo, y viceversa cuando pisas en el contrario, dando "bandazos" hasta que se equilibra la misma.[119]

Curiosamente, en el nuevo Libro Segundo del CCCat, en su artículo 236-17, tras la Ley 25/2010, de 29 de julio, en su punto 4º se recoge: *Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad.*

Entrando en concreto en su naturaleza jurídica, tal y como señala Santos Briz[120], la patria potestad ha sido considerada, como función, derecho subjetivo de los padres y oficio de derecho privado.

Ciertamente la mayoría de la doctrina, desde años atrás, considera que la patria potestad no es un derecho subjetivo:

La Cruz Berdejo y Albadalejo[121] explican ya en 1963, que las potestades han experimentado una transformación importante con la introducción del concepto de función, alejándolas de la idea de derecho subjetivo. Tanto la potestad marital, la patria potestad o la tutela consideran que se establecen como un *officium*, con la finalidad de cuidar y atender al interés familia, acentuando el aspecto de deber.

En 1970 Puig Brutau[122] sostiene que la patria potestad no se trata de un derecho subjetivo de los padres, *(...) sino de un complejo de facultades que les reconoce el ordenamiento legal como medio para el funcionamiento de los indicados deberes.*

[119] Es decir, con anterioridad a esta nueva perspectiva la situación de preponderancia del derecho del padre frente al deber era en cualquier caso peor, pero su cambio no puede derivar en considerar que deba perderse la autoridad educativa y los límites emocionalmente contenedores, unidos a todo crecimiento y desarrollo del menor. El principio que debe preponderar es el de beneficio del menor, pero beneficio del menor no es sinónimo de que el menor tiene el poder. Por tanto es fundamental y considero que muy acertado el nuevo enfoque de la patria potestad centrada en el deber, sin embargo, no debe restar autoridad razonable y moderada al progenitor.

[120] SANTOS, *Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 368.

[121] LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de Familia...*, *op.cit.*, pág. 27.

[122] PUIG, *Fundamentos de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 172.

Castán Vazquez[123] sintetiza (poco después de la reforma de 1981, la obra es de 1982), como uno de los principios esenciales de la reforma de la patria potestad efectuada por la Ley de 13 de mayo de 1981 es: Considerar la patria potestad como *función* fijada en beneficio del hijo. Se extrae del artículo 154.2º y 3º Código Civil.

En 1988, Seisdedos Muiño[124], afirma que modernamente la patria potestad no se considera como derecho subjetivo, sino como *oficio* de Derecho privado, *(...) como conjunto de poderes y facultades que se atribuyen a un sujeto para el cumplimiento de ciertas obligaciones cuyo titular está obligado a ejercitarlos siempre en interés del hijo menor no emancipado.*

En el año 2000, Serrano Alonso[125] explica que la patria potestad está pensada para la protección y cuidado de los hijos menores. Esta institución está al servicio de los propios menores, pensada para su desarrollo integral, no pudiendo ser utilizado para restringir su capacidad.

Castillo Martínez[126] afirma que por influencia directa del Derecho Romano, se ha concebido durante largo periódo histórico, como un derecho subjetivo del padre de familia. Sin embargo, en la actualidad la perspectiva es opuesta, dado que técnicamente consiste en una potestad no en un derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, las facultades de los progenitores se fundamentan en el beneficio de los hijos y no en la satisfacción de los intereses de los padres.

Ysàs Solanes[127] sostiene que la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino *(...) un conjunto de derechos y obligaciones que la ley atribuye a los padres respecto de sus hijos menores no emancipados, o en su caso, mayores de edad incapacitados, para el cumplimiento de sus funciones.*

De igual modo, González Orviz[128] afirma que no es un derecho subjetivo de los padres sino *(...) un conjunto de facultades o derecho-deberes (derechos para cumplir deberes) de los primeros.*

[123] CASTÁN VAZQUEZ, José María, en ALBALADEJO y otros, *Comentarios al Código Civil...*, Tomo III, *op.cit.*, pág. 61.
[124] SEISDEDOS MUIÑO, Ana, *La patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, Lejona, 1988, pág. 26.
[125] SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 435.
[126] CASTILLO MARTÍNEZ en LLOPIS, *Curso básico de derecho...*, *op.cit.*, pág. 161.
[127] YSÀS SOLANES, María, en GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen y otros, *Derecho de familia,* Cálamo, Barcelona, 2004, pág. 71.
[128] GONZÁLEZ ORVIZ, Mª Eloina, *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental,* Bosch, Barcelona, 2010, pág. 7.

Por último Serrano Castro[129] considera que la patria potestad a día de hoy, *(...) se contempla como función más que como derecho y resulta indiscutible la finalidad estrictamente educativa y en interés del menor que posee la corrección (...).*

También en la jurisprudencia, en concreto en abundantes STS, tal y como se ha recogido en el epígrafe anterior, se ha configurado la patria potestad como una función al servicio del beneficio de los menores: En la Sentencia de 30 de abril de 1991[130] dice: *(...) dicho instituto está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos (...),* la Sentencia de 24 de abril de 2000[131]: *(...) una función al servicio de los hijos (...)* y la Sentencia de 9 de julio de 2002[132] dice: *(...) función instituida en beneficio de los hijos.*

En definitiva, por mi parte comparto lo expuesto, dado que justamente la anterior concepción suponía que la patria potestad era un derecho subjetivo del padre de familia, sin embargo, tal y como se ha recogido con anterioridad, el concepto actual de esta institución no permite concebirse como un derecho subjetivo.

1.4.- Terminología

Una de las cuestiones que ha suscitado discrepancia doctrinal ha sido el mantenimiento en cada una de las creaciones y modificaciones legislativas de la denominación "patria potestad". La crítica a la denominación proviene del contenido histórico que el término potestad ha tenido, dado que, tal y como se ha desarrollado en los antecedentes históricos, la *potestas* del *pater* era un poder absoluto que recaía únicamente en él. De hecho, ya en 1957, Castán Vázquez[133] proponiendo incluir justamente en nuestro ordenamiento la patria potestad solidaria, exponía que el nombre de la institución podía ser un argumento en contra de que la madre fuera, junto al padre, titular de la patria potestad, dado que la patria potestad *(...) como patria, es un poder puramente paterno, del que ha de quedar, por tanto, excluida la madre.* Sin embargo, el

[129] SERRANO CASTRO, Francisco de Asís, *Relaciones paterno-filiales,* El Derecho, Madrid, 2010, pág. 14.
[130] Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, Sala 1ª, Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (EUDER: 2486/1991).
[131] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, Sala 1ª, Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (EUDER: 86246/2000).
[132] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio 2002, Sala 1ª, Ponente: Don Alfonso Villagómez Rodil (LA LEY 306/2003).
[133] CASTÁN VÁZQUEZ, José María., *La participación de la madre en la patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 90.

mismo autor, en una obra bastante posterior de 1982[134], en concreto analizando la recién acaecida modificación legislativa de 1981, se postula expresamente respecto a la conveniencia o no de mantener la terminología tradicional, y según el autor su mantenimiento fue acertado. Para él, el término patria potestad se encuentra muy arraigado y es de difícil sustitución, dado que los términos que se planteaban eran equívocos. La denominación "autoridad parental", traducción literal del derecho francés, para el autor parecería que se atribuye la potestad a los parientes, y el de autoridad de los padres tampoco es jurídicamente exacto, además de que ambos términos, dado que figura la palabra autoridad, parece que se acercarían a la idea de poder de la que con la reforma se quería huir. Por ello, y a tenor de que la reforma modificó el contenido de la patria potestad, consideró el autor preferible el mantenimiento de la denominación tradicional.

Por el contrario, Bercovitz Rodríguez-Cano[135], tras reconocer que algunos autores consideran acertado el mantenimiento de la terminología tradicional, mantiene la opinión contraria de que hubiera sido oportuno modificar la expresión "patria potestad", dada su histórica unión con la jefatura familiar del padre, o cualquier otro término o expresión que denote predominio de cualquier tipo del padre o madre, cuestión opuesta a los principios constitucionales inspiradores de la nueva redacción del Código Civil.

Sin posicionarse expresamente sobre si debiera o no modificarse la denominación, Palay Vallespinós[136] explica que el término puede parecer *(...) anacrónico, incluso odioso, en cuanto a las reminiscencias que tiene de derecho de propiedad sobre los hijos, de poder del pater familias, y que aún hay progenitores que lo ejercen imbuidos de connotaciones añejas.*

También se detuvieron en esta cuestión en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia[137], en las que se reseña que el término

[134] CASTÁN VÁZQUEZ, José María en ALBALADEJO y otros, *Comentarios al Código Civil...*, Tomo III, *op.cit.*.
[135] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y otros, *Comentarios a las reformas del derecho de familia,* Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.043.
[136] PALAY VALLESPINÓS, Marisa y otros, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005,* Dykinson, Madrid, 2007, pág. 50.
[137] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS JUDICIALES, CON ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, Revista de la Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, Madrid 2005.

"patria potestad" debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, con el contenido que la misma tiene en el Reglamento (CE) 2201/2003. Asimismo sostienen la conveniencia de definir legalmente el término "guarda y custodia". Y por último, recomiendan a los abogados, jueces y magistrados, que el nuevo término responsabilidad parental, conste entre paréntesis cuando se utilice el término "patria potestad", o el término que se utilice en las legislaciones forales.

A mi juicio, el cambio de la denominación "patria potestad" a día de hoy no tendría tanta relevancia respecto de la reminiscencia del poder histórico del *pater*, dado que en la actualidad ya existe un verdadero cambio de concepción de la patria potestad, centrando la misma en el deber más que en el derecho, e inspirada siempre en el beneficio del menor. La revelancia de la modificación en su caso estaría en crear una legislación más ordenada y mejor definida y delimitada. Es decir, modificar únicamente la denominación sin que ello suponga una nueva delimitación clara de su contenido, lo considero adecuado pero no esencial, además justamente podría dar lugar a discusión respecto si ha cambiado o no dicho contenido. Lo que sí pudiera haber sido relevante, y el cambio de terminología hubiera supuesto un acicate más, es rehacer nuestro sistema de "patria potestad - guarda y custodia", fijando en su caso nuevas denominaciones, pero mucho más importante, fijando claramente sus contenidos, a fin de evitar las dudas que surgen en la actualidad respecto a la extensión de ambas figuras y los límites entre una y otra.

1.5.- Caracteres

Los caracteres fundamentales señalados por la doctrina son los siguientes:

1º.- Es irrenunciable. Los progenitores no pueden renunciar al conjunto de derechos y deberes que conforman la patria potestad.[138]

[138] SANTOS, *Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 368, considera que *(...) es un conjunto de facultades al que los padres no pueden renunciar.* Argumenta dicha irrenunciabilidad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1960, y en que se deduce claramente del artículo 6.2 del Código Civil. También YSÀS SOLANES, María en GETE-ALONSO Y CALERA y otros, *Derecho de familia, op.cit.*, pág. 71, dice: *La patria potestad es una función inexcusable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.* También alude a la irrenunciabilidad SERRANO CASTRO, Francisco de Asís, *Relaciones paterno-filiales,* El Derecho, Madrid, 2010, pág. 14, y SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 129. De igual modo HERRÁN ORTIZ, Ana en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y otros, *Compendio de Derecho Civil, Familia,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 313. También CARDENAL, Rafael en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia y otros, *Los 25 temas más*

2º.- Es intransferible[139], intransmisible.[140] Únicamente los progenitores pueden ostentar la titularidad de la patria potestad y ejercerla.

3º.- Es imprescriptible.[141]

4º.- Inexcusable.[142]

5º.- Indisponible.[143] Aunque esta característica únicamente se aplicaría a la titularidad de la patria potestad, nunca al ejercicio, que los progenitores pueden acordar sobre el mismo, siempre que no perjudique al menor.

1.6.- Contenido

El artículo 154[144] del Código Civil reseña, entre otras cuestiones, el contenido de la patria potestad. De dicho contenido, tal y como se observa del propio artículo, pueden diferenciarse dos aspectos: el personal y el patrimonial. En el aspecto personal se integra la guarda y custodia, el deber de educar a los hijos, el deber de procurarles una formación integral etc... Y en el patrimonial el referente a la representación y administración de sus bienes.

---

frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, Tomo I, Parte Sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 435.

[139] SANTOS, *Derecho Civil, op.cit.*, pág. 369.

[140] CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina en LLOPIS, *Curso básico de derecho..., op.cit.*, pág. 162. La intransmisibilidad también es señalada por SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de derecho civil IV, derechos de familia y sucesiones,* Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 330. De igual modo HERRÁN ORTIZ, Ana en LLEDÓ y otros, *Compendio de Derecho..., op.cit.,* pág. 313.

[141] SANTOS, *Derecho Civil, op.cit.*, pág. 369, comenta que no hay precepto legal que así lo declare expresamente, sin embargo dado que son imprescriptibles de forma general los derechos de familia, indudablemente también lo es la patria potestad. También señalan que es imprescriptible CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina en LLOPIS, *Curso básico de derecho..., op.cit.*, pág. 162 y SÁNCHEZ, *Curso de derecho civil IV..., op.cit.*, pág. 331. También YSÀS SOLANES, María en GETE-ALONSO Y CALERA y otros, *Derecho de familia, op.cit.*, pág. 71. De igual modo HERRÁN ORTIZ, Ana en LLEDÓ y otros, *Compendio de Derecho..., op.cit.,* pág. 313. También CARDENAL, Rafael en LLEDÓ y SÁNCHEZ y otros, *Los 25 temas..., op. cit.*, pág. 435.

[142] SERRANO ALONSO, Eduardo en SIERRA, *Comentario del..., op.cit.*, págs. 444, refiriendose a la patria potestad explica como se trata *(...) de un deber/función, expresión con la que se quiere poner de relieve la inexcusabiliad de su ejercicio por parte de los padres.* También YSÀS SOLANES, María en - GETE-ALONSO Y CALERA y otros, *Derecho de familia, op.cit.*, pág. 71.

[143] SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 129. Véase también CARDENAL, Rafael en LLEDÓ y SÁNCHEZ y otros, *Los 25 temas..., op. cit.*, pág. 435.

[144] El artículo 154 CC dice: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.*

No obstante, es discutida la procedencia de la diferenciación de los dos aspectos en el contenido de la patria potestad. Uno de los argumentos que apoyan la posibilidad de diferenciación es la estructura que en nuestro Código Civil, tras la Ley de 13 de mayo de 1981, tiene la regulación de la patria potestad; se encuentra en el Libro I, Título VII, cuyos capítulos primero y segundo regulan las relaciones personales, y cuyo capítulo tercero las relaciones patrimoniales. Por tanto, esta disposición de los capítulos en el Título VII, refrenda la idea de la separación de funciones en la patria potestad.

1.7.- Titularidad y ejercicio

Dentro del concepto de patria potestad, debemos diferenciar la titularidad del ejercicio. La distinción entre titularidad y ejercicio se introdujo en nuestro Derecho en la reforma de 1981, dado que con anterioridad se atribuían ambos aspectos al padre, teniendo la madre un papel subsidiario.[145]

1.7.1.- Titularidad

La titularidad de la patria potestad la ostentan ambos progenitores desde el año 1981, a tenor de la redacción dada al artículo 154 CC párrafo primero: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.*

La titularidad de la patria potestad como norma general es conjunta, exceptuándose de dicha norma los supuestos de privación de la patria potestad o fallecimiento de uno de los progenitores. De hecho, *a priori* la titularidad la ostentan ambos progenitores, no siendo posible su renuncia, transacción, o acuerdo respecto de la atribución de la titularidad a uno sólo de los progenitores. Nos encontramos ante una medida de *ius cogens* excluida de la disposición de las partes.

Ni en los convenios reguladores, ni en las sentencias de separación, divorcio o de fijación de medidas paternofiliales, es necesario referir nada respecto a la titularidad de la patria potestad; podrá recogerse que la titularidad de la patria potestad es conjunta pero simplemente es una cuestión innecesaria dado que es así, se recoja o no en la

---

[145] Lo explica perfectamente SEISDEDOS, *La patria potestad..., op.cit.*, pág 25, aludiendo al derecho comparado: *Antes de la reforma de 1981 no se planteaba en nuestro Derecho este problema. Ya hemos visto, en efecto, que así como los Códigos francés e italiano –con el fin de compaginar los principios de igualdad y de unidad familiar- atribuían la titularidad de la potestad a ambos progenitores, reservando su ejercicio en exclusiva al padre, el español confería a éste ambos aspectos, y la madre sólo entraba en la patria potestad, tanto en la titularidad como en el ejercicio, en defecto del padre.*

sentencia o en el convenio regulador. Sólo si existe un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad podrá ser privado el padre o la madre de la patria potestad en procedimiento matrimonial, criminal (artículo 170 CC), o en procedimiento ordinario solicitando la privación[146].

No obstante, si existe un documento firmado o prueba documental que acredite que uno de los progenitores renuncia a la patria potestad, pese a no tener eficacia directa la misma, sí supondría prueba contundente en un procedimiento de privación de patria potestad posterior, dado que dicho documento puede ser prueba del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Al hilo de este argumento, es interesante la confusión terminológico conceptual entre "titularidad" y "ejercicio" de la patria potestad, tanto del propio Código Civil en su artículo 156, como de la práctica judicial que pone de relieve García Pastor[147]: *(...) muchas son las sentencias de separación, divorcio o nulidad que conceden la "patria potestad conjunta" a ambos progenitores, sin que se sepa si se están refiriendo realmente a la titularidad de la patria potestad, o al ejercicio, como sería lo normal en estos casos, pues la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio de los padres no afecta a la titularidad de la patria potestad.*

1.7.2.- Ejercicio

1.7.2.1.- Norma general: Ejercicio conjunto o individual de la patria potestad

[146] MORENO VELASCO, Victor, "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, La Ley 19194/2009, Año XXX, núm. 7267, 22 de Octubre de 2009, afirma como la *(...) titularidad de la patria potestad se tiene por el hecho de ser padre o madre, y sólo puede ser privada por razones de extrema gravedad (art. 170 CC).*

[147] GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, págs. 158 – 160. La autora refuerza su argumento esgrimiendo tres Sentencias sobre este tema que ha dictado el Tribunal Supremo, y que acredita esta confusión: La Sentencia de 28 de febrero de 1984; en la que el padre solicitaba la "patria potestad conjunta", interpretando el TS que lo que pide es la "titularidad conjunta" de la patria potestad, siendo innecesaria dicha petición dado que tal titularidad viene establecida por Ley. Y no le concede el ejercicio conjunto porque considera que es una petición distinta que requiere de nueva demanda. La Sentencia de 19 de octubre de 1992 no marca una línea tan definida a nivel terminológico entre titularidad y ejercicio, dado que tras solicitar la "patria potestad conjunta", el TS entiende que se solicita el "ejercicio conjunto" (a diferencia de la anterior Sentencia). La Sentencia de 17 de junio de 1995 agrava la confusión, dado que resuelve tal y como si no existiera el ejercicio de la patria potestad, sino únicamente la titularidad de la misma. De la Sentencia se deduce que en la patria potestad sólo puede ocurrir: Que se ostente la patria potestad compartida, o que se está privado de ella de conformidad con el artículo 170 CC, no planteando la posibilidad de tener la titularidad y no el ejercicio.

El ejercicio de la patria potestad también es en mi opinión, como norma general, conjunto, tanto durante el matrimonio o unión de hecho como tras la ruptura, no obstante, existe discrepancia respecto de esta afirmación. Tal y como se desarrollará en los epígrafes siguientes, se ha discutido por la doctrina cuál es la norma general sobre el ejercicio de la patria potestad, que sea conjunta o individual, fundamentalmente dada la redacción del artículo 156.5 CC.

a) Discusión respecto de la extensión del artículo 156.5 CC

El artículo 156.5 CC ha generado múltiples dudas sobre su interpretación. Existen, en mi opinión, tres posturas posibles, las dos primeras esgrimidas por la doctrina[148]:

1º.- La que interpreta que, de conformidad con la literalidad del artículo 156.5 CC, la regla general es el ejercicio unilateral de la patria potestad en los supuestos de separación, divorcio, nulidad, medidas paternofiliales y separaciones de hecho de parejas casadas y no casadas, es decir, en todos los casos de ruptura. Entre otros, parece que podrían incardinarse en la primera postura autores como Castillo Martínez[149], Ferrel Vanrell[150] o Rabadán Sánchez – Lafuente[151].

[148] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, divide no en cuatro, sino en dos, los bloques de opinión sobre esta cuestión: 1º.- Autores que sostienen *(...) que los artículos en sede de patria potestad son aplicables sólo a supuestos de separación de hecho de padres casados y supuestos de padres no casados que no viven juntos –excluyendo los casos de separación legal, divorcio y nulidad-.* 2º.- Autores *(...) que consideran incluidos en el ámbito de aplicación de las normas dispuestas en sede de patria potestad –artículos 156.5 a 161 del Código Civil- los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad pues de lo contrario se produciría una discriminación entre los hijos de padres casados y no casados.* Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, Mª Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad,* Montecorvo, Madrid, 1990, págs. 90 a 98, divide en tres las posturas de la doctrina: Unos autores consideran que el precepto se refiere a la separación de hecho, interpretación para la autora parcialmente correcta, dado que no incluye los casos de separación legal. Otros extiende el artículo 156.5º CC a todo tipo de separación, postura que la autora considera que quizá es una interpretación excesivamente amplia, *(...) puesto que los artículos 90, 91, 92 y 103 del Código Civil, dictados especialmente para los casos de separación judicial, nulidad y divorcio son de aplicación preferente al artículo 156.5 del Código Civil, cuando concurren dichas situaciones.* Por último señala un tercer grupo de autores, los cuales consideran que el 156.5º CC, regula los *(...) supuestos de padres de hijos extramatrimoniales y padres que viven separados de hecho.*

[149] CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina en LLOPIS, *Curso básico de derecho..., op.cit.*, pág. 165, refiriéndose al artículo 156.5º del Código Civil, opina que la situación de separación física de los progenitores puede obedecer tanto a los supuestos de separación, nulidad o divorcio matrimonial o a cualquier otra situación fáctica de ausencia de convivencia.

[150] Parece que FERRER VANRELL, María Pilar, "El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la <potestad> de guarda", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 1, 1993, pags. 163-218, pág. 168, opina en igual sentido, dado que refiriéndose al artículo 156.5 CC dice: *La*

2º.- Otra postura doctrinal se centra en considerar que dicho artículo 156.5 CC "afecta" únicamente a las separaciones de hecho de parejas casadas y no casadas, y no a los procedimientos de separación, divorcio, nulidad o de medidas paternofiliales, en consecuencia en este supuesto la norma general en dichos procedimientos sería el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esta segunda interpretación es mayoritaria, pudiendo citarse a autores como Ysàs Solanes[152], Seisdedos Muiño[153], Gomá Salcedo[154], Ragel Sánchez[155], Tena Piazuelo[156], Lathrop Gómez[157] o VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ[158].

---

regla general es que quien tiene el derecho de guarda, o sea quien convive con el menor, tiene, por esto sólo, el ejercicio de la patria potestad.

[151] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, considera que los artículos 156.5 a 161 CC se dirigen *(...) a todas las hipótesis de falta de convivencia de los padres (...)*, comprendiendo los padres no casados, hayan o no convivido en alguna ocasión, la separación de hecho de progenitores casados, y asimismo, los supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad, dado que si dichas normas sobre patria potestad se aplican a todo tipo de relaciones paterno-filiales en las situaciones de convivencia de los progenitores, con independencia de que sean o no matrimonio, no existe, según la autora, motivo para interpretar de modo distinto cuando no exista convivencia, porque en tal caso podría generarse una situación de discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, lo que es contrario a la Constitución.

[152] YSÁS SOLANES en GETE-ALONSO Y CALERA y otros, *Derecho de familia, op.cit.*, pág. 73, analizando el artículo 156.5º del Código Civil, expone como dicho artículo alude a *(...) situaciones derivadas de separaciones de hecho de parejas casadas y no casadas y a progenitores que nunca han convivido.* Sin embargo para los supuestos de nulidad, separación judicial y divorcio, la titularidad y ejercicio de la patria potestad ya se contemplarán *(...) en el convenio regulador aprobado judicialmente (art.90 A) CC) o en las medidas definitivas (92.4 CC).*

[153] SEISDEDOS, *La patria potestad..., op.cit.*, pág. 189, tras analizar todas las hipótesis respecto de los supuestos que incluye o regula el artículo 156.5º CC, expone que: *Parece fuera de toda duda que el párrafo 5º del artículo 156 ha de aplicarse a las hipótesis de progenitores extramatrimoniales que no vivan juntos y a las de progenitores matrimoniales separados sólo de hecho.*

[154] GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de derecho civil común y foral,* Tomo III, Familia y sucesiones, Vol. I, Derecho de Familia, Barcelona, 2007, pág. 547, opina que: *El ámbito de aplicación de este párrafo queda circunscrito exclusivamente a la separación de hecho.*

[155] En igual sentido RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, Enero – Diciembre, 2001, pág. 1 – 50, pág. 34, considera que este párrafo 5º es aplicable a separaciones de hecho, *(...) en espera de que esta situación se canalice finalmente hacia la ruptura por vía judicial o la reanudación de la convivencia (...),* atribuyendo temporalmente la norma la patria potestad al progenitor con el que conviven los menores.

[156] TENA, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 30, afirma que el artículo 156.5 CC *(...) parece que se está refiriendo exclusivamente al supuesto de separación de hecho de los padres.*

[157] El artículo 156.5 CC para LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos,* La Ley, Madrid, 2008, pág. 211, contiene la norma general de atribución del ejercicio de la patria potestad en los supuestos de separaciones de hecho, dado que son situaciones no sometidas a conocimiento judicial y a la que *(...) el ordenamiento jurídico da una solución automática.* Esta fórmula según la autora se prevé a fin de solucionar, dadas las tensiones que pueden producirse durante la separación de hecho, el ejercicio conjunto de la patria potestad que puede llegar a ser imposible. Por el contrario, en el caso de la separación y divorcio judiciales, *(...) prima la aplicación de párrafo cuarto del art. 92 del CC sobre lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 156 del mismo cuerpo legal, debiendo el juez, ante la falta de acuerdo de los padres al respecto, decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, pues la determinación del progenitor custodio no trae aparejada la adopción de un régimen predeterminado de ejercicio de la patria potestad. Así, el juez debe establecer, conforme a su criterio y en el interés superior del niño, el*

3º.- Sería igual a la segunda, es decir el artículo 156.5 CC únicamente se aplicaría a las separaciones de hecho, sin embargo, en dichas separaciones de hecho no se atribuiría al conviviente el ejercicio de la patria potestad sino las funciones de la guarda y custodia. Únicamente parece considerar que ésta hubiera sido la fórmula más adecuada Linacero De La Fuente[159].

b) Duplicidad de regulaciones

Otra de las cuestiones que se argumentan a fin de considerar que el artículo 156.5 CC no se aplica a los supuestos de procedimientos de separación y divorcio, es que dicho precepto no se recoge en el Código Civil dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Este motivo adquiere aún mayor relevancia si se pone en conjunción con que además sí existe una norma dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio que regula el ejercicio de la patria potestad: El artículo 92.4 CC[160].

---

titular de la guarda y custodia, implantando un ejercicio exclusivo, conjunto o una atribución o distribución de funciones de la patria potestad.

[158] VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho de Familia, op. cit.*, pág. 1835 alude a: *Se aplicará, pues, esta norma cuando el hijo menor conviva con uno de los progenitores sin mediar oposición del otro o concurriendo su consentimiento.* Y posteriormente aludiendo a SEISDEDOS MUIÑO expone como *(...)cabe entender que este precepto se refiere, en linea de principio, a las separaciones meramente fácticas, es decir, cónyuges que se separan de hecho, sin entablar un procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y progenitores no casados entre sí que ponen fin a su convivencia o que no han convivido nunca.*

[159] LINACERO, *Régimen patrimonial..., op.cit.*, págs. 90 a 98: Para la autora, dilucidar esta cuestión requiere acudir a los trabajos parlamentarios de la Ley de 13 de mayo de 1981, de los que resulta que *(...) el ámbito del artículo 156, párrafo 5 del Código Civil, lo constituyen aquellos supuestos de padres de hijos no matrimoniales y padres de hijos matrimoniales separados de hecho.* En relación con esta cuestión, expone como en los casos de separación de hecho, y filiación no matrimonial en que los padres viven separados, de conformidad con el 156.5 CC, se atribuye el ejercicio de la patria potestad a quien convive con el hijo, lo que implica según la autora una vulneración del carácter irrenunciable de la patria potestad: *(...) pensemos que por el mero hecho de la separación de parte de los padres, el progenitor no conviviente queda exonerado y privado de sus deberes y facultades respecto del hijo.* Añade como podría objetarse que el progenitor no conviviente puede acudir al Juez para solicitar el ejercicio conjunto de la patria potestad, sin embargo, la autora considera que no tiene porqué acudirse al Juez sino que el ejercicio conjunto debería mantenerse pese a la separación de hecho. Y de todo lo expuesto concluye afirmando que el artículo 156.5 CC *(...) podría haberse limitado a atribuir al progenitor conviviente no el ejercicio de la patria potestad, sino únicamente el cuidado del hijo en el sentido de guarda o custodia del mismo.*

[160] El artículo 92.4 CC actual dice: *4.- Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.* Y el párrafo 4º del antiguo artículo 92 CC anterior a la Ley 15/2005 decía: *Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercitada total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.*

Este artículo ha variado poco con la Ley 15/2005. Es decir, en los casos de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con este artículo, la norma general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, dado que dedica un apartado completo del artículo 92 CC, antes y después de la Ley 15/2005, para dar posibilidad a los padres en convenio regulador, o al Juez en sentencia, de que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En caso de que el artículo 156.5 CC se aplicara a los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, no hubiera sido necesario incluir este artículo 92.4 CC. De hecho, no sólo no hubiera sido necesario sino que el artículo 92.4 CC chocaría frontalmente con el artículo 156.5 CC, dado que la previsión del art. 92.4 CC de que los padres o el Juez "podrán" o "podrá", supone que se trata de una opción, no de una cuestión imperativa o de preceptiva aplicación, que justamente es como se recogen los términos del artículo 156 CC: "Si los padres viven separados" dice "se ejercerá", matizando a continuación, que el Juez podrá atribuir el ejercicio conjunto con previa solicitud fundada.

Añadir que un apartado del artículo 92 completo recoge la posibilidad de que *(...) la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.* En consecuencia, es razonable interpretar que la norma general para el legislador es el ejercicio conjunto, y que recoge la posibilidad que nuestro derecho permite de que uno de los cónyuges ejerza la patria potestad total o parcialmente.

La doctrina también alude al ejercicio conjunto de la patria potestad como norma general esgrimiendo el artículo 92.4 CC, entre otros, parece que se postulan en este sentido autores como Forcada Miranda[161], González Del Pozo[162], Guilarte Martín - Calero[163] o Seisdedos Muiño[164].

[161] Al hilo de esta cuestión, FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores", *Sepin*, SP/DOCT/4049, en www.sepin.es, explica como la Ley 15/2005 no modificó en lo esencial el panorama anterior, sin embargo matiza que de la misma se trasluce *(...) la preferencia del ejercicio conjunto de la patria potestad. El art. 92.4 CC implica una clara necesidad de previsión futura para las personas implicadas, y el art. 156, último párrafo, parece querer hacer general lo que es mera excepción, siendo una patente realidad la atribución conjunta del ejercicio de la patria potestad en casi todas las sentencias y convenios ad hoc en procesos de ruptura.*

[162] GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo en HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo y otros, *Los procesos de familia: una visión judicial,* Colex, Madrid, 2007, pág. 534, refiriéndose al artículo 92.4º CC, considera que es admisible atribuir el ejercicio total de la patria potestad a uno de los cónyuges. Sin embargo, aclara el autor, que dado que dicha medida supone una modificación de la norma general del ejercicio conjunto, deberá motivarse y justificarse en la demanda para poder ser aprobada por el Juez. Es decir, el autor no sólo considera el ejercicio conjunto como norma general, sino que la atribución unilateral requerirá de motivación y justificación.

[163] GUILARTE MARTÍN – CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio,* Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 141, analizando el texto del apartado 4º del artículo 92 tras la Ley 15/2005 dice: *(...) parece que aquí se*

A mayor abundamiento, la interpretación del artículo 92.4 CC para considerar que la norma general debe ser el ejercicio compartido de la patria potestad, también se realizaba con la letra de dicho artículo anterior a la modificación efectuada por la Ley 15/2005[165].

Por el contrario, otros autores tratan, antes y después de la reforma, la duplicidad de regulaciones con más relatividad[166].

habilita al juez para alterar la regla general (ejercicio conjunto) y atribuir a uno de los cónyuges el ejercicio total o parcial de la patria potestad; de la lectura de este párrafo, se infiere que si el juez no hace uso de esta facultad, los cónyuges ejercitarán la patria potestad conjuntamente. Ahora bien, atendida la duplicidad normativa que, como se ha visto, rige en esta materia, a mi juicio, sería conveniente que el juez se pronunciara sobre el ejercicio de la patria potestad en todo caso y así evitar que pudiera entenderse aplicable la excepción al principio general del ejercicio conjunto recogida en el último párrafo del artículo 156 que atribuye el ejercicio al progenitor que tiene la guarda y custodia.

[164] Aludiendo al artículo 92.4 CC, SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2005, BIB 2005\2649, en www.westlaw.es, considera que tras la reforma de dicho artículo por la Ley 15/2005, *(...) cabe seguir entendiendo, como hasta ahora, que en los casos en los que corresponda al Juez la adopción de alguna medida sobre el ejercicio de la patria potestad en los procesos matrimoniales, si aquél no hiciera uso de la facultad que esta norma le confiere -atribución total o parcial del ejercicio a uno solo de los progenitores- continuará vigente la regla general de ejercicio conjunto proclamada por el artículo 156.1. La resolución judicial también podrá, naturalmente, decantarse de forma explícita por el mantenimiento de este sistema, supuesto que se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma.*

[165] En este sentido LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Los menores en el Derecho español,* Tecnos, Madrid, 2002, pág. 227-229, analizaba en 2002 de forma muy interesante la confusión que generan las disposiciones del artículo 156, 90 a) y 92 del Código Civil. Exponía como la primera conclusión tras la lectura de los antedichos podría ser la de aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 156.5º del Código Civil en el supuesto de que en la sentencia no se decidiera nada en contrario. Sin embargo, considera que dicha primera conclusión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil no es la correcta. Explica como atendiendo al artículo 92.5º Código Civil (anterior a la Ley 15/2005) puede deducirse que lo excepcional sea la atribución del ejercicio a uno sólo de los cónyuges, siendo la regla general el ejercicio conjunto, aún en el supuesto de separación. Añade como aún se complica más, con la posibilidad recogida en el artículo 90 del Código Civil, en el que se permite a los progenitores decidir y pactar el ejercicio de la patria potestad, debiendo ser estos pactos limitados dado que puede existir en algunos una renuncia velada a la patria potestad y a su ejercicio, siendo cuestiones indisponibles e irrenunciables.

[166] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, págs. 132 y 133, introduce la cuestión explicando como el ejercicio, en sede de patria potestad está regulado en el artículo 156.5 CC y en sede de procesos matrimoniales lo está por los artículos 90 y 92 CC. Y más adelante explica el origen de esta duplicidad normativa que a su juicio es consecuencia de la elaboración de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, dado que pese a elaborarse en el mismo año e incidir en aspectos comunes, fueron reformas elaboradas de forma independiente lo que provocó dicha dispersión de artículos, en lugar de crear *(...) una regulación unitaria una unificación de criterios como en parte se pretendía (...),* y tampoco las posteriores reformas, incluída la Ley 15/2005 han corregido esta situación. Más adelante, aludiendo a que pueden entrar en colisión el artículo 92.4 CC y el artículo 156.5, explica como el 92.4 CC permite a los progenitores y al Juez *(...) disponer sobre la modalidad de ejercicio de la patria potestad que consideren más beneficiosa para los hijos.* Sin embargo el artículo 156.5 CC contiene criterios generales que debe seguir la regulación del ejercicio, por tanto según la autora dicho artículo *(...) actúa como límite para el Juez y los propios padres en el caso que decidan reglar por pactos el ejercicio de la patria potestad, cuando establece que el ejercicio exclusivo se confiere al progenitor que tiene la guarda, razón por la cual nunca podrá atribuirse el ejercicio exclusivo al progenitor que no tiene la guarda ya que el guardador necesita para llevar a cabo sus funciones estar investido de ejercicio y que el correcto ejercicio de determinadas facultades de la patria potestad necesitan una inmediación, una cercanía del progenitor ejerciente que en el caso del no guardado difícilmente se cumpliría.* Con anterioridad a la Ley

c) Práctica general en los Juzgados y Tribunales

No debemos olvidar tampoco que es lo que los Juzgados y Tribunales están resolviendo en sus sentencias al aplicar los artículos 156.5 y 92 CC, que por abrumadora mayoría es la fijación de un ejercicio conjunto de la patria potestad. En este sentido, el posicionamiento a favor de la primera postura (el artículo 156.5 CC se aplica a los procedimientos de separación, divorcio, nulidad y medidas paternofiliales) chocaría frontalmente con la aplastante mayoría, excepto singulares circunstancias, de las sentencias dictadas en procedimientos de separación, divorcio o medidas paternofiliales. La regla general de ejercicio exclusivo de la patria potestad que plantea el artículo 156.5 CC, es justo lo contrario a lo que sucede en la práctica. Es decir, tanto en los convenios reguladores como en las sentencias se fija como regla general el ejercicio compartido, y sólo en excepcionales circunstancias, se fija el ejercicio exclusivo. Aluden a esta cuestión Lázaro González[167], Moreno Velasco[168] o Morán González[169].

15/2005, ROCA TRÍAS, Encarna en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y otros, *Comentarios a las reformas del derecho de familia,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 576 y 577, en 1984, comentando el artículo 92 Código Civil, afirma que en relación a los temas de ejercicio y titularidad de la patria potestad existe una duplicidad de regulaciones, en concreto referida a los artículos 156.5, 159 y 161 del Código Civil, redactados en la reforma de mayo de 1981, y los artículos 92 y 93 del Código Civil redactados en la reforma de julio de 1981. Ante la dualidad, plantea cómo se puede entender que las disposiciones del título IV del libro I han derogado lo referente a la patria potestad al ser un Ley posterior, pero rebate como la derogación no expresa alcanza a lo incompatible (art. 2.2 CC), y a juicio de la autora, no existe incompatibilidad en este supuesto. Otra posibilidad sería entender que las normas referentes a la patria potestad en casos de separación se refiere a la separación de hecho, mientras que en el caso del Título IV el supuesto de hecho sería mayor, abarcando separación judicial, divorcio y nulidad. Sin embargo considera que dada la nula trascendencia de la separación de hecho en nuestro derecho, no es la hipótesis más acertada. Su postura se centra en considerar complementarios ambos tipos de normas, dada la inexistencia de discrepancias entre ellas, pudiendo las de patria potestad completar ciertos aspectos no regulados en el título IV del Libro I. En concreto explica como *(...) el art. 156.5 Cc conecta convivencia con el ejercicio de la patria potestad, lo que no parece tan claro en el art. 92; el art. 159 proporciona al Juez un criterio para atribuir el cuidado de los hijos y el art. 161 puede completar las normas del art. 92.1 y 94 Cc, especialmente en este último en cuanto al derecho de visita. Lo que ocurre es que si las normas de los arts. 92, 93 y 94 Cc tienen plena aplicación en las situaciones constatadas judicialmente, los arts. 156.5, 159 y 161 la tienen también (y no sólo) en situaciones de hecho.*

[167] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*, pág. 227-229, explica como en la práctica *(...) lo más frecuente es que tanto los convenios reguladores como las resoluciones judiciales contemplen el ejercicio conjunto (...).*

[168] De igual modo MORENO VELASCO, "Hacia una adecuada comprensión...", *op.cit.*, pese a la redacción del artículo 156 CC, afirma como, salvo que concurran razones de peso, debidamente acreditadas, para atribuir el ejercicio unilateral, *(...) lo cierto es que en la práctica los Juzgados atribuyen el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores.*

[169] Por último MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, *El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 79, afirma, tras

d) Titularidad sin ejercicio

Otra cuestión fundamental que de hecho refrenda lo anteriormente expuesto, es que la titularidad de la patria potestad sin el ejercicio prácticamente anula de forma efectiva su contenido, dado que supone ser titular de unos derechos y deberes que no pueden ser ejercidos. Por tanto, a efectos prácticos el progenitor titular de la patria potestad sin el ejercicio, de nada le sirve para decidir respecto de su hijo, es una titularidad vacía del contenido sustancial. En este sentido se postulan Rabadán Sánchez-Lafuente[170], San Segundo Manuel[171], Bercovitz Rodríguez-Cano[172], García Varela[173] o Lázaro González[174].

e) Conclusión sobre la norma general de ejercicio de la patria potestad en nuestro Derecho: Ejercicio conjunto o exclusivo de la patria potestad (156.5 y 92.4 CC)

En mi opinión, la interpretación del artículo 156.5 CC debería ser lo más limitada y acotada posible. De hecho, creo que debe limitarse únicamente a los supuestos de separaciones de hecho, tal y como se postula la opinión doctrinal mayoritaria, pero no a todas, sino únicamente a las separaciones de hecho en que, por

aludir a que así se recoge en la mayoría de las resoluciones judiciales, que la patria potestad *(...) siempre subsiste y debe ser ejercida por ambos progenitores, privando sólo de su ejercicio a aquel de los padres que incurra en cualquiera de las causas previstas legalmente.*

[170] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, pág. 23, explica como la patria potestad *(...) estaria vacía de sentido si estas facultades y deberes no pudieran llevarse a la práctica, es decir, ejercerse.* Definiendo en consecuencia el ejercicio como *(...) la puesta en práctica del conjunto de facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad.*

[171] En igual sentido, afirma SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 130, que *(...) la titularidad sin el ejercicio se vacía de contenido (...).*

[172] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en AMORÓS y otros, *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *op.cit.*, pág. 1.044, comentando las reformas de 1981 del Código Civil, explica como el contenido de la patria potestad se relaciona con su ejercicio, dado que la mera titularidad *(...) constituye un estado latente de la patria potestad en el que el progenitor tiene fundamentalmente cargas (alimentos) y muy escasas facultades o competencias (fundamentalmente de control en relación con el ejercicio de la patria potestad por el otro progenitor).* El autor opina que la suspensión del ejercicio de la patria potestad (art. 173.3 CC) parece referirse a dicha situación de titularidad sin ejercicio.

[173] GARCÍA VARELA, Román en SIERRA, *Comentario del...*, *op.cit.*, pág. 80, refiriéndose a las consecuencias de la atribución unilateral del ejercicio de la patria potestad, considera que se diferencia poco de la privación de la patria potestad, pese a que parece que el progenitor no ejerciente conservaría el deber de velar por sus hijos.

[174] En igual sentido LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*, pág. 227-229, alude a que la renuncia al ejercicio total o parcial de la patria potestad implica a nivel práctico *(...) casi tanto como la privación de la titularidad de la patria potestad.*

cualquier circunstancia, uno de los progenitores no cumpla o no pueda cumplir con el ejercicio de la patria potestad. Es decir, este artículo, a mi modo de ver, deberá aplicarse en situaciones de separación de hecho en las que uno de los progenitores no pueda ejercer la patria potestad por alguna excepcional circunstancia, es decir, estar con alguna imposibilidad de salud transitoria, tenga alguna circunstancia laboral que durante la separación de hecho le impida ejercer la patria potestad, o en todo caso, en el supuesto de que el progenitor no conviviente se haya desentendido del menor tras la separación de hecho[175].

En estas situaciones creo que serían válidas las decisiones adoptadas unilateralmente por el progenitor presente y conviviente apelando al artículo 156.5 CC, pero la aplicación masiva a las separaciones de hecho me parece preocupante por lo que se expondrá a continuación.

Esta visión restrictiva del artículo 156.5 CC, similar a la cuarta postura doctrinal recogida en el punto b.1.1 anteriormente desarrollado, deviene de varios argumentos, desarrollados algunos de ellos con anterioridad:

- De la preceptiva interpretación de las normas en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Nuestro Derecho de familia en esta materia tras la Ley 15/2005, las reformas autonómicas que otorgan mayor cobertura o colocan como principal protagonista a la custodia compartida, y las legislaciones europeas e internacionales, se asientan en la consideración de que la relación de los hijos con ambos progenitores y la implicación de éstos con sus hijos es fundamental para el buen desarrollo de los menores, por tanto, toda interpretación normativa debe tender, en caso de duda, hacia la medida que más favorezca la relación e implicación de ambos progenitores en la vida de sus hijos, e indudablemente, el ejercicio exclusivo de la patria potestad supone una medida de anulación fáctica de uno de los progenitores respecto de las decisiones relevantes de sus hijos[176].

[175] Alude a los padres que no ejercen la patria potestad que ostentan, ESPÍN, Diego y otros, *El nuevo derecho de familia español,* Reus, Madrid, 1982, pág. 107*: A mi juicio, y con independencia de quien la ejerce, los padres que teniendo derecho y obligaciones de la patria potestad no la ejercen sin haber sido privados de ella, están en una situación similar a la de la suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código, y en principio se verán privados de todas las funciones de la patria potestad.*

[176] PÉREZ–SALAZAR RESANO, Margarita, "El ejercicio conjunto de la patria potestad. Propuestas para su desarrollo", *Sepin*, SP/DOCT/4010, en www.sepin.es, afirma aludiendo a la jurisprudencia más reciente y a la normativa europea sobre responsabilidad parental que *(...) la separación, el divorcio o la ruptura de la convivencia no deben suponer que uno de los progenitores quede al margen de las decisiones que en el futuro se vayan a adoptar con respecto a sus hijos.*

- De la duplicidad de regulaciones. El artículo 92.4 CC, regula específicamente el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de separación, divorcio y nulidad.

- De interpretar el artículo en coherencia con la práctica generalizada de los Juzgados y Tribunales. Parece que no sería ajustado interpretar en los supuestos de separación y divorcio los artículos 156.5 y 92.4 CC, de modo completamente opuesto a la interpretación que de ellos, de facto, se está efectuando por los Juzgados y Tribunales. Es decir, sostener que la norma general en nuestro Derecho es el ejercicio exclusivo de la patria potestad, es una afirmación opuesta a lo que sucede en la práctica totalidad de las sentencias y convenios reguladores en los que no existen especiales circunstancias, en las que se acuerda el ejercicio conjunto de la patria potestad.

A mayor abundamiento, el ejercicio de la patria potestad, se haya solicitado o no por los progenitores, debe ser imperativamente acordado en uno u otro sentido por el Juzgador, al tratase de una medida de *ius cogens*[177]. Y dado que el Juzgador debe disponer respecto del ejercicio de la patria potestad, la discusión sobre la aplicación o no del artículo 156.5 CC en los supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad en la práctica deviene baladí, dado que lo cierto es que pese a su existencia y sus interpretaciones posibles, los Juzgados y Tribunales acuerdan el ejercicio conjunto de la patria potestad como norma general. Consecuentemente, la vacua repercusión práctica del artículo 156.5 CC devendrá, si no de entender que su ámbito de aplicación no pertenece más que a separaciones de hecho (en mi opinión sólo en separaciones de hecho en las que acaezcan situaciones especiales), de que en la práctica diaria se ha dejado totalmente en desuso el mismo.[178]

- De que atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno sólo de los progenitores supone dejar vacía de contenido la titularidad de la patria potestad. Consecuencia grave que refuerza la anterior consideración de la interpretación del artículo atendiendo a los

[177] PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* Aspectos sustantivos, Tomo I, Vol. 1, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 1265 y 1266, dice: *Medidas de ius cogens: Patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de hijos menores de edad. El hecho de que el demandado solicite una medida de este tipo no contenida en la demanda legalmente no puede calificarse como petición reconvencional y, es más, aunque no la hubiese solicitado ninguna de las partes, al juez debería adoptarla por imperativo del art. 91 del CC.*

[178] DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente,* Civitas, Navarra, 2010, págs. 235 y 236, pone de relieve la poca oposición que suele existir respecto del ejercicio conjunto de la patria potestad: *Salvo supuestos muy excepcionales, se advierte que no suele oponer –a diferencia de cuanto ocurre con la guarda y custodia- resistencia alguna al ejercicio conjunto (compartir) de la patria potestad. En este caso, aunque estemos en la situación creada como consecuencia de la ruptura de la convivencia entre los progenitores (ya no viven juntos) ni aunque venga referida a las cuestiones de mayor importancia o trascendencia para la vida de los hijos, se da por hecho el ejercicio conjunto de la misma y ni siquiera suele plantearse duda alguna al respecto.*

antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, dado que el ejercicio exclusivo de la patria potestad supone "anular" la posibilidad de intervención de uno de los padres en todas las decisiones trascendentales de la vida de su hijo, cuestión que, a mi juicio, es frontalmente antagónica con la deriva legislativa y social actual. Considerar que el ejercicio de la patria potestad debe recaer sobre el progenitor conviviente como norma general supondría de facto atribuir la gran mayoría de las funciones de la patria potestad a dicho progenitor, limitando al otro progenitor de forma inaceptable su capacidad de decidir cuestiones tan relevantes como el colegio al que debe acudir el menor, el sometimiento a una intervención quirúrgica, el cambio de residencia de éste etc…, sustentando dicho ejercicio unilateral únicamente en la convivencia diaria con el otro. Esto supondría equiparar ejercicio de la patria potestad con guarda y custodia, o incluso incardinar en la guarda y custodia el ejercicio de la patria potestad, afirmaciones que simplemente, en mi opinión, son antagónicas con el actual sentir de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

- Respecto que aplicar a todas las separaciones de hecho el artículo 156.5 CC, considero que dicho artículo no se refiere a cualquier separación de hecho dado que generaría una inaceptable inseguridad jurídica respecto a qué y desde cuándo es necesaria la separación de hecho para ser lo suficientemente contundente para aplicar el artículo 156.5 CC: ¿Al día siguiente de que un progenitor abandona el domicilio conyugal el otro progenitor asume el ejercicio de la patria potestad? Si no es así, ¿Requeriría de un mes de separación de hecho? ¿De dos meses? ¿De un año?... Y la separación de hecho ¿Debe ser decidida unilateralmente o de común acuerdo?

- De la rotunda consecuencia de asumir el ejercicio de la patria potestad uno de los progenitores por el mero hecho de estar separados de hecho. Las separaciones de hecho acaecen en las situaciones iniciales de una gran parte de los procedimientos de separación, divorcio y medidas paternofiliales. Con considerable habitualidad, cuando una pareja decide separarse, suelen dejar de vivir juntos previamente a finalizar, incluso siquiera a iniciar, el procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo[179]. En estos casos durante todo el procedimiento de separación, divorcio o medidas paternofiliales (añadimos el plazo de negociación que en la mayoría de los supuestos existe) y hasta que se fijen unas medidas, los hijos en la mayoría de los casos convivirán con uno de los progenitores exclusivamente. En consecuencia, si todas las separaciones de hecho

[179] Esta afirmación se justifica mediante las sentencias reseñadas en el epígrafe 5.7 g.2, del capítulo VI, en el que se analiza la situación durante la ruptura de hecho.

conllevan la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad al progenitor conviviente, éste, durante los meses que dure la negociación y el procedimiento, podría por ejemplo, cambiar de colegio a los menores, autorizar una intervención o un tratamiento médico, cambiar sus "extraescolares" etc… sin requerir de autorización alguna del otro progenitor.

A mi modo de ver, es indiscutible que puede adoptar el conviviente las decisiones derivadas de la mera convivencia mientras el hijo se encuentre en su compañía, decisiones no trascendentales, pero es discutible que por estar separados de hecho sea el cónyuge conviviente quien decida sobre las decisiones relevantes de la vida del menor en exclusividad. Es decir, a mi juicio sería perfectamente razonable, de hecho inevitable, que al progenitor conviviente se le atribuyera en todos los supuestos de separación de hecho las funciones de la guarda y custodia, pero no en todo caso las funciones de la patria potestad.

Ciertamente, un argumento válido a favor de la aplicación del artículo 156.5 CC a todas las separaciones de hecho, es que puede incoarse un procedimiento de medidas provisionales previas a fin de fijar unas medidas "con celeridad", pero también es cierto que en la práctica es conocido que en múltiples ocasiones, y en aras de lograr un acuerdo, las separaciones de hecho se prolongan durante algunos meses, mientras se negocia el convenio regulador, y que no se incoa procedimiento alguno porque derrocaría la negociación que se está llevando a cabo. Todo ello sin obviar que el procedimiento de medidas provisionales previas también tiene, en ocasiones, una duración considerable.

Por último, y a modo de reflexión final respecto de la titularidad y ejercicio de la patria potestad conjunta, es importante reseñar que una de las cuestiones que a mi juicio más se van a desarrollar en un futuro, y que ya en la actualidad comienzan a estudiarse y a tenerse muy presente, son las consecuencias de incumplir la obligación de adoptar conjuntamente las decisiones inherentes a la patria potestad.

Hasta hace pocos años atrás no se hacía especial hincapié ni doctrinal, ni jurisprudencialmente, en cuáles eran esas consecuencias, dado que no existía tanta demanda de los progenitores para sentar la obligatoriedad de adoptar conjuntamente las decisiones. Sin embargo, en la actualidad, dada cuenta el cambio que se está produciendo, que entre otras cuestiones ha derivado en la introducción de la guarda y custodia compartida, la delimitación de las decisiones que pertenecen a la patria

potestad, y que por tanto deben acordarse conjuntamente, ha devenido relevante y se ha comenzado a reivindicar dicha toma de decisión conjunta.

El problema se encuentra en las precarias fórmulas que la ley nos concede para sancionar el incumplimiento de dicha toma de decisiones conjunta. No existen claras y sencillas medidas coercitivas que impidan que, normalmente el cónyuge custodio, actúe unilateralmente incumpliendo indiscutiblemente el derecho a la toma unánime de decisiones, por ejemplo trasladando al menor a otro lugar de residencia sin ni siquiera comunicar esta circunstancia al progenitor no custodio hasta después de llevarla a cabo. Esta "impunidad" está tratando de ser frenada en los últimos tiempos, y digo tratando porque, tal y como he referido, no es sencillo aplicar consecuencias a dichos actos dado que nuestro ordenamiento no nos da ni claras ni sencillas opciones. Considero que este es un campo de desarrollo necesario para resituar en el lugar adecuado el papel que corresponde a cada progenitor respecto a su hijo, lo que sin duda acarreará beneficios tanto a éste como a aquellos.[180]

[180] Un ejemplo de esta nueva sensibilidad (y de la ausencia de concretas consecuencias frente al incumplimiento) que sin duda se va extendiendo y que es plenamente coherente con una concepción de necesaria implicación de ambos progenitores en la vida de sus hijos, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 27 de junio de 2011, Sección 3ª, Ponente: Don Rafael Jesús Fernández – Porto García (www.aeafa.es), que resuelve el primer motivo del recurso de apelación: *En lo que se refiere al primer motivo del recurso, la postura del apelante se centra en la actuación de doña Mónica, que invocando que se le atribuyó judicialmente la guarda y custodia del menor, decide marcharse a Palma de Mallorca (donde al parecer ha formado una nueva pareja), llevándose al niño. Actuación unilateral que "notifica" al Juzgado y al padre por medio del escrito cuyo contenido se resumió anteriormente. Argumenta la representación de don Raúl que la madre, pese a ser perfecta conocedora de la resolución judicial, decidió incumplirla, acudir a las vias de hecho, frustrando así la posibilidad de ejercitar el régimen de visitas establecido a su favor. Decisión que no fue consultada con don Raúl, ni se obtuvo autorización judicial, ni promovió el correspondiente incidente de modificación de medidas. (...) La guarda y custodia es uno de los elementos que componen las obligaciones de la patria potestad. Es el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía, y prestarle la atención inmediata en las necesidades de la vida diaria. Pero no es la atribución en exclusiva de la patria potestad. Ni tampoco de los demás elementos que componen esta institución. Las decisiones importantes que afectan directa y seriamente a la vida del menor, como son mudar el domicilio a otra ciudad, cambiar de centro escolar, suplir su consentimiento para intervenciones quirúrgicas, etcétera, suponen el ejercicio máximo de las facultades de la patria potestad. (...) La guarda y custodia no le confería la facultad de llevarse al niño a vivir a Palma de Mallorca por su única voluntad, sin contar con la aquiescencia de don Raúl, y en su defecto con autorización judicial. Ni impedir el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Tenía que haber pedido autorización, y solicitar la modificación de medidas. La Sala no puede menos que rechazar la interpretación realizada por doña Mónica de sus potestades. Ha actuado con total desprecio a los intereses de don Raúl, y también a los de su hijo. Simplemente antepuso sus particulares apetencias sobre todo. Con una clara burla a las resoluciones judiciales. Pero debe significarse el estupor que causa el contenido del escrito presentado ante el Juzgado, firmado sin matices ni salvaguardas tanto por el abogado como por el procurador; tanto por su contenido en sí, que supone una ignorancia (no se sabe si deliberada o no) de lo resuelto judicialmente, como porque pudieran derivarse serias responsabilidades para los firmantes. (...) 4º.- En síntesis, sí debe compartirse con el recurrente el rechazo a la actuación de doña Mónica; y la pertinencia de la adopción de medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, con el fin de intentar impedir que, en lo sucesivo, vuelvan a repetirse actuaciones similares.*

f) Ejercicio de la patria potestad en el supuesto de guarda y custodia compartida

No se hace en el artículo 156.5 CC, dado que no fue modificado por la Ley 15/2005, especificación alguna respecto de la custodia exclusiva y la compartida. Tampoco en el artículo 92.4 CC se diferencia entre ambos tipos de guarda y custodia. A mi juicio, lo recogido en las páginas anteriores es aplicable tanto a la custodia exclusiva como a la compartida, dado que, quien entiende que la norma general es el ejercicio exclusivo de la patria potestad por el cónyuge guardador, dicha norma general podrá aplicarse tanto en los supuestos de custodia exclusiva, ejerciendo siempre el cónyuge guardador la patria potestad, como en los supuestos de custodia compartida, en los que ejercerán la patria potestad alternativamente los cónyuges durante los periodos de guarda que a cada uno corresponda. Si por el contrario, tal y como considero, la norma general es el ejercicio conjunto en el supuesto de custodia exclusiva, con mayor motivo lo será en el caso de la compartida.

En este sentido, si a mi modo de ver la norma general es el ejercicio conjunto de la patria potestad en el supuesto de custodia exclusiva, aún creo que es más claro que debe ejercerse conjuntamente la patria potestad en el supuesto de custodia compartida, dado que la custodia compartida lleva grabada en su fundamento último la implicación más igualitaria y mayor posible de ambos progenitores en la vida de sus hijos.[181]

2.- Guarda y custodia

2.1.- La guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad: Diferencias y delimitación de contenido

[181] SERRANO MOLINA, Alberto, "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, *El Derecho*, EDO 2005/188131, se pregunta expresamente sobre esta cuestión: *¿Implica la atribución de la guarda compartida que la posición de cada uno de los progenitores, en cuanto a cuestiones de relevancia que afecten a sus hijos, va a tener que ser tomada necesariamente en cuenta por el otro?. No es infrecuente en algunos progenitores la confusión entre lo que es ostentar la patria potestad de manera compartida y lo que es el régimen de guarda y custodia, sea o no ésta compartida. Aprovecho desde aquí la ocasión para señalar que cuando a ambos progenitores se les atribuye la patria potestad, ello conlleva que llegada la hora de tomar decisiones de cierta trascendencia que afecten a los hijos, éstas deben adoptarse de común acuerdo sin que el progenitor que no convive con los hijos, se vea privado del conocimiento de aquéllas. Sus opiniones han de valorarse en igual medida que la de aquél que les tenga en su compañía. Asumir las funciones de guarda y custodia va a significar que, además de las anteriores, se va a tener que hacer frente a las decisiones que hay que tomar como consecuencia de los problemas más propios del quehacer cotidiano y doméstico; sin duda también importantes en orden a contribuir a la formación integral del hijo.*

Para concretar el contenido de la guarda y custodia es obligado su estudio en conjunto con el contenido del ejercicio de la patria potestad. Esto se debe a que ambas figuras se encuentran "conectadas" o interrelacionadas de tal modo, que la una invade más o menos "terreno" a la otra, dependiendo el contenido más o menos amplio que se otorgue a cada una.

Como se observa, es fundamental subrayar la diferenciación de la guarda y custodia y del ejercicio de la patria potestad. En ocasiones suelen ser confundidos, en aras de resolver adecuadamente los conflictos que surgen en derecho de familia. La delimitación del contenido de ambas figuras afecta directamente a la problemática práctica familiar de las parejas rotas, y por tanto, debe estudiarse siendo consciente de que su "escora" hacia un lugar o hacia otro, tiene unas consecuencias directas en padres e hijos.

Los distintos derechos y deberes de la patria potestad se encuentran en el artículo 154 CC y son los siguientes:

1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

La discusión se centra en cuáles o qué parte de estos deberes/facultades se incluyen en la guarda y custodia y cuáles en el ejercicio de la patria potestad.

Hay básicamente dos "ópticas" de consideración del contenido de la guarda y custodia en relación con el ejercicio de la patria potestad:

1º.- La que considera que la guarda y custodia no otorga más derechos que el circunscrito a la función de tener a los hijos en su compañía, que es una de las funciones de la patria potestad, y que el resto de deberes/derechos que engloban ésta continúan perteneciendo a ambos progenitores.

2º.- Que la guarda y custodia, además de tener como presupuesto la función de tener a los hijos en su compañía, engloba otras de las funciones de la patria potestad, que se atribuyen en exclusividad al cónyuge custodio cuando se trata de una custodia exclusiva, y a cada progenitor durante los periodos de custodia que les corresponden en la compartida.

Debo decir que mi postura se incardina en la primera. Si consideramos que la guarda y custodia tiene mayor contenido que el derecho - deber de tener a los hijos en

su compañía, que implica un ejercicio de una patria potestad por el cónyuge no custodio "mermado", parcial, dado que algunas de sus funciones recaerían únicamente en el cónyuge que tenga atribuida la guarda y custodia. Es decir, en caso de que aumentemos el contenido de la guarda y custodia irremediablemente disminuimos el contenido del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor no custodio, y por tanto su ejercicio pleno.

Las razones que sostienen mi opinión favorable a la primera postura son:

2.1.1.- Realidad social y familiar

Tal y como he planteado en la introducción del presente capítulo, considero que no es posible definir correctamente la guarda y custodia y delimitar su contenido, sin tener en cuenta la realidad social y familiar del tiempo en que ha de ser aplicada la figura (art. 3.1 CC).

En este sentido, no es comparable la realidad familiar que se vivía en la anterior gran reforma de Derecho de familia, llevada a cabo en 1981, con la actual, lo que supone que los conceptos de patria potestad y guarda y custodia, no pueden tratarse con similar análisis ahora que en 1981.

Un elemento fundamental a tener en cuenta dentro del cambio social acaecido desde 1981, son los regímenes de visita que se fijan y acuerdan en la actualidad, que son muy superiores a los que se fijaban en 1981. En 1981 la denominación "régimen de visitas" era adecuada y coherente con lo que en numerosas ocasiones ocurría, dada cuenta la duración mucho más limitada de los mismos. En la actualidad, en gran parte de los supuestos, se trata más que de visitas de reparto de tiempos de estancia; a día de hoy el régimen mínimo o habitual[182] supone que aproximadamente el 30 a 35% del tiempo lo pasa el menor con el cónyuge no custodio.[183] Además este régimen de visitas habitual suele ampliarse añadiendo un día de pernocta también durante la semana, entregar a los menores directamente el lunes en el colegio en lugar del domingo en el domicilio del progenitor custodio etc…, lo que ampliaría dicho porcentaje que pasa el menor con el cónyuge custodio[184].

[182] El régimen de visitas intermedio que se suele fijar es el de fines de semana alternos, una o dos tardes semanales y vacaciones por mitad.
[183] Tal y como se recoge expresamente más adelante en este mismo epígrafe PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 231 y 232, alude a este porcentaje aproximado.
[184] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 8, compara las sentencias

Al hilo de lo expuesto, es fundamental atender a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma para interpretarla (3.1 CC), dado que, a mi juicio, parte de las definiciones o elaboraciones conceptuales referentes a la guarda y custodia y a la patria potestad, analizan de igual modo la guarda y custodia del año 1981, cuando se efectuaron las reformas en el derecho de familia, que la del año 2011, y lo cierto es que la realidad social ha cambiado ostensiblemente y las figuras también. En la década de los ochenta, la guarda y custodia era cualitativamente distinta porque cuantitativamente era distinta, es decir, el tiempo que el progenitor no custodio estaba con los hijos era mucho menor, en consecuencia, ciertamente *de facto* el protagonismo en el cuidado, educación, crianza en su mayor parte correspondía al cónyuge custodio. En la actualidad, lo que suele existir son regímenes de visita muy amplios, incluso de tal extensión que excepto por la denominación, son custodias compartidas.

En este sentido, atendiendo a la situación social y familiar existente en 1981, quizá podía ser razonable en tal momento interpretar que la guarda y custodia "invadía" determinadas funciones más, que la indiscutible de tener a los hijos en su compañía, de la patria potestad. En aquel tiempo, era una realidad que muchas madres asumían en su mayor parte el cuidado de los hijos, a tenor de los regímenes de visitas mínimos que se fijaban. Sin embargo, en la actualidad, atendiendo a la realidad social y familiar y al lugar al que considero se está dirigiendo nuestra legislación y la legislación comparada, no comparto una concepción de la guarda y custodia que suponga la existencia de un progenitor preferente ni *de facto* ni jurídicamente, fundamentalmente porque considero que no es beneficioso para el menor que uno de sus progenitores se aleje de su vida y de las decisiones sobre éste.

---

de los años ochenta y principios de los noventa y las dictadas en los últimos años y concluye que se trata de *(...)una tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio.* Alude a esta cuestión también PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12977/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009, que afirma que la relación entre los padres e *(...) hijos ha pasado en estos años del primitivo de sábados y/o domingos, al de fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes por la mañana y una o dos tardes a la semana con pernoctas, más la mitad de todas las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, feria y/o fiestas locales y verano (...).* ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, Luis en FORO ABIERTO Nº 83: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas,* El Derecho, BDF núm. 83, Octubre de 2008, EDO 2008/161006, alude expresamente a esta cuestión, exponiendo como la dualidad custodia/visitas podía ser lógica cuando el progenitor visitante estaba con sus hijos escasas horas a la semana, pero no en la actualidad con regímenes de visita que abarcan *(...) aproximadamente 40 días en verano, 10 en Navidad, 8 en Semana Santa y 40 fines de semana, que hacen un total, sin contar posibles visitas intersemanales y otras vacaciones (half terms o Semanas Blancas), de más de tres meses.*

En la actualidad gran parte de los padres se encuentran comprometidos en el cuidado de los hijos. No obstante, también debo decir que aún, en mi opinión, en términos generales es mayor el número de madres más implicadas en el cuidado de los hijos que de padres.

Por tanto, a mi juicio, parece que lo coherente con el momento actual es una guarda y custodia de contenido lo más restringido y acotado posible.

2.1.2.- Evolución legislativa

Es muy revelador respecto de la cuestión que nos ocupa ver la evolución legislativa producida en nuestro país, que básicamente provenía de una preponderancia del padre frente a la madre, quien no ostentaba más que subsidiariamente la patria potestad hasta 1981. La mayoría de la doctrina comenzó a criticar este criterio, insistiendo en la necesidad de que ambos padres tuvieran no sólo los mismos deberes sino también los mismos derechos. Es decir, se reivindicaba una igualdad de derechos para los progenitores.

En la reforma de 1981, la patria potestad pasa de ser titularidad del padre y subsidiariamente de la madre, a un sistema de patria potestad conjunta o dual, atribuyendo la misma al padre y a la madre. Es decir, tras una larga evolución se modificó un sistema unilateral paterno de titularidad de la patria potestad, primero por la consolidación en la legislación de la igualdad del hombre y la mujer, y después porque se consideraba la igualdad de ambos progenitores lo más beneficioso para el menor.

Esta evolución legislativa ha culminado con la Ley 15/2005, y con todas las reformas legislativas autonómicas que tratan de reforzar la igualdad entre ambos progenitores y más importante, tratan de enfatizar la relevancia de la presencia de ambos progenitores en la vida de sus hijos, introduciendo la figura de la guarda y custodia compartida.

Por tanto, a mi juicio, la evolución legislativa reseñada debe servir también para llegar a la conclusión de que lo que el legislador ha pretendido es "igualar" a ambos progenitores lo más posible en derechos y deberes para con sus hijos. En consecuencia, tratar ahora de, desoyendo la trayectoria de nuestras modificaciones legislativas, considerar que el concepto de guarda y custodia incardina derechos y deberes de la patria potestad más allá del de "tenerlos en su compañía", implicaría a mi juicio, un resueno claro de lo que se trataba de evitar, es decir, que uno de los progenitores tuviera

una posición preponderante frente al otro; sobre todo teniendo en cuenta que ejercer la guarda y custodia no requiere de ser titular de mayores derechos.

En mi opinión la evolución normativa, y el espíritu del legislador en la misma, ha sido equiparar a los progenitores en derechos y deberes, y únicamente desequilibrar en lo imprescindible la titularidad y ejercicio de éstos en las cuestiones estrictamente necesarias (tal y como sucede inevitablemente con el derecho deber de "tenerlos en su compañía" en el caso de la guarda y custodia exclusiva).

2.1.3.- Vencedor y vencido

La atribución de la guarda y custodia genera una sensación de victoria en el progenitor a quien se le atribuye, y de derrota en el otro progenitor. Estas sensaciones se "actúan" posteriormente en la realidad familiar y muchos son los problemas que esto genera. El cónyuge custodio en ocasiones asume una creencia errónea de tener más o mejor derecho para con el hijo, lo que supone que se toman decisiones unilateralmente que no deben tomarse, que no se informa al otro progenitor con respecto al hijo, etc… Es indudable que si ambos progenitores están implicados, y ambos son conscientes de su igualdad en cuanto a derechos con respecto a su hijo, la problemática es más leve y ayuda a una mayor implicación y participación.

Así lo constata la doctrina, entre otros, autores como Pérez Martín[185], González Del Pozo[186], Pérez-Salazar Resano[187] o De Asís Serrano Castro[188].

[185] PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, en FORO: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo...*, *op.cit.*, expone que desde 2001 viene planteando la sustitución del término "custodia", a fin de evitar que la sociedad y los propios cónyuges vean a uno de los progenitores como "vencedor" y al otro padre como padre de segunda clase. Asimismo explica que finalmente los términos guarda y custodia y régimen de visitas no son más que dos conceptos temporales de la función de la patria potestad de "tenerlos en su compañía", que no puede ejercitarse conjuntamente desde el momento de la separación, por tanto, no existe problema en eliminar dicha terminología. De hecho, en 2001 aún era más sencillo porque ni en nuestro CC ni en nuestra LEC se encontraba mención a la guarda y custodia. Sin embargo, la Ley 15/2005 ha introducido el término "custodia" en el Código Civil, no obstante el autor afirma mantener la misma postura que en 2001.

[186] Explica GONZÁLEZ DEL POZO, "Custodia versus patria potestad..., *op.cit.*, que la custodia exclusiva con ejercicio conjunto de la patria potestad no atribuye al progenitor custodio la potestad para tomar las decisiones referentes a los menores unilateralmente. Sin embargo, continúa el autor, en la mayoría de los supuestos en la práctica, el progenitor custodio *(...) se arroga la facultad de decidir por sí sólo (...),* las decisiones más importantes o trascendentes y las menos relevantes.

[187] También PÉREZ – SALAZAR RESANO, Margarita, *La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: Los puntos de encuentro familiar,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 253, argumenta como en las sentencias y convenios reguladores en los que se atribuía la custodia exclusiva a uno de los cónyuges, normalmente a la madre, se solía acompañar *discreta mención* a que la patria potestad se comparte, pero sin más explicación, de tal forma que en muchos casos *(...) el custodio cree que ha asumido mucho más que lo que legalmente se deriva*

En definitiva, ha sido y es muy criticada esa creencia de que el progenitor custodio tiene más derechos que el no custodio, con excepción del desequilibrio en el tiempo de convivencia.

2.1.4.- Concepto de guarda y custodia como función de la patria potestad

El primer acercamiento conceptual a la figura de la patria potestad realizado en el apartado anterior, considero que es imprescindible para poder definir la guarda y custodia. Su importancia deviene de que la guarda y custodia es parte de la patria potestad. Dentro del contenido de ésta, en los derechos/deberes recogidos en el artículo 154 CC, se encuentra el derecho - deber de *tenerlos en su compañía*, que conforma o es el sustrato de la guarda y custodia. Este derecho - deber mientras la convivencia de los padres continúa es una función más de la patria potestad, sin embargo, en el momento de la ruptura adquiere un indiscutible protagonismo a tenor de sus rotundas consecuencias; poder convivir con el menor, y ser "la llave" para el resto de medidas que deben adoptarse en el procedimiento de separación, divorcio o medidas paternofiliales.

En definitiva, durante la convivencia de la pareja o matrimonio, la patria potestad y la guarda y custodia existen, sin embargo, no requieren de nítida diferenciación conceptual dado que se encuentra la custodia integrada dentro de las funciones de la patria potestad. Es en el momento de la ruptura cuando debe matizarse la diferencia y la custodia se visualiza individualizada y cobra protagonismo[189].

del término custodia y el no custodio tiene la sensación de que lo ha perdido casi todo y que su intervención con sus hijos a partir de ese momento se encuentra muy relegada comparativamente con lo que ocurría antes de la ruptura.

[188] DE ASÍS SERRANO CASTRO, Francisco en FORO: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo..., op.cit.*, considera desde hace tiempo necesario introducir *(...) cambios de actitud, mentalidad y conceptuales en materia de Derecho de Familia.* Este cambio lo considera aún más acuciante en lo referente a la patria potestad, superando terminologías que considera caducas, que únicamente fomentan la guerra y belicosidad en los procedimientos judiciales, en los que la guarda y custodia supone ser el vencedor y el contrario el perdedor, saliendo perjudicados y victimizados los propios hijos, dado que considera el autor que el objetivo no está en la defensa del interés del menor sino en la obtención de las pensiones y el disfrute de la vivienda familiar.

[189] LATHROP, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 57, explica como pese a la estrecha correlación entre la patria potestad y la guarda y custodia, *(...) ello no significa que ésta nazca solamente frente a la ausencia de convivencia de los padres. Lo que ocurre es que esa situación visibiliza esta figura jurídica que antes formaba un todo con las demás funciones de la patria potestad.*

Numerosos autores, como Bercovitz Rodríguez-Cano[190], Zanon Masdeu[191], Pérez-Villar Aparicio[192], Herrán Ortiz[193] o González Orviz[194], consideran la función de la patria potestad de "tenerlos en su compañía" como presupuesto de la guarda y custodia.

En las conclusiones de la Mesa Primera del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia[195], es muy relevante su conclusión del punto primero que dice: *(...) el término custodia hace referencia a convivencia, no implicando más derechos, y consecuentemente no supone un status privilegiado de un progenitor frente al otro.* Es decir, los Magistrados y Jueces de familia, junto a los abogados de familia, delimitan la guarda a esa mera función que irremediablemente debe contener, de tener a los hijos en su compañía.

A nivel jurisprudencial, se posiciona de este modo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de febrero de 2008[196].

Otros autores como Lacruz Berdejo[197], De Verdá y Veamonte[198], Vázquez-Pastor Jiménez[199] o Santos Briz[200], añaden como incluido en la guarda y custodia, además del derecho/deber de "tenerlos en su compañía", el de "velar por ellos".

[190] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en AMORÓS y otros, *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *op.cit.*, pág. 1.049, escribiendo sobre el deber y facultad de tenerlos en su compañía, explica como esta función de la patria potestad *(...) se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, constituyendo presupuesto de la misma.*

[191] Para ZANÓN, *Guarda y custodia...*, *op.cit.*, la guarda y custodia constituye uno de los deberes y facultades de la patria potestad y más adelante continúa aludiendo a que el deber/facultad de tenerlos en su compañía *(...) se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, constituyendo presupuesto de la misma (...).*

[192] PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa y otros, "Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida", Themis, en http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida def.pdf, pág. 16, explica como en los supuestos de ruptura, *(...) al menos uno de los derechos-deberes que configuran la patria potestad -"tenerlos en su compañía"- se disocia, cobrando vida de forma autónoma e independiente del conjunto de las funciones que se engloban dentro del término patria potestad (...)* configurando la guarda y custodia.

[193] Según HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y otros, *Las relaciones paterno-filiales: Filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*, Cuadernos teóricos de Bolonia, III, Dykinson, Madrid, 2012, pág.131: *El deber y la facultad de tener a los hijos en compañía se encuentra unido a la guarda y custodia de los hijos (...).*

[194] El derecho-deber de "tenerlos en su compañía" según GONZÁLEZ ORVIZ, *Modelos de guarda y custodia...*, *op.cit.*, pág. 7, *(...) representa el concepto de la guarda y custodia.*

[195] Conclusiones de la MESA PRIMERA del III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA: *problemática del ejercicio de la patria potestad y de la custodia compartida*, El Derecho, EDO 2008/227067, Madrid, 2008.

[196] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 99317/2008), dice: *(...) el cese de la convivencia conyugal entre los progenitores determina que todas las funciones inherentes a la patria potestad, continúen inalterables, a excepción del deber de tener a los hijos "en su compañía" (...).*

[197] Según LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *El nuevo régimen de la familia,* Civitas, Madrid, 1981, pág. 104, el deber de velar y el de compañía *(...) entretejen el de guarda y cuidado.*

Dentro de la jurisprudencia, citemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983[201].

Otros autores no aluden a ningún derecho/deber en concreto, pero sí sostienen que la guarda y custodia es una de las funciones de la patria potestad; entre otros, se encuentran Palay Vallespinós[202], Rogel Vide[203] o Bermúdez Ballesteros[204].

Por último, otros autores diferencian la patria potestad y la guarda y custodia, con fundamento en que las decisiones relevantes sobre los menores pertenecen al ámbito de la patria potestad y las decisiones cotidianas, que exigen la convivencia, se incluyen dentro del ámbito de la guarda y custodia. Pueden señalarse entre los autores que han opinado en similar sentido Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[205], Tamayo Haya[206], Rabadán Sánchez[207] o García Pastor[208].

[198] Por su parte, DE VERDÁ Y VEAMONTE, José Ramón y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 200, aludiendo al artículo 154 del Código Civil, afirma que la guarda y custodia es una de las funciones de la patria potestad: *(...) en las expresiones <velar por ellos, tenerlos en su compañía>, se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad.*

[199] VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, pág. 1839 dice: *El deber de convivencia integra, junto con la obligación de velar por los hijos, lo que se conoce como la guarda del menor.*

[200] También SANTOS BRIZ, Jaime y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio y otros, *Tratado de derecho civil,* Vol. 5, Derecho de familia, Barcelona, 2003, pág. 314, define la guarda y custodia como deber de los padres que *(...) comprende velar por los hijos y tenerlos en su compañía.*

[201] La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983, Sala 1ª, Ponente: Don José Luis Albácar López (EUDER 8218-JF/0000), dice: *Que por expresa disposición del art. 154 CC, en su redacción actual, dada por la L. 11/1981, antes citada, y de aplicación al supuesto que nos ocupa, la Patria Potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones estas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia (...).*

[202] PALAY y otros, *El derecho de familia...*, *op.cit.*, pág. 49, considera la patria potestad como *(...) un concepto amplio y global de deberes y facultades siendo una de sus funciones la guarda y custodia.*

[203] Para ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados -Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio-", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2005, págs. 73 - 96, pág. 80, la custodia *(...) no es más que una de las facultades que dicha patria potestad integra y conste que la diferencia no es de matiz ni estamos en presencia de un mero juego de palabras.*

[204] Según BERMÚDEZ y SALANOVA, "Criterios para la atribución...", *op.cit.*, la guarda y custodia *(...) constituye uno de los deberes y facultades de los padres que lleva implícito el instituto de la patria potestad.*

[205] Es interesante sobre este aspecto, como ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción,* Dykinson, Madrid, 2004, pág. 45, explica la inexistente concreción en la ley sobre cuales de las facultades que integran la patria potestad deben incluirse en la guarda y custodia y cuales permanecen en la patria potestad. Explica como tradicionalmente se considera incluido en la patria potestad lo *(...) permanente, importante y trascendente, fundamentalmente en materia de nacionalidad, vecindad y domicilio, capacidad de obrar, educación, formación y salud (...)*, y en la guarda y custodia, dado que se encuentra unida a la convivencia, *(...) las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común de vida.* Quedarían, según el autor, fuera de la guarda todas las decisiones excepto las referentes a educación,

Por tanto, la postura doctrinal mayoritaria no discute que la guarda y custodia es parte de la patria potestad, y asimismo relaciona, o considera presupuesto de la guarda y custodia a la función de tener a los hijos en su compañía, y también algunos de ellos al genérico deber de velar por ellos, pero ciertamente no incluyen otros deberes/facultades del artículo 154 CC.

2.1.5.- Mayor influencia *de facto* del progenitor que pase más tiempo con el menor

Tal y como he referido mi postura tiende hacía una limitación del contenido de la guarda y custodia, tratando de que se ciña a lo estrictamente necesario. No obstante, en los supuestos de guardas y custodias exclusivas durante la convivencia el cónyuge custodio deberá tomar decisiones que por su unión con lo cotidiano (decisiones diarias referentes a educación, horarios, costumbres etc…) no pueden requerir de consenso, pero que obviamente suponen una mayor participación *de facto* en determinados

formación y salud cotidianas, de menor importancia y trascendencia, siendo las de mayor consecuencia o riesgo incluídas en el ejercicio de la patria potestad.

[206] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 672, explica como la guarda y custodia comprende *(...) el cuidado directo del menor, lo cual exige la convivencia; son situaciones que se derivan de la convivencia diaria. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio. Son decisiones de mayor importancia o trascendencia para la vida del menor, o cuestiones que no requieren la cercanía o inmediación de la convivencia.*

[207] En igual sentido RABADÁN SÁNCHEZ–LAFUENTE, Fuensanta, "Breves notas sobre la guarda y el ejercicio", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, El Derecho, EDO 2005/188138, para quien la custodia comprende *(...) aquellos asuntos, decisiones y situaciones que derivan del cuidado directo y convivencia diaria del menor,* y las decisiones no relacionadas con el cuidado y la convivencia *(...)exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio.*

[208] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica…*, *op.cit.*, págs. 217, refiriéndose al ámbito en el que debe intervenir obligatoriamente el no guardador que ostenta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y centrando sobre qué actos recae el ejercicio conjunto, explica como la división tradicional de la doctrina se centra en distinguir los actos ordinarios o usuales correspondientes al guardador, y las grandes decisiones que serían conjuntas. Sin embargo, la autora no comparte del todo esta postura, y plantea como regla general el ejercicio conjunto en las decisiones que por su inmediatez requieran de decisión unilateral: *(...) si tenemos en cuenta que existe una modalidad distinta al ejercicio conjunto, que combina el ejercicio exclusivo con la toma conjunta de decisiones importantes, hemos de pensar que el ejercicio conjunto debe recaer sobre algo más que esas decisiones importantes. En nuestra opinión debe recaer sobre las decisiones que no necesitan ser tomadas de forma inmediata, sino que permiten cierto diseño, cierta demora, siempre y cuando, claro está, esas decisiones no pertenezcan al ámbito de autonomía del guardador.* Sin embargo, reconoce la autora la imposibilidad de trazar una frontera nítida entre las decisiones del ámbito del guardador y las de decisión conjunta, siendo ésta una razón más de la necesidad de *(...) una cierta dosis de buena voluntad por parte de los padres (...)* para evitar la intervención continua del juez respecto de si una decisión compete a uno u otro ámbito de decisión.

derechos/deberes de la patria potestad como el de educarlos, procurarles una formación integral etc…

Esta mayor influencia puede interpretarse de diversas formas:

1º.- Como una posición de preponderancia del cónyuge custodio no sólo de hecho sino también de derecho. Parecen sostener esta postura autores como Guilarte Martín-Calero[209], Ragel Sánchez[210], Castán Pérez-Gómez[211] o Rabadán Sánchez-Lafuente[212].

2º.- Como una posición de mayor influencia de hecho del progenitor custodio pero nunca como superioridad jurídica o como si el guardador tuviere más derechos que el mero de tenerlos en su compañía. Esta interpretación parecen defenderla autores

[209] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 4, explica sobre esta cuestión como en los supuestos en los que no es necesario adoptar decisiones extraordinarias *(...) coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y derecho, diseña la orientación y vida cotidiana del menor.*

[210] RAGEL, "La guarda y custodia…", *op.cit.*, págs. 17 – 18, es indudable que *(...) el peso principal de la crianza y educación de los hijos (...)* recae sobre el progenitor custodio. No obstante, matiza que no significa que sea el único progenitor que deba cumplir dichas tareas. Según el autor, en situaciones de no convivencia de los progenitores *(...) la guarda y custodia se escinde de la patria potestad, superponiéndose y neutralizándola parcialmente.* Sin embargo, continúa el autor, *(...) quedan restos de patria potestad (...)* que ejercita el progenitor no custodio, que debe seguir *(...) en manos del progenitor que no convive con los hijos, que sigue teniendo el deber de velar por los hijos, alimentarlos (según el art. 111 del Ce, aunque no tenga la patria potestad), representarlos y participar en las decisiones más importantes.*

[211] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Instituciones de derecho privado,* Tomo IV, Familia, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2001, pág. 676, analizando el artículo 156.5º del Código Civil, expone como el ejercicio de la patria potestad requiere de una relación inmediata entre el progenitor y el hijo, por tanto si falta dicha convivencia, *(...) el grueso de las funciones que integran la patria potestad van a tener que ser ejercidas de manera casi exclusiva por el progenitor conviviente.*

[212] Para RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, págs. 86 y 87, la importancia de la guarda y custodia es innegable, dado que incluye las cuestiones derivadas de la convivencia diaria con el menor, siendo justamente el día a día lo que más influye en su desarrollo, siendo el guardador quien fomenta hábitos de higiene y alimenticios esenciales en su crecimiento y forjará *(...) pautas de comportamiento decisivas en su educación y formación.* Más adelante, la autora pone el ejemplo de que el cónyuge guardador, en relación con la educación, supervisará el rendimiento escolar del niño o comprobará si ha hecho las tareas escolares *–porque estas funciones están comprendidas en la figura de la guarda y custodia-,* sin embargo no podrá elegir el colegio al que acudirá el menor.
Con la opinión de la última autora, nuevamente vuelve a aflorar la disyuntiva referente a qué pertenece a la guarda y custodia y que al ejercicio de la patria potestad, y respecto de que las tareas escolares y el rendimiento escolar sean *(...) funciones están comprendidas en la figura de la guarda y custodia (...)*, por mi parte muestro mi desacuerdo. Lo que planteo en este punto e) es que *de facto* el progenitor que más tiempo pase con los menores tendrá una cierta mayor influencia o protagonismo en el ejercicio de los derechos/deberes de la patria potestad, pero por una cuestión meramente fáctica: Por estar más tiempo con los hijos. Sin embargo, no tiene a mi juicio mayor influencia porque jurídicamente se le atribuyen una serie de funciones que el cónyuge no custodio no tiene. Siguiendo el planteamiento de que la supervisión de las tareas escolares es una función del cónyuge custodio, tras un fin de semana con el progenitor no custodio, si duermen con éste incluso el domingo, habrá un importante inconveniente cada lunes con las tareas que deban llevar cumplimentadas éstos al colegio.

como González Orviz[213], Castillejo Manzanares[214], Pérez Martín[215], Forcada Miranda[216] o Espinosa Conde[217].

En mi opinión, ciertamente la influencia *de facto* (nunca una posición de supremacía jurídica) del cónyuge custodio en los menores puede ser mayor que la del cónyuge no custodio, sin embargo, debe matizarse que al igual que para otras disyuntivas que se plantean, el elemento fundamental para que dicha influencia sea más o menos honda entre ambos progenitores es el cuantitativo, en concreto en relación con el régimen de visitas. Es decir, cuanto mayor sea el régimen de visitas más influirá el cónyuge no guardador en los hábitos de higiene y alimenticios, en la educación etc… y cuanto menor sea el régimen de visitas menos influirá.

[213] GONZÁLEZ ORVIZ, *Modelos de guarda y custodia...*, *op.cit.*, pág. 7, afirma que *(...) desde un punto de vista teórico la única diferencia entre el progenitor custodio y el que no lo es parece hallarse en el tiempo de estancia en la compañía de los hijos (...),* que será superior para el cónyuge custodio, y pese a que la atribución de la guarda y custodia no resta ni suma derecho alguno para el custodio, dado que el progenitor no custodio deberá velar por ellos, alimentarlos, educarlos etc… ciertamente, continúa el autor, un derecho de visitas restringido dificulta el seguimiento y el control de los hijos.

[214] Tras exponer que lo normal es que los progenitores tras la crisis matrimonial mantengan el ejercicio de la patria potestad, CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 321, considera que ambos progenitores serán responsables de los hijos, deberán consensuar conjuntamente las decisiones de los aspectos más importantes de la vida de los menores. Sin embargo, ejercer la guarda y custodia significa convivir con los hijos, y tomar las decisiones de día a día, pero ambos continúan teniendo la responsabilidad, así como la obligación de velar por ellos, educarlos, alimentarlos y procurarles una formación integral, teniendo menor participación el no custodio.

[215] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 231 y 232, tras explicar como *(...) los términos <guarda y custodia> y <régimen de visitas y estancias> no son sino dos conceptos temporales de la función de <tenerlos en su compañía> (...),* concluye que en principio, la custodia no otorga más derechos sobre los menores que los que ostenta el progenitor no custodio. La separación de los padres supone un mayor tiempo de convivencia con el custodio, pero siguen siendo compartidas el resto de funciones de la patria potestad (velar por ellos, alimentarlos, educarlos…). Sin perjuicio de lo dicho, el autor plantea como la convivencia diaria sí exige decisiones básicas de forma continuada e inmediata, como el tiempo para las tareas escolares, o qué programas de televisión ver, comportamiento con sus amigos etc…, que son tomadas por el generalmente por cónyuge custodio y que influyen en su educación.

[216] Explica también FORCADA, "El derecho a decidir…", *op.cit.*, como en los procesos de ruptura en España, existe una errónea *(...) conciencia/creencia social/popular acerca de que el progenitor que obtenga la custodia de los hijos menores asume tal poder respecto a éstos (...),* que supone que anula de facto la capacidad de decidir del progenitor no custodio, quedando éste sólo como un progenitor visitante. De hecho el autor continúa el argumento con un ejemplo de dicha errónea creencia: *Ello aclarado, muchos médicos, maestros, funcionarios, entidades públicas, etc., parecen asumir este falso rol popular/social, y priman esta creencia populista, dando voz y voto solamente a los progenitores custodios para las cuestiones afectantes a hijos menores. Si usted no es el progenitor al que un Juez ha dado la custodia, dicen, usted no tiene derecho a citas con el tutor del colegio o a ver el expediente clínico o académico de su hijo, o a recibir sus notas, etc., siendo ésta la errónea respuesta que muchos progenitores, que sólo gozan de visitas, se encuentran a menudo en nuestra sociedad.*

[217] También ESPINOSA CONDE, Gema, en FORO: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo...*, *op.cit.*, considera que genera múltiples confusiones la atribución de la guarda y custodia y la fijación de un régimen de visitas, tales como entender que el custodio tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pudiendo actuar por tanto de forma unilateral. Por tanto, considera que quizá no mencionar la palabra guarda y custodia, limitándose las resoluciones a conferir el cuidado podría facilitar el ejercicio de la patria potestad.

En definitiva, el argumento planteado en el presente punto e), que simplemente se concreta en que *de facto* y dependiendo de la extensión del régimen de visitas, el cónyuge custodio podrá tener algo más de influencia en el menor, no supone en modo alguno supremacía o mejor derecho del cónyuge custodio frente al no custodio, que únicamente se diferencian en los tiempos de estancia de cada uno con los menores. Esta cuestión debe señalarse expresamente dado que acarrea confusión en los progenitores, lo que deriva en que el cónyuge custodio se arrogue facultades que no le corresponden y tome decisiones unilateralmente que deben ser conjuntas imperativamente.

2.1.6.- El cónyuge no custodio ejerce la guarda y custodia durante los periodos de régimen de visitas

Tal y como se ha detallado en el apartado a), en la actualidad los regímenes de visita son ciertamente extensos. Es habitual que se fijen regímenes de visita que supongan que el cónyuge no custodio disfrute del 30 al 40% del tiempo con los menores. Atendiendo a estos porcentajes, ciertamente es irremediable cuestionarse si existen regímenes de visita o si en todo tipo de custodia deberíamos hablar de tiempos de estancia. O bien, planteado de otro modo, ¿durante los periodos de convivencia del régimen de visita de los menores con el cónyuge no custodio se ejerce por éste la guarda y custodia?

Parece que la mayoría de la doctrina considera que durante el periodo de visita el progenitor no custodio tiene las mismas obligaciones y derechos que el custodio en sus periodos de guarda. Entre otros, parecen argumentar en este sentido los siguientes autores: Lázaro González[218], Castillejo Manzanares[219], Vázquez Iruzubieta[220], Marín

[218] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*, pág. 231, explica este argumento, aludiendo como la atribución de la custodia a uno de los progenitores no implica que a éste se le asigne el deber de velar y cuidar de los hijos y tenerlos en su compañía de forma exclusiva, privando al otro de ejercer dichas funciones. Para el autor *(...) la atribución de la guarda a uno de los padres no afecta en forma alguna – más allá de la mera distribución del tiempo de estancia con los hijos- a la patria potestad, no implica el desplazamiento de una parte del contenido de la misma hacia uno de sus titulares.* Ambos progenitores deben atender las necesidades cotidianas de sus hijos durante los periodos en los que estén en su compañía (con independencia de que dicha estancia sea por tener atribuida la guarda y custodia o por cumplimiento del régimen de visitas) y concluye como *(...) ambos tienen la obligación de cuidar de los menores, de una forma más abstracta o menos cercana si se quiere, aun cuando no los tengan consigo.*

[219] La atribución de la guarda y custodia para CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 321, no supone la exclusividad del cónyuge custodio en el deber de velar y cuidar de los hijos, ni en el de tenerlos en su compañía, privándose al otro de ejercer dichas funciones, dado que la atribución de la guarda y custodia no afecta a la patria potestad.

García de Leonardo[221], Hernando Ramos[222], Pérez-Salazar Resano[223], Delgado Del Río[224] o Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[225].

También los Tribunales mayoritariamente se postulan en este sentido, entre otras en sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 17 de Septiembre de 2010[226], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31 de marzo de 2006[227] o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010[228].

A mi modo de ver, en los momentos en los que al cónyuge no custodio le corresponda convivir con el menor durante sus periodos de visita, actuará o debería actuar de igual forma que lo hace el cónyuge custodio cuando convive con éste, tomando unilateralmente las decisiones de menor calado que por su cotidianeidad e inmediatez deba tomar, y por supuesto educando y formando al menor en lo que corresponda. Es decir, durante los periodos de visita-convivencia el cónyuge no custodio ejerce la guarda y custodia de igual modo que el cónyuge custodio durante sus periodos de convivencia.

2.1.7.- Analogía con la interpretación restrictiva del artículo 170 CC

Partiendo de lo analizado anteriormente respecto a cómo la titularidad de la patria potestad sin el ejercicio es una titularidad vacía de contenido, si entendemos la guarda y custodia en un concepto amplio, que "invade" muchas de las funciones incardinadas en el ejercicio de la patria potestad, podremos concluir que en mayor o menor medida quedará la titularidad de la patria potestad del no custodio vacía de contenido. Al hilo de esta cuestión, tampoco debemos olvidar que nuestro Tribunal Supremo ha consolidado el criterio de interpretación restrictiva de la privación de la patria potestad, en concreto del artículo 170 CC[229], justamente atendiendo a las muy relevantes consecuencias que implica su privación. Por todo lo dicho: ¿Por qué se exige

[220] También VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Matrimonio y divorcio,* Difusa, Madrid, 2005, pág. 167, expone como las obligaciones emergentes de la patria potestad atañen tanto al cónyuge custodio como al cónyuge visitador.

[221] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista de Derecho Patrimonial*, 22/2009 1, Pamplona, pags. 75 – 106, pág. 84, refiriéndose a la guarda exclusiva, en concreto al progenitor no custodio, explica como éste no debe ser un mero <visitador>, dado que debe cumplir, durante el tiempo que está con sus hijos, el deber de velar por ellos, cuidarlos, alimentarlos, vigilar su salud, educarlos y formarlos, siendo responsable de sus acciones frente a terceros.

[222] Concluye por su parte HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12953/2000, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009, pág. 7, que en caso de que exista un ejercicio compartido de la patria potestad y respecto de los periodos de visita, el progenitor no custodio *(...) tiene absolutamente los mismos deberes y derechos, en su tiempo –mayor o menor de estancia con su hijo- que los que le son atribuidos al progenitor custodio (...),* dado que debe cumplir en dichos periodos las funciones que integran la guarda y custodia.

[223] También PÉREZ – SALAZAR RESANO, Margarita, *La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: Los puntos de encuentro familiar,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 256, aludiendo al cónyuge no custodio, explica como éste ejerce la custodia en los periodos de visita, dado que durante dichos periodos debe ejercer el deber de cuidado y protección del menor.

[224] En el mismo sentido DELGADO DEL RÍO, *La custodia de los hijos..., op.cit.*, págs. 240 y 241, quien afirma como a través del régimen de visitas corresponde al cónyuge no custodio durante dichos periodos *(...) la custodia, la guarda y el cuidado de sus hijos.* Durante los periodos de estancia con el progenitor no custodio (que se aproxima en muchos casos al 50% excepto respecto a la pernocta), es éste quien *(...) guarda y vela por sus hijos, los alimenta, asiste, educa y representa, si fuere necesario. Es decir, en esos periodos de estancia, quien ejerce de hecho la custodia de los hijos es el progenitor a quien no se le ha atribuido judicialmente.*

[225] Por último ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, en FORO: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo..., op.cit.*, afirma como durante los periodos de visita, el cónyuge no custodio *(...) tiene las obligaciones y los derechos que se derivan de la custodia - alimentarle, cuidarle, educarle, velar por él, darle formación integral, así como tenerle en su compañía. Es además responsable del menor, sujeto de posible culpa in vigilando.* Para el autor, cuando el menor está en compañía de uno u otro de los progenitores *la relación es idéntica* con independencia de que sea el progenitor custodio o el visitante. En consecuencia, denominar de modo diferente en el caso de los periodos de estancia del custodio y del no custodio parece inapropiado, sobre todo cuando dicha diferencia *(...) resulta discriminatoria y lesiva para uno de ellos.* Por tanto, distribuir los periodos de estancia con cada progenitor suprimiendo el término custodia *(...) obedece a la realidad y elimina puntos de fricción, favoreciendo los acuerdos.*

[226] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 17 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (SP/SENT/531562), dice: *Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo, cuando ello en absoluto es así, pues cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativa, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad.*

[227] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31 de marzo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Pedro José Vela Torres (EUDER 67581/2006), dice: *b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, la separación o el divorcio lo único que implican es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos (...).*

[228] También explica esta cuestión la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EDJ 2010/2931): *g) Al ser la guarda y custodia, una parte integrante de la patria potestad; se ha de entender que el progenitor, titular de la patria potestad, que tenga consigo a su hijo, lo tiene en ese momento bajo su guarda y custodia. No se puede interpretar esa situaciones de otra manera, y decir que un hijo esta de visita con su padre; o que cuando un menor esta con un progenitor durante todo el periodo vacacional por ejemplo de verano, casi tres meses, esta de visita en vez de bajo su guarda y custodia. h) Si en cambio se puede hablar, en su caso de visitas, en relación a un progenitor que haya sido privado de la patria potestad, y por tanto de la guarda y custodia. Visitas que se interpretaran en función de lo dispuesto en el reglamento 2201/2003.*

[229] Entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996, Sala 1ª, Ponente: Don Francisco Morales Morales (EDJ 1996/6978) dice: *(...) el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva (...).*

una interpretación restrictiva en cuanto a la privación de la patria potestad, y sin embargo se admite que la guarda y custodia englobe la mayor parte de los derechos - deberes de la patria potestad, lo que implica dejar la titularidad de la patria potestad del no custodio prácticamente vacía de contenido?

En mi opinión, si la interpretación de la privación de la patria potestad debe ser restrictiva, la "invasión" de parcelas pertenecientes a la patria potestad por la guarda y custodia también debe interpretarse de forma restrictiva, dada cuenta de que una titularidad de la patria potestad vacía de contenido poco dista de una privación de la patria potestad.

2.2.- Concepto de guarda y custodia

El anterior apartado referente a la patria potestad es sumamente relevante para definir la guarda y custodia, dado que su definición varía cualitativamente en caso de considerar que se trata de una figura que engloba más funciones de la patria potestad que la mera de "tenerlos en su compañía". Tena Piazuelo[230] alude a estos dos distintos conceptos que en el plano teórico puede otorgarse a la guarda y custodia, es decir, considerar la misma como el cuidado del menor a través de la convivencia, o concebir la misma como *(...) una responsabilidad global sobre el hijo, como el poder de decidir sobre él.* Para el autor, puede extraerse la conclusión de que en nuestro Derecho se había acogido *(...) un concepto restringido de guarda, relacionado como se ha dicho con la convivencia, que consiste en el cuidado personal del hijo.* También Lathrop Gómez[231], en sentido similar, considera posible distinguir dos acepciones de guarda y custodia, una en sentido restringido, que consistiría *(...) en el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia.* Y otra en sentido más amplio, comprendiendo en ese caso la custodia *(...) el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo.*

[230] TENA, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 32.
[231] LATHROP, *Custodia compartida…*, *op.cit.*, pág. 276.

De entre los autores que definen la guarda y custodia, la mayoría sostienen un concepto restringido, entre ellos Tamayo Haya[232], Santana Páez[233], Rabadán Sánchez-Lafuente[234], García Pastor[235] o San Segundo Manuel[236].

Otros autores como Guilarte Martín-Calero[237], González Del Pozo[238], García Rubio y Otero Crespo[239] o González Orviz[240], definen la custodia sin incardinarla

[232] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 672, define la guarda y custodia como *(...) el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad. Si bien no contamos con una definición concreta de la misma, supone encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Se identifica con la atención diaria, que se ejerce a través de la convivencia habitual, la cual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia. Aún cuando la custodia legalmente venga atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores, el otro progenitor la tiene en el ejercicio de los derechos de visita que le vienen reconocidos en el convenio o en la sentencia.*
[233] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia…*, *op.cit.*, pág. 711, en similar sentido, define la figura del modo siguiente: *(...) encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores o ambos de forma alterna, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por ambos de forma simultanea. En definitiva, por las razones que veremos, de lo que estamos hablando es del reparto del tiempo de los hijos con cada uno de los padres, y sobre todo, de afianzar la corresponsabilidad del padre y de la madre para con el menor, ya que la responsabilidad compartida sobre ellos permanece tras la ruptura.*
[234] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad…, op.cit.*, págs. 61 y 62, explica como la guarda y custodia *(...) va a consistir en la atribución al progenitor que convive con el hijo de aquellas cuestiones relacionadas con el cuidado o educación de los hijos, que derivan de esa convivencia. Por el contrario, las cuestiones sobre el cuidado y o educación de los hijos que no requieren de contacto diario con el menor para poder se desarrolladas, exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio.*
[235] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica…*, *op.cit.*, pág. 74, considera que la guarda significa *(...) encomendar el cuidado directo del niño, el que necesita del contacto continuo con el niño, de la convivencia con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Pero ésta es la única razón de ser de la guarda, el que sólo el que convive con el niño puede desarrollar lo que llamamos <cuidado directo>. Por lo tanto, las funciones parentales que se incluyan en la guarda lo serán en virtud de la necesidad que tengan de la convivencia con el niño para poder ser desarrolladas.*
[236] Para SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida…, op.cit.*, pág. 129, la guarda y custodia *(...) se identifica con el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor.*
[237] Según GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma…, op.cit.*, págs. 135 – 136, puede definirse la guarda como *(...) aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.*
[238] GONZÁLEZ DEL POZO, "Custodia versus patria potestad…", *op.cit.*, define la guarda y custodia como *(...) la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor. La atribución de la custodia a uno o ambos progenitores en los procesos de Familia viene a concretar si se encomienda a uno u otro progenitor, o a ambos, la obligación del desempeño ordinario y habitual de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.*
[239] Para GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero, 2006, pags. 69 – 105, pág. 75, *(...) supone la designación del miembro de la*

claramente en el concepto restringido, pero encontrándose su definición más cercana a éste concepto que al concepto amplio, que parece claro que no defienden.

Asimismo, es muy revelador de la indefinición del concepto de guarda y custodia, las conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia[241]: *Se estima conveniente, además que se proceda a definir legalmente el contenido del término "guarda y custodia".*

También es importante acudir al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, en vigor desde el 1 de agosto de 2004, a tenor de las definiciones que recoge, que pretenden aunar conceptos para todos los países. En su artículo 2 define:

La responsabilidad parental, como *(...) los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.*

Define el derecho de custodia como *(...) entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.*

Y por último, define el derecho de visita como *(...) en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado.*

Esta definición de custodia genera una mayor nebulosa entre el concepto de dicha figura en nuestro Derecho y en el Derecho comunitario, dado que la referencia al "derecho a decidir sobre su lugar de residencia", aleja indiscutiblemente dicho concepto de custodia con el nuestro, en el que un cambio de residencia del menor, es una decisión que se incardina dentro del ejercicio de la patria potestad, en consecuencia, es una decisión a adoptar, caso de que se haya fijado un ejercicio conjunto, unánimemente.

pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos, y en definitiva permitiendo al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes.

[240] La guarda y custodia es definida por GONZÁLEZ ORVIZ, *Modelos de guarda y custodia..., op.cit.*, pág. 7, *(...) como un hecho por el cual bien los progenitores bien otras personas están habitualmente en la compañía del menor, realizando con él los actos diarios que suponen su vida cotidiana, vigilando su comportamiento, protegiéndole y defendiéndole de cualquier mal que pudiera llegar a acontecerle.*

[241] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES..., *op.cit.*.

A mi juicio, la definición de la guarda y custodia se incardina en el concepto restringido. Se puede definir como uno de los derechos - deberes de la patria potestad, en concreto el tener a los hijos en su compañía, es decir convivir, cuidando y atendiendo diariamente a los hijos menores, que la ejercitan ambos progenitores durante la convivencia matrimonial o *more uxorio* generalmente. Tras la ruptura dicha convivencia debe repartirse entre los progenitores fijando los tiempos de estancia de cada uno con los menores, a lo que se denomina, guarda y custodia exclusiva y régimen de visitas o guarda y custodia compartida, y que alcanza únicamente a las decisiones cotidianas de convivencia de los menores.

En coherencia con las decisiones que se incluyen en la guarda y custodia, las cuestiones que no sean de mera convivencia deberán ser adoptadas por ambos cónyuges de común acuerdo. En caso de discrepancia, deberán acudir al Juez para que resuelva la decisión a tomar dado que excede de las funciones de la guarda y custodia, perteneciendo al ejercicio de la patria potestad. La guarda y custodia la ejerce cada progenitor, el custodio y el visitador, durante sus periodos de convivencia - estancia, sin mermar en absoluto la atribución de la guarda, a excepción de respecto a lo imprescindible por unido a la convivencia, los derechos y deberes del otro progenitor.

2.3.- Terminología

Tras las rupturas matrimoniales deben fijarse las medidas que van a regir la vida postconyugal, entre las cuales se encuentran las relativas a las relaciones paternofiliales. Hasta el momento en la generalidad de los supuestos se atribuía la guarda y custodia de forma exclusiva a uno de los progenitores, y se estipulaba un régimen de visitas para el otro. Al respecto existe una importante crítica doctrinal a la denominación y diferenciación entre el cónyuge custodio y el cónyuge visitador.

Según un amplio sector doctrinal y la palmaria experiencia, dicha denominación deriva en la creencia por parte del progenitor al que se le concede la guarda y custodia de ser el vencedor del procedimiento matrimonial, y el visitador asume el rol contrario, el de perdedor. Son muchos los autores que han subrayado esta circunstancia; es el caso

de Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[242], Santana Páez[243], Campo Izquierdo[244], o Marín García de Leonardo[245].

En el Foro Abierto[246] en el que se discutía la: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas (...)*, cinco de los nueve encuestados muestran su postura favorable al cambio de terminología, eludiendo en las resoluciones judiciales toda referencia a las palabras "guarda y custodia" y "régimen de visitas", *(...) pues ello conllevaría a la superación de las caducas ideas acerca de la existencia de un vencedor y de un perdedor, disminuyendo, en consecuencia, los niveles de conflicto entre los progenitores.*

En el mismo sentido, Zarraluqui Navarro[247] afirma que debe aprovecharse la tendencia actual de eliminar el término "custodio", para hacer lo propio con el de "visitas", sustituyéndolo por "tiempo de permanencia con los hijos". Por su parte Santana Páez[248] propone que el término consolidado en la praxis forense de "guarda y custodia", sea sustituido por otro menos viciado que podría ser, en atención al derecho francés, el de "residencia alternativa".

Por otra parte, es sumamente llamativo que, pese a su masiva utilización en la práctica jurídica, la realidad es que los términos "guarda y custodia" no se encontraban recogidos expresamente en el Código Civil previo a la Ley 15/2005. En este sentido y haciendo caso omiso a las múltiples argumentaciones de doctrina y jurisprudencia sobre

[242] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones,* Dykinson, Madrid, 2005, pág.63, lo describe así: *Uno de los padres se convierte en progenitor de primera –el custodio- y al otro se le relega a ser de segunda –un visitante.*

[243] SANTANA PÁEZ, Emelina, "Pensión alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida (I)", *El Derecho*, BDF núm. 45, 2005, págs. 3 – 7, pág. 4, considera que deberían modificarse los términos custodia y visitas, porque lo acaecido desde 1981 ha supuesto connotación positiva para una y negativa para la otra, lo que implica que el que tiene atribuida la custodia "ostenta" *(...) de facto, un título de mejor derecho y más merecimiento social, mientras que el padre visitador es sinónimo de padre que pierde a los hijos, lo cual no es fácil de asumir.*

[244] Manifiesta textualmente CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *El Derecho*, BDF núm. 59, 2006, págs. 3 – 7, que*: La guarda y custodia compartida, entiendo que se ha introducido para dejar atrás, en la medida de lo posible, las situaciones que se daban hasta ahora, de que la guarda y custodia se atribuía a un cónyuge (primer premio) y las visitas al otro (premio de consolación).*

[245] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 85, también destaca que el progenitor custodio se considera el ganador frente al otro, de hecho afirma: *(...) ha conseguido el <botín> del proceso.*

[246] FORO: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo…*, *op.cit.*.

[247] ZARRALUQUI NAVARRO, Elena, "La guarda y custodia alterna de los hijos menores", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 33, mayo de 2006.

[248] Cfr. SANTANA, "Pensión alimenticia (I)…", *op.cit.*.

la inidoneidad de los referidos términos, la nueva Ley 15/2005 recoge por primera vez en el Código Civil, en su nuevo artículo 92, los términos "guarda y custodia"[249].

Con anterioridad a la Ley 15/2005, el Código Civil para referirse a la guarda y custodia utilizaba expresiones como *cuidado de los hijos* (art. 70, 71, 90, 92 y 159 CC), *quedar o ser puestos bajo potestad y protección* (art. 73CC), *tenerlos en su compañía* (art.155CC), *tener consigo* (art. 94, 96 y 156 CC) etc… Sin embargo la nueva Ley 15/2005 ha incluido la criticada denominación en el Código Civil.

Fue en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cuando los artículos 748.4º, 769.3º y 770.6º utilizaron por primera vez el término guarda y custodia.

Al hilo de lo expuesto, parece claro que el legislador considera adecuada la terminología "guarda y custodia", habida cuenta de que en las dos ocasiones, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la presente Ley 15/2005, en las que se hubiera podido revertir dicha cuestión, se han introducido justamente dichos términos[250].

Ciertamente, la modificación terminológica aludida probablemente hubiera ayudado a evitar la antedicha asunción de roles, palmariamente perjudicial sobre todo para el no custodio, y comenzar una ruptura y posterior regulación de la misma desde un lugar de igualdad y no de superioridad. No obstante, tampoco debe negarse que en la práctica la denominación guarda y custodia ha sido la utilizada de forma absolutamente generalizada, previo incluso a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.4.- Tipos de guarda y custodia

[249] Aborda esta cuestión PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, "La custodia compartida y el régimen de patria potestad", Ponencia en Jornadas *Curso sobre la reforma del Código Civil. Ley del Divorcio*, Bilbao, 2005, que expone: *Qué fácil tenía el legislador poner fin a la polémica sobre la guarda y custodia compartida, y la clave de todo ello estaba, como no nos cansaremos de decir, en suprimir el término "custodia" que, por cierto no está aún incorporada al Código Civil y que en el sentir común casi equivale a "propiedad", a vencedor del procedimiento de familia (...).*

[250] Al hilo de lo expuesto y respecto de la expresión conjunta "guarda y custodia", RAGEL, "La guarda y custodia…", *op.cit.*, págs. 1 – 4, en un artículo anterior a la Ley 15/2005, explica como es utilizada de forma generalizada en los escritos de los letrados, las resoluciones judiciales y los estudios jurídicos, sin embargo no se contiene en ningún precepto del Código Civil. El autor explica las muchas acepciones que tiene la palabra "guarda", pero la primera es: P*ersona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa (...)*, y la primera acepción de la palabra "custodiar" significa: *Guardar con cuidado y vigilancia.* En consecuencia, continúa el autor, ambas palabras son prácticamente similares *(...) aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzada.* La expresión "guarda y custodia" queda circunscrita a *la que ejercen uno o ambos progenitores*, sin embargo cuando se recoge sólo el término "guarda" se refiere a cuando la ejerce un tercero (tutor, guardador de hecho o una entidad pública). Y concluye aludiendo a que dicha diferencia semántica explica que la guarda que ejercen los padres sea más reforzada, cuidadosa y diligente que la que asumen terceros.

Existen distintas fórmulas de guarda y custodia:

- La guarda y custodia exclusiva, en la que uno de los progenitores es el que va a convivir asiduamente con los menores, y el otro progenitor tendrá fijado un régimen de visitas para estar con éstos.[251]

- La guarda y custodia partida, que supone atribuir la guarda y custodia exclusiva de alguno/os de los hijos a un progenitor, y al otro la guarda y custodia de los restante/es, es decir, separar a los hermanos. Esta fórmula suele ser poco utilizada[252].

- La guarda y custodia a favor de terceros, en la que la guarda y custodia de los menores es para un tercero.

- La guarda y custodia compartida es la que nos ocupa en el presente trabajo. Pretende que ambos progenitores pasen un tiempo lo más igualitario posible con los hijos.

3.- Guarda y custodia compartida

3.1.- Concepto

3.1.1.- Elaboración doctrinal y jurisprudencial del concepto

Tal y como he referido, la guarda y custodia compartida es uno de los tipos o fórmulas de atribución de la guarda y custodia, que supone que el menor convive con ambos progenitores un tiempo similar, aunque no tiene por qué ser estrictamente el mismo, repercutiendo directamente en el resto de medidas que en relación con los hijos menores se derivan de las crisis matrimoniales o de pareja. No existe definición ni de custodia ni de custodia compartida en nuestra legislación.[253]

[251] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica...*, *op.cit.*, pág. 96, explica como la guarda y custodia unilateral: *Es la que corresponde a uno sólo de los padres, quedando el otro limitado, en lo que a la compañía del hijo se refiere, a un derecho de visita más o menos amplio.*

[252] SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 139, dice sobre ella que rara vez se utiliza, dada cuenta el principio recogido en el Código Civil de no separar a los hermanos, dice: *Sólo se adoptará de forma excepcional cuando las circunstancias así lo aconsejen.*

[253] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, dice: *Lo primero que cabe destacar es la ausencia de definición de custodia compartida en el texto legal.* También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223) señala como *(...) la nueva normativa regulada en el Código Civil (...) no contiene una definición expresa de tal institución (...).*

En mi opinión, pueden atisbarse en la doctrina y en la jurisprudencia tres posturas cualitativamente diferentes respecto al concepto de guarda y custodia compartida:

1º.- Parte de la doctrina y de la jurisprudencia centra la definición de guarda y custodia compartida en los tiempos de estancia con cada progenitor.

2º.- Otra sector de la doctrina y de la jurisprudencia no otorga excesiva, incluso ninguna en algún caso, importancia a los tiempos de estancia, sino que ponen el acento en compartir el cuidado, atención, en definitiva todos los derechos y deberes referentes a los hijos, y en que la misma implique compartir la toma de decisiones cotidianas u ordinarias entre ambos progenitores .

3º.- Una tercera postura de definiciones que no queda claro si pueden incardinarse en la primera o en la segunda postura.

Parece que podrían incardinarse en la primera de las posturas, autores como De Verdá y Veamonte[254], García Pastor[255], Lázaro González[256], Moreno Velasco[257], Viñas Maestre[258], San Segundo Manuel[259] o Pérez-Salazar Resano[260].

[254] Para DE VERDÁ Y VEAMONTE y otros, *Comentarios a las Reformas...*, *op.cit.*, pág. 202, el concepto de guarda y custodia compartida o conjunta *(...) supone una igualación de los períodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que en este sistema no puede hablarse de <progenitor custodio> y <progenitor no custodio>, pues los dos lo son en la misma medida.*

[255] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica...*, *op.cit.*, pág. 97, diferencia dos tipos de guarda, la alternada y la conjunta, diferenciación muy similar a la planteada. La alternada consiste en: *(...) que el hijo viva por periodos alternos con uno y otro de sus progenitores. La alternancia se establece a veces por periodos cortos (quince días o un mes) y otras veces por periodos largos (habitualmente por años).* Y la guarda conjunta: *Esta modalidad no es entendible sin un concepto amplio de guarda que englobe la responsabilidad general del niño. En este contexto esta fórmula quiere expresar que se encomienda la responsabilidad del niño a ambos progenitores y no el cuidado directo del mismo.* Y concluye respecto de esta última como: *En nuestro país no tiene razón de ser, puesto que la guarda sólo comprende el cuidado personal (...).*

[256] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*, pág. 235, considera que la guarda y custodia compartida tiene por objeto *(...) distribuir el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores en forma distinta a la habitual, para, así, procurar que tanto el padre como la madre puedan tener con sus hijos la relación amplia, estable y continuada que proporciona la convivencia común por períodos de tiempo más o menos prolongados. Durante los períodos de estancia con cada progenitor, salvo que sean especialmente cortos, suele fijarse un régimen de visitas a favor del otro.*

[257] MORENO VELASCO, Víctor, "Custodia versus patria potestad. La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio", *El Derecho*, BDF, núm. 92, julio de 2009, EDO 2009/119904, dice al respecto: *Siendo el ejercicio de la patria potestad normalmente compartido por ambos progenitores el ámbito de la guarda y custodia compartida viene a significar un reparto más o menos igualitario de tiempos de estancia de los progenitores con sus hijos.*

[258] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, por custodia compartida entiende el *(...) sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres. Cuando se decide sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño de forma mayoritaria, y desde esta perspectiva debería hablarse de custodia alterna.*

En la segunda postura, cabe incluir a autores como López-Rendo Rodríguez[261], Hernando Ramos[262], Coy Ferrer[263] o Vivas Tesón[264], Pinto Andrade[265] o Lathrop Gómez[266].

---

[259] SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, *Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos,* en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida..., op.cit.*, pág. 139, explica como en el sistema de custodia compartida *(...) la convivencia del menor con los progenitores se reparte entre ambos durante los periodos de tiempo que se hayan estipulado y que suelen tener una duración similar.*

[260] Para PÉREZ – SALAZAR RESANO, Margarita, *La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: Los puntos de encuentro familiar,* en *ibidem*, pág. 247, la custodia compartida *(...) no se trata de compartir la patria potestad, que es un conjunto de derechos y deberes más amplio, sino de que los periodos de estancias del menor con uno y con otro de los progenitores, sean tan amplios para ambos que podamos hablar de un reparto equitativo del tiempo, de forma, que el derecho a estar en compañía del menor, como uno de los derechos derivados de la patria potestad, se realice de una forma igualitaria que permita entender que ambos comparten el cuidado de los hijos.*

[261] Implica según LÓPEZ–RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Custodia compartida y fórmulas alternativas", XIV Jornadas de Derecho de Familia, Sevilla, 24 y 24 septiembre de 2009, pág. 14, la custodia compartida *(...) una participación activa de los progenitores en el cuidado diario de sus hijos que han de compartir.*

[262] Y para HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal...", *op.cit.*, pág. 7, implica reconocer que ambos progenitores tienen los mismos derechos y deberes ante sus hijos y en consecuencia define la custodia compartida como *(...) la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes.*

[263] Según COY FERRER, Antonio, "La guarda y custodia en los casos de separación y/o divorcio", *Revista Interuniversitaria*, núm. 2, 1986, págs. 37 – 46, pág. 5, la custodia conjunta tiene como rasgo distintivo *(...) que ambos padres mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta.*

[264] Para VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, *El Derecho*, EDO 2005/188140, en la custodia compartida *(...) existe un reconocimiento equitativo de la idéntica capacidad de ambos padres para la atención y cuidado de aquéllos arbitrada, de forma rotatoria, mediante una permanencia de los menores con sus dos progenitores distribuida en periodos prefijados alternos -día/noche, días de la semana, semanas, quincenas, meses, trimestres o semestres- y una actuación, por parte de los dos padres cocustodios, conjunta y solidaria en las labores de cuidado de sus hijos, compartiendo, por consiguiente, responsabilidades a favor de un saludable y equilibrado crecimiento de los hijos que no se ve, en absoluto, entorpecido por la separación de sus padres, quedando, así, garantizada la serenidad que requiere el desarrollo integral de su personalidad y su derecho fundamental a seguir contando de forma real y afectiva con las figuras paterna y materna.* Completa la definición: *Ello requiere, sin duda, un libre y auténtico compromiso por parte de ambos padres a satisfacer plenamente el interés del menor, prioritario en sus vidas, lo que comporta una asunción global y conjunta de todas las responsabilidades y poderes respecto al hijo, no sólo en relación a las decisiones más importantes (educativas, médicas.), presentes ya en el régimen de custodia individual, sino también a aquellas labores de atención más insignificantes de la vida diaria (vestido, higiene, alimentación, amistades.).*

[265] PINTO, *La custodia compartida*, *op.cit.*, págs. 42 a 46, recoge tres posibles conceptos de custodia compartida: La custodia compartida en sentido estricto, en sentido amplio y en sentido amplísimo. La guarda y custodia compartida en sentido estricto, para el autor es *(...) la auténtica y verdadera custodia compartida.* Esta fórmula se caracteriza porque trata de crear una ficción que mantenga una normalidad familiar. En este concepto las estancias con el menor por cada progenitor se producen *(...) a lo largo del día o, a lo sumo, a lo largo de varios días a la semana. Como los periodos de alternancia son tan cortos (horas, días), los progenitores realizan cada uno y unilateralmente determinadas tareas (llevarlos y traerlos del colegio, de la guardería al médico, a las actividades extraescolares, al entrenamiento, al parque; comer, cenar, pernoctar...); pero se ven obligados a la toma de decisiones en común ordinarias y cotidianas en relación con los hijos (decidir si van o no a un cumpleaños, a qué hora debe volverse a casa, cuánto dinero asignarle semanalmente...).* Según el autor, se trata de que los menores continúen en lo posible con el régimen de vida anterior a la separación. El concepto estricto excluye la custodia

Dentro de la tercera postura, incluyo autores como: Bercovitz Rodríguez-Cano[267], Serrano Castro[268], De La Iglesia Monje[269] o Guilarte Martín-Calero[270].

---

repartida por periodos más o menos amplios (quincenas, meses etc...). La guarda y custodia compartida en sentido amplio, es la que se aplica según el autor en la práctica. Tal y como expone, este concepto amplio engloba *(...) tanto la custodia compartida en sentido estricto (alternancia horaria y diaria o semanal, antes explicada) como la custodia repartida por periodos más o menos amplios (alternancia por quincenas, meses, trimestres, semestres, año).* Dado que los periodos de estancia son más largos, cada progenitor en esta fórmula realiza unilateralmente determinadas tareas (llevarlos y traerlos al colegio, al médico, a extraescolares etc...), y además toman cada uno en su periodo *(...) casi todas las decisiones ordinarias y cotidianas durante ese periodo.* En este concepto amplio el concepto de custodia compartida en sentido estricto se diluye, dado que con los periodos largos no puede mantenerse la normalidad ni compartirse las decisiones ordinarias sobre los hijos. Por último, la custodia compartida en sentido amplísimo, que el autor descarta de plano, incluye el concepto estricto y amplio además de la custodia exclusiva con un régimen de visitas extenso. Dado que el autor entiende que *(...) derecho de visita no es lo mismo que guarda y custodia, no creemos que la institución forme parte de la custodia compartida.*

[266] LATHROP, *Custodia compartida..., op.cit.*, págs. 286, define la guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva como *(...) aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.* Por ello, la autora entiende que no es necesaria la alternancia rigurosa en la convivencia, es decir, el *(...) cuidado personal compartido (...)* puede materializarse a través de diversos modelos de convivencia: a) designando a un progenitor principal con quien viva el hijo la mayor parte del tiempo; b) Con alternancias preestablecidas del hijo en los domicilios de sus padres; c) y de forma excepcional, manteniéndose el menor en la vivienda y rotando los padres. La autora ciertamente parece no dar excesiva relevancia a los tiempos de estancia con cada progenitor como fundamento de la custodia compartida, sobre todo si atendemos al punto a) aludido, es decir a designar a un progenitor principal con quien el hijo vivirá la mayor parte del tiempo. Más adelante, pág. 284 y 285, explica al respecto que cuando se fija una custodia compartida, se está regulando una figura que rebasa la determinación de la convivencia con los hijos, para la autora se está definiendo la fórmula de cuidado personal de los hijos, se está perfilando las funciones de cada progenitor *(...) en el desarrollo cotidiano y general del hijo en el plano personal. Por ello, no estamos de acuerdo con la afirmación conforme a la cual <se puede hablar de custodia sucesiva o alternativa, pero no conjunta, ni compartida>, porque <Las decisiones diarias sobre la vida, salud, educación y otras consuetudinarias, las adopta aquel con quien el menor se encuentra físicamente o en cuya casa mora el menor en el instante de adoptarse>[266]. A nuestro juicio, la participación en la custodia como expresión fidedigna del principio de corresponsabilidad familiar, implica que las cuestiones relativas a la vida cotidiana del hijo pasan a asumirse de consuno sin necesidad de habitar bajo el mismo techo con él. En una sociedad globalizada, caracterizada por la proliferación de medios de comunicación interpersonal cada vez más asequibles y expeditos, no es necesaria la concurrencia física de ambos padres para resolver sobre materias de carácter ordinario relacionadas con el menor.*

[267] BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 218, por su parte define la custodia compartida como *(...) la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos.*

[268] Para SERRANO CASTRO, Francisco de Asís, *Relaciones paterno-filiales,* El Derecho, Madrid, 2010, pág. 61, la guarda y custodia compartida es *(...) aquélla en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Por tanto supone la distribución de las funciones y responsabilidad parental que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa) bien alternándoles según su disponibilidad y en interés del menor.*

[269] Para DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de ambos progenitores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, año nº 83, 2007, pags. 1821 – 1826, pág. 1822, la custodia compartida *(...) es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos.*

En la jurisprudencia, podemos incardinar en la primera postura Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[271]. Parece defender la segunda postura la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2010[272].

3.1.2.- Opinión personal

A mi modo de ver la primera sería la fórmula que comparto. Los tiempos de estancia con cada progenitor son fundamentales para considerar si existe o no custodia compartida. Tal y como posteriormente desarrollaré, ciertamente no es necesario que sea estrictamente al 50% la división del tiempo a disfrutar cada progenitor. Sin embargo, es relevante que se equipare lo más posible dicho tiempo de estancia. Esta relevancia deviene de que pese a que dichos tiempos de estancia no otorgan al progenitor que convive una posición jurídica preeminente, sí *de facto* le coloca en una posición de mayor influencia frente a los menores.

Respecto del planteamiento que se efectúa en la segunda de las opciones, y que se caracteriza por la toma de decisiones cotidianas de forma conjunta, supone una opción que sería no sólo deseable sino extraordinariamente positiva para los menores. No obstante, y salvo excepcionalísimas situaciones, es prácticamente imposible de sostener en el tiempo. Es posible que ni siquiera sea sostenible de inicio, dado que a mi juicio no valora suficientemente las innumerables y enormemente complejas relaciones humanas que se dan en un matrimonio o pareja, que se tornan indescifrables e impredecibles tras una ruptura, casi siempre dolorosa. Es decir, el planteamiento que se

[270] Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 156, el sistema de guarda y custodia compartida consiste *(...) en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres.*

[271] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223), define la custodia compartida como *(...) un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se esta decidiendo es con que progenitor vivirá el niño en cada momento.*

[272] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (SP/SENT/507534) dice: *(...) el sistema de guarda y custodia compartida ha de suponer una implicación de ambos progenitores, padre y madre, en todo lo atinente a los hijos, como puede ser la autorización para salir hasta determinada hora o para ir a cierto espectáculo o a estudiar a casa de un compañero o un amigo o, en definitiva, para todo aquello que diariamente puede presentarse como necesario de control o autorización en la vida del hijo menor de edad prácticamente como si de hecho la ruptura de la unidad familiar no se hubiera producido (...).*

efectúa requeriría de una relación diaria y absolutamente estrecha entre los progenitores separados, relación que en principio no podían mantener ni siquiera en la convivencia conyugal, y ciertamente tras la ruptura, que en la mayoría de supuestos deja secuelas, será aún mucho menos factible. Añado que dicha fórmula podría ser ciertamente "tóxica" para ambos progenitores si pretenden rehacer sus vidas.

En definitiva, a mi juicio, es una fórmula de equilibrio casi imposible, y que si quiebra puede resultar en una situación familiar mucho más difícil de resolver que si hubiéramos de antemano aceptado, que tras una ruptura, jamás, salvo excepciones, pese a que sería lo deseable, podrá ser como era, no antes de la ruptura, sino como cuando el matrimonio o pareja estaban estables.

Puede argumentarse a favor de exigir esta segunda opción, que debe buscarse el interés del menor y que ambos progenitores deberán hacer todo el esfuerzo para lograrlo, argumento con el que estoy plenamente de acuerdo en teoría, sin embargo, considero que es mejor adoptar una posibilidad que sea lo más acorde posible con una realista aplicación práctica. Es decir, debe aceptarse que es necesario buscar la mejor de las posibilidades entre las existentes, y entre éstas no existe ninguna que se equipare a la vida familiar previa a la ruptura.

Añado que en mi opinión, nuestro legislador no pretendía regular o introducir en nuestro Derecho una custodia compartida de tal exigencia, dado que, en tal caso, jamás, excepto contadísimas ocasiones, podría fijarse. Además, sólo se hubiera regulado para supuestos de mutuo acuerdo.

3.1.3.- Distinción cualitativa o cuantitativa entre la guarda y custodia exclusiva y la compartida

Este epígrafe esta íntimamente relacionado con el anterior. De hecho, se trata del desarrollo de distintas ópticas de la misma problemática, digamos que supone analizar la misma o similar disyuntiva desde distinta perspectiva. ¿La custodia exclusiva con un régimen de visitas que suponga unos tiempos iguales de estancia de cada progenitor con el menor, es lo mismo que una custodia compartida? La distinción entre una guarda y custodia exclusiva con un régimen de visitas amplio y una guarda y custodia compartida depende directamente del concepto de guarda y custodia exclusiva y compartida que adoptemos. Hay dos posturas respecto de la diferencia entre la custodia exclusiva y la compartida, a mi modo de ver:

1º.- La primera postura se concreta en entender la guarda y custodia compartida como diferente cualitativamente y no necesariamente cuantitativamente a la guarda y custodia exclusiva. Este planteamiento únicamente puede nacer de un concepto de guarda y custodia exclusiva que engloba gran parte de las funciones de la patria potestad, y que en consecuencia el régimen de visitas son periodos en los que los hijos conviven con el progenitor no custodio, pero éste no ejerce la guarda en dichos periodos. Este sería el caso en el que tendría sentido plantear que no es necesario para fijar una guarda y custodia compartida tener tan presentes los periodos de estancia con cada uno de los progenitores, sino que la diferencia sustancial se cierne en el reparto igualitario de los derechos y obligaciones y la toma en común de las decisiones cotidianas. Por ello, si hay una guarda y custodia exclusiva en que el cónyuge visitador tiene un régimen de visitas amplio, en el que está con el menor el 40% del tiempo, y con el cónyuge custodio el 60%, y una guarda y custodia compartida que uno de los progenitores está el 40% del tiempo y el otro el 60%, estaremos bajo este prisma en distinto supuesto, pese a que estén el mismo tiempo con uno y otro progenitor, dado que en la exclusiva el progenitor custodio tendrá más derechos y obligaciones que el visitador y en la compartida tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Parece que podrían incardinarse en esta primera postura, entre otros, los siguientes autores: Castillejo Manzanares[273], Pinto Andrade[274] o Lathrop Gómez[275].

[273] CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 345 y 346, considera que compartir la custodia significa *(...)seguir ejerciendo como padres de igual manera a como lo venían haciendo, con la diferencia de que existan dos domicilios.* Es decir no es sinónimo de repartir el tiempo de los hijos entre ambos en igual proporción, sino de *(...)cubrir las necesidades de éstos entre los dos padres.*

[274] PINTO, *La custodia compartida*, *op.cit.*, págs. 42 a 46, que define tres tipos de custodia compartida (tal y como se ha recogido anteriormente), y tras admitir que la utilizada en la práctica es la custodia compartida amplia, deja claro que dicho concepto amplio *(...) excluye los regímenes de custodia exclusiva con amplio derecho de visitas (...)*, dado que lo esencial de la custodia compartida no es el reparto del tiempo entre los progenitores, que puede lograrse a través de un amplio régimen de visitas. Reconoce que cuanto mayor sea el régimen de visitas "más difusa" será la diferencia con la custodia compartida, *(...) pero desde el plano técnico ello no autoriza a igualar uno y otro, en cuanto que el otorgamiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los menores bajo su custodia en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido, quien no por ello no deja, como es lógico, de constituirse en garante de su cuidado mientras están con él (...).* Y continúa el argumento: *Ciertamente, las posiciones de <custodio> y <visitante> no suponen más derecho ni una mejor situación de un progenitor respecto al otro, puesto que ambos, en principio, ostentan la patria potestad. Ahora bien, el concepto de <custodia> está asociado a la idea de crianza y cuidado de los menores en sus aspectos más cotidianos. Así, en la mayoría de las ocasiones a los periodos de <visita>, por muy amplios que sean, les falta la característica esencial de <implicación cualitativa>, en el sentido de efectiva asunción de la responsabilidad parental. A modo de ejemplo, la pernocta junto a los menores supone gran cantidad de tiempo de estancia pero su grado de implicación cualitativa en la crianza del menor es más bien escaso. Dicho lo anterior, no podemos dejar de reconocer que, a veces, algunos Jueces son reacios a denominar*

Entre las sentencias que, sea cual sea el régimen de visitas, no lo equiparan a la custodia compartida se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2007[276], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de junio de 2007[277], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de diciembre de 2009[278] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008[279].

<custodia compartida> a regímenes de visita tan amplios que en realidad podrían ser calificados como custodia compartida, reduciéndose la cuestión a un problema meramente semántico.

[275] LATHROP, *Custodia compartida...*, *op.cit.*, págs. 286, entiende que no es necesaria la alternancia rigurosa en la convivencia, es decir, el *cuidado personal compartido* puede materializarse a través de diversos modelos de convivencia: a) designando a un progenitor principal con quien viva el hijo la mayor parte del tiempo; b) Con alternancias preestablecidas del hijo en los domicilios de sus padres; c) y de forma excepcional, manteniéndose el menor en la vivienda y rotando los padres.

[276] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2007, Sección 6ª, Ponente: Don José Ramón Sánchez Herrero (EUDER 251843/2007), dice: *(...) no se deduce una equivalencia entre ambos sistemas -de custodia compartida y de custodia única con régimen amplio de visitas-, ya que la custodia compartida es algo más que el cuidado del menor, pues supone la asunción de la responsabilidad diaria en la toma de todas las decisiones que le afecten, tanto a nivel sanitario, como educacional y de formación y desarrollo integral, de forma que por todos los implicados -incluido por supuesto el menor-, se asuma con naturalidad esa situación, diferente de la que se tenía cuando todos convivían juntos, pero que se le aproxima más que el otro, en el que las decisiones principales las toma uno solo de los progenitores y el otro se limita a observar y opinar, con mayor o menor participación.*

[277] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de junio de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña María Elía Mata Albert (EUDER 145944/2007), dice: *El actor no puede ignorar, máxime cuando actúa asistido de Letrado, la diferencia entre un régimen de visitas y una guarda y custodia compartida. Ya obtuvo en anterior Sentencia de modificación de medidas la ampliación de las visitas a dos tardes intersemanales, con pernocta incluída, que se apuntaba, se establecía en beneficio del menor, y a tal ampliación no puede otorgársele el carácter de guarda y custodia compartida, porque no lo es, por más que una de las partes lo pretenda, implicando ésta una asunción de deberes y responsabilidades que no se traslucen en la petición, en la que falta el presupuesto básico del concierto de voluntades entre los implicados.*

[278] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de diciembre de 2009, Ponente: Don Carlos Jesús Carapeto y Márquez de Prado (EUDER 300392/2009) dice: *Respecto de la ampliación del régimen de estancias y visitas, que la señora Vicenta interpreta como autentica custodia compartida, y que discute que teniendo esta naturaleza se haya adoptado el nuevo régimen sin guardar las formalidades legales previstas para hacerlo, es de advertir que en realidad se trata de una simple extensión de las estancias del hijo con el padre. Y es así porque no lleva aparejada ninguna de las consecuencias propias de lo que sería el establecimiento de una guarda y custodia compartida, que necesariamente habría de afectar al régimen de vida diaria del hijo, a su régimen de estudios, a la gestión de sus necesidades personales y económicas y provisión de ambos progenitores para atender a éstas últimas, con lo que no puede suponerse, en contra de lo que la recurrente intenta, que la sentencia haya instituido una auténtica guarda y custodia compartida como régimen de relación entre los padres y el hijo.*

[279] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008, Ponente: Don Eduardo María Valpuesta Gastaminza (EUDER 115605/2008) dice: *Por esta razón no tiene sentido entrar en las alegaciones relativas a que, con el actual sistema de visitas, en realidad sólo faltan cuatro días al mes para que la custodia realmente sea compartida al 50%. No es un problema de más o menos días, ni de cuantificar cuántas horas se está con cada progenitor; prueba de ello es que si fuera así, no sería entendible que el recurrente se empecine tanto en lograr algo que, según alega, es casi igual al régimen del que ya disfruta. Por todo lo expuesto este motivo del recurso debe desestimarse, manteniéndose el régimen de custodia y de visitas tal cual está, pues se ha manifestado como óptimo para el mejor desarrollo de los menores.*

2º.- La segunda postura supone entender la guarda y custodia compartida como diferente fundamentalmente desde una perspectiva cuantitativa a la guarda y custodia exclusiva. Esta segunda concepción dimana de un concepto de guarda y custodia exclusiva en la que su contenido engloba la función de tener a los hijos en su compañía y en la que el progenitor custodio y visitador durante sus periodos de estancia-convivencia con el menor adoptan unilateralmente las decisiones cotidianas y de poca relevancia, dado que cada uno ejerce la guarda y custodia en dichos periodos. En esta segunda concepción, se parte de una guarda y custodia exclusiva en la que ya hay un reparto igualitario de derechos y obligaciones, con la única excepción de que uno de los progenitores, el custodio, tiene a los hijos más tiempo en su compañía, tiene más tiempo de convivencia, y por tanto, también toma más decisiones cotidianas y de poca relevancia que el no custodio, lo que genera una posición de mayor influencia *de facto* sobre los menores. Por tanto, en esta segunda concepción lo que trata de igualar la custodia compartida en mayor medida es el tiempo de estancia, de convivencia con cada uno de los progenitores, y obviamente a través de la igualación del tiempo de convivencia, también se igualan en derechos y obligaciones, en concreto en tener en su compañía a los menores un tiempo similar, y por tanto en adoptar igualitariamente las decisiones cotidianas. Pero parte esta concepción de que en la guarda y custodia exclusiva existe ya una igualdad en derechos y obligaciones a excepción de lo intrínseco de la convivencia, por tanto, el acento está en igualar, aunque no tenga porque ser estrictamente al 50%, en su mayor parte el tiempo de estancia del o de los menores con ambos progenitores. En consecuencia, si tratamos el ejemplo del punto anterior, una guarda y custodia exclusiva en que el cónyuge visitador tiene un régimen de visitas amplio y está con el menor el 40% del tiempo y con el cónyuge custodio el 60%, y una guarda y custodia compartida que uno de los progenitores está el 40% del tiempo y el otro el 60%, con esta segunda concepción, estaremos en el mismo supuesto, simplemente variará la terminología.

Parece que se postulan partidarios de la segunda opción: García Pastor[280], García Rubio y Otero Crespo[281], Moreno Velasco[282], Serrano Molina[283] o Pérez-Salazar Resano[284].

[280] No cabe duda para GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica...*, *op.cit.*, págs. 99 y 100, de *(...) que un mismo reparto temporal del cuidado de los hijos puede recibir el nombre de guarda alternada, o de guarda unilateral acompañada de un amplio derecho de visita.* Sin embargo, matiza como en nuestro país dicha diferenciación no tiene cabida dado que nuestro ordenamiento no prohíbe la guarda alternada.

Abundante jurisprudencia existe a favor de esta segunda postura: Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de marzo de 2006[285], 26 de marzo de 2009[286] y de 7 de octubre de 2010[287], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de mayo de 2007[288], de 22 de mayo de 2009[289], de 3 de junio de 2011[290],

[281] Reflexionan también sobre esta cuestión GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre...", *op.cit.*, págs. 83 – 84, considerando que una custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas se trata de un sistema que *(...) en la práctica se asemeja al de la custodia compartida y que suele ser empleado por aquellos jueces reticentes al reconocimiento de esta figura.* Es decir, nominalmente se fija una custodia exclusiva, pero el régimen de visitas es tan amplio que implica una convivencia *(...) cuasi idéntica con uno y otro ascendiente.*

[282] Por su parte MORENO VELASCO, "Hacia una adecuada comprensión...", *op.cit.*, explica como en los últimos tiempos es frecuente en los juzgados de familia la ampliación del régimen de visitas, lo que "desdibuja" el concepto de guarda y custodia, dado que pese a no acordar formalmente una custodia compartida, los tiempos de estancia con el progenitor no custodio son tan amplios *(...) que podemos afirmar que se da una «guarda y custodia compartida de facto».*

[283] Se pregunta SERRANO MOLINA, "La guarda compartida...", *op.cit.*, en que se diferencia una custodia compartida con un régimen de visitas, a lo que responde, tras examinar la jurisprudencia, que la diferencia a nivel práctico obedece *(...) exclusivamente, a razones cuantitativas, tanto es así que podríamos concluir que la guarda compartida no es más que un régimen de visitas ampliado.*

[284] Tras explicar las variadas posibilidades que existen en un proceso respecto de la custodia, pudiendo incluso entremezclarse para resolver lo mismo con distintos términos, PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *Diario La Ley*, La Ley 12967/2009, Año XXX, Número 7206, 29 de junio de 2009, señala como en muchos de los supuestos en los que se alude a custodia exclusiva, *(...) son en su contenido exactamente iguales a otros donde lo que se ha regulado legalmente es una custodia compartida.*

[285] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de marzo de 2006, Sección 12ª, Ponente: Doña Ana Jesús Fernández San Miguel (EUDER 99850/2006), dice: *Por lo demás tampoco cabe acoger la petición subsidiaria del padre con respecto a la ampliación del régimen de visitas, con dos días intersemanales con pernocta en el domicilio paterno, pues ello no deja de suponer de hecho sino una verdadera guarda y custodia compartida (...).*

[286] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga (EUDER 148613/2009), dice: *El régimen de visitas propuesto por el recurrente, de desmesurada extensión, supondría crear una guarda y custodia compartida, desaconsejable en el caso de autos (...).*

[287] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530), dice: *Conviene aclarar que pese a que en el acuerdo firmado por ambos progenitores se atribuye la guarda y custodia a la madre, se establece un reparto de tiempo equitativo entre ambos y que es éste reparto equitativo el mismo que se solicita por el padre en este procedimiento, que equivale a una guarda compartida.*

[288] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de mayo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EDJ 2007/211300), dice: *Desde el momento de la separación los dos hijos matrimoniales han permanecido bajo la guarda y custodia de su madre, disponiendo el padre de un amplísimo régimen de visitas que ha cumplido escrupulosamente y que de hecho ha venido a representar una situación afín a una guarda y custodia compartida.*

[289] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de mayo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 132149/2009), dice: *(...) por el momento, y por lo dicho, la situación objetiva real se asemeja mucho a la de una custodia compartida.*

[290] Dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de junio de 2011, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EUDER 145083/2011): *Máxime cuando estamos en presencia de una cuestión de nomenclatura pues el establecimiento de un amplio régimen de visitas viene, de hecho, a constituir una custodia compartida a la que sólo le falta el nombre.*

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009[291], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de enero de 2009[292], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de junio de 2006[293], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre de 2006[294], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2009[295] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de marzo de 2009[296].

En mi opinión, y en coherencia con lo desarrollado en el epígrafe 2.1 f) del presente capítulo, que analizaba si se ejercía la guarda y custodia durante los periodos de visita, y en el que mostraba mi posicionamiento a favor de considerar que durante los

[291] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña Josefa Otero Selvane (EUDER 27685/2009), dice: *Respecto a la pernocta de los menores en el domicilio paterno los martes y jueves ha de acogerse el recurso formulado por la madre por la misma razón de estabilidad de los menores que lleva a rechazar la custodia compartida, tomando igualmente como base de la decisión el informe del IMELGA antes analizado. De mantenerse esa pernocta vendría a acogerse el sistema compartido de custodia aunque sin designarlo de esta forma como no puede menos de reconocer el apelante al afirmar que tiene a los niños entre trece y dieciséis días al mes.*

[292] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de enero de 2009, Ponente: Doña Rafael Sánchez Aristi (EUDER 59798/2009) dice: *(...) sin que sea procedente ampliar el régimen de visitas acordado en la Sentencia de instancia como suplica también el recurrente, para que los días intersemanales fijados a su favor sean con pernocta, pues ello redundaría en una desestabilización del menor (que casi cotidianamente pernoctaría de forma intermitente en domicilios distintos) y en una práctica desnaturalización de la guarda y custodia atribuida a la madre.*

[293] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de junio de 2006, Sección 6ª, Ponente: Don José Gómez Rey (EUDER 91589/2006) dice: *Concretamente con la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores y el establecimiento de un amplio régimen de visitas, tal y como se hace en la sentencia impugnada. Esta situación se asimila materialmente a la guarda y custodia compartida (...).*

[294] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre de 2006, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 213744/2006) dice: *Pero es que, a mayor abundamiento, las visitas actuales que ha instaurado la sentencia de instancia y que no ha sido objeto de recurso, además de fines de semana alternos contienen dos visitas intersemanales con pernocta, y ni que decir tiene que ese régimen de visitas es, desde luego, lo más parecido a una custodia compartida en el sentido de que se comparten iguales periodos de ocio y de labores con los menores.*

[295] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2009, Sección 22ª, Ponente: Don Eduardo Hijas Fernández (EUDER 45867/2009) dice: *La problemática suscitada acerca del sistema de custodia de los hijos comunes, a tenor del planteamiento efectuado por la dirección Letrada de doña Maite, reviste un carácter estrictamente formal, esto es de mera denominación, dado que no se discrepa de la distribución realizada por el Órgano a quo del tiempo de estancia de los menores en uno y otro entorno, y sí tan sólo del nomen iuris que ha de conllevar tal sistema. Ya en la propia sentencia apelada se argumenta que carece de trascendencia práctica el debate suscitado acerca de la alternativa custodia compartida o exclusiva, dado que el sistema de visitas y estancias en su día pactado por las partes a favor de la madre, con los añadidos que se recogen en dicha resolución, es tan amplio que está más cerca de una guarda alternada que de una exclusiva.*

[296] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de marzo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 59024/2009) dice: *Al respecto, debe reiterar la Sala que, no concurriendo los requisitos legales para instaurar una guarda y custodia compartida, no puede la misma establecerse "de facto" con nombre distinto, pues ello defraudaría el espíritu de la norma, y así sucedería si, negando formalmente la guarda y custodia compartida, se otorgara al apelante un régimen de visitas tan amplio como el que solicita, que conllevaría una asignación de la guarda y custodia compartida en una situación jurídica que no cumple los requisitos legales para su concesión.*

periodos de visita se ejercita por el cónyuge no custodio la guarda y custodia, la postura que comparto es la segunda, a la que añadiría algunos matices:

- Respecto al reparto del tiempo, ciertamente no es necesario que el reparto sea al 50% exactamente, pese a que en la práctica, la mayoría de los supuestos de custodia compartida se formulan fijando un reparto del tiempo al 50%. La guarda y custodia compartida debe adaptarse al supuesto particular y por tanto podría fijarse un porcentaje distinto, pero eso sí cercano al 50%. Esta cuestión se desarrollará posteriormente, en el epígrafe 3.2 de presente capítulo.

- Si existe una diferencia cualitativa entre la guarda y custodia compartida y exclusiva, son las consecuencias que una y otra guarda tienen con respecto a la vivienda familiar y pensión de alimentos. Es decir, en el caso de la custodia exclusiva es indiscutible la fijación de una pensión alimenticia a abonar por el progenitor no custodio, y la atribución del uso de la vivienda familiar al menor y al cónyuge en cuya compañía queda. Sin embargo, si se fija una compartida, dichas preceptivas medidas no se acuerdan obligatoriamente de tal modo. No me parece jurídicamente aceptable, desde mi perspectiva favorable a la segunda postura, que pueda existir una sentencia en la que compartan práctica o exactamente al 50% el tiempo con los menores y sin embargo, por una cuestión meramente terminológica, el cónyuge custodio goce de unos privilegios legales (uso y disfrute del domicilio familiar, pensión de alimentos) que en caso de que se denominara custodia compartida no se acordarían de tal forma.

Por último, y a mayor abundamiento, existen voces que incluso sostienen que en realidad en toda atribución de guarda y custodia, siempre que se fijen tiempos de estancia con cada progenitor (sea en concepto de custodia o de visita), nos encontramos ante una guarda y custodia compartida:

Delgado Del Río[297] titula un epígrafe de su obra, *La paradoja actual*, y en el mismo explica como no se quiere reconocer que en todos los casos *(...) asistimos a una guarda compartida/repartida.*

[297] DELGADO DEL RÍO, *La custodia de los hijos...*, *op.cit.*, pág. 245. El autor expone como ni el Juez ni el Ministerio Fiscal suelen oponerse a regimenes de visita amplios o muy extensos. Por el contrario, continúa: *Sin embargo, los hijos –según las teorías en moda- pueden sufrir en su estabilidad por el frecuente trasiego y peregrinaje domiciliario entre los domicilios respectivos de sus progenitores. Circunstancia que, si se realiza un planteamiento de guarda compartida, será muy probablemente valorada como reprobable y fundadora de la negativa a su reconocimiento (...).* Finalmente el autor considera que para responder a estos interrogantes, debe atenderse a que la lucha por la custodia exclusiva constituye el fundamental caballo de batalla entre los progenitores, según el autor porque el cónyuge

Por su parte, Pérez Martín[298] explica que la función de la patria potestad de "tener a los hijos en su compañía", en los supuestos de cese de convivencia, se desdobla en dos nuevas funciones: la guarda y custodia a uno o a ambos si es compartida, y el régimen de comunicación, visitas y estancias. *Por tanto los términos <guarda y custodia> y <régimen de visitas y estancias> no son sino dos conceptos temporales de la función de <tenerlos en su compañía>*. Tras dicha explicación el autor extrae una serie de conclusiones, entre ellas: Considera que la convivencia de padres e hijos es siempre compartida, aunque obviamente no al 50%. En los supuestos habituales, con el régimen de visitas normal, teóricamente el 65 o 70% del año los hijos conviven con el progenitor custodio y el otro 35 o 30% con el no custodio.

En similares términos, resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31 de marzo de 2006[299].

3.2.- ¿Es necesario para fijar una custodia compartida que el reparto de tiempos de estancia sea por mitad entre ambos progenitores?

Es unánime la doctrina respecto a la consideración de que no es obligatorio repartir al 50% el tiempo de los menores entre los progenitores para poder fijar una custodia compartida. Autores como Tamayo Haya[300], Campuzano Tomé[301] o Marín

custodio *(...) tendrá derecho a una pensión en concepto de alimentos de éstos y se le atribuirá el derecho de uso de la vivienda que fuera conyugal, cualquiera que sea el título que se ostente sobre la misma (...)*

[298] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 231 y 232.

[299] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31 de marzo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Pedro José Vela Torres (EUDER 67581/2006), dice: *Debe tenerse en cuenta que tras el cese de la convivencia conyugal la función de la patria potestad que consiste en "tener a los hijos en su compañía" (artículo 154 del Código Civil), se desdobla en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias", no son sino dos conceptos temporales de la función de "tenerlos en su compañía". De ello se desprende que: a) La convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no necesariamente al 50% (...).*

[300] Según TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188165: *Nada obliga a repartir la convivencia en períodos iguales.*

[301] También CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, BIB 2005\563, en www.westlaw.es, sostiene que no existe un modelo general de custodia compartida que exija repartir los periodos de convivencia igual entre los progenitores. La autora argumenta como cada situación familiar es distinta y los progenitores o el Juez, a tenor de las circunstancias del caso, deberán fijar el modelo de custodia más conveniente.

García De Leonardo[302], sostienen que la custodia compartida no exige repartir el tiempo entre los progenitores al 50%.

Por otra parte, algunos autores se preguntan cuál será el tiempo mínimo requerido para considerar que nos encontramos ante una custodia compartida. González del Pozo[303] plantea la delimitación o diferenciación de la custodia exclusiva y de la compartida y dice: *¿Qué tiempo mínimo de convivencia de los hijos con cada uno de sus padres, se precisa, en cómputo anual, para considerar existente un régimen de custodia compartida? ¿El 30, el 35, el 40, el 45, el 50 por 100 del total?*. El autor, dada la indefinición sobre este extremo del Código Civil, considera deberá acudirse a otros elementos para estimar si nos encontramos ante un custodia compartida. No obstante si recoge como no se exige *(...) para considerar existente una custodia compartida, una distribución idéntica entre los padres de los periodos de tiempo de alternancia en la convivencia con los hijos.*

Al hilo de esta cuestión, en caso de que en un futuro quiera continuarse con una diferenciación entre custodia compartida y exclusiva en lugar de hablar en todo caso de tiempos de estancia, considero interesante que pudiera recogerse alguna fórmula similar a la que Rabadán Sánchez-Lafuente[304], a pie de página, expone: *La legislación canadiense define la custodia compartida –shared custody- como aquella en la que los niños residen en dos domicilios y pasan un mínimo del 40% de su tiempo en la segunda residencia.*

Añadir una cuestión que considero relevante, que son las pernoctas del menor en los domicilios de los progenitores. Es decir, si durante la semana no pernocta ni un día con uno de los progenitores, únicamente lo hace en los fines de semana alternos, supone que en las épocas no vacacionales dicho progenitor pernocta con los hijos con una frecuencia de 2 o 3 noches sí y 12 o 11 noches no. Ante esta frecuencia de pernoctas, considero que dicho sistema no puede considerarse una guarda y custodia compartida, dado que la pernocta es una importante para afianzar dicha influencia *de facto* de cada progenitor. No obstante, esto tampoco supone que la pernocta se posicione como lo más relevante, dado que, dicha influencia *de facto* de cada progenitor con una alternancia de pernoctas como la expuesta, podría ser mayor en el progenitor no custodio si éste

[302] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 95, por su parte afirma que *(...) este sistema no comporta un reparto al 50%, sino que las responsabilidades de los padres deberán alcanzar un reparto equitativo y positivo para el menor.*

[303] FORO ABIERTO Nº 110: *Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida,* El Derecho, BDF núm. 110, Marzo de 2011, EDO 2011/7264.

[304] RABADÁN, *Ejercicio de la patria potestad..., op.cit.*, pág. 68.

tuviera por ejemplo un régimen de visitas de todas las tardes intersemanales desde la salida del colegio hasta las 9 horas, por horario laboral del progenitor custodio. Por tanto es un elemento más, pero no el único o principal, a tener en cuenta[305].

En definitiva, a mi juicio, ciertamente no se trata de un requisito rígido el que los progenitores disfruten del 50% del tiempo cada uno con los hijos (pese a que efectivamente suele ser lo habitual en la práctica), dado que debe elaborarse un "traje a medida" de la familia y por tanto se podría diseñar la guarda y custodia compartida que mejor case con ésta. Sin embargo, y atendiendo al concepto de guarda y custodia compartida que yo defiendo, que se concreta en parte en igualar los tiempos de estancia, considero que pese a no requerir de un rígido e inquebrantable reparto al 50% del tiempo de estancia, sí que acercar lo más posible los tiempos de convivencia es muy relevante. Dicha relevancia deviene de que la convivencia con el menor es fundamental para educar, cuidar, formar etc… al menor (tal y como se ha recogido en el epígrafe referente a la mayor influencia *de facto* del cónyuge custodio), por tanto si los tiempos de estancia son muy desequilibrados, el cónyuge que mayor tiempo esté, mayor influencia ejercerá. Es decir, los únicos derechos y obligaciones que no pueden ser iguales en la custodia exclusiva son los referentes a la convivencia diaria, resultando perjudicado el progenitor que está menos tiempo con los menores, defecto que acaecerá exactamente igual si se fija una guarda y custodia compartida en la que un progenitor esté el 30% del tiempo y otro el 70%, dado que el que convive más tiempo con los menores tomará más decisiones cotidianas y tendrá más influencia *de facto* sobre los menores.

3.3- Terminología

[305] Al hilo de esta cuestión CARRASCO PERERA, Ángel, "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 790/2009, BIB 2009/1909, en www.westlaw.es, se pregunta: *¿Cuántos días del menor con el padre hacen tránsito a la custodia compartida? ¿Es custodia compartida cualquier régimen de guarda que atribuya al padre un derecho de pernocta intrasemanal? Es evidente que antes de 2005 el juez podía conformar prudencialmente días y pernoctas, más ahora debe detenerse allí donde la intensidad delate la compartición de la custodia . Afortunadamente la sentencia del TS nos saca del atolladero: la custodia deviene compartida cuando el padre no sólo pretende ocuparse personalmente de su hija dos días laborables desde la salida del colegio hasta las 20 horas, sino que pernocte en su casa estas dos noches. El juez de primera instancia así lo decretó, pero su decisión es equivocada, porque tomó una decisión de custodia compartida sin haber seguido un procedimiento de custodia compartida. Como se descubre, otro triunfo del formalismo. La noche intersemanal marca la diferencia.*

En el orden terminológico, se critica la denominación de la guarda y custodia *compartida* o *conjunta* adoptada en el nuevo artículo 92 del Código Civil. En concreto en el artículo 92 CC se recogen, en la redacción dada por la Ley 15/2005, las siguientes denominaciones:

- En el apartado 5º dice *(...) ejercicio compartido de la guarda y custodia* y *guarda conjunta.*

- En el apartado nº 7 dice nuevamente *guarda conjunta.*

- Y en el apartado nº 8 habla de *guarda y custodia compartida.*

Durante la tramitación parlamentaria de la presente Ley 15/2005, el tema terminológico fue tratado y criticado a través varias enmiendas que se presentaron en el Congreso de los Diputados. Esquerra Republicana de Catalunya presentó las enmiendas número 12[306], 17[307], 18[308] y 19[309], que sostenían que el término "guarda conjunta" era erróneo, debiendo modificarlo por el de "guarda alternada". La justificación de las enmiendas no se centraba en una mejor denominación, sino en que consideraran que la expresión "guarda conjunta" sólo puede entenderse como coejercicio de la patria potestad, y consideran que este sistema de "guarda conjunta" está superada en el Código Civil. Por el contrario la denominación de "guarda alternada", sí responde a que ambos progenitores cuiden del menor en periodos alternos o sucesivos.

También se refirió a esta cuestión la enmienda 42[310] de Izquierda Verde-Izquierda Unida, que postulaba por la utilización del término custodia "ejercida conjuntamente de forma alterna". Finalmente, pese al esfuerzo doctrinal y parlamentario, no se modificó la terminología referida.

Analizando la tramitación parlamentaria en relación con la terminología, Seisdedos Muiño[311] argumenta que *(...) siendo el contenido esencial de la guarda el derecho-deber de tener al hijo consigo, y atender a sus necesidades materiales, afectivas y educativas en la medida en que se encuentren vinculadas a esa convivencia cotidiana que la custodia implica, resulta evidente que los padres que no viven juntos sólo pueden compartir la guarda ejerciéndola por turnos, con arreglo a una determinada cadencia.* Y continúa aludiendo a las denominaciones que se propusieron, considerando más correctas las de guarda alternada o guarda conjunta ejercida de forma

[306] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 23.
[307] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 25.
[308] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 26.
[309] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 26.
[310] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 33.
[311] SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos…", *op.cit.*.

alterna. Alude a que tras el paso por el Senado, en el texto resultante se utilizaba la segunda propuesta de terminología recogida en los apartados 8 y 9 del artículo 92 CC, sin embargo en el Congreso, por el fallo en la votación final tan reseñado, no llegó a aprobarse.

Son coincidentes la mayoría de los autores en lo erróneo de las dos denominaciones: Entre otros opinan al respecto Rodríguez Chacón[312], Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[313], Bercovitz Rodríguez - Cano[314], De Pablo Murillo[315], Tena Piazuelo[316], Tamayo Haya[317], Guilarte Martín - Calero[318] o Monserrat Quintana[319].

[312] Puntualiza RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, *Matrimonio, separación y Divorcio en España: Nueva regulación. Estudio Sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 83, que *(...) si los padres viven separados –y de eso es de lo que estamos hablando- por definición no podrán ejercer una "custodia conjunta". Tampoco podrán "compartirla" en sentido propio. La custodia es una situación de hecho, vinculada a la convivencia con el hijo. No puede, por ello, ser "conjunta" o "compartida" en el caso de separación o divorcio, salvo que los padres separados o divorciados inicien una convivencia de hecho. Por eso, tal vez sería más exacto hablar de custodia "repartida", "distribuida" o "alternativa o alternada".*

[313] También ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Actualización del derecho..., op.cit.*, págs. 63 – 64, considera inadecuada y confusa la denominación considerando que debería hablarse de *(...)custodia o cuidado alternativos o sucesivos.* Para el autor compartir *(...) quiere decir en este sentido, tener, usar o consumir una cosa entre varios. Tiene un claro componente de simultaneidad, que es opuesto a esta forma de guarda.(...) La guarda conjunta, que adolece de los mismos defectos que la compartida . "Conjunto" es unido a cierta cosa, simultáneo con ella o tendente al mismo fin. (...) En esta guarda, la característica principal y el elemento diferenciador por antonomasia, son precisamente que no se ejercen de forma simultánea, sino sucesiva.*

[314] Para BERCOVITZ, *Comentarios al Código Civil..., op.cit.*, pág. 218, quizá sea más adecuado el término guarda alterna, dada cuenta de que *(...) se produce una sucesión o alternancia de los padres en la guarda de los menores (...)*, pero reconoce que es la expresión *custodia compartida* la que se ha popularizado.

[315] DE PABLO MURILLO, Beatriz, "La Reforma Matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y el divorcio. Comentario a la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 14/2005, BIB 2005\1564, en www.westlaw.es, en lugar del término compartida considera más exacto el de alterna.

[316] Considera también más correcto el término "guarda alternada", TENA, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 38, dado que descriptivamente se entiende que los padres se reparten por periodos más o menos amplios la convivencia con su hijo, sucediéndose o alternándose en el ejercicio de las funciones de guarda.

[317] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 676, explica como: *La confusión terminológica se traslada al terreno legal: El preámbulo habla de <ejercicio de forma compartida>, <guarda conjunta> y <guarda y custodia compartida>. En ningún caso se facilitan definiciones o se hace referencia a posibles contenidos. En cualquier caso, el legislador utiliza todos estos términos como términos intercambiables.* Para la autora, atendiendo al principio de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales, que a su juicio es el que pretende implantarse, la Ley debería haber sido más cuidadosa con el término utilizado. Por ello, considera que hubiera sido más idóneo el término <responsabilidad parental> en sintonía con el derecho europeo, en concreto con el Reglamento (CE) 2201/2003.

[318] Alude también a la confusión terminológica GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 13 – 15, que opina que parecía que dicha confusión había terminado con la expresión dada por el Senado (guarda y custodia compartida de forma alterna) pero no fue, por error, incorporada al texto definitivo. La autora explica como con anterioridad a la reforma se utilizaba la expresión custodia compartida, y tras la reforma del artículo 92 CC, incluye dos términos distintos: *guarda conjunta* (párrafo séptimo) y *guarda y custodia compartida* (párrafo quinto y octavo). Ambas opciones, continúa la autora, han sido criticadas dado que la guarda *(...) ni es conjunta ni se comparte sino que se alterna (...)*, por dicha razón considera que lo adecuado sería utilizar la expresión guarda o

La jurisprudencia también ha criticado el término guarda y custodia compartida en Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Granada en Sentencias de 9 de octubre de 2009[320] y de 6 de noviembre de 2009[321], y las de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[322] y 4 de mayo de 2009[323].

En mi opinión, con independencia de si es o no correcta la denominación de conjunta o compartida, lo primero que me parece criticable es que, en una redacción nueva de un artículo del Código Civil, y en una disciplina como la jurídica que requiere de la mayor precisión terminológica posible para evitar la subsiguiente interpretación variopinta en caso contrario, y con más razón en el supuesto de una medida que durante toda la tramitación parlamentaria tal "revuelo" generó, se haya directamente denominado con dos términos diferentes a la misma figura: "Guarda conjunta" y "guarda y custodia compartida". Es decir, con independencia de que sea inexacto, cuando menos denominemos las figuras con el mismo término siempre, sino el "galimatías" que genera no ayuda en absoluto a la clarividencia interpretativa del operador jurídico, y sí a la confusión generadora de fallidas interpretaciones y por tanto de errónea aplicación de la Ley. En coherencia con esta argumentación, una vez se ha instalado en nuestra práctica cotidiana la denominación "guarda y custodia compartida", pese a que, como se ha expuesto por la mayoría de los autores, puede ser un término de precisión más que discutible, a mi juicio y en aras evitar confusiones, creo que en adelante debería denominarse a la figura de tal modo.

custodia alternativa. No obstante, a tenor del arraigo de la expresión custodia compartida, la autora se inclina por la denominación custodia compartida alternativa.

[319] Tras exponer estas distintas denominaciones, MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio", La Ley 5218/2005, núm. 23, enero de 2006, considera que en el artículo existe una cierta falta de rigor técnico respecto de la denominación de la figura que regula, y concluye que dicha laxitud puede ser aceptable en el uso ordinario del lenguaje, pero *(...) no parece lo más adecuado en un texto legal tan importante como el Código Civil.*

[320] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009) alude a que el término *guarda alterna* sería más adecuado que el de *custodia compartida.*

[321] En igual sentido que la anterior se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272216/2009).

[322] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008), alude a esta cuestión diciendo: *(...) la guarda y custodia compartida, expresión poco afortunada pues los padres no custodian ni guardan a sus hijos sino simplemente los tiene en su compañía. Tampoco es demasiado acertada la expresión "compartida" que tiene un claro componente de simultaneidad y de ejercicio que evidentemente no se da pues los padres no conviven juntos. Por ello, la doctrina propone como más acertada la expresión "custodia alternativa ó custodia sucesiva" (...).*

[323] El mismo razonamiento que la anterior sentencia lo utiliza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009).

CAPÍTULO III.- MARCO LEGAL

La guarda y custodia, también en su modalidad compartida, tiene como punto de partida normativo el artículo 39 de la Constitución Española, que dispone como los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación; como los padres tienen el deber de prestarles asistencia de todo orden, sean o no hijos matrimoniales; y asimismo dispone como los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.[324]

Asimismo, son relevantes los tratados y convenios internacionales que tratan esta figura y se aplican en España, entre ellos podemos citar algunos:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25[325], ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, en artículos como el 9.3[326] y el 18.1[327].

- La Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180[328], con artículos releventes sobre esta cuestión como el 5 b)[329] o el 16 d)[330].

- La Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992.

---

[324] Alude CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, al artículo 39.2 CE como punto de partida de la actual regulación sobre los menores en el ámbito civil.

[325] EDL 1989/16179.

[326] El artículo 9.3 establece: *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

[327] Y su artículo 18.1 dice: *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño . Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

[328] EDL 1979/4476.

[329] El artículo 5 b) dice: *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.*

[330] Y en su artículo 16 apartado d) dice: *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.*

- El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, en vigor desde el 1 de agosto de 2004, que define en su artículo 2 la responsabilidad parental, el derecho de custodia y el derecho de visita.

El artículo que regula expresamente la guarda y custodia compartida, y que ha introducido esta figura en el Código Civil, es el artículo 92 CC. También se alude a la guarda y custodia, pese a no utilizar dicha expresión, en otros artículos del Código Civil tales como el 90, 110, 154, 156, 170.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene artículos relacionados o que afectan a la guarda y custodia en el Libro IV dentro de los "procesos especiales", citando entre otros los artículos 770, 774, 775, 777.

También debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Pérez Martín[331] resalta como principio general que la custodia compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales; primero, el derecho del hijo a preservar su relación con ambos progenitores, de conformidad con la Carta de Derechos del Niño; y segundo, el derecho deber de los progenitores de prestar asistencia a sus hijos, tal y como recoge la CE y el derecho - deber de velar por éstos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, tal y como exige el CC.

1.- El artículo 92 del Código Civil

Centrándonos en el artículo fundamental y base del presente trabajo, el artículo 92 CC[332], su redacción final tras la modificación efectuada por la Ley 15/2005 es la siguiente:

1.- La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

[331] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 257.

[332] La redacción previa a la presente modificación del artículo 92 del Código Civil era: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercitada total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.*

2.- El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3.- En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4.- Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5.- Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6.- En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe el Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7.- No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8.- Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9.- El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de

especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

El párrafo primero continúa igual tras la Ley 15/2005[333]. Únicamente puntualizar una cuestión de orden lógico señalada por Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[334] y que comparto: Este primer párrafo recoge: *La separación, la nulidad y el divorcio (...)* y para el autor debería situarse siempre la nulidad en primer o último lugar, pero nunca en medio de la separación y el divorcio, siguiendo un orden lógico en su enumeración dada la diferente naturaleza de dicho procedimiento.

El párrafo tercero mantiene la redacción existente previa la reforma.

El párrafo cuarto recoge la posibilidad de los padres de acordar sobre el ejercicio de la patria potestad. Ya he desarrollado lo relativo al ejercicio de la patria potestad, refiriéndome al presente apartado del artículo 92 CC, en el capítulo dedicado al concepto de patria potestad.

Los epígrafes 2º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º se centran en la guarda y custodia y serán analizados posteriormente con detenimiento.

Critica la redacción del artículo 92 CC, Lathrop Gómez[335] que afirma que *(...) resulta difícil de abordar por la diversidad de principios, tópicos y reglas que establece. Contiene un extenso texto legal, cuya farragosa redacción hace difícil su lectura e interpretación.*

Abundante jurisprudencia alude a las normas, entre ellas las expuestas, que deben ser tenidas en cuenta a fin de resolver sobre la custodia[336].

[333] Dice LATHROP, *Custodia compartida...*, *op.cit.*, pág. 97, como este primer párrafo se refiere al principio cardinal de responsabilidad parental.
[334] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Actualización del derecho...*, *op.cit.*, pág. 57.
[335] LATHROP, *Custodia compartida...*, *op.cit.*, pág. 97.
[336] A modo de ejemplo pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2007, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 150208/2007), alude al marco legal: *(...) tal cuestión debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil, y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación";* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008) dice: *(...) la guarda y custodia habrá de ser resuelta conforme al art. 92 del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 , interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que "En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación" (...);* En términos similares a la anterior Sentencia, se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009).

2.- 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

La 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, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 163, el día 9 de julio de 2005, y entró en vigor al día siguiente de su publicación (Disposición Final 4ª). Tal y como he expuesto con anterioridad, la guarda y custodia compartida ha sido introducida en nuestro Código Civil a través de la Ley 15/2005. La Ley 15/2005 ha sido la siguiente gran reforma de derecho de familia, tras la efectuada por las leyes de 1981. En este sentido, la importancia de la Ley 15/2005 no sólo se centra en la introducción de la guarda y custodia compartida dentro del "panorama" legal, sino que a su vez introduce sustanciales modificaciones en materia de causas de separación y divorcio, pensión compensatoria, derechos del cónyuge viudo, etc… En mi opinión es importante su sucinta reseña, a fin de conocer la Ley en la que se introduce la figura objeto del presente trabajo de investigación, dado que puede ser útil para interpretar los motivos de la reforma, el protagonismo de la guarda y custodia en la misma, las materias que modifica la Ley, y la actitud integral del legislador en la misma.

2.1.- Estructura de la Ley 15/2005, de 8 de julio

La Ley 15/2005 comienza con la exposición de motivos, y consta de dos artículos, el primero referido a la modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, en el que se incluye la modificación del artículo 92 CC, y el segundo modifica la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil.

Consta de una Disposición Adicional Única, relativa al fondo de garantía de pensiones.

De una Disposición transitoria única, referente a los procesos pendientes de resolución.

Y de cuatro Disposiciones Finales: La Primera modifica artículos de la LEC, la Segunda modifica la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, la Tercera alude al proyecto de Ley sobre mediación, y en la Cuarta refleja la entrada en vigor.

2.2.- Exposición de motivos

La Exposición de motivos de la Ley 15/2005 comienza manifestando brevemente lo que supuso la modificación de la regulación del matrimonio por la Ley 30/1981, de 7 de julio, haciendo hincapié en la disolución del vínculo por divorcio y la igualdad de los cónyuges en el matrimonio. A este respecto expresamente dice *(...) el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera.*

Posteriormente recoge el sentir de dicha modificación con respecto al divorcio, evidenciando la situación social y cultural en la que dicha modificación se fraguó, cómo aún en dicha ley se advertían los rasgos del antiguo modelo de separación-sanción, y el divorcio se concebía como reducto final al que acudir caso de que no exista la más mínima posibilidad de reconciliación entre los cónyuges.

Continúa manifestando que la regulación de la Ley 30/1981 ha estado vigente durante prácticamente un cuarto de siglo, y que en ese tiempo *(...) se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas.*

Se recoge el cambio de concepción en nuestra sociedad de las relaciones de pareja, y asimismo la idea de que los Tribunales han ido aplicando la ley conscientes de dicho cambio de registro social.

Según la Exposición de motivos *(...) la reforma pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.*

En consonancia con el artículo 32 de la Constitución, la ley pretende ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo referente a la posibilidad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

Alude a la concesión de una mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando no desea continuar unido a su cónyuge, en atención al respeto al libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1 de la Constitución, sustentando en este argumento la no necesidad de demostración de causa alguna cuando se ejercite el derecho a no continuar casado, y también la no necesidad de separación previa.

Continúa exponiendo la existencia en múltiples casos de un doble procedimiento, que no cumple con la finalidad de reflexión pretendida por la Ley 30/1981. Por tanto, se admite la posibilidad de *(...) disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial (...)*, suponiendo un ahorro importante de coste a las partes, tanto desde punto de vista económico como personal.

Sin embargo se mantiene la separación judicial como opción para los cónyuges, caso de que no deseen por cualquier circunstancia la disolución del vínculo. La separación y el divorcio son dos opciones para los cónyuges entre las cuales elegir, reforzando así el principio de libertad de éstos.

De esta forma, la voluntad de uno sólo de los esposos basta para poder solicitar el divorcio, requiriéndose únicamente que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Esto se une con la posibilidad de las partes de solicitar en cualquier momento la suspensión del procedimiento para acudir a la mediación familiar.

Limita la intervención judicial a las situaciones de imposibilidad de pacto, de propuestas lesivas para los hijos menores o incapacitados o para uno de los cónyuges, sin haber atendido las partes a los requerimientos de modificación. Finaliza diciendo: *Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.* Se refuerza claramente la voluntad o intención de mínima ingerencia del Juez en la resolución del conflicto matrimonial.

A continuación refleja la posibilidad de solicitar conjuntamente la separación o el divorcio, continuando en este caso los requisitos y trámites procesales de forma similar a la regulación anterior, con la única diferencia del acortamiento del plazo de un año a tres meses, que deben transcurrir desde la celebración del matrimonio hasta la solicitud de divorcio.

También habla sobre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, y de la pretensión de que los progenitores perciban que su responsabilidad no disminuye tras la separación o el divorcio, sino muy al contrario la nueva situación les exige mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

A este respecto también se refuerza la libertad de los padres para decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, pudiendo en convenio regulador estipular que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida.

Se refiere a la mediación como una solución alternativa a los litigios de familia, siempre que sea voluntariamente, de mutuo acuerdo y con la intervención de un mediador imparcial y neutral.

Apela al antiguo modelo de separación-sanción para recordar una situación de alejamiento de la prole para el cónyuge culpable, y como con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se ha continuado incomprensiblemente con dicha inercia, sufriendo los hijos las consecuencias de dicha pérdida de relación con uno de los progenitores, debiendo evitarse.

En atención a dicha circunstancia, continúa diciendo que las medidas que impliquen dificultades o trabas en la relación entre progenitores y descendientes deberán sustentarse en serias cuestiones, ante un mal cierto, o a tenor del mayor beneficio para el menor.

Los padres decidirán sobre el ejercicio de la guarda y custodia por uno de los progenitores o por ambos de forma conjunta, y en cualquier caso se recoge expresamente la determinación de la forma de relacionarse del descendiente con el progenitor no custodio, tratando de ejercer conjuntamente los deberes de dichos progenitores.

2.3.- Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio (art. Primero de la Ley 15/2005) y modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición Final Primera[337])

2.3.1.- Derechos y deberes de los cónyuges

[337] La Disposición Final Primera modifica los siguientes artículos de la LEC: 770.2º, se añade un nuevo párrafo al 770.4, se introduce una nueva regla a los artículos 770.7, 771.2, 775.2, 777.2 y 777.5.

El artículo 68 del Código Civil establecía y establece tras la modificación, los derechos y deberes recíprocos de convivencia, fidelidad y socorro.

Sin embargo, en el sistema previo a la reforma, el artículo 82.1 del Código Civil recogía el *abandono injustificado del hogar* como causa de separación, a excepción del supuesto de *causa razonable* del artículo 105 del Código Civil. Tras la reforma obviamente no existe tal causa, con la consiguiente disminución de consecuencia jurídica de dicho deber.

También el incumplimiento del deber de fidelidad ha constituido hasta la Ley 15/2005, a tenor del artículo 82.1 del Código Civil, causa de separación conyugal. Por ello existen voces que no comprenden el motivo de su mantenimiento en el artículo dada la inexistencia de sanción para su incumplimiento.[338]

Por último, el derecho deber de socorro mutuo se incardina en el artículo 67 del Código Civil, que recoge como el marido y la mujer *deben respetarse y ayudarse mutuamente (...).* En este derecho y deber de respeto y ayuda es en el que debe enlazarse el de socorro mutuo. Según Diez-Picazo y Gullón[339] este deber significaba que los cónyuges se deben a la cooperación o colaboración precisa para hacer frente a sus necesidades. Se incluye dentro de los deberes de ayuda y socorro la obligación de alimentos entre los cónyuges. Este deber, en caso de violación grave y reiterada, constituía sobre la base del artículo 82.1 del Código Civil, causa legítima de separación matrimonial.

En la nueva redacción del presente artículo 68 se incluye una segunda parte al artículo, en la que se recoge el deber de compartir tanto las responsabilidades domésticas como el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y demás personas dependientes a cargo de los cónyuges. Según Ferrer Vanrell[340] *(...) el término compartir engloba tanto las tareas domésticas como las de dirección familiar; así como*

[338] Entre otras voces se encuentra PALAY VALLESPINÓS, Marisa, "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio", Ponencia en XIII encuentro AEAFA: *El Derecho de Familia tras las Reformas Legislativas del año 2005,* Madrid, 2006, que sostiene como tras la reforma *(...) se mantiene la fidelidad entre los cónyuges como uno de los deberes del matrimonio cuando, precisamente, en el mismo viaje se hacen desaparecer las causas de separación y divorcio y por tanto la única sanción que quedaba de su quebrantamiento.* Más adelante se pregunta: *¿Qué sentido tiene imponer tal deber, guardarse fidelidad, cuando no puede imponerse ni solicitarse coercitivamente? ¿Por qué no dejar al ámbito privado de la pareja fijar sus reglas de juego?.*

[339] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 92.

[340] FERRER VANRELL, María Pilar, "Matrimonio Civil", en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia y otros, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia,* Tomo I, Parte Sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 173 - 188, pág. 187.

el cuidado de familiares, que la norma acota a ascendientes y descendientes; y a "personas dependientes a su cargo", que pueden ser familiares o no.

Esta modificación parece inspirada obviamente en ese cambio social de concepción del matrimonio y de estructura y funcionamiento de la familia. Es decir, se intuye que la pretensión estuviera dirigida a resaltar y reforzar la igualdad entre los cónyuges en dichos deberes domésticos, debiendo "compartir" dicho cuidado y atención.

Asimismo la igualdad jurídica encuentra amparo constitucional en el artículo 32.1 de la Constitución Española.

En cualquier caso si la intención del legislador es reforzar esa igualdad en las tareas domésticas y en el cuidado de las personas a su cargo entre los cónyuges, parece que dicha cuestión ya está cubierta con el artículo 66 del Código Civil. No obstante, si dicho apartado ayuda a reforzar dicho principio de igualdad, e incluso puede ayudar a resolver determinadas situaciones discutibles, mejor, mas en principio no aporta excesiva enjundia práctica.

Por todo lo dicho, la presente reforma supone un importante vacío de consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes estipulados en el presente artículo 68, junto con otros del mismo Capítulo V. Es decir, en la previa situación, como se ha manifestado con anterioridad, el incumplimiento de los deberes conyugales recogidos en dichos artículos conllevaba relevantes consecuencias jurídicas, dado que constituían, entre otras cuestiones, el sustento de algunas de las causas de separación. La situación actual supone obviamente la reducción de gran parte de su proyección práctica con la extinción del sistema de separación – divorcio causal.

No obstante, tras la reforma no sólo queda el aspecto relativo a su importancia social o ética, dado que aún su incumplimiento continúa fundamentando sanciones, como se observa en la causa de desheredación del artículo 855.1ª del Código Civil o en la pérdida del derecho a alimentos del artículo 152.4ª del mismo Código.

Por último, aludir a que la discusión sobre si los deberes conyugales son jurídicos y/o éticos, o solamente éticos es recurrente y la mayoría de la doctrina se decanta por considerarlos como éticos más que jurídicos. Díez-Picazo y Gullón[341] consideran que *(...) no ofrece especial dificultad entender que los mismos tienen un*

[341] *Ibidem*, pág. 91.

contenido fundamentalmente ético, que habrá que mensurar de conformidad con las creencias sociales sentidas o profesadas en cada momento.

En cualquier caso, lo que no cabe duda es que en el actual sistema esta discusión ha perdido relevancia, y sin duda la virtualidad y potencia jurídica que estos derechos – deberes tenían con la anterior regulación, entre otras cosas para sustentar causas de separación recogidas en el articulado del Código Civil, ha disminuido en su mayor parte.

2.3.2.- Situación de las causas de separación y divorcio en el momento previo a la reforma. Desaparición de las causas de separación y divorcio

El nuevo artículo 81 del Código Civil, al que se remite el también reformado artículo 86 del mismo código, dice en su punto primero que se decretará judicialmente la separación (el divorcio): 1º.- a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, y 2º.- a petición de uno sólo de los cónyuges una vez transcurridos los referidos tres meses. En coherencia con estos dos artículos, quedan sin contenido el artículo 82 y 87 del Código Civil que regulaban las causas de separación y divorcio respectivamente.

Es decir, se abandona el sistema causalista de separación y divorcio que regulaba nuestro Código Civil. En consecuencia se posibilita la separación y el divorcio unilateralmente solicitado sin necesidad de esgrimir causa alguna, fórmula jurídica novedosa en nuestro derecho y asimismo excepcional en los países de nuestro entorno, habiéndose colocado cuando entró en vigor la Ley como una de las regulaciones menos exigentes en la resolución de las crisis matrimoniales.

Esta reforma devino de una progresiva suavización de la exigencia de los Juzgados y Tribunales de que concurriera causa de separación o divorcio. Asimismo, la práctica de los agentes jurídicos fue erradicando continuadamente los ligeros tintes que aún se mantenían del régimen culpabilístico. En este sentido es admisible considerar que previo a la Ley 15/2005, en términos generales el régimen culpabilístico había sido superado, interpretando las causas de separación y divorcio de forma amplia y poco rígida.

No obstante, hasta la Ley 15/2005 existía una regulación que exigía para dictar sentencia acordando la separación o la disolución por divorcio del matrimonio, la

concurrencia y acreditación de una causa legalmente establecida. Y admitiendo la menor exigencia en términos generales de los Juzgados en dicha acreditación, no es menos cierto que, cuando menos, debía realizarse un relato fáctico de la situación matrimonial que fundamentara la causa y consecuente petición de separación o divorcio. Y dicho relato fáctico jamás beneficiaba a la relación que los cónyuges pudieran tener. Es decir, en ocasiones previa redacción de la demanda contenciosa, la actitud pro pacto podía ser razonablemente alentadora. Tras la lectura por ambas partes de la demanda y contestación, la situación era difícil que no empeorara. El relato que sustentaba la causa añadía una dosis de beligerancia muy dañina. En múltiples ocasiones, la argumentación de la causa de separación provocaba un grave envenenamiento a la posibilidad de acuerdo, sin embargo a tenor de la legislación vigente, no podía no argumentarse en absoluto dicha causa. Por tanto con la actual legislación, aunque obviamente en ocasiones será necesario relatar lo acaecido a nivel familiar para la solicitud de las medidas derivadas de la ruptura, no será necesario incluir datos irrelevantes que indudablemente generan, dada la habitual opuesta visión de la realidad de los cónyuges, un nuevo escollo para lograr un mutuo consenso.

2.3.3.- Mantenimiento de la separación como opción

La Ley 15/2005 ha mantenido la separación matrimonial como opción junto al divorcio para los cónyuges que por las razones que consideren decidan solicitar ésta. La opinión mayoritaria se decanta por considerar adecuado el mantenimiento de la separación como opción.[342]

El mantenimiento de la posibilidad no evita el relevo de su protagonismo. La separación matrimonial tras la Ley 15/2005 ha perdido relevancia a favor del divorcio. Primero, porque el ahorro de coste económico y no acudir nuevamente a un procedimiento va a suponer que la mayoría de los matrimonios van a optar por el divorcio. Y segundo, porque aunque uno de los cónyuges opte por la separación, el otro puede reconvenir solicitando el divorcio.

[342] Entre otros ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Actualización del derecho...*, *op.cit.*, pág. 42, tras señalar que considera acertado mantener la separación como opción para quienes por cualquier causa, o inicialmente, no quieran acudir al divorcio, añade que *(...) conviene regular la posibilidad real de que, quienes inicialmente deciden acudir a la separación, una vez obtenida ésta, soliciten después el divorcio. Para este supuesto, y para intentar siempre disminuir los enfrentamientos en el seno de la familia, debería señalarse que los efectos del divorcio serán los acordados en la separación judicial, salvo cambio de circunstancias.*

Considero que es una medida adecuada dado que permite optar a las personas por una u otra posibilidad, sin imponer necesariamente la disolución del vínculo. Es una solución no limitativa de derechos que permite la persistencia de las distintas posibilidades existentes para la ruptura matrimonial.

El primer y más obvio grupo de personas que protege esta medida, son aquellos que por sus convicciones no conciban el divorcio como solución, teniendo en este caso el legislador presente los derechos y voluntad de un número amplio de personas.

En este sentido, no cabe duda de que el mantenimiento de la separación como opción se adecua y sintoniza perfectamente con la tradición sociocultural de nuestro país. Hace cuarenta años el divorcio era prácticamente un escándalo, y teniendo en cuenta la capacidad de cambio del ser humano, el desarrollo legislativo discurre a un considerable ritmo.

También es importante el mantenimiento de la separación para otro tipo de solicitudes, que aunque no muy habituales sí acaecen, y se refieren a cónyuges que han tomado la determinación de "romper", sin embargo disolver el vínculo aún les resulta prematuro, prefieren tener la posibilidad emocional y jurídica de la reconciliación. Es decir son parejas que aún no están del todo seguras de una ruptura definitiva, y por tanto la solución intermedia de la separación palía su circunstancia. Consecuentemente para las parejas que decidan afrontar su crisis matrimonial pero no tengan clara su ruptura total, continúan teniendo la separación como opción.

Por otro lado, considero que tras la Ley 15/2005 la concepción de la separación matrimonial ha variado sustancialmente. Es indiscutible que la separación en la regulación anterior no era, ni por tanto se concebía, como la separación tras la reforma. Antes, la separación era, en la mayoría de las ocasiones, un paso obligado para obtener el divorcio. Tras la reforma la separación es intrínsecamente diferente a tenor de su voluntariedad.

2.3.4.- Plazo de tres meses para la solicitud de separación o divorcio

El nuevo artículo 81 del Código Civil, al que se remite el artículo 86, prevé un plazo general de tres meses desde la celebración del matrimonio para que pueda formularse la demanda de separación o de divorcio.

La fijación de este breve plazo ha sido una cuestión discutida y que ha generado polémica. Ciertamente la consideración de este plazo como "de reflexión" es cuando

menos discutible, dada cuenta de que dichos tres meses deben transcurrir únicamente *(...) desde la celebración del matrimonio (...)*, no debiendo transcurrir plazo alguno si se solicita el divorcio en momento posterior a dichos tres meses. Según Osa Fernández[343] este plazo podrá suponer *(...) la adopción de decisiones precipitadas o poco meditadas (...),* dado que en ese periodo aún se está en el periodo de acomodación a la convivencia. Sin embargo, Sierra Gil De La Cuesta[344], en comentario al proyecto de Ley, consideraba que no debería fijarse el plazo de tres meses, y manifestaba su esperanza de que el plazo desapareciera en el trámite parlamentario, dado que según el autor *(...) no tiene razón de ser ni por lógica ni por pragmatismo*.

En el informe al anteproyecto de la presente Ley del Consejo General del Poder Judicial se defiende el mantenimiento del plazo, apelando a la inexistencia de regulación similar en el derecho europeo, su identificación con la figura del repudio y su distancia con el ámbito sociocultural en el que nos encontramos.[345]

En mi opinión el plazo de tres meses no tiene virtualidad práctica alguna, primero por los escasísimos casos en los que parejas deciden poner fin a su relación en esos primeros tiempos de matrimonio. Y además, porque en el proceso general de preparación de la demanda, recopilación de documentos, entrevistas con el letrado, intentos de negociación con la parte contraria, habrán transcurrido seguro dichos tres meses.

[343] OSA FERNÁNDEZ, Francisco Javier, "El proyecto de Ley 121/000016. Modificaciones en materia de separación y divorcio. Relación con la violencia doméstica", Ponencia en Jornadas *Curso sobre la reforma del Código Civil. Ley del Divorcio,* Bilbao, 2005.

[344] SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "El nuevo proyecto de Ley sobre separación y divorcio", *El Derecho*, BDF núm. 42, 2006, págs. 3 – 5, pág. 4. Finaliza el autor refiriéndose al derecho comparado*: Es cierto que ningún país establece la no necesidad de plazo, y los que lo exigen –Suecia y Finlandia- establecen un plazo mayor –seis meses-. Sin embargo, también es conocida la doctrina científica matrimonialista de dichos países que clama por la supresión del referido plazo.*

[345] Argumenta el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio de 27/10/2004*, en www.poderjudicial.es, pág. 13, en el siguiente sentido: *No es inimaginable que en la tramitación y debate de éste proyecto de ley alguien, como ya se ha escuchado en algunas voces, propusiera, respecto al divorcio unilateralmente exigido por uno sólo de los cónyuges contra la voluntad del otro, suprimir el requisito del plazo sin incluir la exigencia de causa justificativa. Si así sucediera nos encontraríamos: a)con una regulación sin parangón en el derecho europeo, y b) con una figura que sólo se encuentra en la tradición musulmana. Se llama repudio. Quizá se argumentará de contrario que el repudio, tal y como hasta ahora es conocido en el ámbito cultural citado le está sólo permitido al marido mientras que el divorcio por voluntad unilateral sin causa ni plazo, que podría ser solicitado por marido y mujer. Pero esto lo único que demuestra es que un repudio de doble vía sería respetuoso con el derecho a la igualdad de sexos, sin permitir forma alguna de discriminación, pero no contradiría que en el caso contemplado se estaría consagrando una concepción del matrimonio y de su disolución totalmente ajena al ámbito sociocultural en el que nos encontramos y absolutamente desconocido por los países de nuestro entorno, y sólo admitido en la cultura musulmana. Por todo ello se advierte del riesgo que supondría cualquier intento de supresión del plazo que quisiera consagrar el divorcio sin causa y además sin el citado plazo..*

La razón a mi juicio que subyace en la decisión del legislador de estipular un plazo de tres meses es puramente adaptativa. Es decir, la medida estipulada ya es suficientemente innovadora como para no estipular plazo alguno. Sin embargo, dado que se pretende obtener el mayor consenso posible con la nueva reforma, la estipulación de un plazo, aunque sea neutro a nivel práctico, suaviza el nuevo régimen no causal, y a su vez, no supone perjuicio o limitación práctica y real alguna de cara a proceder como los cónyuges deseen en su crisis matrimonial. Es decir, quizá nuestra sociedad estaba abocada a finalizar con un sistema de separación y divorcio como el recogido en la Ley 15/2005, sin embargo necesitaba su proceso de adaptación. Dicho proceso implica ir sucesivamente hacia un sistema de mayor libertad y menor ingerencia en la vida íntima de las personas. En este sentido, la Ley de divorcio de 1981 tuvo una enorme relevancia, y no podría haberse instaurado una reforma como la realizada por la Ley 15/2005 en el año 1981, y quizá el plazo de tres meses sea también una "muleta" de integración de la nueva regulación, y sirve de apoyo al natural miedo y fragilidad ante el cambio.

Por último, se recoge en el nuevo artículo 81.2º CC una excepción, es decir regula el supuesto en el que no es preciso el transcurso de los tres meses para la presentación de la demanda de separación, para lo cual debe acreditarse *(...) la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*

2.3.5.- Posibilidad de acudir al divorcio sin previa separación

Una de las modificaciones más importantes y novedosas de la Ley 15/2005 es la posibilidad de solicitar el divorcio de forma directa, sin necesidad de la existencia de una previa separación judicial o de hecho. La separación y el divorcio eran y son categorías muy diferentes, con distintos efectos y, con anterioridad a la reforma, con especificas formas de obtener una y otra, dado que tenían distintas causas. Tras la Ley 15/2005 obviamente continúan siendo categorías diferentes, y sus consecuencias son diferentes, sin embargo la forma de obtención de ambas es la misma.

Por tanto, tras la reforma y con excepción de los supuestos en los que se opte por la separación, el procedimiento principal de determinación de las medidas a regir la vida por separado de los cónyuges va a ser el de divorcio, con el ahorro de costes, dado que

se evita acudir a ambos procedimientos imperativamente, a nivel personal y económico que ello supone.

2.3.6.- Procedimientos matrimoniales tras la reforma

El panorama de los procedimientos matrimoniales tras la reforma es el siguiente:

a) Demanda de separación o divorcio (Arts. 81 y 86 CC)

- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (artículo 81.1º y 86 CC)

La demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo debe ir acompañada, al igual que previo a la reforma, del preceptivo convenio regulador (artículo 90 CC). Asimismo, continúa tramitándose con arreglo al procedimiento recogido en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, en el caso de las peticiones de separación amistosas, continúan tramitándose de igual forma que con la anterior regulación a excepción de la reducción a tres meses del plazo a esperar. Y con respecto al divorcio, tras la reforma se deben realizar los mismos trámites que para el caso de la separación, con la salvedad de poder acudir directamente a él.

- A petición de uno solo de los cónyuges

Nos encontramos ante la petición unilateral o contenciosa de la separación o del divorcio, diferenciando dos supuestos distintos:

Una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio: Al igual que para el mutuo acuerdo, la solicitud unilateral de separación o divorcio únicamente requiere el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio para que se resuelva. Continúa tramitándose por el mismo procedimiento que con la anterior regulación, recogido en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será preciso el transcurso del plazo de tres meses: Cuando el cónyuge que solicite la separación o el divorcio acredite en su demanda la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

b) La nulidad del matrimonio

La Ley 15/2005 no modifica nada de la regulación de la nulidad del matrimonio, recogida en los artículos 73 a 80 del Código Civil, manteniendo en consecuencia el sistema causal de la declaración de nulidad del matrimonio, debiendo los cónyuges probar la causa que aleguen para que sea declarado nulo el mismo.

c) La reconvención

En la situación previa a la reforma el demandado podía reconvenir alegando la causa de separación, divorcio o nulidad que concurría en el demandante. Tras la reforma esta situación ha variado al haber desaparecido las causas de separación y divorcio, a excepción de la nulidad cuya regulación se mantiene igual.

Según el nuevo artículo 770.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la reconvención se puede plantear en los siguientes supuestos:

a) Ante una demanda de nulidad: se admite la reconvención alegando otra causa de nulidad del matrimonio, solicitando el divorcio o solicitando la separación.

b) Ante una demanda de separación: se admite la reconvención interesando el divorcio o alegando alguna causa de nulidad. No se admite la reconvención solicitando la separación.

c) Ante una demanda de divorcio: se admite la reconvención alegando alguna causa de nulidad de matrimonio. No se admite la reconvención solicitando la separación o el divorcio.

d) En el último supuesto del artículo 770.2º LEC se recoge, al igual que previo a la reforma, la reconvención cuando se pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

d) El procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC)

El artículo 775 LEC en su redacción original, en los casos de procedimiento contencioso recogía como*(...) se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 771 (...)*, es decir, el artículo que regula el procedimiento de las medidas provisionales

previas. En los casos de procedimiento consensual, o de uno con el consentimiento del otro, el artículo 775 LEC en su redacción original remitía al *(...) procedimiento establecido en el artículo siguiente (...)*, es decir, el artículo 776 LEC, que regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.

La reforma del presente artículo modifica la alusión anterior al artículo 771 LEC y al 776 LEC en el procedimiento contencioso y consensual respectivamente, por la alusión al procedimiento del artículo 770 LEC y 777 LEC. La reforma ha sido recibida con unánime complacencia[346].

La anterior redacción se achacaba por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia a un error del legislador no corregido en la redacción de la nueva LEC en el caso del procedimiento consensual, discutiéndose más en el caso del procedimiento contencioso. En el caso del procedimiento consensual era más obvio, dado que no era susceptible de aplicar el artículo 776 LEC, sin embargo, la alusión al artículo 771 LEC ha generado más disputa. Es decir, había autores que consideraban errónea la remisión al 771 LEC, entre otros Seoane Spiegelberg[347], sin embargo, otros autores[348] e incluso el propio

[346] En palabras de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Actualización del derecho...*, *op.cit.*, pág. 77: *No sólo estamos conformes con esta redacción, sino que la acogemos con entusiasmo. Han sido ríos de tinta –a los que ha contribuido generosamente el autor del presente trabajo- los que habían perdido la corrección del sin sentido, que achacábamos a un error nunca corregido, de establecer que en el proceso de modificación de efectos los trámites los de medidas provisionales y no los de las definitivas. Deshacer el error, que tantos daños ha causado, incluso de nulidades de actuaciones acordadas por Audiencias, sólo puede levantar aplausos.*

[347] SEOANE SPIEGELBERG, en MARTÍN NÁJERA, Mª Teresa y otros, *El derecho de familiar tras las reformas legislativas del año 2005*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 103, dice: *Ante tal cuestión controvertida, se fueron abriendo sendas vías interpretativas, una de ellas, de la que participábamos, consideraba que se trataba de un error del Legislador o un supuesto de contradicción normativa interna que exigía al intérprete un esfuerzo de integración dentro del sistema y, por lo tanto, realizando una interpretación sistemática de la legalidad procesal, entender, que dichas pretensiones habría que seguir tramitándolas por el procedimiento del art. 770, es decir por el mismo por el que se habían adoptado (...).*

[348] Aluden a esta cuestión ARANGÜENA Y RODRÍGUEZ, en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 369: *Si bien respecto de la segunda de las remisiones era patente el error y había unanimidad de doctrina y jurisprudencia en entender que la tramitación a seguir era la prevista en el artículo 777, norma a la que se debería haber efectuado y que corrige esta reforma de 2005, la que conducía al artículo 771 para la tramitación en los casos de procedimiento contencioso, planteaba mayores problemas. En efecto, pese a las enormes dudas que suscitaba la referida regulación a la hora de cohonestar algunas de las soluciones que se brindaban en aquel precepto pensado para la adopción de medidas previas a la demanda (o provisionalísimas) con una modificación de medidas definitivas, e incluso de la evidente e ilógica asimetría que se planteaba según fuera contenciosa o de común acuerdo dicha petición no era tan pacífica su calificación como mero error y la consideración de que la norma a aplicar no era otra que la del artículo 770. Entre otras cosas porque resultaba sorprendente que tratándose de un simple error, el mismo se hubiere arrastrado nada menos que desde el propio anteproyecto de ley (...).*

Tribunal Supremo[349] no consideraban dicha remisión como un error exigiendo su aplicación.

Tras la reforma no cabe duda de que:

- Los procedimientos contenciosos se tramitarán por el procedimiento del 770 LEC.

- Los procedimientos de mutuo acuerdo se tramitarán por el procedimiento del artículo 777 LEC.

Asimismo la reforma resuelve otros problemas de la anterior regulación:

El procedimiento contemplado en el 771 LEC se resuelve con auto no recurrible, es un procedimiento incidental respecto de otro principal, y tras la reforma, no cabe duda de que nos encontramos ante un procedimiento autónomo en el que debe dictarse sentencia en vez de auto.

Asimismo, el punto tercero del artículo 775 LEC, con la anterior remisión a los procedimientos referidos, no tenía cabida, dado que como sostienen Arangüena y Rodríguez: *¿Qué sentido tenía permitir la solicitud de medidas provisionales junto con la petición de modificación de medidas definitivas y luego señalar idéntico procedimiento (tanto el artículo 773 como el artículo 771 se resuelven en una comparecencia idéntica) tanto para la adopción de medidas provisionales como las de modificación de las definitivas?*. Sin embargo, tras la modificación del 775.2, dicho apartado tercero es perfectamente aplicable y su regulación es coherente con los otros puntos del artículo 775 LEC. Se podrá, al igual que en los procedimientos de separación y divorcio, solicitar medidas provisionales en la demanda contenciosa de modificación de medidas a fin de que se acuerden para su vigencia durante la tramitación del procedimiento, y hasta que recaiga sentencia definitiva de conformidad con el procedimiento del artículo 770 LEC.

[349] El Auto de 1 de octubre de 2002 (SP/AUTO/1176) resolvía: *(...) apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental a resolver por Auto, según establece el art. 771.4 LEC 2000, precepto que ciertamente se contrae a las "Medidas definitivas", sin que la referencia el art. 771 pueda entenderse como un mero error material o errata (...) es más, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1996, de modo explícito "se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo.* Esta postura se mantuvo por el Tribunal Supremo en Autos como los de 24 de junio de 2003 (SP/AUTRJ/51520), 3 de junio de 2003 (SP/AUTRJ/47550).

Por último, otra discusión con la regulación anterior, se centraba en si procede o no el planteamiento de reconvención en el procedimiento de modificación de medidas, cuestión que tras la reforma que nos ocupa, también se ha resuelto dado que el 775 LEC remite al 770 LEC, no ofreciendo duda su posible planteamiento.

2.3.7.- La reconciliación tras la reforma

El párrafo primero del artículo 84 del Código Civil tras la presente modificación queda redactado de la siguiente forma: *La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.*[350]

En relación con la reconciliación ha sido discutida la efectividad de la misma cuando no se ha puesto en conocimiento del órgano judicial que decretó la separación. Es decir, si dicha puesta en conocimiento es un requisito constitutivo para la eficacia de la reconciliación. En la nueva redacción del artículo tampoco se expresa si dicha comunicación al Juez es requisito constitutivo para su eficacia.[351]

La repercusión jurídica de la reconciliación en el matrimonio es de enorme relevancia. Ésta deja sin efecto, excepto en lo que al régimen económico matrimonial se refiere (artículos 1392.3, 1435.3 y 1443 CC) y a lo dispuesto en el artículo 84 párrafo segundo del Código Civil, todas las consecuencias que de la tramitación del procedimiento o de la sentencia de separación devienen.

La única diferencia que resulta de la reforma de este artículo, es la relativa a que los cónyuges deben poner en conocimiento del Juez la reconciliación *separadamente.*

[350] La redacción previa a la presente modificación del primer párrafo del artículo 84 era: *La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.*

[351] Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, *op.cit.*, pág. 103, la reconciliación puede definirse *(...) como el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia.* Añaden que *las consecuencias dependen del hecho efectivo de la reconciliación y no del conocimiento que el tribunal tenga o pueda tener de ella. Por ello, el mandato legal parece ser un deber jurídico de comunicar la reconciliación, a fin de que la autoridad judicial deje sin efecto lo que hubiera acordado.* Para O´CALLAGHAN, *Código Civil...*, *op.cit.*, pág. 138, la reconciliación *(...) supone la reanudación de la convivencia conyugal por parte de los cónyuges separados, con ánimo de que cese la situación jurídica de separación y sus efectos; es decir, que se despliegue nuevamente la total eficacia del subsistente matrimonio. Se reanuda, pues, por la reconciliación, la eficacia del matrimonio.* Para este autor la reconciliación no es un negocio jurídico formal o solemne, siendo válida cualquiera que sea la forma en que se haya realizado. Sin embargo, considera que es *requisito de eficacia*, la puesta en conocimiento del Juez competente.

De la modificación del artículo se desprende que la comunicación deberá efectuarse por separado y personalmente por cada uno de los cónyuges. La declaración separada pretende asegurar al Juez que cada uno de los cónyuges comunica la reconciliación libremente, sin coacciones[352].

Por último, una vez que concluye el proceso matrimonial por sentencia firme, debemos distinguir entre proceso de separación y proceso de divorcio a fin de señalar los efectos que produce la reconciliación, puesto que si bien en el primer caso la reconciliación deja sin efecto lo que en el proceso se hubiese resuelto, tratándose de un proceso de divorcio la sentencia firme constituye el momento preclusivo de la reconciliación, de manera que no produce efecto alguno cuando la reconciliación se produce en un momento posterior a la firmeza de la sentencia, o cuando aún siendo anterior, no hubiere sido notificada al órgano jurisdiccional antes de que dicte sentencia firme. Los divorciados que se reconcilien deberán contraer nuevo matrimonio, en caso contrario serán pareja de hecho.

2.3.8.- Nueva redacción del artículo 90 CC

La Ley 15/2005 modifica el párrafo primero y el apartado a) del artículo 90 del Código Civil quedando redactado de la siguiente forma: *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*[353]

La nueva regulación del artículo 90 del Código Civil es necesaria y coherente con la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil, en el que se regula la guarda y custodia compartida.

La redacción anterior de este artículo evidenciaba claramente la intención del legislador de 1981, que pretendía regular un sistema de guarda y custodia exclusiva para

[352] GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 78, considera que la comunicación deberá efectuarse personalmente, mediante comparecencia de cada uno de los cónyuges.

[353] La redacción anterior del párrafo primero y de su apartado a) era la siguiente: *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: a) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

uno de los progenitores y la estipulación de un régimen de visitas para el otro, tal y como se desprendía de su propio texto literal: *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos (...) y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

La nueva redacción sin embargo no utiliza esos términos sino una fórmula abierta: *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos,* que da cobertura a la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida.[354]

Por supuesto no olvida la alusión al régimen de comunicación y estancia, primero porque la custodia exclusiva iba a ser y de hecho aún sigue siendo el recurso más utilizado. Y segundo porque en la mayoría de las fórmulas de guarda y custodia compartida debe fijarse un régimen de comunicación y estancia. Es importante la supresión del término "visitas" en dicho artículo a fin de evitar la inevitable sensación de vencedor y vencido, del cónyuge custodio y del cónyuge visitador respectivamente.

Se ha criticado la inclusión de la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo en convenio regulador en el artículo 92 del Código civil, cuando en principio debería haber sido recogido en el artículo 90 del Código Civil en el que se determina lo que dicho convenio regulador debe contener.[355]

2.3.9.- La pensión compensatoria tras la reforma

La sociedad ha evolucionado hondamente desde la reforma de 1981, habiendo a su vez evolucionado también sustancialmente el matrimonio y su forma de ser concebido. Hasta 1981 el matrimonio era una unión indisoluble, y no sólo en el Derecho sino también en el pensamiento social. En consecuencia, obviamente la pensión compensatoria en ese marco tenía un entendimiento muy distinto al actual. En general,

[354] En este sentido se postula GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 535: *El art. 90, párrafo 1º, apartado A) del CC exige que el convenio regulador determine "el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos". La Ley 15/2005 ha dado nueva redacción al inciso "la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos", que contenía la legislación anterior, eliminando la referencia a la determinación de la persona para concordar el precepto con el art. 92.5, que admite de modo expreso la guarda y custodia conjunta compartida, y para resaltar que la responsabilidad de los dos progenitores para con sus hijos continua tras la ruptura.*

[355] Alude a esta cuestión GUILARTE MARTÍN CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 105, diciendo que *en relación con el cuidado de los hijos el legislador de 2005 con una técnica deficiente, pues alude a esta posibilidad en el artículo 92 del Código que debiera haberse limitado a regular las medidas judiciales, permite a los padres optar por uno de los dos modelos de guarda y custodia regulados en el Código Civil: la guarda y custodia alterna y la guarda exclusiva o unilateral (...).*

los esposos se casaban para toda la vida y la esposa se dedicaba a la casa y por supuesto no tenía la oportunidad de formarse para una vida profesional y económica independiente. Por tanto, la introducción del divorcio no podía significar una ruptura drástica y total entre ambos ex cónyuges dado que ello sería sumamente perjudicial, además de injusto, para la esposa.

Estos cambios experimentados en los últimos 40 años, han tenido reflejo, en lo que a la pensión compensatoria se refiere, en el nuevo artículo 97 CC tras la Ley 15/2005, del que sin duda emana un sentido bien diverso al de la redacción de 1981. Justamente permite fijar una pensión más "ligera", menos contundente en las rupturas, a diferencia de la que se regulaba en 1981, que atendiendo a la literalidad del precepto era indefinida.

La Ley 15/2005 ha pretendido resolver, en su mayor parte, las interrogantes de la precedente redacción con la modificación de parte del artículo 97 del Código Civil.

El artículo 97 CC en su nueva redacción permite fijar la compensación mediante distintas fórmulas:

- La pensión temporal o por tiempo indefinido: El nuevo artículo 97 del Código Civil admite expresamente fijar una pensión temporal, dando cobijo el Código Civil a una ya consolidada jurisprudencia que acordaba pensiones temporales. La temporalización de la pensión compensatoria fue durante la vigencia de la anterior redacción del artículo 97 del Código Civil, una de las cuestiones que mayor interpretación generó, habiendo ya con anterioridad a la Ley 15/2005 admitido la doctrina jurisprudencial mayoritaria y las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, la posibilidad de estipular la pensión con duración determinada. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005[356], junto a la de 28 de abril de 2005[357], resolvieron la cuestión posibilitando la temporalización de la pensión compensatoria. Por tanto, en coherencia con la doctrina jurisprudencial, tras la Ley 15/2005 se ha

[356] La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005, Sala 1ª, Ponente: Jesús Corbal Fernández (EDJ 2005/11835), dice al respecto: *PRIMERO.- En el presente recurso de casación se plantea el tema de interés casacional relativo a si el art. 97 del Código Civil permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal (...). En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencial de las AAPP. y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.*

[357] Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005, Sala 1ª, Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (EDJ 2005/62562).

recogido en el artículo 97 del Código Civil la posibilidad de fijar una pensión compensatoria de duración indefinida o determinada.

En esta nueva redacción del artículo no se explicita la norma general a aplicar en la temporalización o no de la pensión, es decir si la norma general es la pensión indefinida y la excepción la temporal, o al contrario.[358] En el mismo sentido, tampoco la norma determina cuándo debería acordarse la pensión temporal o la pensión indefinida.

Es interesante también apreciar la indeterminación de la fijación del plazo. Lo más habitual es una fijación temporal cuantificada en años, sin embargo es posible, y debe admitirse, como ha ocurrido en distintas sentencias la fijación del plazo con un límite temporal (hasta la edad de jubilación de la esposa, hasta la mayoría del edad del hijo cuya guarda se le atribuye, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal etc…).[359]

- La prestación única: En el nuevo artículo 97 del Código Civil se recoge la posibilidad de que la compensación consista en una "prestación única". En la anterior regulación la posibilidad de establecer una prestación única era por medio de la sustitución regulada en el artículo 99 del Código Civil. Sin embargo no era palmaria la posibilidad de aplicar ese artículo 99 del Código Civil en el primer convenio regulador, dado que en la norma se dice que *(...) podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente*. La realidad ha sido, pese a la razonable duda teórica, la aprobación en general de los convenios reguladores con dicha sustitución. Sin embargo, con la nueva regulación el artículo 97 CC deja clara la posibilidad de fijar la compensación como prestación única en el primer convenio regulador que se firme. No obstante la aplicación práctica del artículo 99 CC fue escasa y tiene importantes problemas a nivel fiscal.

Con el nuevo artículo 97 del Código Civil los cónyuges pueden fijar la prestación única en el convenio regulador y asimismo, caso de procedimiento contencioso, también la podrá fijar el Juez en Sentencia.

[358] Para RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 142: *en atención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005, la pensión indefinida deberá ser la norma, siendo la temporal la que deberá adoptarse únicamente en caso de que se prevea que el beneficiario habrá superado el desequilibrio cuando transcurra el plazo que se vaya a fijar.*

[359] MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005,* Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 216.

En el II Encuentro institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia[360], analizan la problemática de la prestación única y reseñan:

1º.- Que por "prestación única" debe entenderse cantidad a tanto alzado.

2º.- Que dicha prestación única no puede sustituirse en la sentencia por la entrega de un bien del mismo valor.

3º.- Que las causas modificativas o extintivas del artículo 100 y 101 del CC no afectan a la prestación única.

4º.- Que el pago aplazado de dicha prestación única exclusivamente puede acordarse en sentencia caso de solicitud por ambas partes, y nunca de oficio.

5º.- Que la prestación única y la pensión compensatoria, no pueden ser acordadas de forma complementaria, lo que no obsta para ser solicitadas de manera subsidiaria. En este sentido también se postula González del Pozo[361] quien considera que no puede el Juez establecer en la misma sentencia una pensión compensatoria y una prestación única como prestaciones complementarias, habida cuenta de que el artículo 97 del Código Civil establece ambas opciones como alternativas, al emplear la conjunción disyuntiva "o" en lugar de la copulativa "y". No obstante añade la posibilidad de ser solicitadas alternativa o subsidiariamente.

2.3.10.- El nuevo artículo 103.1 CC

En el artículo 103 del Código Civil se regulan las medidas provisionales coetáneas a la demanda. Medidas que a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, el Juez las adoptará para que estén vigentes durante la tramitación del procedimiento.

La modificación efectuada en el apartado primero del artículo 103 se concreta en sustituir *(...) cónyuge apartado de los hijos* por *cónyuge que no ejerza la guarda y custodia.* Es interesante esta modificación terminológica (casi conceptual), porque el cónyuge que no ostenta la guarda y custodia, no está apartado de los hijos dado que tiene un régimen de comunicación y estancia, y además porque no es correcto que ninguno de los progenitores, por el bien del menor, puedan ser considerado de tal forma.

[360] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES…, *op.cit.*.

[361] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El contenido de la nueva prestación compensatoria única del artículo 97 del Código Civil", *El Derecho*, BDF núm. 56, 2006, págs. 3 – 14.

Esta modificación terminológica fue solicitada y de ello resulta, por el Grupo Parlamentario Popular con la enmienda núm. 83[362], que justificaba la misma en que la terminología anterior *(...) no se adapta al espíritu de la Ley*.

2.4.- Modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil (art. Segundo de la Ley 15/2005)[363]

La modificación efectuada en los artículos 834 y 945 del Código Civil afecta a los derechos del cónyuge viudo, en concreto o particularmente en relación a la separación de hecho. Es una modificación de importante trascendencia práctica y de prioritario conocimiento para los abogados, dado que deberán advertir de las serias consecuencias de la separación de hecho en la sucesión del cónyuge.

Con anterioridad a la reforma, en caso de situación de separación de hecho, si el cónyuge fallecido hubiera otorgado testamento el cónyuge viudo tenía derecho al usufructo del tercio de la herencia (834 CC) y en caso de que no hubiera otorgado testamento, de conformidad con el anterior artículo 945 CC, sin entrar en la discusión sobre la constancia fehaciente, no tendría derecho alguno.

Es decir, existía una regulación no coordinada entre los artículos 834 y 945 CC, que obviamente requería de una reforma. El artículo 834 CC fue redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, y el artículo 945 CC se introdujo mediante la reforma de 1981, sin embargo, no se modificó en este momento el artículo 834 CC, que mantuvo la redacción dada en el año 1958. Por tanto, existía esa cacofónica descoordinación entre ambos artículos, dado que sorprendía que la separación de hecho fuera tan relevante en el artículo 945 CC y sin embargo el artículo 834 CC no le otorgaba valor sucesorio alguno. Hasta la Ley 15/2005 existía una clara preponderancia doctrinal que postulaba que en los supuestos de separación de hecho no debía existir derechos legitimarios para el cónyuge supérstite. Sin embargo, los Tribunales efectuaron una aplicación literal de los artículos otorgando derechos legitimarios de conformidad con el artículo 834 CC.

Por tanto, con la presente reforma se instaura, en todo caso cuando existe separación de hecho, la inexistencia de derechos legitimarios para el cónyuge viudo.

[362] BOCGCD, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, pág. 51.
[363] El artículo segundo de la Ley 15/2005 modifica los artículos 834, 835, se suprime el segundo párrafo del artículo 837, 840 y 945 del Código Civil.

Ferrer Sama y Crespo Torres[364] extraen de la reforma de estos dos artículos tres grandes novedades:

- El cónyuge separado no tendrá derechos en la herencia de su consorte, salvo obviamente lo que el causante hubiera dispuesto a favor del cónyuge supérstite, pese a la referida separación de hecho, en su testamento. Explican: *Del art. 945 se infiere que no será llamado a la herencia intestada de su consorte, y del art. 834 se desprende ahora con claridad que no podrá exigir su legítima, tanto en el caso de que su consorte hubiera otorgado testamento, como en el supuesto de que deba abrirse la sucesión intestada.*

- Es irrelevante que la separación de hecho sea imputable al cónyuge fallecido o al supérstite, tal y como se infiere de la supresión del término *por mutuo acuerdo* antes contenida en el artículo 945, superando definitivamente el sistema culpabilístico anterior a la reforma del 81.

- No es necesaria una constancia fehaciente de la separación de hecho, sino que la misma puede ser acreditada a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, desapareciendo la expresión *que conste fehacientemente* antes recogida en el artículo 945 CC. Esta supresión es de gran trascendencia dado que con la anterior redacción, la constancia fehaciente era sinónimo de constancia documental, por lo común ante fedatario público.

Al respecto es interesante plantear la situación de posible injusticia que puede causarse en el supuesto de desheredaciones que podrían no estar conectadas con la voluntad del testador. En este sentido la única enmienda planteada al artículo 834, la nº 84, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, defendía la postura de perder la legítima únicamente en caso de separación judicial, y lo justificaba de la siguiente forma: *No es posible eliminar el derecho del cónyuge viudo cuando exista separación de hecho, de muy difícil demostración, que permitiría desheredaciones de hecho.*

Ciertamente existen supuestos de personas que se "dan un tiempo" de reflexión, pero que sin embargo, la ruptura definitiva de la pareja está lejana. Asimismo, la resolución judicial no es matemática y la exigencia o laxitud en la acreditación de la separación de hecho puede ser muy diversa de un Juzgado a otro, lo que evidentemente

[364] FERRER-SAMA, José Antonio y CRESPO TORRES, Mª. Jesús, *Derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho*, Revista Sepín, marzo 2003, núm. 53, Familia, págs. 19 – 28.

genera el riesgo a que algún cónyuge viudo pueda quedarse sin su legítima, sin voluntad en tal sentido del cónyuge fallecido.

Al hilo de la indeterminación de los caracteres de dicha separación de hecho, De Verda y Beamonte[365] considera que es irrelevante la duración de la separación, siendo fundamental por el contrario que la situación de separación de hecho haya existido justamente en el momento del fallecimiento. Si con anterioridad ha existido una separación de hecho, de la duración que sea, no tiene repercusión. Crespo Allué[366] por su parte considera que debe existir una separación de hecho *(...) que goce de una vocación intemporal, y además debe ser querida por uno o ambos esposos.*

La supresión del párrafo primero del artículo 835 CC es coherente con el sentido y voluntad de la Ley 15/2005. La redacción de ese párrafo provenía de la Ley de 24 de abril de 1958, y aludía a la continuación del procedimiento de separación pese al fallecimiento de uno de los cónyuges, para conocer el resultado del pleito y determinar si procede o no la legítima del viudo.

En este sentido es interesante pensar en la posibilidad de un matrimonio que uno de los cónyuges o incluso ambos han incoado un procedimiento de separación, sin embargo, hasta la sentencia se mantienen en el mismo domicilio, situación habitual en la práctica. Si fallece uno de los dos ¿qué ocurriría?, ¿mantendría sus derechos como cónyuge viudo o no?, ¿Se consideraría incardinado dentro de la separación de hecho? ¿Continuarían los herederos el procedimiento hasta dictar sentencia?.

A mi juicio, tras la Ley 15/2005, tras la interposición de la demanda no debería mantener el cónyuge supérstite sus derechos hereditarios:

a) Supuesto de procedimiento contencioso: Si han transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio, se iba a dictar inexcusablemente la sentencia de separación, estuviera o no de acuerdo el otro cónyuge. Por tanto, en este supuesto no cabe duda de que había intención, cuando menos de uno, de separarse.

b) Supuesto de procedimiento de mutuo acuerdo: Además de ser segura la declaración de separación, han firmado un convenio regulador, en el que recogen sus acuerdos para su vida posterior a la ruptura. Por tanto, sin duda también se observa esa vertiente subjetiva que impide el mantenimiento de derechos hereditarios.

[365] DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005,* Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 247.
[366] CRESPO ALLUÉ en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 249.

La supresión del párrafo segundo del artículo 837 CC motiva la modificación del artículo 840 CC. Para Rodríguez Chacón[367] con el juego entre el artículo 837 y 840 del CC en su antigua redacción *(...) se pretendía mejorar la situación del cónyuge viudo cuando concurriera con hijos extramatrimoniales del premuerto nacidos como consecuencia de infidelidades del difunto.*

El Informe del Consejo General del Poder Judicial[368] considera acertada la supresión del párrafo segundo del artículo 837, que implica el ajuste técnico del artículo 840, dado que el legislador suprime dicho párrafo siguiendo la corriente doctrinal que sostenía que el precepto era inconstitucional *(...) al infringir el principio de igualdad de los hijos por razón de filiación.*

El nuevo artículo 840 CC, tal y como reseña Crespo Allúe[369], pretende evitar problemas: *La finalidad y fundamento que en todos los supuestos de conmutación (por ejemplo, artículo 439) se encuentra en el deseo de ofrecer fórmulas que permitan obviar los inconvenientes que pueden derivarse de una situación de dominio dividido, aparece en este supuesto adjetivada con otra finalidad, cual es la de evitar la concurrencia en el dominio dividido de personas no ligadas por vínculos de consanguinidad, como son el viudo y los hijos de su consorte fallecido.*

[367] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 151.
[368] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe...*, *op.cit.*.
[369] CRESPO ALLUÉ en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 276.

CAPÍTULO IV.- TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 92 CC

1.- Introducción

Es fundamental en la figura y artículo que nos ocupa, analizar el trámite parlamentario para conocer los motivos y origen razonado del texto definitivo, habida cuenta del gran número de enmiendas y modificaciones sufridas desde el Proyecto de Ley.[370]

La génesis de la Ley 15/2005, y por tanto de la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil, se encuentra en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de fecha 20 de septiembre de 2004.

Posteriormente se redactó el Proyecto de Ley, que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 1 de diciembre de 2004[371]. Tras varias ampliaciones del plazo para la presentación de enmiendas, el Proyecto de Ley tuvo un número considerable de enmiendas, en concreto se presentaron 89 enmiendas[372]. El artículo al que se dirigieron mayor número de enmiendas, 21, fue el nuevo artículo 92 del Código Civil. Tal y como se ha referido con anterioriorioridad, la guarda y custodia compartida generó un intenso debate "extraparlamentario" que sin duda "agitó" el parlamentario[373].

---

[370] Alude a la importancia de analizar el trámite parlamentario, refiriéndose a la guarda y custodia compartida, RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 83, dice: *(...) la evolución sufrida por la norma a lo largo del trámite parlamentario ha sido zigzagueante y, desde luego, profunda, hasta alcanzar la versión publicada en el BOE que, como veremos, tal vez no sea la definitiva. Por eso, el examen de los avatares de esa tramitación es en este caso especialmente ilustrativo.* GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, pág. 94, exponen sobre la tramitación parlamentaria: *(...) poner de manifiesto los vaivenes y la falta de claridad de nuestros parlamentarios en un tema en el que aparentemente —y resaltamos el adverbio— el único interés en liza es el interés del menor.*

[371] *BOCGCD*, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 1 de diciembre de 2004, núm. 16- 1.

[372] *BOCGCD*, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 29 de marzo de 2005, núm. 16- 9.

[373] Este "eco extraparlamentario" lo explica RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del Art. 92 del Cc", *Revista acciones e investigaciones sociales*, nº extra, 2006, pág. 186: *(...) la discusión se generalizo interviniendo no sólo los partidos políticos sino también las asociaciones de padres y madres separados o divorciados, colectivos feministas y de juristas. Ya, desde el inicio, se criticó extensamente el Anteproyecto, produciéndose una cierta confrontación entre asociaciones de padres de familia separados y las de mujeres. Unos apoyaban la posibilidad de establecer en los términos más extensos la guarda compartida, como medio de cambiar la tendencia, entendida como general, de los Tribunales y Jueces de concentrar la guarda en uno sólo de los progenitores, esencialmente, la madre – tendencia que también es producto de que, en la mayoría de los procedimientos, los padres no discuten que la mujer tenga que quedarse con los hijos-; por lo que al final*

No se plantearon enmiendas a la totalidad, cuestión que para Rodríguez Chacón[374] resulta que, pese a las distintas posturas de los Grupos Parlamentarios, todos coincidieron en que era necesario simplificar las causas de separación y divorcio y los procesos matrimoniales.

El texto aprobado tras la total tramitación parlamentaria se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de julio de 2005[375], y en el Boletín Oficial del Estado el día 9 de julio de 2005[376], con el título: *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 o divorcio.*

2.- Anteproyecto de Ley

El Anteproyecto del Ministerio de Justicia lleva por fecha el 20 de septiembre de 2004. En el Anteproyecto se pretendía la inclusión de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 del Código Civil[377], lo hacía en el párrafo 5º: *Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.*

Guilarte Martín - Calero[378] alude al Anteproyecto, explicando que la modificación perseguía el reconocimiento positivo de la guarda y custodia compartida (el anteproyecto habla de conjunta), que era el compromiso que el Gobierno había adquirido con las Asociaciones de padres separados.

se sintieron defraudados por el texto final. Las mujeres y las asociaciones de juristas, sin embargo, no eran partidarias en general de la custodia compartida al inicio, variando su postura hasta la actual que pretende que no sea posible la custodia compartida cuando no hay acuerdo entre los cónyuges.

[374] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 55.

[375] *BOCGCD,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de julio de 2005, núm. 16 – 15.

[376] BOE núm. 163, 9 de julio de 2005, págs. 24458 – 24461.

[377] El texto completo del artículo 92 CC que recogía el Anteproyecto era: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años.
En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.
Antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de un facultativo.

[378] GUILARTE MARTÍN – CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 118.

3.- Proyecto de Ley

El artículo 92 CC en el Proyecto de Ley, mantiene con la misma redacción que en el anteproyecto los párrafos 1º, 3º y 4º y modifica el resto de párrafos e incluye nuevos[379].

En la redacción del Proyecto de Ley no se numeraban los párrafos, y se denominaba a la guarda y custodia compartida como *guarda conjunta.*

Lo más destacable del Proyecto de Ley era la equipación del tratamiento del supuesto de petición amistosa y del supuesto de petición contenciosa de la guarda y custodia compartida (en el proyecto denominada conjunta) recogida en su párrafo 5º. Lo único que diferenciaba la petición consensual de la petición efectuada por uno de los progenitores era lo recogido en el párrafo 7º, que exigía fundamentar la resolución en la mejor protección del interés del menor, y adoptar las cautelas procedentes, en caso de que el Juez acuerde la custodia compartida a petición de parte.

Es llamativa la redacción inicial del Proyecto elaborada por el Gobierno socialista, y el posterior giro durante la tramitación parlamentaria de su postura y de su redacción del artículo. Durante la tramitación parlamentaria se apelaba por los representantes del G.P. Socialista en sus intervenciones a la voluntad de acuerdo, sin

[379] El texto del artículo 92 CC en el Proyecto de Ley era: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente.
No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
Cuando, a petición de parte, el juez acuerde la guarda conjunta, deberá fundamentar su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además, deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda.
En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.
El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

embargo, en lo que a la guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos se refiere, se pasó de "estar" en el Proyecto, a "casi no estar" en el B.O.E.

Para Rodríguez Chacón[380], la redacción del artículo 92 CC en el Proyecto de Ley no disipa la duda de si la guarda conjunta debiera considerarse excepcional o de aplicación preferente. Sin embargo, apelando a la Exposición de Motivos del Proyecto, sí concluye que *parece bastante neta la preferencia del autor del mismo por la modalidad de custodia "compartida".*

4.- Enmiendas del Congreso de los Diputados

Tal y como se ha referido, la nueva redacción del 92 CC que se recogía en el Proyecto de Ley, fue el artículo que mayor número de enmiendas recibió, en concreto fueron 21, tal y como consta en el Índice de enmiendas al articulado[381]:

- Enmienda nº 42 del G.P. Izquierda Verde-IU-ICV.
- Enmienda nº 48 del G.P. Socialista.
- Enmienda nº 81 del G.P. Popular.
- Enmienda nº 29 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo 2º.
- Enmienda nº 64 del G.P. Catalán (CiU), párrafo 2º.
- Enmienda nº 15 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 3º.
- Enmienda nº 16 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 4º.
- Enmienda nº 1 de la Sra. Lasagabaster Olazábal (GMx), párrafo 5º.
- Enmienda nº 17 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 5º.
- Enmienda nº 30 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo 5º.
- Enmienda nº 40 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), párrafo 5º.
- Enmienda nº 57 del G.P. Coalición Canaria, párrafo 5º.
- Enmienda nº 5 del Sr. Labordeta Subías (GMx), párrafo 6º.
- Enmienda nº 18 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 6º.
- Enmienda nº 31 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo 6º.
- Enmienda nº 19 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 7º.
- Enmienda nº 32 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo 7.º bis (nuevo).
- Enmienda nº 20 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 8º.
- Enmienda nº 33 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo 9º.

[380] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, págs. 84 y 85.
[381] *BOCGCD,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 29 de marzo de 2005, núm. 16-9.

- Enmienda nº 38 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), párrafo 9º.
- Enmienda nº 58 del G.P. Coalición Canaria, párrafo 9º.

Las enmiendas se plantean respecto a los distintos párrafos (dado que no están numerados) del artículo 92 Código Civil, excepto la 42, 48 y 81 que proponen un nuevo texto para dicho artículo.

4.1.- Párrafo nº 1

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Se mantiene igual durante toda la tramitación parlamentaria hasta la publicación en el B.O.E.

4.2.- Párrafo nº 2

El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Dos fueron las enmiendas al párrafo nº 2º, la 29 y la 64.

La enmienda nº 29 de Doña María Olaia Fernández Davila (GMx), propone incluir después de *(...) los hijos menores*: *deberá actuar en beneficio de los mismos y (...)*, manteniendo el resto igual. Justifica la adición en establecer claramente la prioridad del interés del menor en la toma de decisiones sobre la guarda y custodia.

La enmienda nº 64 del G.P. Catalán (CiU), propone una nueva redacción al párrafo segundo: *Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si los propios hijos quieren ser oídos, o si teniendo suficiente juicio, ello sea necesario para la adopción de dichas medidas.*

La justificación de la presente enmienda, básicamente se centra en evitar la obligatoriedad de ser oídos los hijos mayores de 12 años. Valoran la trascendencia de la escucha del menor en determinadas circunstancias, sin embargo, consideran que no debe ser siempre escuchado dado que en ocasiones no es necesario y no deben pasar por dicha difícil experiencia. Incluso añaden como en muchos casos los padres llegan a un acuerdo a fin de evitar que sus hijos se vean implicados en el procedimiento, siendo por

tanto paradójica la audiencia imperativa de los mayores de 12 años. Consideran que la posición planteada en esta enmienda representa lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, en cuanto a la concepción de la audiencia del menor como un derecho de éstos y no como un deber.

Por último, mencionan la necesidad de apelar al principio de beneficio del menor.

4.3.- Párrafo nº 3

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Este párrafo tuvo una única enmienda, en concreto la número 15 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), que modificaba el término patria potestad por el de "responsabilidad parental", justificando la modificación en considerar que el término responsabilidad parental es más adecuado, reseñando como viene utilizándose desde hace varios años en el Derecho Comunitario.

4.4.- Párrafo nº 4

Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

También este párrafo recibe una única enmienda, la número 16 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), que al igual que en el párrafo anterior y por la misma justificación, propone la modificación del término patria potestad por el de "responsabilidad parental".

4.5.- Párrafo nº 5

En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente.

Se plantean cinco enmiendas al presente párrafo:

- La enmienda número 1, por la Sra. Lasagabaster Olazábal (GMx), en la que se propone la modificación del párrafo en su parte final por la siguiente redacción: *(...) tras oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, que la guarda de éstos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente.*

Justifican la modificación en que no debe generalizarse a todos los casos la audiencia de los menores, debiendo reservarse ésta a los casos en los que exista una necesidad real de conocer su opinión.

- La enmienda número 17, del G.P. Esquerra Republicana (ERC), modifica *(...) o conjuntamente* por *o bien por ambos de forma alternada.* Justifican esta modificación terminológica no en una mejor denominación, sino en considerar que "guarda conjunta" sólo puede entenderse como coejercicio de la patria potestad. En este sentido, consideran que este sistema de "guarda conjunta" está superada en el Código Civil. Sin embargo, según el G.P. la guarda alternada sí responde a que ambos progenitores cuiden del menor en periodos alternos o sucesivos.

- La enmienda número 30, de la Sra. Fernández Dávila (GMx), propone adicionar al final de la redacción del párrafo: *(...) en cuyo caso será requisito imprescindible que la solicitud se formule conjuntamente por ambos progenitores.* Su justificación se centra en la necesidad, en el caso de guarda y custodia compartida, de un previo acuerdo de los progenitores, dado que es necesario el consenso diario en las cuestiones del menor, debiendo excluir la custodia compartida caso de no petición conjunta.

- La enmienda número 40 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), propone modificar la parte primera del párrafo del siguiente modo: *En la propuesta de convenio regulador, si existe mutuo acuerdo, podrá solicitarse (...)*, manteniendo el resto igual. Justifican la modificación en la necesidad de que la custodia compartida sea solicitada por ambos progenitores y no sea nunca una imposición judicial.

- La enmienda número 57 del G.P. Coalición Canaria, propone adicionar, tras el punto y aparte del párrafo quinto lo siguiente: *(...) o conjuntamente. Al respecto el juez considerará el contenido del informe de la mediación familiar parental para una mejor evaluación de la realidad aproximándose a la aptitud y voluntad de cada parte.* Por

medio de esta adición pretenden dar valor al informe de mediación en la decisión sobre la guarda y custodia.

4.6.- Párrafo nº 6

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Tres son las enmiendas que recibe este párrafo:

- Enmienda número 5 del Sr. Labordeta Subías (GMx), proponen la sustitución de la expresión *(...) o de los hijos que convivan con ambos*, por *o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.* Consideran que no debe condicionarse la reducción del tiempo mínimo de matrimonio a la existencia de convivencia.

- Enmienda número 18 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), proponen modificar el término guarda conjunta por el de guarda alternada, con la misma justificación reseñada en la enmienda 17 dirigida al párrafo 5º.

- Enmienda número 31 de la Sra. Fernández Davila (GMx), propone adicionar a continuación de *(...) o de los hijos (...)* lo siguiente: *(...) o de los ascendientes u otros familiares (...).* Dado que a juicio de dicho grupo, diversas sentencias acreditan que existen, además de la mujer y los hijos, otros familiares que son víctimas de violencia doméstica.

4.7.- Párrafo nº 7

Cuando, a petición de parte, el juez acuerde la guarda conjunta, deberá fundamentar su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además, deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda.

Se plantean dos enmiendas:

- La enmienda número 19 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), en el mismo sentido que las anteriores modifican el término guarda conjunta por guarda alternada.

- La enmienda número 32 de la Sra. Fernández Davila (GMx), propone adicionar tras el punto final del presente párrafo séptimo lo siguiente: *Para el otorgamiento de la guardia y custodia compartida, el Juez valorará la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidados de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la custodia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos e hijas.*

Consideran necesario adicionar lo expuesto, a fin de valorar a fondo la guarda y custodia compartida, en aras de que dicha nueva situación no altere sustancialmente su forma de vida, se garantice que se relacione con el mismo entorno social, dado que es la única forma de que no se afecte su estabilidad y desarrollo.

4.8.- Párrafo nº 8

En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.

No hay enmiendas a este párrafo.

4.9.- Párrafo nº 9

El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Se plantean 4 enmiendas:

- La enmienda número 20 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), se recoge en el índice como destinada a modificar el párrafo 8º, pero en realidad se refiere, con independencia de la numeración, al presente. La presente enmienda propone modificar patria potestad por responsabilidad, con la misma justificación expuesta en las anteriores enmiendas en las que se solicitaba lo mismo.

- La enmienda número 33 de la Sra. Fernández Dávila (GMx), propone modificar *(...) un facultativo (...)* por *(...) especialistas debidamente cualificados (...).* Justifican la enmienda en la coherencia con el vigente (en aquel momento) artículo 92 CC, considerando que la guarda y custodia requiere de ser valorada por otros profesionales además de un facultativo.

- Enmienda número 38 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), proponen modificar *(...) dictamen de un facultativo* por *el dictamen del equipo psico-asistencial adscrito a la Administración de Justicia...*

- Enmienda número 58 del G.P. Coalición Canaria, propone adicionar después de *(...) o a instancia de parte (...)* lo siguiente: *(...) tras valorar el informe de la mediación familiar parental (...)*, dado que considera dicho grupo útil la valoración de dicho informe.

4.10.- Enmiendas que proponen un nuevo texto al artículo 92 del Código Civil

- La enmienda número 42 del G.P. Izquierda Verde-IU-ICV, propone un nuevo texto para el articulo 92 CC[382]. Justifican la nueva redacción que proponen básicamente en que:

- El criterio rector debe ser el interés de los hijos.
- El Juez tiene la última palabra, por encima, e incluso en contra, de la voluntad de los padres.
- Denominar "guarda conjunta ejercida de forma alterna", enfatiza la corresponsabilidad y refleja que físicamente la guarda es alterna.
- Que la Ley obliga al Juez en cuanto a los pronunciamientos que pueda hacer en sentencia.

[382] El texto del artículo 92 que propone la enmienda número 42 es: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
Las medidas judiciales sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores serán adoptadas en beneficio de ellos, previo informe del Ministerio Fiscal y tras oír a los mayores de 12 años y a los menores que tengan el suficiente juicio.
En la sentencia se acordarán medidas en relación con los siguientes extremos:
a) La privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
b) Que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
c) Que la guarda de los hijos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente ejercida de forma alterna, adoptándose las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda. En caso de guarda conjunta ejercida de forma alterna, se deberá fijar con precisión el modo en que se armonizará la actuación de ambos progenitores y, si procede, determinará los sucesivos períodos temporales en que cada progenitor deberá guardar a los hijos.
No procederá la guarda conjunta ejercida de forma alterna cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.
El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar un dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

- Consideran más adecuado el término especialistas, por no limitar el tipo de profesional.

- También propone el G.P. Socialista un nuevo texto mediante la enmienda número 48[383]. El Grupo Parlamentario Socialista fundamenta su enmienda en incrementar las garantías de prevalencia del interés del menor en la decisión del régimen de custodia.

La presente enmienda 48 fue muy relevante en relación al texto que finalmente se aprobó. Primero introdujo número a los párrafos, tal y como ocurre en el texto aprobado, y los puntos 5, 6 y 8, propuestos en la presente enmienda, fueron los que, con leves modificaciones, se aprobaron definitivamente.

- Por último, el Grupo Parlamentario Popular, en la Enmienda número 81[384] propone un nuevo texto para el artículo 92 CC. Justifican la redacción propuesta en que,

[383] El texto del artículo 92 que propone la enmienda número 48 es: *1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
2. El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el Convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.
Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.
9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de facultativos relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

[384] El texto del artículo 92 que propone la enmienda número 81 es: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

dada la necesidad de acuerdo y comunicación similar a la matrimonial para fijar la guarda y custodia compartida, sólo debe permitírse en caso de mutuo acuerdo. Además exigen la presentación de un "plan de responsabilidad parental" en el que acuerden el resto de medidas.

5.- Fase de ponencia en el Congreso de los Diputados

En el informe de la Ponencia[385] se recoge como la ponencia propone a la Comisión incorporar una serie de enmiendas, entre las que se encuentran las relativas al artículo 92 del Código Civil, en concreto las siguientes:

- Enmienda número 1 del G.P. Mixto (pospuesta la incorporación a la fase de Comisión); Referente a la no obligatoriedad de escuchar siempre al menor. Esta enmienda recoge el espíritu de las modificaciones propuestas en las enmiendas 64 y 71 del G.P. Catalán (CIU).

- Enmienda número 33 del GP Mixto; Que recoge el espíritu de las modificaciones propuestas en las enmiendas 38 GP Vasco (EAJ-PNV) y 42 del GP Izquierda Verde – Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y que propone modificar *..un facultativo..* por *...especialistas debidamente cualificados...*

- Enmienda número 48 del GP Socialista; De la redacción del artículo 92 del Código Civil que propone esta enmienda, se incorporan en esta fase los párrafos 5, 6 y 8 del artículo 92 CC.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.
La guarda y custodia compartida sólo será posible cuando exista acuerdo entre las partes sobre las mismas y sobre el uso de la vivienda habitual, la pensión alimenticia y sobre cuantos extremos resulten necesarios para asegurar la educación, bienestar y protección de los menores. En estos casos, el Plan de Responsabilidad Parental presentado por las partes deberá ser ratificado por el Juez debiendo fundamentar su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además, deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancias.
No procederá la guarda compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

[385] *BOCGCD,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 12 de abril de 2005, núm. 16-10.

En consecuencia, tras la fase de ponencia el texto del artículo 92 del Código Civil quedó redactado del siguiente modo:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guardia y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los mayores de doce años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.[386]

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

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

---

[386] Se sigue manteniendo la obligatoriedad de escuchar siempre a los mayores de 12 años, dado que pese a admitirse la Enmienda número 1 del G.P. Mixto, tal y como dice el Informe de la Ponencia : *La incorporación al texto del proyecto de la enmienda 1 aceptada, se pospone a la fase de Comisión pues exige introducir una corrección técnica en la enmienda 48 del G.P. Socialista también incorporada en fase de Ponencia.*

8. Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

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

Sobre esta redacción en la fase de Ponencia, que tuvo especial relevancia la Enmienda número 48 del G.P. Socialista, Rodríguez Chacón[387] destaca el cambio profundo del sentido y carácter que tenía la custodia compartida en la versión del Proyecto de Ley.

6.- Fase de Comisión en el Congreso de los Diputados

En la fase de discusión del informe de la Ponencia por la Comisión de Justicia[388] y en relación a las enmiendas dirigidas al artículo 92 del Código Civil, acaeció lo siguiente:

- En nombre del Grupo Mixto, la Sra. Fernández Dávila, se mostraba de acuerdo con la enmienda número 33 aceptada, y retiraba la número 29.

- El Sr. Mardones, de Coalición Canaria, defendió las enmiendas números 57 y 58, que se referían a la elaboración de un informe de mediación familiar.

- Por el Grupo Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Cataluña Los Verdes, la Sra. Navarro, mantuvo la enmienda número 42.

- El Grupo Vasco, representado por la Sra. Uría Etxeberria, considera, pese a que el informe de la ponencia da por incluida la enmienda número 38 en una transacción, que no es así y mantuvo la enmienda. También defendió la enmienda número 40, pese a que con la admisión de los párrafos 5, 6 y 8 de la enmienda número 48 del G.P.

[387] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 88. El autor calificaba la custodia compartida tras la fase de ponencia como: *1) Sólo de aprobación preferente en los casos de procesos consensuados o en los que se hubiera obtenido ese acuerdo, pero 2) excepcional y sometida a rigurosas condiciones en los procesos contenciosos en los que no hubiera acuerdo sobre este punto (...)*, descripción que podría ser sumamente precisa para la guarda y custodia compartida que se acabó regulando en el texto definitivo y hoy vigente del artículo 92 del Código Civil.

[388] *DSCD*,Comisiones, Año 2005, VIII Legislatura, núm. 242, Sesión de la Comisión de Justicia celebrada el 6 de abril de 2005.

Socialista en el Informe de la Ponencia, se edulcora sustancialmente, o más bien se dificulta enormemente la guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos. No obstante, el G.P. mantuvo la enmienda 40 dado que consideraban que la custodia compartida debía estar vinculada a la solicitud conjunta de ambos progenitores[389].

- La Sra. Pigem I Palmés, en representación de Convergencia i Unió, retirá la enmienda número 64 dada cuenta que la considera introducida, aunque no de forma literal sí el espíritu, en la ponencia[390].

- Por el Grupo Parlamentario Popular, la Sra. Matador De Matos, mantiene la enmienda número 81, que propone un texto distinto para el artículo 92 CC, y sostiene su postura en la negativa a la fijación de la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos, admitiendo que únicamente se acuerde en los supuestos de mutuo acuerdo. Consecuentemetne se muestran contrarios al párrafo 8 del artículo 92 propuesto por el G.P. Socialista[391].

- Por parte del Grupo Parlamentario Socialista, intervino en primer lugar la Sra. Couto Rivas, presentando una transacción en relación a la enmienda número 48 que se

[389] Considera el G.P. Vasco que *(...) con la petición de solo uno de los cónyuges, aun pretendiendo ser una fórmula muy cerrada, a mi grupo le suscita todavía dudas de si no se va a convertir en una válvula abierta para que sea posible la custodia compartida en supuestos en los que uno de los cónyuges no ha manifestado expresamente que esté dispuesto a asumirla.*

[390] En su discurso se refiere al artículo 92 CC, y en concreto a la guarda y custodia compartida, que la considera como una *(...) situación muy minoritaria en la realidad.* Y atribuye su escasa solicitud a que *es una situación muy compleja.* Mantiene que debe ser acordada cuando existe mutuo acuerdo y, en última instancia, admite la fijación en procedimiento contencioso de forma excepcional. La postura sobre la guarda y custodia compartida de CiU se recoge en las siguientes líneas: *(...) requiere de un gran entendimiento de las partes que han de tener una unidad de criterio con respecto a estos hijos. Esto lo dice así toda la doctrina, tanto la que se muestra partidaria como la que se muestra contraria a la custodia compartida o a la custodia alternada. (...) Lo contrario, si se me permite, es prácticamente partir al menor en beneficio de los mayores, que es lo contrario a lo que nos mandan las normas cuando hay que adoptar las medidas porque el criterio es adoptarlas en beneficio del menor. Aun contado este criterio, como entendemos que lo bueno tampoco tiene por qué ser enemigo de lo posible y viendo que el grupo mayoritario se ha inclinado por introducir la custodia compartida en los casos en los que no hay acuerdo de una manera muy restringida, valoramos esta restricción y que lo haya hecho de una manera excepcional, y creemos que así se ha de entender. Porque también creemos que cuando es constante la convivencia, el padre y la madre, los dos, han compartido esos cuidados del menor por lo que la oposición de una de las partes tampoco puede privar a la otra en esos casos en los que ha habido ya en la convivencia este cuidado, no puede ser una obstrucción a que el otro progenitor se vea alejado de este menor.*

[391] Dice el Grupo Popular: *Después de escuchar a especialistas, a colectivos y a muchas personas en el tiempo que hemos tenido hasta la tramitación de este proyecto de ley, consideramos que no es lo más beneficioso para el menor, y aquí hay que actuar en beneficio del menor. Si dos partes no se ponen de acuerdo en torno a la separación en sí misma, difícilmente lo van a hacer con relación a sus hijos, aunque ello no quita que sigan manteniendo sus responsabilidades para con los hijos que reconoce el Código Civil. Por tanto, la justificación de nuestra enmienda es que se exige una situación de acuerdo y comunicación entre ambos padres muy similar a la que existe durante el matrimonio, que cuando no hay mutuo acuerdo no se va a dar, y los padres tendrán que presentar al juez un plan de responsabilidad parental que incluya acuerdos sobre la residencia del menor, la vivienda y la pensión alimenticia, y que este compruebe que está es la situación que más favorece a la protección y al bienestar del menor.*

incorporó ya en la ponencia[392] y finalmente intervino por el mismo Grupo Parlamentario el Sr. Villarubia Mediavilla[393].

Tras las intervenciones de los grupos se realizaron las votaciones con el siguiente resultado:

- Enmienda del Grupo Mixto número 1 quedó incorporada, con 18 votos a favor, 15 abstenciones.

- Enmienda de Coalición Canaria número 57 quedó rechazada, con 16 votos a favor, 19 en contra y 2 abstenciones.

- Enmienda de Izquierda Unida número 42 quedó rechazada, con 1 voto a favor, 34 en contra y 2 abstenciones.

- En la votación de las enmiendas del Grupo Nacionalista Vasco 37 y 40, que se votaron juntas inicialmente, se produjo el primer error en la presente tramitación parlamentaria. La primera votación resultó un empate, con 18 votos a favor y 18 en contra. En la segunda votación, quedarón aprobadas con 19 votos a favor y 18 en contra. La circunstancia de las dos votaciones no era problemática, el problema radicaba en la votacion conjunta de las dos enmiendas, dado que, primero, ambas nada tenía que ver entre ellas; La 37 se refería al artículo 68 CC y la 40 al artículo 92 CC, y segundo, la enmienda 40 no debía ser aprobada dado que se dirigía a excluir la posibilidad de decretar la custodia compartida en los casos en que no hubiera acuerdo. La aprobación de la enmienda 40 implicaba un claro error en las votaciones, dado que su aprobación

[392] En relación al punto ocho del texto propuesto en dicha enmienda, explica la Sra. Couto: *Compartimos totalmente, y es la realidad, que en el ámbito del mutuo acuerdo es en donde podremos hablar con mayor soltura, con mayor facilidad, de la custodia compartida. Es una realidad, pero no cerremos la puerta a la posibilidad de que una de las partes lo pida. Esa puerta será más grande o más pequeña, la práctica de esta ley nos lo dirá, pero no la cerremos, sobre todo, por ese otro principio que ha inspirado el espíritu de la ley: la corresponsabilidad de las partes en las funciones de la guarda y de la custodia. Me van a permitir que diga que somos las mujeres –y en eso creo que las presentes coincidirán- las que en una convivencia normal de matrimonio estamos intentando llevar la corresponsabilidad a nuestro día a día, no rompamos esa corresponsabilidad cuando estamos en una situación de quiebra de la convivencia (...).*

[393] Parte de lo que expuso el Sr. Villarrubia Mediavilla fue: *(...) hemos presentado una enmienda, ya explicada, que pretende, manteniendo la filosofía de la ley, conseguir un consenso con el conjunto de los grupos parlamentarios para hacer que esta ley, también en la medida de lo posible, sea avalada por la práctica totalidad —es nuestra intención y a ello va destinado nuestro esfuerzo— de la Cámara. De esta forma que, tal como ha quedado la redacción, para algunos colectivos resulta manifiestamente insuficiente, para otros parece excesiva, pero, en síntesis, puede solicitarse la custodia compartida siempre que sea de mutuo acuerdo, y muy restrictiva y con carácter excepcional cuando no hay mutuo acuerdo, recogiendo los requisitos y el contenido de la enmienda que mediante una transacción, incluso en fecha de hoy, se ha modificado. (...) Así es como, al parecer, va a quedar este tema que, por lo complejo que es, probable- mente no satisface íntegramente a casi nadie, pero ha sido posible en aras del consenso y es un paso adelante en la apertura de nuestra legislación a la posibilidad de la custodia compartida (...).*

suponía que el acuerdo verbal de que se fijara excepcionalmente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos se incumplía absolutamente.

El error era tan manifesto que intervino la Sra. Uría Etxebarría del G.P. Vasco dirigiéndose al Presidente y manifestó que *(...) dado el buen clima que ha habido en la elaboración de esta norma y puesto que todos hemos hecho votos de quizá llegar a una redacción distinta del artículo 92 de cara al Pleno, personalmente yo manifiesto que no tendría inconveniente en que se produjera la votación otra vez por si ha habido confusiones en cuanto a la enmienda 40. En todo caso, la Presidencia decide.*

El presidente dio la palabra a la Sra. Navarro Casillas, quién reconoció que había sido un error suyo, dado que creía que se votaba la número 37, manifestaba que había tenido una confusión y se disculpaba, solicitando una nueva votación de la enmienda número 40.

El siguiente en intervenir fue el Sr. Villarrubia Mediavilla, del G.P. Socialista, quien mencionó que la aprobación de la enmienda número 40 suponía una contradicción con la enmienda número 48 del Grupo Socialista, e instaba a su corrección.

Por último la Sra. Uría Etxebarría insistió en que no tenía inconveniente en que se volviera a votar la enmienda número 40.

Tras las intervenciones el Presidente resolvío en el siguiente sentido: *Llegados a este punto, yo tengo que lamentar, señorías, decepcionarles en cuanto a las peticiones de flexibilidad a la Presidencia por cuanto que, aun constando la manifiesta voluntad en contrario en la emisión del voto de la portavoz del Grupo de Izquierda Unida, la votación fue efectuada con corrección y genera derechos. Cualquier reconsideración de esa votación o modificación del resultado abre una vía de impugnación del dictamen. Por lo tanto, salvo que se produjera unanimidad en la apreciación de esta situación, nosotros nos vemos obligados a mantener el sentido de la votación expresada de manera formal y expresa por todos los grupos parlamentarios.*

Intervino entonces la Sra. Navarro Casillas pidiendo la unanimidad para proceder a una nueva votación de la enmienda número 40, reiterando sus disculpas por el error.

Continuó el Sr. Albendea Pabón, del G.P. Popular, aceptando la nueva votación, pero subrayando el precedente que esta nueva votación creaba para futuros posibles errores.

El Sr. Mardones Sevilla por su parte planteó que no era posible que la Comisión, ni la Mesa del Congreso, ni el Señor Presidente cambiaran una votación porque no

tenían capacidad jurídica ni estaban legitimados para ello, apelando al Pleno para solucionar este error.

La Sra. Navarro Casillas esgrimió la inexistencia de oposiciones formales y que por tanto se volviera a votar.

Finalmente el Sr. Presidente resolvió: *Señorías, la cuestión está suficientemente debatida. Tengo que recordarles que, en efecto, no existe en esta Cámara precedente alguno de repetición de una votación fundada en el error, que a estos efectos el Reglamento y los requisitos de seguridad jurídica propician la posibilidad de que sea subsanado este error a través de una votación en el Pleno. Por lo tanto, después de producido el debate y considerando la cuestión suficientemente debatida, esta Mesa estima que las enmiendas 37 y 40, del Grupo Nacionalista Vasco han sido aprobadas por la Comisión.*

Este error es el que conllevó que el texto aprobado por el Dictamen de la Comisión fuera contradictorio entre los párrafos 5 y 8 del artículo 92.

- Enmienda del Grupo Nacionalista Vasco número 38 quedó rechazada, con 17 votos a favor, 19 en contra y 1 abstenciones.

- Enmienda de Convergencia i Unió número 64 quedó rechazada, con 18 votos a favor, 19 en contra.

- Enmienda del Grupo Parlamentario Popular número 81 quedó rechazada, con 16 votos a favor, 19 en contra y 2 abstenciones.

- Por último se aprueba la enmienda transaccional propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista en relación al artículo 92.6 del CC (Se aprueba con 22 votos a favor y 14 en contra) y en relación al artículo 92.8 del CC (se aprueba con 22 votos a favor y 15 en contra).

Por tanto, tras el Dictamen de la Comisión el texto del artículo 92 CC quedó redactado del siguiente modo[394]:

1.- La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2.- El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimento de su derecho a ser oídos.

[394] *BOCGCD,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 19 de abril de 2005, núm. 16 – 12, pág. 72.

3.- En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4.- Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5.- Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, si existe mutuo acuerdo, o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6.- En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7.- No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8.- Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

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

7.- Debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley

El pleno del Congreso de los Diputados se celebró el 21 de abril de 2005[395].

Comenzó el acto con el discurso del Ministro de Justicia, Sr. López Aguilar, y no aludió en momento alguno al tema que nos ocupa, la guarda y custodia compartida, pese a la trascendencia parlamentaria, repercusión social y "eco" en los medios de comunicación que había tenido.

Las intervenciones, relacionadas con la guarda y custodia compartida, de los distintos diputados fueron las siguientes:

El Sr. Rodríguez Sanchéz, del Bloque Nacionalista Galego, manifestó como debía exigirse un previo acuerdo de los progenitores, y que se debía fijar la custodia atendiendo al interés supremo de los niños.

Por Coalición Canaria, intervino el Sr. Mardonés Sevilla, que planteaba básicamente que además del matrimonio debe tenerse en cuenta los derechos de los hijos, y relacionándolo con el interés del menor, reclamaba la instauración de la mediación familiar parental, y la realización de un informe de mediación familiar parental para una mejor evaluación de la situación.

La Sra. Navarro Casillas, de Izquierda Verde – Izquierda Unida, se une, pese a que su enmienda no había sido aceptada, al consenso que suponía la enmienda que presentó el Grupo Socialista sobre el artículo 92, en concreto la enmienda 48 del Grupo Socialista.

La Sra. Uría Etxebarria, intervino por el Grupo Parlamentario Vasco, manteniendo la enmienda número 38, que se refería a denominar informes del equipo psico - asistencial adscrito a la Administración, en lugar de dictamen de facultativos o especialistas. Asimismo, consideró introducida de manera inadecuada la enmienda número 40[396], que únicamente pretendía la reflexión sobre si la custodia compartida era conveniente o no que estuviera siempre vinculada al mutuo acuerdo[397].

[395] *DSCD,* Pleno y Diputación permanente, año 2005, VIII Legislatura, núm. 84, Sesión plenaria núm. 79, págs. 4094-4110, y las votaciones en las págs. 4132-4133.

[396] Esta enmienda número 40 es la que se voto de forma conjunta con la número 37 del mismo G.P. Vasco, y que fueron ambas aprobadas por un error en la votación que no se subsanó, y que generaba una contradicción entre los apartados 5 y 8 del texto del artículo 92 del Código Civil, tal y como se expuso con anterioridad.

[397] Y concluyó la Sra. Uria Etxebarria como: *Examinado con detenimiento nos parece que es correcta esta fórmula, que el campo que deja a la posibilidad de solicitud por solo una de las partes –fórmula que nos parece siempre abocada al fracaso- está bien plasmado en el texto del artículo 92 y, por tanto, anuncio en este momento que mi formación política va a votar el voto particular que ha sido presentado por el Grupo Socialista entendiendo que lo que no es posible mantener es el tenor actual del artículo 92, que encierra en sí mismo una contradicción (...).*

Ezquerra Republicana de Cataluña, intervino por medio de la Sra. Bonás Pahisa, que se refirió a la necesidad de modificar la denominación patria potestad por responsabilidad parental, y guarda y custodia compartida por alternada.

La Sra. Pigem I Palmés, en representación del Grupo Parlamentario Catalán, intervinó, y en relación a la guarda y custodia compartida, destacó que no nos encontramos hablando de la titularidad de la patria potestad, ni de su ejercicio, sino que: *Estamos hablando de la custodia, de dónde duerme el menor cada día, a qué hora, de qué pautas cotidianas de cuidado, de alimentación, de higiene, de criterios, etc..., se han de tener*[398].

La Sra. Matador Matos, del Grupo Parlamentario Popular, defendió la postura de que la guarda y custodia compartida debía limitarse a los supuestos de mutuo acuerdo[399].

Por último, por el Grupo Parlamentario Socialista, intervino el Sr. Villarrubia Mediavilla, que aludió a la mejora del dictamen, y del Proyecto de Ley, del que se observa que han negociado *de verdad*. Más adelante en su intervención, analizó lo referente a la custodia compartida, y se cuestionó las dos posiciones claramente opuestas de negar o admitir la posibilidad de fijar la custodia compartida en el supuesto de petición de una sola de las partes, añadiendo su voluntad de alcanzar el mayor consenso posible, para lo cual mostró su disposición a negociar hasta el trámite del senado.

En el debate en el pleno, en las votaciones, la única votación favorable se refirió a la votación del voto particular del artículo primero punto 7 del proyecto en lo referente al artículo 92 párrafo quinto del Código Civil, enmienda número 40 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), voto particular idéntico al presentado por el Grupo Parlamentario Socialista, por lo que ambos votos particulares se sometieron juntos a votación. La votación tuvo el siguiente resultado: Votos emitidos: 325, a favor, 190, en contra, 5, abstenciones 130, quedando aprobado.[400]

[398] Continúa la Sra. Pigem I Palmés: *Hablar de estos temas cotidianos y hacerlos uno o dos o días en casa de cada progenitor cuando no hay acuerdo y muchas veces ni siquiera comunicación entre los progenitores, se nos antoja francamente difícil. Nosotros preferiríamos dejarlo para el mutuo acuerdo, por entender que compartir el cuidado cotidiano exige per se una capacidad de acuerdo entre los progenitores (...).*

[399] Dice la Sra. Matador Matos: *(...) Hoy por hoy es muy difícil materializar una custodia compartida en aquellos casos en que ambos progenitores no estén dispuestos a llevarla a cabo (...) La custodia compartida en uno o en distintos domicilios, créanme, salvo que las partes lo acepten y estén dispuestas a ceder frente al otro en beneficio de sus hijos, la veo difícil.*

[400] *DSCD,* Pleno y Diputación permanente, año 2005, VIII Legislatura, núm. 84, Sesión plenaria núm. 79, págs. 4132-4133.

Con respecto a la votación del Dictamen de la Comisión, dio el siguiente resultado: votos emitidos 324; a favor, 192, en contra, 5, abstenciones, 127, quedando aprobado el dictamen del proyecto de ley.[401]

El texto aprobado por el Pleno del Congreso el 6 de mayo de 2005[402] coincide con el propuesto por la Comisión, a excepción del inciso del mutuo acuerdo que introdujo ésta. El apartado 5º quedó finalmente redactado:

5.- Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

8.- Enmiendas del Senado[403]

En el Senado se efectúan al artículo 92 del Código Civil, según el Índice de Enmiendas, las siguientes enmiendas:

- Enmnienda nº 1, del GPMx.
- Enmienda nº 3, GP Senadores Nacionalistas Vascos.
- Enmienda nº 4, GP Coalición Canaria.
- Enmiendas nº 5, 6, 7 y 8, del GP Entesa Catalana de Progrés.
- Enmienda nº 26, del GP Popular.
- Enmiendas nº 37 y 38, del GP Socialista.

La enmienda nº 1, del GPMx, propone la sustitución del texto del artículo 92 CC, de igual forma y con la misma justificación, que la enmienda nº 42 presentada ante el Congreso.

La enmienda nº 3, del GP de Senadores Nacionalistas Vascos, propone la modificación del artículo 92.9 CC, en el mismo sentido que la enmienda nº 38 presentada ante el Congreso, es decir recogiendo *(...) dictamen del equipo psico-*

[401] *DSCD,* Pleno y Diputación permanente, año 2005, VIII Legislatura, núm. 84, Sesión plenaria núm. 79, pág. 4133.
[402] *BOCGCD*, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de mayo de 2005, núm. 16-13, págs. 79 - 80.
[403] *BOCGS,* VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 26 de mayo de 2005, núm. 14 (c).

asistencial adscrito a la Administración de Justicia (...). Justifican esta enmienda en igual sentido que en la enmienda del Congreso.

La enmienda nº 4, del GP de Coalición Canaria, pretende la modificación del artículo 92.8 CC, suprimiendo la expresión *excepcionalmente*, justificando la modificación en mantener la coherencia con la filosofía del Proyecto de Ley.

El GP Entesa Catalana de Progrés, plantea las siguientes enmiendas:

La enmienda nº 5, que propone la sustitución del apartado 8 del artículo 92, por la siguiente redacción: *8. Cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida si de esta forma se protege mejor el interés superior del menor.* Justifican la sustitución en que debe primar el interés del menor como criterio rector de la resolución judicial, en la materia de guarda y custodia compartida.

La enmienda nº 6 propone la modificación del apartado 7 del artículo 92 del CC, en concreto, en el comienzo del apartado añade: *7. No procederá cautelarmente la guarda conjunta (...).* Y añade la siguiente redacción: *(...) con ambos; sin perjuicio de la revisión de la resolución en materia de guarda y custodia en los supuestos de sobreseimiento o absolución posteriores.* Justifican la medida en revisar la denegación de la guarda y custodia adoptada de manera cautelar, a fin de evitar la lesión del derecho constitucional de inocencia del padre o madre imputados.

La enmienda nº 7 propone la supresión del párrafo segundo del apartado 7 del artículo 92 CC, justificando dicha supresión en que dicha redacción vulnera *(...) las garantías procesales de las partes intervinientes en el proceso.*

La enmienda nº 8 propone la sustitución del texto del artículo 92 CC, por el mismo texto propuesto en la enmienda nº 1, y con la misma justificación, que a su vez es igual que la enmienda nº 42 presentada ante el Congreso.

El Grupo Parlamentario Popular presenta la enmienda nº 26, que propone la modificación del texto del artículo 92 CC, de igual forma y con la misma justificación que en la enmienda 81 presentada por este grupo en el Congreso de los Diputados. Fue éste el único Grupo Parlamentario que mantuvo, mediante esta enmienda, su posición de excluir la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos.

La enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario Socialista, modifica el artículo 92.8 CC, proponiendo el siguiente texto: *8. Sólo excepcionalmente, cuando no se den los*

supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe favorable por el Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que la ubicación de los domicilios de los padres el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales. Se justifica esta enmienda en introducir garantías adicionales para el caso de custodia compartida en supuestos contenciosos, pretenden asegurar la estabilidad del menor.

La enmienda nº 38 modifica el apartado 9 del artículo 92 CC, introduciendo un último párrafo que dice: *En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida sin que medie mutuo acuerdo.* Nuevamente justifican la enmienda en introducir garantías adicionales.

9.- Fase de Ponencia en el Senado

En el informe de la Ponencia[404] se incorpora únicamente la enmienda número 36, del Grupo Parlamentario Socialista, que se refiere al título de la ley. El resto de enmiendas presentadas son diferidas al debate en Comisión.

En la fase de discusión y estudio del informe de la ponencia, los senadores mantuvieron las enmiendas presentadas[405]:

- La Sra. López Aulestia, GPMx, mantuvo la enmienda número 1.
- El Sr. Ayala Fonte, de Coalición canaria, la número 4.
- Por el Grupo Vasco, la Sra. Etxegoyen Gaztelumendi, mantuvo la número 3.
- El senador Bofill Abelló, por el GP Entesa Catalana de Progrés, mantuvo la número 5, 6, 7 y 8, y las argumentó brevemente:
  - Refirió como el objetivo de la número 5 es dar potestad al juez *para poder acordar la guarda y custodia compartida a instancia de una de las partes.*
  - La número 6 y 7 pretende evitar las falsas denuncias en los procedimientos en los que se solicita la custodia compartida.

[404] *BOCGS,* VIII Legislatura, Senado, Serie II, Proyectos de Ley, 7 de junio de 2005, núm. 14 (d).
[405] *DSS,* VIII Legislatura, Senado, Comisión de Justicia, 14 de junio de 2005, núm. 184.

  - Con respecto a la 8 manifiesta que es una enmienda que proviene de una planteada en el Congreso de los Diputados.

- La Sra. Martínez García, defendió por el GP Socialista las enmiendas número 37 y 38. Reitera como ambas enmiendas tienen como objetivo *(...) introducir garantías adicionales que aseguren la estabilidad del menor respecto al régimen de guarda y custodia compartida (...)*, tanto si es, como sino es, acordado por los cónyuges. Continúa la Sra. Martínez defendiendo las enmiendas referidas y sobre todo la propuesta de transacción que plantean respecto de los apartados 6, 8 y 9 del artículo 92[406].

- Por el Grupo Parlamentario Popular, la Sra. De España Moya, mantuvo la enmienda número 26 y la opinión de su grupo, en relación a que la guarda y custodia compartida sea acordada sólo en procedimientos de mutuo acuerdo[407].

Tras las intervenciones, y en el turno en contra, la Sra. Martínez del GP Socialista, rebatió al Grupo Popular, en concreto su enmienda número 26[408].

[406] A tal fin efectúa unas reflexiones sobre la guarda y custodia compartida, entre ellas dice: *Los requisitos de esta especial situación, cuando la misma no sea decisión conjunta de los progenitores, hacen que deba ser excepcional, atendiendo esencialmente al interés de los menores, que ha de ser el principal objetivo de la decisión. Sólo si se garantiza esa estabilidad, si se informa sobre la conveniencia para ello de esta forma de régimen de guarda, si las relaciones con los progenitores lo permite, si la vida de relación de los menores no se ve sustancialmente alterada y si no hay ningún elemento negativo que desaconsejen este régimen, podrá aplicarse el mismo. Esa es la filosofía que, como digo, impera en este proyecto. La excepcionalidad es, así, un mensaje de garantía para los menores, y una decidida exigencia en la motivación de la decisión, cuestiones ambas claramente implicadas en la filosofía del proyecto.* Tal y como he refererido, es llamativo que Grupo Parlamentario Socialista tienda a restringir durante el trámite parlamentario cada vez más la posibilidad de la guarda y custodia compartida en el supuesto de petición unilateral, llegando a parecer una obviedad que deba ser excepcional su fijación, apelando incluso a que esa *es la filosofía que, como digo, impera en este proyecto.*

[407] Argumentaba la Sra. De España Moya: *Nuestro grupo considera que sólo debe otorgarse la custodia compartida cuando se solicite por mutuo acuerdo de las partes y no debería concederse en caso de discrepancia de las partes; pensamos que es más beneficioso para el menor porque para que funcione la custodia compartida, debe existir un grado de colaboración, de buena comunicación entre los padres, un cierto grado de armonía entre los progenitores, al menos en lo que respecta a los hijos, su vida, su salud, educación, etcétera. El Grupo Parlamentario Popular, al igual que otras personas entendidas en la materia, considera que resulta incompatible este grado de sintonía cuando no existe conformidad sobre la misma. Difícilmente habrá conformidad entre las partes si no han logrado siquiera ponerse de acuerdo en la forma de su separación. Algunas personas consideran incluso que nos encontramos ante un experimento, un ensayo, una prueba, y partiendo de esta calificación, se niegan a que el objeto de estas experimentaciones sea sus propios hijos. Esta senadora considera humildemente --no sabe si está en lo cierto-- que se debería esperar a que se dictaran muchas custodias compartidas de mutuo acuerdo, comprobar cómo funcionan, y después, cuando la sociedad estuviera ya preparada, proceder a la ampliación de la misma.*

[408] La Sra. Martínez decía que *(...) el grado de conflicto que hay en un pareja cuando se rompe con motivo de una separación o divorcio, no puede ser medido por nadie al margen de ellos. Son los cónyuges los que deciden si siguen compartiendo el cuidado de los niños, su guardia y custodia o no, de tal modo que el simple no consentimiento de uno de los cónyuges coloca al otro automáticamente en la posición de veto. El juez es el que debe valorar el alcance de un conflicto en la pareja, precisamente con todas las cautelas y garantías que incluimos en las enmiendas transaccionales que he expuesto para conseguir la estabilidad y el bien del menor. El juez debe medir el alcance de esa crisis y valorar si por*

Finalmente tras las intervenciones en el turno en contra las formaciones políticas mantuvieron sus enmiendas.

Se mantuvo por tanto el Informe de la Ponencia, tal y como se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, y se votó el mismo. La votación tuvo el resultado de 12 votos a favor y 12 abstenciones, quedando aprobado el Informe de la Ponencia en los términos publicados.

10.- Fase de Comisión en el Senado

En la Comisión de Justicia celebrada el 14 de Junio de 2005[409] se defendieron las enmiendas:

- La Sra. López Aulestia, del GPMx, mantuvo las dos enmiendas a la espera de un posible acuerdo transaccional.

- También el Sr. Ayala Fonte, del G.P. Canario, mantuvo su enmienda en espera de un acuerdo transaccional.

- La Sra. Etxegoyen Gaztelumendi, del G.P. Vasco, dió por defendida su enmienda en los términos recogidos en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

- El Sr. Bofill Abelló, del G.P. Entesa Catalana de Progrés, dio por defendidas las enmiendas justificando muy levemente la número 5, 6 y 7, en los términos anteriormente expuestos.

- La Sra. Martínez García, intervino por el G.P. Socialista, y defendió las enmiendas 37 y 38, con los mismos argumentos que en la fase de discusión del informe de la ponencia.

- Posteriormente intervino la Sra. De España Moya, defendiendo la enmienda número 26, manteniendo en su defensa la postura, entre otras, de que sólo debe fijarse la guarda y custodia compartida en supuestos consensuales.

Tras la réplica de la Sra. Martínez, la Sra. De España volvió a intervenir manteniendo su postura.

---

las relaciones de los cónyuges y de éstos con sus hijos, del entorno que les acompaña, domicilio, situación, ambiente social, en determinados casos puede dictaminar la custodia compartida o no. Hay que decir que en estos momentos los tribunales están adoptando sentencias de custodia compartida --han llegado, por supuesto, muchísimas a la Audiencia-- con independencia de que el Código Civil no recoja tal figura. Y yo entiendo que lo hacen porque los tribunales de justicia españoles además de aplicar las disposiciones del Código Civil, están vinculados por otros muchos derechos y obligaciones que deben aplicar, me estoy refiriendo a los propios derechos fundamentales de los menores recogidos en convenios internacionales.

[409] *DSS,* año 2005, VIII Legislatura, Comisiones, núm. 184, 14 de junio de 2005, pág. 28 a 36.

El día 17 de junio de 2005[410], Don Manuel Cavero Gómez, Letrado Mayor del Senado, traslada al Excmo. Sr. Presidente del Senado, como la Comisión de Justicia, *(...) visto el Informe emitido por la Ponencia designada para estudiar el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, ha acordado aceptar como Dictamen el texto propuesto por la misma, que introduce modificaciones en el remitido por el Congreso de los Diputados.*

Existieron una serie de votos particulares al Dictamen emitido por la Comisión de Justicia en el Proyecto de Ley. Los que afectan a enmiendas al artículo 92 del Código Civil son:

- Núm. 1: Fue del G.P. de Senadores de Coalición Canaria (GPCC), quienes mantenían como votos particulares al texto del Proyecto de Ley, para su defensa en el Pleno, la enmienda nº 4.

- Núm. 2, de Doña Isabel López Aulestia y Don Eduardo Cuenca Cañizares (GPMX), que mantenían como votos particulares la enmienda nº 1.

- Núm. 4, del G.P. de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), presenta como voto particular la enmienda nº 3.

- Núm. 5, del Grupo Parlamentario Socialista, mantiene las enmiendas nº 37 y 38.

- Núm. 6., del G.P. Popular, que mantiene como voto particular para su defensa ante el Pleno, la enmienda nº 26.

- Núm. 7, del G.P. Entesa Catalana de Progrés, mantiene las enmiendas nº 5 a 8.

11.- Debate en el Pleno del Senado del Proyecto de Ley

El pleno del Senado se celebró el 22 de junio de 2005[411]. Comenzó el debate de las enmiendas la Sra. López Aulestia (GPMX), que defendía la enmienda nº 1 y argumentaba: *Desde Izquierda Unida hemos defendido siempre la custodia compartida. Creemos que las leyes debe tener un efecto pedagógico y el hecho de que tanto los padres como las madres, es decir, los progenitores, tengan la obligación de hacerse cargo de los hijos, de su cuidado, manteni- miento y educación, nos ha parecido fundamental.* Sin embargo, finaliza concluyendo que su Grupo Parlamentario votaría a

---

[410] *BOCGS,* VIII Legislatura, Senado, Serie II, Proyectos de Ley, 17 de junio de 2005, núm. 14 (e).

[411] *DSS,* año 2005, VIII Legislatura, núm. 45, págs. 2.483 – 2.497, y las votaciones en las págs. 2.498 – 2.499.

favor, si todos los grupos la apoyaban, la enmienda transaccional que se estaba planteando, y en tal caso retiraría su enmienda.

Continuó el Sr. Ayala Fonte, del G.P. de Senadores de Coalición Canaria (GPCC), que mantenía la enmienda nº 4, y aludía a que el Proyecto de Ley que ha resultado del Congreso de los Diputados regula una custodia compartida muy tímida, y mediante la enmienda nº 4 pretende que se borre la palabra excepcionalmente[412].

La Sra. Etxegoyen Gaztelumendi, del G.P. de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), que mantenía su enmienda nº 3, se refería a una nueva redacción del artículo 92.9 CC, aludiendo al *(...) dictamen de un equipo psicoasistencial adscrito a la Administración de Justicia.*

Por G.P. Entesa Catalana de Progrés, compareció el Sr. Bofill Abelló, que defendía las enmiendas nº 5 a 8, y retiró todas ellas. En concreto retira la enmienda nº 5, que se refería al termino "excepcional" del artículo 92 CC y a no limitar la capacidad jurisdiccional del Juez con el informe favorable del Ministerio Fiscal, a favor de la enmienda transaccional, dado que enmarca mejor la decisión del juez. No obstante sí alude a que: *No hemos conseguido quitar la palabra «excepcionalmente», pero creemos que esto no puede ser óbice, en ningún caso, para que el juez admita a trámite la demanda de guardia y custodia compartida y, por lo tanto, en el procedimiento verá si, dadas las circunstancias del caso, éste debe continuar hasta conceder la guardia y custodia compartida o no, con las condiciones que estime pertinentes.*

La Sra. Martínez García, intervino en nombre del G.P. Socialista, que defendía las enmiendas 37 y 38, y apeló a la transacción, dando argumentos iguales a los esgrimidos en la fase de ponencia.

Por el G.P Popular, la Sra. De España Moya, intervino para defender la enmienda número 26, y también argumentó en igual sentido que en la fase de

[412] Ayala Fonte decía: *Nosotros entendemos que una separación matrimonial no debe implicar una separación de padres e hijos, que el ejercicio de la patria potestad compartida que dictan las jueces en casi todas las separaciones no es posible ejercerla con eficacia sin que la guardia y custodia sea también compartida. La enmienda que ha presentado Coalición Canaria va dirigida a que la custodia compartida no sea concedida de manera excepcional sino que se estudie —no que se imponga— en todos los casos en que es solicitada por uno de los cónyuges, porque de no ser así puede convertirse en algunos casos el criterio de mutuo acuerdo en un veto de un cónyuge contra otro. Queremos una ley que proteja el derecho de los hijos a continuar teniendo un padre y una madre después de la separación de éstos, lo que pasa por la implantación de la custodia compartida, que es un derecho de los hijos que será otorgada por decisión judicial, no por imposición judicial, como algunos nos pretenden confundir, en aquellos casos que, previo estudio, se estime adecuado por el juez. Por eso la enmienda de Coalición Canaria es muy sencilla, sólo pide que se borre la palabra excepcionalmente del texto, y en lo demás estamos totalmente de acuerdo.*

ponencia[413].

En un segundo turno de los portavoces, se repitieron similares planteamientos y mantuvieron las mismas posturas.

En la votación de las enmiendas, los resultados fueron los siguientes:

- La enmienda nº 1 del GP Mixto fue retirada por la Sra. López Aulestia.

- La enmienda nº 4 del G.P. Coalición Canaria, quedó rechazada con 6 votos a favor, 241 votos en contra y 8 abstenciones.

- La enmienda del G.P. Popular, la nº 26, quedó aprobada con 125 votos a favor, 124 en contra y 7 abstenciones.

Se votaron las propuestas de modificación:

- La número 32925, firmada por todos los portavoces, al artículo primero, en lo que corresponde al artículo 92, apartados 6, 8 y 9 del Código Civil, se aprueba por asentimiento.

- La número 32926, firmada por todos los grupos salvo el G.P. Popular, al artículo 92 apartados 6, 8 y 9 del Código Civil, quedó aprobada, con 130 votos a favor y 125 en contra.

- La número 32927, firmada por todos los portavoces, se aprueba por asentimiento.

- La número 32928, firmada por todos los portavoces, se aprueba por asentimiento.

- La número 32929, firmada por todos los portavoces, se aprueba por asentimiento.

- La número 32930, firmada por el G.P. Popular, el G.P. de Senadores Nacionalistas Vascos, el G.P. Catalán Convergència i Unió y el G.P. Mixto, de adición de la disposición final quinta, quedó aprobada con 147 votos a favor y 108 en contra.

Se votó el dictamen:

- En primer lugar, la disposición final quinta, introducida por la enmienda

[413] De España Moya mantenía *que sólo debe otorgarse la custodia compartida cuando haya acuerdo entre las partes* y concluye su argumento planteando: *Si hay dudas, ¿no sería más coherente admitirlas únicamente en caso de mutuo acuerdo? Consideramos que al no determinar el proyecto la custodia compartida, no marcar límites ni distinciones para este tipo de custodia, cada juez aplicará su criterio, con la consiguiente inseguridad jurídica. Algunas personas incluso consideran que nos encontramos ante un experimento, un ensayo, una prueba y, partiendo de esta calificación, niegan que el objeto de estas experimentaciones sean sus propios hijos.*

consecuencia de la propuesta de modificación con número de registro 32931, se aprueba, con 145 votos a favor y 111 en contra.

- Lo modificado del dictamen por las enmiendas aprobadas del G.P. Popular, queda rechazado, con 7 votos a favor, 124 en contra y 125 abstenciones.

- Resto del dictamen, queda aprobado, con 130 votos a favor y 125 abstenciones.

12.- Variaciones del Senado publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales

Tras la publicación en el BOCGS[414], el artículo 92 quedó modificado en los siguientes párrafos del siguiente modo:

- Apartado nº 6: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

- Apartado nº 8: *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales.*

- Apartado nº 9: *El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del Equipo psicoasistencial adscrito a la Administración de Justicia o de especialistas debidamente cualificados, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En todo caso, el dictamen será preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8.*

[414] *BOCGS,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16 – 14, 30 de junio de 2005.

13.- Pleno del Congreso de los Diputados para debatir las modificaciones introducidas en el Senado

En la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 29 de junio de 2005[415], último trámite parlamentario, se votaron las enmiendas introducidas por el Senado.

Comenzó la fijación de posiciones de los grupos parlamentarios, sobre las 11 horas de la noche, el Sr. Fernández Dávila por el Grupo Mixto, quien tras plantear la importancia de la Ley, concluye que apoya las enmiendas del Senado, pese a que las cuestiones no quedan del todo resueltas tal y como gustaría a su grupo parlamentario.

En nombre de Coalición Canarias, el Sr. Mardones Sevilla, consideró que las enmiendas del Senado habían introducido mejoras de tipo técnico y también de adecuación del título y de la exposición de motivos. Y destacó las enmiendas más significativas a su juicio del Senado y que adelantaba iban a votar favorablemente. Entre ellas estaba la modificación del artículo 92 CC en su apartado 6.

Por el Grupo Parlamentario Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds, intervino la Sra. García Suárez, que efectuó un resumen de la tramitación parlamentaria en relación con la guarda y custodia, en el que mostraba la conformidad de su Grupo con la regulación de la guarda y custodia compartida en el Proyecto de Ley, y a continuación se refirió al texto remitido por el Senado, considerando que pese a no ser el inicial texto, sí consideran que se recoge una fórmula más justa y flexible, y por tanto, afirma que van a votar a favor de las enmiendas propuestas por el Senado[416].

[415] *DSCGCD,* Pleno y Diputación Permanente, año 2005, VIII Legislatura, núm. 102, 29 de junio de 2005, pág. 5.195.

[416] Respecto de la guarda y custodia analiza el texto del Senado del siguiente modo: *En cuanto a la primera, introduce una nueva denominación concretamente de guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna que define, a nuestro entender, mucho mejor la medida y es el término empleado en otras legislaciones, como la francesa, para referirse a este acuerdo, enmienda que fue presentada en este caso por el Grupo de Izquierda Unida en el Senado. No obstante, se continúa manteniendo la excepcionalidad de la medida en cuanto a la guarda y custodia compartida, pero hay un cambio importante en cuanto al informe preceptivo del ministerio fiscal, ya que se vuelve a la redacción original del proyecto de ley y se elimina el carácter favorable de dicho informe. De esta forma se evita lo que a nuestra manera de ver era una restricción al arbitrio judicial y a la función de juzgar que tiene asignada constitucionalmente el juez. Se introducen por eso dos cautelas concretas que son la ubicación del domicilio y la estabilidad y*

Por el Grupo Parlamentario Vasco, intervino la Sra. Uría Etxebarría, y respecto al punto 8 del artículo 92 CC, afirma que el texto del Congreso le parecía a su Grupo más acertado, dado que hablaba del informe favorable del Ministerio Fiscal, que el planteado en el Senado. Sin embargo, entendiendo que en el texto del Senado se fijan suficientes garantías, sostiene que en este punto su grupo no va a votar en contra. De hecho finaliza su intervención manifestando que su grupo va a votar a favor de todas las enmiendas del Senado, a excepción de la referente a la Disposición Final Segunda bis.

La Sra. Bonás Pahisa, en nombre del Grupo de Esquerra Republicana de Catalunya, también afirma que su grupo no va a votar en contra de las enmiendas del Senado, a excepción de la referente a la Disposición Final Segunda Bis[417].

Continúo la Sra. Pigem Palmés, del Grupo Parlamentario Catalán, quien tras valorar positivamente algunas de las enmiendas del Senado, y aludiendo a la Ley de forma general afirma: *(...) no sé si el texto final va a responder a las expectativas que se habían creado en varios temas, pero especialmente con respecto al tema de la llamada custodia compartida o custodia alternada*[418].

desarrollo de personalidad de los menores, que en definitiva pretenden garantizar el interés superior del menor, y que nosotros compartimos, ya que la cautela y vigilancia del menor era nuestro interés fundamental y no está reñido para nada, todo lo contrario, con el derecho a la guarda y custodia compartida, pues tener a priori ese derecho por igual ambos padres no hubiera significado la no existencia de cautela y que el juez determinara la concreción de esa guarda y custodia compartida teniendo en cuenta todos los elementos que afectan al interés del menor. En este sentido, resulta positivo la mención que recoge la ley en el punto 92.9 en cuanto a la posibilidad de que el juez pueda recabar dictamen del equipo psicoasistencial adscrito a la Administración de Justicia cuando se trate de peticiones de guarda y custodia compartida solicitada por una de las partes y, por tanto, que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva. También es importante resaltar el texto que se recoge en la disposición final primera en defensa de los derechos de los menores en las exploraciones en procedimientos civiles, haciendo alusión a las condiciones idóneas para llevarse a cabo sin interferencias y con la participación de especialistas cuando sea necesario. Por tanto, si bien no se recoge el derecho de los dos progenitores a la guarda y custodia compartida, con todas las cautelas que se podían haber puesto y que lamentamos, no obstante, repito, aquel progenitor que la pida como mínimo ahora tiene un camino para conseguirlo, ya que aunque se mantiene la excepcionalidad esperamos que en la práctica no vaya a significar la anulación de esa medida, sino al contrario.

[417] Durante su discurso, respecto de la guarda y custodia compartida dice lo siguiente: *Ha sido motivo de controversia el ofrecimiento legal de la custodia compartida. Hay grupos que abogan por la custodia compartida en todos los casos y hay otros que abogan por que en ningún caso haya custodia compartida.En una sociedad ideal, la custodia alterna o compartida debería ser la norma. Los hijos o hijas tienen derecho a una convivencia con los dos progenitores. Cuando los progenitores deciden terminar su vida en común, el bien más importante es proteger el bienestar de los hijos que ven destruida su forma de vida. El régimen de visitas es claramente insuficiente para el desarrollo de una relación auténtica paterno o materno filial. La situación ideal es la custodia alternada cuando se realiza de mutuo acuerdo y los dos progenitores mantienen una relación correcta entre ellos en función del bienestar de sus hijos e hijas. (...) Cuando las condiciones de separación son conflictivas no es seguro que la custodia compartida sea la mejor solución para el bien del menor.*

[418] Y continúa la Sra. Pigem Palmés: *Sinceramente pensamos que tanto la propuesta inicial como sucesivas autoenmiendas del Grupo Socialista no han logrado contentar a nadie pero, en todo caso, no queremos ser pesimistas, la entrada en vigor de la ley y la aplicación de estas nuevas disposiciones serán lo que, más allá de juicios en buena parte hoy meramente especulativos, nos confirmará la bondad de las*

Continúo la Sra. Matador De Matos, que representaba al Grupo Parlamentario Popular, y adelantó en el inicio de su intervención que su voto iba a ser afirmativo a todas las enmiendas del Senado, a excepción de los párrafos 8 y 9 del artículo 92 CC, negándose a la posibilidad de fijación de la custodia compartida en supuestos contenciosos[419].

Por último intervino el Grupo Parlamentario Socialista, por medio del Sr. Villarrubia Mediavilla, afirmando que el conjunto de enmiendas del Senado mejora de manera importante el texto de la ley que resultó del Congreso. Respecto de la guarda y custodia compartida, negó la contradicción argüida por la representante popular entre el Presidente de Gobierno y el Ministro de Justicia, dado que para el Grupo Socialista en *(...) un tema tan delicado como es la custodia compartida, el compromiso fue negociar hasta el último día para intentar conseguir el mayor grado de consenso.* Y lamentaba que el Grupo Popular se quedara sólo en esta materia.

Posteriormente se efectuaron las votaciones, a la 1 de la madrugada, cuyo resultado fue absolutamente incoherente, atendiendo a los discursos expuestos en el que se postulaban a favor de las modificaciones del Senado la mayoría de los Grupos Parlamentarios, en relación con las enmiendas a los números 8 y 9 del artículo 92 CC:

- Primero se votaron las enmiendas a los apartados número 8 y 9 del artículo 92 del Código Civil, que quedaron rechazadas, con 320 votos emitidos, 32 a favor y 288 en contra. Ciertamente este rechazo a estas enmiendas no tenían coherencia con las

mismas o, por el contrario, su inviabilidad de la manera en que vienen planteadas y la necesidad en este caso de nuevas modificaciones (...).

[419] Esta negativa a la guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos, manteniendo su postura, la defendió con, entre otros, los siguientes argumentos: *Entro ya de lleno en las enmiendas del Senado, resaltando que al final ha primado el criterio del ministro de Justicia frente al del señor Zapatero en relación con el otorgamiento de las custodias compartidas en los divorcios contenciosos. Si recuerdan ustedes, el pasado 20 de abril el señor presidente del Gobierno se comprometió a revisar esta cuestión en el trámite del Senado y finalmente no ha sido así. Como les dije en el debate que tuvimos en esta Cámara, han querido contentar a unos y a otros, a asociaciones de padres y a asociaciones de madres separadas, en un tema tan polémico como es la custodia compartida en el caso de divorcios contenciosos. Esa no es la cuestión. Nosotros también nos hemos reunido con todas esas asociaciones, con jueces, con abogados de familia, hemos atendido algunas de sus peticiones en nuestras enmiendas, pero en esta cuestión para nosotros ha primado siempre el interés del menor, el interés de los hijos. Ustedes, vía enmiendas del Senado, han querido -manteniendo el carácter excepcional de la custodia compartida en los casos a los que me he referido- establecer aún más restricciones con ese informe preceptivo en algunos casos, en otros favorable del ministerio fiscal, así como respecto a los domicilios. Todas estas cuestiones, al no venir ni siquiera definida la custodia compartida en la ley, van a crear, a nuestro juicio, una inseguridad jurídica, al no señalarse el límite ni restricciones para ese tipo de custodias por parte del juez, y cada uno aplicará su criterio. En esta cuestión, el Grupo Parlamentario Popular lo tiene claro -hemos sido coherentes desde el primer momento- y en aquellos en que no exista mutuo acuerdo es muy difícil otorgar una custodia compartida. Nosotros no hemos dicho en ningún momento que tenga que ser para la madre. Será el juez quien valore quién de los dos progenitores está más capacitado o puede ejercer mejor esa custodia.*

manifestaciones efectuadas por los G.P. en sus intervenciones, que en principio estaban de acuerdo en su mayoría en votar a favor de las mismas, por tanto, la única explicación que encuentran los distintos autores es que se trató de un error. Para García Rubio y Otero Crespo[420] esta votación se debió a un error, dado que el texto del que resultó del Senado fue resultado del acuerdo de todos los grupos parlamentarios menos el Partido Popular, por tanto *(...) según todos los indicios, el destinado a convertirse en el definitivo tenor de la nueva ley. Ocurrió, sin embargo, que un error en la votación del Congreso de las enmiendas del Senado al proyecto de Ley por parte del Grupo Socialista propició el rechazo de la que se acaba de señalar y, consiguientemente, que el texto publicado en el BOE haya sido el que salió del Congreso en el primer debate, sin más variación que la mención en el párrafo sexto a que el juez, para otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia haya de valorar, además de las relaciones que mantengan los padres entre sí, las que mantengan con sus hijos.* Rodríguez Chacón[421] por su parte se pregunta: *¿Fue por cansancio, por confusión, por ambas cosas o por otra distinta?*. Ciertamente esta circunstancia, si se trató de un error es de lamentar, dado que entre el texto que debería haber sido aprobado y el aprobado finalmente, que fue el que se aprobó en el Congreso, existen diferencias relevantes que se irán señalando en el desarrollo del presente trabajo. Y si no se trató de un error, son incomprensibles los discursos de los parlamentarios y el motivo de los mismos.

- Segundo, se votó la enmienda por la que se añade una disposición final segunda bis, que también quedó rechazada, con 319 votos emitidos, 139 a favor, 180 en contra.

- El resto de enmiendas se votaron en bloque, y efectuada la votación quedaron aprobadas con 320 votos emitidos, 318 a favor y 2 en contra.

Finalizó así la tramitación parlamentaria de la que resultó el texto final del artículo 92 CC incluído en la Ley 15/2005, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 9 de Julio de 2005.

[420] Para GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, pág. 94.
[421] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación…*, *op.cit.*, pág. 109.

CAPÍTULO V.- CUESTIONES GENERALES PREVIAS: PROCESO MATRIMONIAL COMO PROCESO ESPECIAL Y EL PRINCIPIO DE INTERÉS DEL MENOR

1.- Proceso matrimonial como proceso especial

El proceso matrimonial es un proceso especial que tiene múltiples singularidades que lo diferencian del proceso civil general en algunos de sus principios básicos. Ello no es óbice para que la regulación del proceso civil general sea el sustrato de cualquier regulación civil especial, de hecho es aplicable subsidiariamente, y sus principios generales son de enorme trascendencia en la labor interpretativa de la amplitud de los artículos de la regulación especial.

Con independencia del propio procedimiento matrimonial, que tiene diferencias y similitudes tanto con el procedimiento verbal como con el ordinario, si atendemos a los principios procesales civiles generales, el decaimiento, debilitación o adaptación de éstos se produce fundamentalmente cuando se discuten, en el procedimiento matrimonial, medidas de *ius cogens*.[422] Estas medidas de derecho necesario conllevan el "tambaleo" de los principios procesales civiles generales, pero no los derrocan o anulan, lo que genera una búsqueda del equilibrio para encontrar donde sí y donde no se aplican. Obviamente la guarda y custodia pertenece a las medidas de *ius cogens* de los procedimientos familiares.

Son muy ilustrativas de lo particular de los procedimientos de familia y de lo expuesto hasta el momento, las palabras de Tapia Fernández[423] cuando explica que éstos

[422] GARCÍA ABURUZA, Mª Paz, "Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales", *Boletín Aranzadi Civil – Mercantil*, núm. 48/2002, BIB 2003\263, www.westlaw.es, afirma: *Los principios inspiradores del proceso civil se van a ver aquí alterados.* Y más adelante, analizando el artículo 752 LEC explica como este artículo: *(...) expresa la abolición de los principios de aportación de parte, dispositivo y de preclusión en materia probatoria. Así el órgano judicial que conozca del proceso matrimonial en cualquiera de las dos instancias, no va a tener que atender solamente a los hechos introducidos por las partes, ni al momento procesal previsto para ello según las reglas generales del proceso civil (arts. 286.4 y 400 LECiv). Además no va a regir la fijación de hechos por admisión expresa o tácita de las partes, conforme a los artículos 281.3 y 405.2 LECiv (aunque también es cierto que el art. 281.3 pone como límite las materias que no sean de derecho dispositivo).*
[423] Continúa TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio. ¿Necesidad de un proceso especial?¿Necesidad de un proceso?,*Aranzadi Civil num. 7/2006-8/2006, Pamplona, 2006: *Se trata de un tipo de procesos que versan sobre un objeto en el que el bien jurídico protegido supera el mero interés privado para erigirse en publico; por tanto, el*

son especiales *(...) porque se configuran bajo unos criterios distintos de los comunes (...),* dado que en dichos procedimientos los principios jurídico-técnicos de los procesos civiles no rigen con plenitud. También se refiere, aludiendo al directamente vinculado principio de interés del menor, al especial tratamiento procesal de las medidas de *ius cogens,* Rivero Hernández[424].

En los siguientes epígrafes se analizarán sucintamente varias cuestiones especiales y los principios procesales que se aplican con peculiaridad en el caso de los procedimientos matrimoniales. Este análisis considero que es muy relevante dada cuenta de que estos principios y especialidades van a jugar un papel protagonista en la interpretación de los dilemas que genera el artículo 92 CC, por tanto, cuando menos brevemente, debo referirme a ellos.

1.1.- Coexistencia de medidas de *ius cogens* con medidas de naturaleza dispositiva

La primera cuestión importante a poner de relieve es la coexistencia en los procedimientos de familia de dos tipos de medidas: las de *ius cogens* y las de naturaleza dispositiva para las partes.[425]

Tal y como se analizará en las páginas siguientes, las consecuencias de unas y otras son muy diferentes en cuanto a la aplicación de los principios procesales civiles.[426]

principio de oportunidad con sus lógicas consecuencias (principio dispositivo y de aportación de parte) debe ceder terreno a favor del principio de oficialidad.

[424] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 36, afirma como: *(...) esa naturaleza de normas de orden público, de ius cogens, justificará un tratamiento procesal específico de cuantos conflictos interpersonales en que se halle implicado el interés del menor lleguen a los tribunales (...).*

[425] SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel y otros, *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Dijusa, Madrid, 2003, pág. 2.402, opina respecto de la coexistencia de ambas medidas: *Se diferencian, en consonancia con lo que es la tónica de este capitulo, los derechos indisponibles de todo punto con aquellos que, siendo ajenos a los mismos, sin embargo son perfectamente disponibles y renunciables, como puede ser el caso de las pensiones compensatorias de los cónyuges.*

[426] PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier y otros, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* 2ª Edición, Lex nova, Valladolid, 2003, pág. 213, alude al artículo 752 LEC en el que se manifiesta la diferencia de consecuencias entre unas y otras medidas: *Teniendo en cuenta la distinción que venimos efectuando entre materias de ius cogens o derecho necesario y aquellas otras de derecho dispositivo de las partes, como la pensión compensatoria del articulo 97 del CC y la indemnización por nulidad matrimonial del articulo 98 del CC, la alegación de hechos nuevos con referencia a estas ultimas cuestiones está exceptuada del régimen especial que se contiene en el articulo 752.1º y, por tanto, quedan sometidas a lo señalado en los artículos 286, 246, 434 y 460 de la LEC.* También TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El nuevo proceso de divorcio...op. cit.,* dice: *Todas estas especialidades reseñadas en el apartado anterior -que suponen una quiebra a las normas dispositivas generales que rigen los procesos civiles comunes- no serán de aplicación respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Titulo, y que tengan por objeto materias sobre las*

1.2.- Principio de justicia rogada y de congruencia

El artículo 216 LEC recoge el principio de justicia rogada: *Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de la aportación de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.*

El inciso final de este artículo, *excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales*, se aplica justamente a las medidas que afectan al orden público de los procedimientos de familia.[427]

Ciertamente en las medidas que afectan a menores o incapaces no se aplica el principio de justicia rogada de igual forma que en la generalidad de los procesos civiles.[428] De hecho, en caso de incongruencia *ultra petita, extra petita o citra petita*, no se considera como tal en estos procedimientos si están basados en el beneficio del menor. Dicho fallo resolviendo más, menos o diferente de lo que se solicita, cuando se produce en los procedimientos de familia con medidas de *ius cogens* es válido, al contrario de lo que sucede en el resto de procesos civiles.

Castillo Martínez[429], analizando el principio de *favor filii* como criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos que afectan a menores, continúa exponiendo como no se homologarán las estipulaciones y pactos de los progenitores si resultan lesivos para los hijos, pudiendo limitarlos o suspenderlos de oficio, habida cuenta de que no impera *con todo rigor en este ámbito el principio de rogación que cederá siempre en beneficio del menor (...).*

que las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable (arts. 751.3 y 752.4 LECiv). Por tanto, la excepción a las especialidades vistas la constituyen aquellas materias respecto de las cuales las partes conservan su libre disposición, por no verse alcanzadas por el interés público o social: para estas materias, las normas y principios aplicables son los generales del proceso civil común (...).

[427] CORDÓN MORENO, Faustino y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 783.

[428] Alude al principio de rogación FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, y otros, *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil,* Iurgium, Barcelona, 2000, pág 3.412: *También vinculan al tribunal las pretensiones patrimoniales y, en general, las de contenido económico salvo los alimentos, pues tales materias no gozan del carácter de "orden publico", ni precisan de especial protección y son esencialmente disponibles y sujetas al principio de rogación de parte, sin que puedan ser adoptadas en ningún caso de oficio, con una incidencia litigiosa especial respecto a la pensión compensatoria. Cuestión distinta son las medidas legales que afecten a los hijos menores, a sus alimentos y a la vivienda familiar respecto de las que el tribunal debe pronunciarse en todo caso, tal como establece el art. 91 CC, con independencia de que hayan sido o no pedidas y de cuáles fueran las solicitadas.*

[429] CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Sepin*, SP/DOCT/1500, en www.sepin.es.

Este decaimiento del principio de justicia rogada y de congruencia se recoge en las sentencias siguientes: La de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de febrero de 2009[430], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de noviembre de 2008[431], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010[432] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 8 de mayo de 2007[433].

Sin embargo, atendiendo a lo referido en los párrafos anteriores, y de modo testimonial, debo aludir a que la regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 en el artículo 92 del Código Civil es absolutamente singular, de hecho es insólita, en relación con la aplicación del principio de justicia rogada, en las medidas de *ius cogens*. El artículo 92 CC exige la petición de una de las partes para poder acordar la guarda y custodia compartida en procedimiento contencioso pese a tratarse de una medida de *ius cogens*. Este "requisito" supone quebrar la dinámica de no exigencia de instancia de parte en dichas medidas, impidiendo que el Juez adopte de oficio la medida de *ius cogens* que considere más beneficiosa para el menor.[434]

1.3.- Cosa juzgada

[430] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 118603/2009): En primera instancia se acuerda una custodia exclusiva materna, y tras recurso de apelación del padre solicitando la compartida, se mantiene la custodia exclusiva a favor de la madre y expresamente afirma respecto del principio de rogación y congruencia: *En los procesos de derecho de familia, y singularmente en los matrimoniales con hijos menores, cuál acontece en el supuesto contemplado, el Juez o Tribunal no se encuentran vinculados por las peticiones de las partes, pudiendo acordar medidas incluso distintas a las por ellas solicitadas siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos (S.T.S. 2-5-1983), por el prevalente interés de estos (...).*

[431] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de noviembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Luis Casero Alonso (EUDER 280637/2008), resuelve un supuesto de modificación de medidas en el que se modifica la custodia compartida por una exclusiva a favor del padre, y concluye que: *(...) tratándose de decidir sobre el interés de un menor, el principio dispositivo claudica y se impone, por el contrario, el inquisitorial o de oficio, pudiendo el tribunal decidir sin atenerse a las pretensiones de las partes, sin incurrir en incongruencia, y teniendo sólo como referencia el superior interés del menor.*

[432] Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (SP/SENT/515134), explica como *(...) en tales procesos, el principio dispositivo no goza de una aplicación plena y absoluta.*

[433] También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2007, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 113848/2007) dice: *(...) al referirse la guarda y custodia a materia de interés público, es susceptible de ser tratada ampliamente por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio, sin afectar al principio dispositivo (...).*

[434] La exigencia de petición de parte para acordar la guarda y custodia compartida en los procedimientos contenciosos será analizada en profundidad más adelante.

El artículo 222 LEC regula la cosa juzgada material de las sentencias firmes, excluyendo *(...) un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo*[435].

Sobre el efecto de cosa juzgada en sentencias matrimoniales, en relación con las medidas derivadas de dichos procedimientos, se argumenta que en estos procedimientos dicho efecto es relativo o temporalmente limitado atendiendo a la posibilidad de su modificación posterior.

A mi juicio este principio procesal general rige, aunque con cierta singularidad, en los procesos de familia. Las sentencias, en cuanto a los pronunciamientos secundarios o medidas inherentes a la separación o divorcio, son susceptibles de modificación, y por tanto la eficacia de la cosa juzgada en esos casos puede estar temporalmente limitada. Digo "puede", porque en caso de que no exista una modificación sustancial de las circunstancias, la fuerza de la cosa juzgada en la sentencia dictada en el procedimiento de familia es igualmente eficaz y contundente que en el resto de procedimientos.

González Del Pozo[436] se postula en este sentido, considerando que las sentencias en dichos procedimientos sí producen el efecto de cosa juzgada material. El autor explica que la cosa juzgada material impide aperturar un segundo juicio sobre el mismo objeto procesal (a través de la litispendencia o de la cosa juzgada), y como en los procedimientos matrimoniales se produce exactamente igual. Ello no obsta para que puedan modificarse las medidas estipuladas, dado que al ser los hechos que fundamenten la modificación, nuevos, distintos y posteriores a los del proceso anterior, el objeto del proceso de modificación de medidas no es el mismo que el del proceso anterior.

[435] ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 339, describe el principio del modo siguiente: *Un elemental principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) impone la estabilidad y permanencia de las sentencias firmes que resuelvan la cuestión de fondo planteada las cuales deben, por tanto, permanecer inalterables e invariables en el tiempo, así como ser ejecutadas en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ).*

[436] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo en HIJAS FERNANDEZ, Eduardo y otros, *Los procesos de familia: una visión judicial,* Colex, Madrid, 2007, pág. 638 - 639. También alude al principio de cosa juzgada en los procedimientos matrimoniales ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Derecho de familia y de la persona,* Tomo 7, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 104: *No obstante, hay que diferenciar lo que es el pronunciamiento principal de los efectos o medidas que son consecuencia de la separación, divorcio o nulidad. El primero está afectado por la cosa juzgada, como cualquier otro pronunciamiento judicial. Pero las medidas sólo son inalterables en tanto y en cuanto no se alteren las circunstancias, que aconsejaron o fundamentaron su adopción. A diferencia de muchos otros litigios, los matrimoniales no sólo resuelven el pasado, como los demás, sino que reglamentan y rigen el futuro. Y lo hacen con base en unos parámetros que no siempre se mantienen constantes.*

En derecho de familia la sentencia está "latente", con efectos de cosa juzgada contundentes en caso de mantenimiento de las circunstancias existentes en el momento de su dictado, pero no existiendo, en la cosa juzgada, alegato de imposibilidad de modificación de la sentencia en caso de cambio sustancial de éstas.

1.4.- Semejanza del procedimiento matrimonial con el proceso penal

Analizando el artículo 752 LEC, atendiendo a los intereses públicos que entran en juego en estos procedimientos matrimoniales, este artículo permite que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, resaltando Cordón Moreno[437], la semejanza de esta norma a la que rige en el proceso penal (art. 729 LECrim).

Asimismo, esta semejanza deviene, entre otras cuestiones, de la búsqueda de la verdad material también en los procedimientos de familia,[438] y de como el tribunal no está vinculado por los hechos fijados por las partes.[439]

1.5.- La última resolución es la que se aplica

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 774.5 LEC[440], titulado *Medidas definitivas*, es eficaz y está en vigor la última resolución dictada en el procedimiento que trate la situación familiar. Para Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[441] esta cuestión es uno de los cambios más relevantes de la LEC 1/2000: *Se trata de incorporar a nuestro ordenamiento la norma de la eficacia de la última resolución dictada. Así la resolución en el pleito principal sobre medidas sustituye a las provisionales, aunque se encuentre apelada, y la dictada en modificación igualmente reemplaza a la anterior, aunque no sea firme.*

---

[437] En este sentido se postula CORDÓN y otros, *Comentarios a la Ley...*, *op.cit.*, pág. 758.

[438] Analizando la posibilidad de petición de prueba de oficio por el Juez, MAGRO SERVET, Vicente, y otros, *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 187, apelan a la búsqueda de la verdad material: *Entendemos que no puede entenderse descabellada esta posibilidad de la prueba de oficio por el Tribunal en aras a buscar la autentica verdad material.*

[439] FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, y otros, *Comentarios a la nueva ley..., op. cit.*, pág. 3.411, en análisis del artículo 752 LEC dicen: *De este modo los hechos alegados por las partes no vinculan al juzgador, que podrá tener en cuenta otros que hayan sido aportados con posterioridad, siempre y cuando hayan quedado acreditados en los autos.*

[440] Dice el artículo 774.5 LEC: *5. Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre nulidad, separación y divorcio.*

[441] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, *op.cit.*, pág. 105.

2.- Interés del menor

Es clave para el objeto de estudio del presente trabajo el principio de interés del menor, dado que la atribución de la guarda y custodia a uno u otro progenitor, o incluso el motivo de la atribución de la misma a un tercero, se sustenta y basa fundamentalmente, o como cuestión prioritaria, en que es lo más beneficioso para el menor. En este sentido, múltiples disyuntivas sobre la interpretación del artículo 92 CC requieren de la alusión a este principio para desequilibrar la balanza hacia una u otra postura, por ello es imprescindible analizarlo mínimamente.

2.1.- Principio superior y guía interpretativa

El principio de interés del menor constituye el principio rector del Derecho de Familia. Es el principio guía, obviamente cuando hay menores y en relación a las medidas que afectan a éstos, de las resoluciones a adoptar en estos procedimientos. La guarda y custodia, como medida que afecta directamente a los menores, debe ser acordada teniendo, no sólo en cuenta, sino como "faro" prioritario, el interés de éstos. Parecen argüir en este sentido respecto del principio de interés del menor múltiples autores como Rivero Hernández[442], Entrena Klett[443], Goiriena Lekue[444], Tamayo Haya[445], Domingo Monforte[446], Herrán Ortiz[447] o Bermúdez Ballesteros[448].

---

[442] RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 28, explica como este principio inunda todo el derecho de la persona y familia, y a su vez, alcanza su influencia a otras partes de nuestro ordenamiento, como al orden procesal, penal, administrativo etc…

[443] Para ENTRENA KLETT, Carlos Mª, *Matrimonio, separación y divorcio,* Aranzadi, 1981, pág. 535, el Código establece *(...) una norma interpretativa y teleológica: todas las medidas que afectan a los hijos se adoptarán teniendo en cuenta, principalmente, sus beneficios.* Es una regla, según el autor, que palia los efectos en los hijos de las rupturas familiares, y asimismo es una regla paralela al criterio general de aplicación de la Ley recogido en el artículo 3.1 del Código Civil: *(...) las normas se interpretarán (...) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.*

[444] GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas*, núm. 16, enero – junio, 2005, pág. 53, considera que este principio es el *principal criterio interpretativo* en las decisiones judiciales relativas a menores.

[445] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 670, lo denomina *principio rector*, siendo el mismo la finalidad que debe perseguirse cuando se adopte cualquier decisión o medida; considerándolo como *(...) un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en este ámbito.*

[446] Para DOMINGO MONFORTE, José, "Regímenes de visitas transfrenterizos. Responsabilidad parental", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 714/2006, BIB 2006\1238, en www.westlaw.es, es un *valor jurídico inesquivable.*

[447] Según HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel en LLEDÓ y SÁNCHEZ y otros, *Los 25 temas..., op. cit.*, pág. 464: *(...) se trata de un principio que vincula no sólo a instituciones públicas y privadas encargadas de*

Este principio general debe tenerse presente tanto en los procedimientos de mutuo acuerdo como en los contenciosos.[449]

La existencia de menores y su beneficio, es uno de los fundamentales motivos que sustentan la especialidad de los procedimientos de familia; Sus acusadas peculiaridades, sus excepciones de aplicación, o su aplicación edulcorada de principios procesales de arraigo e importancia notable.[450]

También en derecho internacional, el principio de interés del menor tiene un fundamental papel. En opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa González[451], el derecho internacional privado tiene como base para la elaboración e interpretación de sus normas al principio de interés del menor. Por esta razón, la doctrina denomina puerocéntrico al actual derecho internacional privado. Al respecto subrayan, que un Derecho Internacional Privado que se construye e interpreta en base al principio de interés del menor, supone que el menor es el "centro de gravedad" de la regulación y de la práctica judicial, lo que implica que el menor debe ser protegido *(...) con preferencia a cualquier otro sujeto implicado, como los padres, los terceros, o la Administración. El <interés del menor> prevalece y los intereses de otros sujetos pasan a segundo plano.*

También la jurisprudencia sitúa al principio de interés del menor como superior y guía obligatoria para los procedimientos de familia en los que existen menores:

la protección del menor, sino también a los Tribunales, al legislador y en general a quienes tengan poder de decisión en el ámbito privado o público, y actúan en materias relacionadas con el menor; orientará este principio toda medida concerniente a los menores, por lo que su trascendencia en el ámbito de la protección de menores es innegable.

[448] Aludiendo a quién deberá atribuirse la guarda y custodia, BERMÚDEZ y SALANOVA, "Criterios para la atribución…", *op.cit.*, alude al interés del menor como el *criterio básico y rector* para adoptar tal decisión, y a su supremacía frente a cualquier otro interés.

[449] Se postula en este sentido LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores…*, *op.cit.*, pág. 232, que explica como: *(...) tanto si son los progenitores quienes convienen al respecto como si es el Juez quien ha de decidir, debe tenerse siempre en cuenta el interés de los menores por encima de cualquier otro interés en juego.*

[450] Alude, por ejemplo, a como el principio de rogación queda edulcorado en estos procedimientos CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad,* Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000, pág. 24, cuando dice: *El esencial principio del "favor filii" de tal modo se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos de oficio de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no regir con todo rigor en este ámbito el principio de rogación que cederá siempre en beneficio del menor (...).*

[451] CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otros, *Derecho de familia internacional,* 3ª edición, Colex, Madrid, 2005, pág. 192.

El Tribunal Supremo en sus recientes sentencias resolviendo peticiones de custodia compartida, parece postularse claramente a favor de que el interés del menor deba ser observado por los jueces para tomar las decisiones respecto de la guarda y custodia:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009[452], respecto de interés del menor expone: *Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores (...).* En la Sentencia de 8 de octubre de 2009[453] dice: *Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor (...).* En la Sentencia de 1 de octubre de 2010[454] dice que el interés del menor *(...) es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión (...).* En la Sentencia de 7 de julio de 2011[455] vuelve a destacar como principio prioritario en esta materia el interés de los menores; dice la STS: *(...) Por ello la interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar (...).* Por último, reitera la importancia del interés del menor en las Sentencias de 22 de julio de 2011[456] y de 3 de octubre de 2011[457].

También las Audiencias Provinciales se postulan en este sentido: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de febrero de 2011[458], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de diciembre de 2007[459], la Sentencia de la

[452] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009).

[453] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

[454] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

[455] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/146903).

[456] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/155183).

[457] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/222411).

[458] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de febrero de 2011, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (JUR 2011\76122), dice que *(...) es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida referida a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el principio "favor filii" ha sido elevado a principio universal del derecho (...).*

[459] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de diciembre de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Andrés Palacios Martínez (EUDER 345645/2007), afirma que *(...) el principio rector en cuanto a la*

Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de julio de 2009[460], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2006[461], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008[462], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de abril de 2007[463], la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006[464], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007[465], la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009[466], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de mayo de 2009[467], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009[468], o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009[469].

También la Fiscalía General del Estado se ha referido a la preponderancia de este principio en múltiples ocasiones, entre otras es interesante la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, en la que se expone: *El superior interés del menor habrá de ser, a la hora de colocar en la balanza los diferentes intereses en conflicto, el de mayor peso... En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés mas: el superior interés del menor , que además y conforme al art. 2 de la LO 1/1996 debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

2.2.- Principio de proporcionalidad

No obstante esta preponderancia del principio de interés del menor no es absoluta, es decir, no debe prevalecer el interés del menor siempre y en todo caso frente al resto de intereses concurrentes en conflicto. Para saber si debe o no preponderar el principio de interés del menor, debemos acudir al principio de proporcionalidad.

Es decir, puede acaecer que en un determinado supuesto el resto de intereses en juego tengan mayor relevancia, y que el interés del menor deba ceder. El principio que debe tenerse en cuenta para valorar la "victoria" entre el interés del menor, que de inicio ya es superior y prioritario, y otro interés concurrente, tal y como se ha referido, es el principio de proporcionalidad. Para que venza el interés no prioritario en perjuicio del interés del menor, deberá darse una situación muy concreta en la que la merma del interés del menor tuviera poca relevancia, y sin embargo la merma del interés no prioritario fuera grave, dado que éste parte de una situación de inferioridad.

Alude a esta cuestión Rivero Hernández[470], que tras exponer que este principio es un criterio hermenéutico para otros supuestos, considera *(...) que cuando esté en*

---

adopción de tal medida, ha de ser la salvaguarda del interés preferente de los precitados menores, por encima de cualquier otro, incluido el de sus propios padres (...) constituyendo principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos.

[460] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de julio de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Iñigo Suárez Odriozola (EDJ 2009/285196), también sostiene que *(...) el principio fundamental que ha de presidir la determinación de la guarda y custodia de los menores de edad es el de la protección de los hijos, o "favor filii " (...).*

[461] En igual sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2006, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 247294/2006) dice: *(...) es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum filii ha sido elevado a principio universal del derecho (...).*

[462] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (EUDER 148792/2008), recuerda que *en todas aquellas materias en las que se ven implicados menores, rige el principio básico consistente en el interés del menor, que debe presidir cualquier resolución al respecto (...).*

[463] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de abril de 2007, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (EUDER 104051/2007), concluye que *(...) es el "favor filii" el que ha de inspirar la adopción de cualquier medida atinente a los hijos menores de edad, principio a tener en cuenta, con mayor intensidad si cabe, cuando las medidas a acordar son de las que afectan de modo directo a las relaciones de los menores con sus progenitores (guarda y custodia, régimen de visitas) (...).*

[464] La Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 71450/2006), también sostiene que a *(...) la hora de decidir acerca del establecimiento de un régimen de guarda y custodia de los hijos, el criterio básico no es otro que el del "favor filis" (...).*

[465] Dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007, Ponente: Don Fernando de la Fuente Honrubia (EUDER 114431/2007) que el *(...) principio básico y fundamental que rige en esta materia es "el favor minoris" (...).*

[466] La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009, Ponente: Don Luis Miguel Rodríguez Fernández (EUDER 79788/2009), apunta como *(...) en todos los casos debe prevalecer el interés superior del menor (...).*

[467] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de mayo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña María Mercedes Guerrero Romero (EUDER 125614/2009), explica como para *(...) resolver esta cuestión debe partirse, como viene haciéndolo este Tribunal en anteriores resoluciones, del principio básico y fundamental del "favor filii", que prima en esta materia de medidas relativas a los hijos (...).*

[468] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Luis Javier Capote Pérez (EUDER 116395/2009) dice: *El interés de los hijos está por encima de cualquier otra consideración, incluyendo los deseos de los progenitores (...). El principio favor filii es, en conclusión, el interés del menor, la guía que permite distinguir, en cada caso concreto, la idoneidad o inidoneidad del régimen instituido (...).*

[469] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009) dice: *En esta cuestión lo que debe tenerse en cuenta es el interés prevalente del beneficio del menor, que constituye principio informador en nuestro ordenamiento jurídico (...).*

juego un interés de un menor habrá de imponerse éste sobre otros y frente a otra solución, a menos que razones suficientes exijan otra cosa, lo que habrá que justificar, y demostrar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva, y de ser proporcionada al caso. Es decir, tal y como explica el autor[471] el principio es superior y prevalente al resto, sin embargo su superioridad no puede ser absoluta sino que debe ser moderada por el principio de proporcionalidad. Es decir, es una regla general que puede tener excepciones, atendiendo a que existen otros intereses valiosos jurídicamente (la mayor parte de las veces los de los otros miembros de la familia) que deben ser tenidos en cuenta; no obstante en general deben ceder ante el interés del menor. Es más, en caso de que deba "vencer otro interés" atendiendo al principio de proporcionalidad, deberá justificarse debidamente la no prevalencia del interés del menor. Por su parte, Castillo Martínez[472], tras aludir al principio de interés del menor como principio que debe presidir cualquier medida que se refiera a los menores, explica las situaciones de conflicto que pueden producirse con otros intereses, y recuerda el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que dice: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.* Delgado Cordero[473] considera irrefutable que el interés del hijo *(...) se superpone y prevalece ante cualquier otro.*

En coherencia con lo expuesto, se exige que la justificación o motivación de la victoria de otro interés en detrimento del interés del menor, deba ser sustentada firmemente en argumentos sólidos que derroquen al principio superior. La jurisprudencia constitucional ha fijado unos supuestos en los que se exige una motivación reforzada, un plus de motivación. Esos supuestos de motivación reforzada se refieren a casos en los que están en juego derechos fundamentales o principios rectores, como a mi juicio debe suceder con el principio de interés del menor. Rivero Hernández[474] alude a la necesidad de fundamentación que debe efectuarse en caso de no prevalencia del interés del menor frente a otros intereses.

---

[470] RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 34.
[471] *Ibidem*, pág. 75.
[472] CASTILLO, "El interés del menor…", *op.cit.*.
[473] DELGADO CORDERO, Ana María, *Reflexiones sobre la conveniencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188157.
[474] RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 86, explica que sobre la necesidad de fundamentación *(...) ha hablado el Tribunal Constitucional (para otro caso, pero en el mismo contexto) de que la motivación de la restricción de un derecho fundamental es "un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos" (S. 26/1981, de 17 julio). En este aspecto esa exigencia guarda directa relación con el principio de proporcionalidad (...).*

2.3.- El interés del menor como concepto jurídico indeterminado

La doctrina parece unánime, opinión que comparto, en considerar el principio de interés del menor como un concepto jurídico indeterminado. Así se postula Tamayo Haya[475], Calvo Caravaca y Carrascosa González[476], Alascio Carrasco[477], Bermúdez Ballesteros[478] o Zarraluqui Navarro[479]. Añade Pérez – Villar Aparicio[480] que este principio tiene un componente sociológico, y por esta razón se va modificando y adaptando al devenir de la sociedad, debiendo por ello interpretar este "interés" atendiendo al caso concreto. En sentido similar, en cuanto a su evolución, parece postularse Guilarte Martín - Calero[481].

Nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de octubre de 2009[482], anteriormente recogida, aludiendo al interés del menor, considera que *(...) resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.*

Respecto del contenido del principio de interés del menor, la doctrina alude a un aspecto o componente positivo y otro negativo:

---

[475] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 670, considera que el interés del menor debe perfilarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias personales y familiares.
[476] CALVO y otros, *Derecho de familia internacional…*, *op.cit.*, pág. 192, consideran que el interés del menor es un *concepto jurídico indeterminado* que no puede definirse de forma general, pudiendo aproximarse al concepto únicamente buscando *la mejor solución jurídica* para los menores de que se trate.
[477] ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, julio, 2007, págs. 1 – 23, págs. 9 y 10, afirman que este interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que no es definido por ninguna norma, pese a su reiterada invocación.
[478] BERMÚDEZ y SALANOVA, "Criterios para la atribución…", *op.cit.*, explica como no se han efectuado precisiones respecto a qué entienden nuestros tribunales por "interés del menor", y considera muy difícil efectuar afirmaciones generales, dado que para delimitar el interés del menor debe acudirse a cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias personales y familiares.
[479] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, alude al interés del menor como *(...) concepto indefinido que cambia en función de cada caso concreto (...)*, pudiendo para una familia ser bueno lo que para otra no lo es, dados los distintos estilos de vida.
[480] PÉREZ - VILLAR y otros, "Estudio de Derecho comparado…", *op.cit.*.
[481] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 5, considera que el interés del menor es *(...) una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres (piénsese que la solicitud de la custodia compartida era rechazada como contraria al interés del niño concretado en su necesidad de estabilidad y de seguridad).*
[482] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga[483] explica que el principio de interés del menor se recoge en los distintos textos normativos de dos formas diferentes: *(...) en un aspecto positivo, el de la búsqueda del provecho del menor, y con un contenido negativo, el de procurar evitarle un daño.* El aspecto positivo, el interés del menor y su beneficio, expone el autor, se vienen utilizando como sinónimos. También se refiere al componente positivo y negativo Rivero Hernández[484].

Aludiendo al interés del menor, según Castillo Martínez[485] debe tratar de lograrse el mayor contacto posible entre los menores y ambos progenitores, excepto que este contacto se acreditara que fuera perjudicial para el menor, debiendo estar por tanto a la circunstancia concreta de cada supuesto.

Por último es interesante recoger la reflexión que efectúa Velamazán Perdomo[486] que explica el peligro de que el principio quede vacío de contenido por masiva utilización. Considera que existe el peligro de que la expresión "interés del menor" acabe no significando nada, dado que se usa tanto por unos y otros. Según el autor el interés del menor *(...) podemos considerarlo en la "UVI", en la antesala de la muerte, por hartazgo, por agotamiento, por "hiper utilización".*

2.4.- Marco legal

El interés del menor como principio fundamental para atribuir la guarda y custodia se introduce con la Ley 30/1981[487].

[483] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, *op.cit.*, pág. 62.
[484] RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 62 y 63, tratando de definir qué es o en qué consiste el interés del menor, sostiene como en términos generales se referiría a una *ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo).*
[485] CASTILLO, "El interés del menor…", *op.cit.*.
[486] VELAMAZÁN PERDOMO, Gabriel, "Acercamiento crítico al sistema de protección de menores, el interés del menor", *El Derecho*, BDF, núm. 15, julio de 2002. Por su parte, RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 62 y 63, pone ejemplos de dicha *(...) hiperutilización: los padres biológicos lo esgrimen para pedir el retorno de sus hijos, los acogedores para no devolverlos, la administración para intervenir, los jueces para admitir o desestimar pretensiones en uno u otro sentido, la fiscalía como apoyo de sus informes, la opinión pública para decantarse sentimentalmente por una u otra parte en pugna por unos niños (...) todos usan el concepto y todos apoyan (apoyamos) nuestras pretensiones en él.*
[487] Así lo explica CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, págs. 323 y 325: *Antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se reforma el CC, 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. (...) Será posteriormente, con la Ley 30/1981, cuando se busque el interés del menor.*

El artículo 39 de la Constitución Española, recoge como los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, y los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En el Código Civil también se recoge en varios artículos el interés o beneficio del menor, entre ellos el 90.1-B), 92, 94.2, 103.1, 154, 156, 159, 216, 161, 173.4, 173.3, 173.4.4º, 180.1 etc…

También en la Ley de Enjuiciamiento Civil se alude en varias ocasiones al interés del menor dentro de los "procesos especiales", en el Libro IV, en concreto en artículos como el 749.2, 775.1, 777 etc…

Es importante sobre esta cuestión la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, entre otros en sus artículos 2[488] y 3[489].

Dentro de los tratados internacionales, los cuales son derecho interno a partir de su publicación en el B.O.E. (artículo 1.5 del Código Civil), entre otros muchos y a modo de ejemplo, son relevantes en relación con el interés del menor:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, celebrada en Nueva York, por ejemplo en su artículo 25.2[490].

- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25[491], en su artículo 3.1[492].

La jurisprudencia recoge expresamente tanto la legislación nacional como internacional relativa al interés del menor a fin de resolver la atribución de la guarda y custodia.[493]

[488] En el artículo 2, titulado "principios generales", dice: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (...).*
[489] En el artículo 3 se refiere a los tratados internacionales que a continuación se recogen: *Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*
[490] El artículo 25.2 dice: *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.*
[491] España ratificó la Convenión el 30 de noviembre de 1990.
[492] El artículo 3.1 dice: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño .*
[493] Ejemplos de la presencia de este principio en la legislación nacional e internacional son, entre otras, las sentencias siguientes: La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009) respecto de interés del menor expone: *(...) destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño*

del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2009, Sección 24ª, Ponente: Doña Rosario Hernández Herenández (EDJ 2009/28779): *TERCERO.- Dicho ello, y dado que el recurso afecta a la guarda y custodia de la hija común menor de edad, ha de precisarse previamente que tal cuestión debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil , y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 223960/2009): *El beneficio e interés de los hijos es el que ha de primar en cualquier resolución que se adopte en esta materia y este principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27 , Convención sobre los derechos del Niño se refleja en nuestra legislación inspirando la tan reseñada reforma legal.* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008, Ponente: Don Iñigo Francisco Suárez Odriozola (EUDER 50191/2008): *Se muestra este principio como auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 Nov. 1959, cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; principio que en el mismo sentido se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (artículo 39) como en el Código Civil (artículos 90, 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170), en la legislación del menor y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, ya que son los menores los miembros de la familia más necesitados de protección.*

CAPÍTULO VI.- EXÉGESIS DE LA REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL (ART. 92 CC) TRAS LA LEY 15/2005

1.- Introducción

En el presente capítulo se analiza la regulación de la guarda y custodia compartida en nuestro Código Civil en la actualidad, en concreto en su artículo 92, tras la reforma de la Ley 15/2005, que introdujo dicha figura en el aludido cuerpo legal.

Como se ha manifestado con anterioridad, la guarda y custodia compartida fue uno de los puntos clave y de mayor valor a nivel político de la Ley 15/2005. Sin embargo, pese a dicha relevancia, lo cierto es que, tal y como posteriormente veremos, la regulación final de la misma en el artículo 92 CC, ha supuesto que su aplicación práctica sea relevante en los supuestos de mutuo acuerdo, y por el contrario, se encuentre muy coartada en los supuestos contenciosos. Atendiendo a esta cuestión, ciertamente considero que la Exposición de Motivos se redactó en términos de mayor expectativa de lo que la real cobertura de la norma permitía[494].

[494] La Exposición de Motivos al respecto dice: *En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.* El legislador, para IVARS, *La guarda y custodia compartida..., op.cit.*, pág. 31, ha regulado la custodia compartida con excesiva prudencia, continuando tras la reforma la custodia en exclusiva como el modelo general, persistiendo el temor a que la fórmula principal sea la de guarda y custodia compartida. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 239798/2008), pone de manifiesto que tras la Ley 15/2005 lo cierto es que la custodia compartida ha quedado en un lugar secundario como forma de ejercer la guarda y custodia: *su regulación evidencia, no solo que no es la situación normal de ejercicio de la guarda y custodia, sino que se sujeta a unos condicionantes de cierta relevancia, presididos por el interés de los propios menores, justificado por unas circunstancias de normalidad en las relaciones entre los progenitores y entre estos con sus hijos y ratificado por los oportunos informes tanto del Ministerio Fiscal como de los equipos técnicos judiciales, garantizado además por unas pautas armoniosas de comportamiento y relación entre los padres, apartada de conductas, hábitos o prácticas que pudieran revelar indicios fundados de violencia doméstica.* En igual sentido se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Antonio Mascaro Lazcano (EUDER 272217/2009), y en similares términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008, Ponente: Don Eduardo María Valpuesta Gastaminza (EUDER 115605/2008) que dice: *Pese a este reconocimiento*

Este diferente tratamiento se constata en la nueva redacción dada al artículo 92 de Código Civil en relación con la guarda y custodia compartida, que diferencia claramente los procedimientos consensuales de los contenciosos. Tal y como se ha desarrollado en el capítulo de tramitación parlamentaria, hubo unanimidad en dicha tramitación respecto a la fijación de la custodia compartida en los procesos consensuales, sin embargo, la fijación en los procedimientos contenciosos fue principal punto de fricción. De hecho existieron voces, como se ha expuesto con anterioridad, que incluso negaban rotundamente cualquier posibilidad de fijación de la guarda y custodia compartida en procedimientos contenciosos, reduciendo este tipo de guarda a los supuestos consensuales[495].

A continuación, el análisis va a distinguir ambos tipos de procedimiento, el mutuo acuerdo y el contencioso.

2.- Procedimiento de mutuo acuerdo

2.1.- Introducción

La custodia compartida en los procedimientos consensuales se regula en el artículo 92.5 CC que dice: *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

Como se ha manifestado con anterioridad, existía en los distintos Grupos Parlamentarios una clara unanimidad en cuanto a la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida en los supuestos amistosos. Dicho consenso existente en el

legal, la Ley rodea de toda una serie de garantías y formalidades la concesión de esta medida, lo cual pone de manifiesto que en esta materia debe operarse con una gran cautela.

[495] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009) dice: *Lo cierto es que el refrendo legal de la custodia compartida por parte de la Ley 15/2005 ha abierto un gran debate tanto en el ámbito de los profesionales del derecho como en el ámbito social. Especialmente en el caso de ausencia de mutuo acuerdo, esto es, en el seno de procedimientos contenciosos, la posibilidad de que el juez acuerde la custodia compartida es valorada negativamente por amplios sectores sociales, motivo por lo que el art. 92.8 exige informe favorable del Ministerio fiscal. La necesidad de tal informe, si bien ha sido objeto de críticas, en tanto puede vulnerar limitaciones a la función jurisdiccional, pone de manifiesto una especial desconfianza por parte del legislador a la adopción de esta medida en tales procesos.*

momento de la tramitación parlamentaria parece haberse generalizado en la actualidad, tal y como se ha observado y se observará a través de la mayoría de las opiniones doctrinales. Es decir, lo que ya parece superado es que si ambos progenitores deciden que sea la compartida la fórmula de guarda y custodia, no por el mero hecho de ser dicha fórmula la escogida, se descarte la aprobación del convenio regulador. En definitiva, parece superado el partir de una postura frente a la custodia compartida que presupone que la misma, siempre y en cualquier circunstancia, es perjudicial para los menores.

En este sentido, Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[496] es partidario de respetar la voluntad común de los progenitores, considerando que en términos generales no es la custodia compartida una fórmula de inicio rechazable como acuerdo dañino para los hijos, siendo ésta la única razón que permite no aprobar el convenio regulador en que se solicita. También Guilarte Martín Calero[497] sostiene que el Juez deberá aprobar el convenio regulador excepto si es dañoso para los hijos, no pudiendo fundarse su no aprobación *en que el sistema de guarda elegido por los padres es, en abstracto, perjudicial para el interés del menor sino porque lo es en ese caso particular y concreto.*

Por otra parte, el artículo 92.5 del Código Civil aclara que los supuestos consensuales son tanto los iniciados como tal, los supuestos de procedimientos contenciosos que se transforman en mutuo acuerdo, así como los supuestos en los que se alcance un acuerdo en el transcurso del procedimiento, cuando dice: *(...) en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.*[498]

En los apartados siguientes se analizan algunas cuestiones incluidas en artículo 92.5 CC, relacionadas con la fijación de la custodia compartida en los procedimientos de mutuo acuerdo.

[496] Tras referirse en tal sentido ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y otros, *Temas de actualidad en derecho de familia,* Dykinson, Madrid, 2006, pág. 63, finaliza diciendo: *Por lo tanto, objetivamente calificada no es un fórmula rechazable. Por otra parte desde el punto de vista subjetivo, el convenio de los padres, conocedores de sus circunstancias y de las características y condiciones de sus hijos y de ellos mismos, en la contradicción de sus progenitores, es el mejor argumento a favor de la oportunidad de acordarla.*

[497] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*.

[498] Confirma este planteamiento PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "La custodia compartida en la Ley 15/2005", *El Derecho*, BL núm. 396, EDO 2005/148955, 2005, págs. 3 – 5, que explica como en los supuestos de mutuo acuerdo recogidos en el artículo 92 del Código Civil, se incardinan tanto los acuerdos alcanzados durante el procedimiento como los de transformación de contencioso a mutuo acuerdo.

2.2.- Crítica a la alusión al convenio regulador en el artículo 92.5 CC

En el artículo 92.5 CC se alude a que se acordará la custodia compartida *(...) cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador (...)*. Esta referencia se ha criticado esgrimiendo que la sede adecuada para la misma sería el artículo 90 CC, artículo que regula el contenido del convenio regulador, y no el artículo 92.5 CC

También se constata la incorrecta utilización del término *propuesta* de convenio regulador cuando se trata propiamente de un convenio regulador.

Sobre ambas cuestiones escribe Guilarte Martín Calero[499], que critica desde el punto de vista sistemático la alusión del artículo 92 CC a pactar en el convenio regulador la custodia, dado que la sede adecuada es el artículo 90 CC en su apartado a). Asimismo, destaca dos incorrecciones terminológicas:

- La primera referente a la *propuesta de convenio regulador*, cuando no debería referirse a *propuesta* dado que es propiamente un convenio regulador[500].

- Y la segunda se concreta en la referencia a *cuando así lo soliciten los padres,* dado que los padres no piden ni solicitan, sino que pactan o disponen lo que consideren oportuno a la espera de la homologación judicial para su plena eficacia[501].

2.3.- Obligatoriedad de aprobar por el Juez el convenio regulador

El artículo 92.5 CC dice: *Se acordará...* y más adelante: *El Juez, al acordar... A priori* la redacción del artículo, en una interpretación literal y estricta, nos avocaría a concluir la obligatoriedad para el Juez de, *cuando así lo soliciten los padres*, acordar la guarda y custodia compartida. Por tanto la duda es nítida: ¿El Juez podrá denegar la guarda y custodia compartida caso de solicitarse en convenio regulador?. La doctrina

[499] GUILARTE MARTÍN-CALERO hace hincapié en estas cuestiones en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 161.

[500] También DOMÍNGUEZ CASTELLANO, Fátima, "La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio", *Sepin*, SP/DOCT/2836, en www.sepin.es, pág. 14, opina al respecto: *Pese a ello, se ha criticado que en este apartado se hable de propuesta de convenio regulador y no de convenio regulador, como en el apartado 4, porque ciertos sectores doctrinales entienden que cuando el convenio regulador está suscrito por los cónyuges se trata de un verdadero convenio en cuanto existe consentimiento, objeto y causa tal y como ya ha apuntado la jurisprudencia, independientemente de que tenga que ser homologado o aprobado judicialmente para que adquiera plena eficacia.*

[501] Esta segunda incorrección también la señala SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos...", *op.cit.*, pág. 32: *los padres no solicitan que el Juez decida, sino que someten a la aprobación judicial los acuerdos que ellos han alcanzado.*

que se ha posicionado sobre el tema unánimemente ha respondido a la pregunta planteada afirmativamente: El Juez sí podrá denegar la guarda y custodia compartida en caso de solicitarse en convenio regulador; entre otros defienden esta postura González Poveda[502], Pastor Vita[503], Gonzálvez Vicente[504], Rodríguez Chacón[505], Pérez Ureña[506], Tamayo Haya[507], Seisdedos Muiño[508], López-Rendo Rodríguez[509], Castillo Martínez[510], De Pablo Murillo[511], Hernando Ramos[512] o Tena Piazuelo. [513]

[502] Aborda esta cuestión GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *La separación y el divorcio tras la reforma*, en *Reformas de familia*, Sepín, septiembre 2005, núm. 47, págs. 40 – 42, que señala como *(...) si bien los términos de este apdo. 5, inciso primero, pueden dar a entender que, solicitado por los padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia, el juez ha de acordarlo así –<se acordará>, dice el texto legal-, sin embargo, el apdo. 6 lleva a la conclusión contraria; el juez puede denegarla apreciando los informes y el resultado de la audiencia del menor a que se refiere este apdo. 6, como igualmente resulta del apdo. 9 en que se faculta al juez para recabar, de oficio, dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia.*

[503] Para PASTOR VITA, Francisco Javier, "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6235, 2005, págs. 1 – 21, la custodia compartida debe acordarse judicialmente con suma cautela, utilizando el interés del menor como principal criterio para decidir. Dicho interés no vendrá determinado ni por la voluntad de los padres, aunque este expresada en convenio regulador, ni por la voluntad del menor, sino que será el Juez quien deberá decidir cual de las medidas es la más beneficiosa para el menor.

[504] Comparte la idea de la posibilidad de desestimación GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar, *La guardia y custodia compartida en la Ley 15/2005*, en el monográfico *Reformas de familia* de la Revista Sepín, septiembre 2005, núm. 47, págs. 43 - 47, a pesar del modo del verbo utilizado en la redacción.

[505] Responde de igual forma a la pregunta RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 119, añadiendo los supuestos en los que considera debe ser desestimada la petición: *Entiendo que la aprobación judicial del acuerdo de las partes conviniendo la custodia compartida de los hijos deberá gozar de un trato favorable, al menos en la misma medida que otros acuerdos; pero que no puede conceptuarse como automática ni acrítica. Tendrá que ser objeto de valoración y examen específico y, en mi opinión, podrá y deberá ser desestimada por el órgano jurisdiccional concretamente en dos casos: a) por lo pronto, cuando se dé el supuesto contemplado en el núm. 7 del art. 92, es decir, cuando exista un proceso penal de los allí citados o cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; y b) en el caso de que se estime que la fórmula es dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges.*

[506] También comparte esta idea PÉREZ UREÑA, "La custodia compartida...", *op.cit.*, siendo a su juicio del Juzgador la decisión última en atención al interés máximo del menor, como principal cuestión a valorar para adoptar un tipo u otro de custodia.

[507] TAMAYO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 677, también considera que no debe atenderse a la literalidad del apartado 5 del artículo 92 CC, atendiendo al apartado 6 del mismo artículo, que implica que juez puede denegar la petición conjunta apreciando los informes y el resultado de la audiencia del menor; y también atendiendo al apartado 9 del artículo 92 CC, en el que se faculta al juez para solicitar de oficio informe de especialistas para valorar la idoneidad de sistema de guarda y custodia. Por tanto, es el juez quien, atendiendo al interés del menor, deberá sopesar la oportunidad de esta medida.

[508] Apelando al 2º párrafo del artículo 90 CC, considera SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos...", *op.cit.*, que *el beneficio de los hijos ha de presidir la adopción de cualquier medida que les afecte, sin que ni siquiera la voluntad concorde de los padres pueda prevalecer sobre este trascendental criterio.*

[509] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 4, también considera que la expresión *se acordará* no obliga al Juez a aprobar el convenio, dado que éste debe valorar si dicho convenio es beneficioso para el menor.

[510] Para CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad Civil*, La Ley 2911/2007, núm. 15, Tomo 2, Sección A, pág. 1738, el Juez no está obligado a aprobar el convenio

Asimismo, sobre esta cuestión se efectuó una Encuesta Jurídica entre Jueces y Magistrados de Familia, formulando la siguiente pregunta: *¿Se puede denegar, en interés del menor, un ejercicio compartido cuando lo solicitan ambos padres en convenio regulador?*. La pregunta fue respondida afirmativamente de forma unánime por los encuestados.[514] Los motivos que de todas sus conclusiones se extraen son interesantes:

- En el propio epígrafe 5 del artículo 92 del Código Civil se exige fundamentar al Juez su resolución, lo que supone una decisión no automática.

- El apartado número 6 del mismo artículo exige *(...) recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario (...), valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*. Sino no se pudiera denegar no se recogerían estos requisitos o posibilidades de actuación.

- El apartado 7 del artículo 92 del Código Civil, directamente establece límites a la voluntad común de los padres de fijar la guarda y custodia compartida.

- No tendría sentido la posibilidad de recabar dictamen de especialistas.

- El artículo 90 del Código Civil, recoge como no deben aprobarse los acuerdos de los progenitores que sean dañosos para los hijos.

- La diferenciación de medidas existentes en los procedimientos de familia, coexistiendo medidas de carácter dispositivo y medidas de *ius cogens*, entre las que se incluye la guarda y custodia, y éstas últimas no están sujetas al principio dispositivo de las partes.

regulador pudiendo no aprobarlo cuando considere que las medidas *lesionan o pudieran lesionar, el interés de los hijos menores.*

[511] Para DE PABLO, "La Reforma Matrimonial (II)...", *op.cit.*, aludiendo a lo dispuesto en los apartados números 6 y 9 del artículo 92 CC, la adopción de la custodia compartida es una facultad discrecional del Juez.

[512] Atendiendo al interés del menor, HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal...", *op.cit.*, pág. 7, considera que el Juez no tiene obligación de aprobar el convenio regulador.

[513] Por último, TENA, "La guarda y custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 40, tampoco considera vinculado al Juez, sino es la custodia compartida lo que conviene al interés del menor.

[514] ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2687, FAM-49, Noviembre de 2005, pág. 4, *¿Se puede denegar, en interés del menor, un ejercicio compartido cuando lo solicitan ambos padres en convenio regulador?*, dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar. Los encuestados fueron ANDRÉS JOVEN, CALVÉ CORBALÁN, CAMPO IZQUIERDO, CARRERAS MARAÑA, CASO SEÑAL, HERRERA PUENTES, HIJAS FERNÁNDEZ, HINOJAL LÓPEZ, MORALES MORENO, ORTUÑO MUÑOZ, ROMERO NAVARRO, SANDE GIL, SANTANA PÁEZ, SEOANE PRADO y UTRERA GUTIÉRREZ, que como se ha manifestado respondieron afirmativamente a la cuestión

Por otra parte, es interesante aludir al matiz que efectúa Herrera Puentes[515], referente a que pese a que efectivamente el Juez no se ve constreñido a aprobar el convenio regulador propuesto por las partes, sin embargo, en opinión del autor *debe prevalecer el acuerdo alcanzado por los progenitores y, sólo cuando esto no sea posible, debe decidir el Juez*, dado que ellos son los que más conocen a sus hijos. Y concluye el autor que el Juez debe examinar el convenio no con rigor sino con flexibilidad, y con anterioridad a decidir algo sobre el contenido del mismo debe escuchar a los progenitores y a los hijos y después actuar. De hecho finaliza el autor considerando que posiblemente, *(...) y en no pocas ocasiones, resulte aconsejable mantener el acuerdo alcanzado, aunque se dude de su eficacia futura*[516].

A mi modo de ver, no debemos olvidar, tal y como se ha recogido con anterioridad, que las medidas referentes a los menores adoptadas en los procedimientos de familia se encuentran fuera de la órbita exclusiva y mucho menos excluyente de la autonomía de la voluntad, que se encuentra ostensiblemente coartada en los procedimientos de familia. El Juez debe revisar y decidir la aprobación o no de las medidas acordadas por los progenitores, pudiendo estar conforme o por el contrario divergir de las mismas. Obviamente una redacción imperativa de un precepto no puede derrocar el principio fundamental y básico del beneficio del menor, que debe imperar sobre el resto de cuestiones; en caso de que el Juez estuviera constreñido a adoptar la medida, se vulneraría la protección que los menores requieren y que la ley les garantiza, dado que debería aprobar incluso convenios reguladores que considerara dañosos para éstos.

Es decir, caso de que se solicite por ambos progenitores este sistema de guarda, su adopción no será automática, el Juez podrá en dos supuestos desestimar la petición en convenio regulador efectuada:

Primero, en el caso que se especifica en el antepenúltimo párrafo del artículo 90 del CC.

[515] HERRERA PUENTES, Pedro Joaquin, "Análisis de las reformas más importantes introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista Jurídica de Canarias*, Tirant lo blanc, TOL870.403 (DSBV_88), 2006.

[516] En similar sentido opina ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna...", *op.cit.*, también alude que en principio debe ser eficaz el pacto de los padres, dado que salvo excepciones, son los más interesados en salvaguardar el interés de sus hijos.

Y segundo, en el supuesto recogido en el artículo 92.7 CC, que es aplicable tanto en los procesos de mutuo acuerdo como contenciosos; la Ley no hace distinción alguna en la aplicación de este artículo.

2.4.- Informe del Ministerio Fiscal

El nuevo artículo 92.5 del Código Civil no se pronuncia en absoluto sobre el informe del Ministerio Fiscal. Sin embargo, el artículo 92.6 Código Civil dice: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal (...).*

Por su parte el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: *En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*

Y el nuevo artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *5.- Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos (...).*

En el supuesto de que ambos progenitores en convenio regulador hayan acordado la custodia compartida, a tenor de la ausencia de manifestación sobre el informe del Fiscal en el artículo 92.5 del Código Civil, y de la obligación reseñada en el artículo 92.6 del Código Civil de simplemente recabar informe de éste, deberá informar el Ministerio Fiscal en los supuestos consensuales, pero dicho informe no vinculará de ningún modo la decisión sobre la aprobación o no del convenio por el juzgador. Es decir, el informe del Ministerio Fiscal puede ser contrario a la aprobación del convenio regulador y sin embargo, el Juez aprobar el convenio regulador en el que se estipula dicha custodia compartida. En palabras de Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[517] es *un informe no vinculante, pero preceptiva su petición por el Juez, aunque no su existencia.*

Por su parte, Pérez Martín[518] diferencia la trascendencia del informe del Ministerio Fiscal en los procedimientos consensuales y los contenciosos, concluyendo sobre el informe en los primeros, que si bien se exige el mismo, *no se indica el sentido*

[517] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Temas de actualidad..., op.cit.*, pág. 77.
[518] PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 239.

que debe tener dicho informe, por tanto el autor concluye que puede acordarse la custodia compartida aunque se oponga el Ministerio Fiscal a la misma.

No obstante, no debe obviarse la importancia que en la práctica los informes del Ministerio Fiscal tienen en los procedimientos de familia.

Por último, resaltar que la exigencia de informe del Ministerio Fiscal debería haberse recogido exclusivamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (que de hecho ya lo recogía en el artículo 749 LEC) y no en el Código Civil, dado que se trata de una cuestión procesal.[519]

A mi modo de ver, la necesidad de recabar el informe del Ministerio Fiscal recogido en el artículo 92.6 CC, es una medida innecesaria dado que no aporta nada al artículo 749 LEC que ya exigía dicho informe. A mi juicio dicha referencia vino motivada por la redacción resultante de la tensa tramitación parlamentaria, y se trata de una determinación meramente estética dado que, aunque nada se hubiera dicho en el CC, debería recabarse dicho informe por lo dispuesto en la LEC. Por otra parte, es claro a mi modo de ver que dicho informe del Ministerio Fiscal en los supuestos consensuales no se exige que sea favorable, por tanto no es vinculante para el Juzgador.

2.5.- Fundamentar su decisión

En el artículo 92. 5 del Código Civil dice: *(...) El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución (...).* Y el punto 8 del mismo artículo: *(...) podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola (...).*

En principio parece que ambos artículos exigen la fundamentación de la resolución, tanto en el caso del mutuo acuerdo como en caso de procedimiento contencioso.[520]

La exigencia de *fundamentar su resolución* cuando se haya solicitado por ambas partes la guarda y custodia compartida, parece pretender que el convenio regulador o el acuerdo alcanzado por ambos en el procedimiento, no sea simplemente transcrito o aprobado por el Juez, sino que exista un verdadero examen de dicha medida plasmado en la sentencia. En este sentido, ciertamente las sentencias de separación o divorcio

[519] ZARRALUQUI ABOGADOS & LLEDÓ ABOGADOS, *El nuevo derecho matrimonial,* Dykinson, Madrid, 2006, pág. 68.
[520] Es de esta opinión MONTERO, *Separación y divorcio..., op.cit.*, pág. 144, que considera que en ambos procedimientos debe fundamentarse la resolución: *El Juez habrá de fundamentar la decisión de la guarda conjunta y ello deberá referirse a los dos supuestos. También cuando se apruebe el convenio regulador o un acuerdo parcial deberá fundamentarse la razón de ser de la decisión judicial.*

aprueban los convenios reguladores sin fundamentar el porqué de la aprobación de cada una de las medidas, sin embargo ello no supone que no exista un estudio y análisis del convenio regulador a fin de asegurar que las medidas fijadas en el mismo no perjudican a los menores, ni gravemente a alguno de los cónyuges.

Tanto el sentido como la eficacia práctica de la preceptiva fundamentación es más que discutible. En principio la redacción podría encontrar su sentido en el logro de una redacción durante la tramitación parlamentaria que aunase las voluntades, dado que de forma práctica únicamente sería útil a efectos de un susceptible recurso de apelación del Ministerio Fiscal, y a lo sumo a efectos de una posible modificación de medidas. Encuentra el sentido de esta previsión de que el Juez razone su resolución, De Verdá y Beamonte[521], en *forzar al Juez a expresar la justificación de porqué el sistema de guarda compartida es el más adecuado a las circunstancias y al interés del menor o menores.* Motivo que también es interesante y anudaría con la intención del legislador de estrechar el "cerco" de los acuerdos en los que se recoge la custodia compartida, siendo a su vez, un dato más de la enorme suspicacia y recelo existente ante la adopción de dicha medida. Para Zarraluqui Navarro[522] parece difícil que en un procedimiento consensual se fundamente la resolución sobre la base de un fundamento distinto al de que la custodia compartida acordada por los progenitores: *protege el interés y beneficio de los hijos menores.*

Otro problema con el que se encuentra este requisito de fundamentar la resolución, es que en un procedimiento consensual ni la demanda ni el convenio regulador dan información suficiente para que pueda valorar el Juzgador la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida. Al hilo de esta cuestión, varios autores se plantean cómo debe actuarse en el procedimiento consensual, para obtener la información necesaria para aprobar o no un convenio regulador que recoge una custodia compartida. Pérez Martín[523] considera que deberá valorarse el grado de relación entre los progenitores, y por tanto, será necesaria la audiencia de los padres, de los hijos y el dictamen del equipo técnico, y en los casos de los mutuos acuerdos explica como en un convenio regulador que incluye una custodia compartida, la ratificación del mismo *no se limitará a expresar un monosílabo y estampar una firma sino que será necesario contestar a las preguntas y aclaraciones que, respecto a la custodia compartida,*

[521] DE VERDÁ Y VEAMONTE y otros, *Comentarios a las Reformas...*, *op.cit.*, pág. 208.
[522] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*.
[523] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 268.

soliciten tanto el tribunal como el Ministerio Fiscal, ya que la práctica demuestra que muchos acuerdos no estaban firmemente asumidos ni aceptados, planteándose numerosos problemas en fase de ejecución. Por tanto concluye que el tribunal deberá lograr la firme convicción de que ambos progenitores tienen capacidad para compartir la responsabilidad parental quedando de tal modo protegido el interés del menor garantizado. Ahondan en esta idea Herrera Puentes[524], Santana Páez[525], Ivars Ruiz[526] y Hernando Ramos[527].

En cualquier caso, lo cierto es que esta discusión teórica deviene baladí al observar que en la práctica no se están fundamentando las resoluciones judiciales de los procedimientos de mutuo acuerdo, tal y como exige este apartado 5 del artículo 92 CC. No obstante, que no se estén fundamentando en la práctica las resoluciones, en mi opinión es razonable dada cuenta de que la aprobación del convenio en sí misma es, o debería ser, la garantía de que dicho acuerdo ha sido "enjuiciado" respecto de su bondad para los menores tanto por el juez como por el fiscal.

3.- Procedimiento contencioso

3.1.- Introducción

[524] HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*, también considera que el Juez podrá solicitar en el acto de ratificación las aclaraciones necesarias a los progenitores, en caso de que el convenio regulador ofrezca alguna duda.
[525] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 725, además de opinar de igual forma que el resto de autores sobre la no obligatoriedad para el Juzgador de aprobar un convenio regulador que recoja la guarda y custodia compartida, añade que a su juicio, una fórmula acertada sería aportar por las partes junto con la demanda, informes que probasen la conveniencia de aprobar el convenio, en atención al interés del menor.
[526] También IVARS, *La guarda y custodia compartida...*, *op.cit.*, pág. 45, explica como la aportación del convenio regulador puede resultar insuficiente dado que de él no trasluce la conveniencia o no de la custodia compartida. Y también este autor, a tenor del artículo 777.2 LEC, considera que debería ser exigible *una mayor presencia de documentos en los que los cónyuges funden su derecho, además de adoptar las cautelas que, en su caso, fueran necesarias a tenor de lo dispuesto en el articulo 777.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin olvidar las previstas en el artículo 92.6 y 9 del Código Civil. A la vez que seria aconsejable mejores exigencias a las partes en el escrito promotor de la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Y ello aunque nuestra Ley procesal hable de "solicitud o escrito promotor" y no de demanda cuando se refiere a procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo.*
[527] En el mismo sentido, HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal…", *op.cit.*, págs. 7 y 8, explica como el Juez antes de acordar la custodia compartida debe comprobar que ésta es la más idónea para los hijos. En caso de que el convenio regulador sea insuficiente para dicha comprobación, sobre la base del *artículo 777.2 y 4 LEC en concordancia con el artículo 92.6 y 9 CC, podrá exigirse a los progenitores mayor justificación documental de sus pretensiones, o que en el escrito de demanda de mutuo acuerdo expliquen adecuadamente el modo en que se va a desarrollar la custodia compartida (...).*

La solicitud de guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso se recoge en el artículo 92.8 del Código Civil que dice: *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

La simple lectura del artículo explicita la pretensión del legislador de reducir al máximo la adopción de esta medida en los procesos contenciosos[528]. En este sentido parece postularse Osa Fernández[529], que concluye que la custodia compartida se ha previsto prácticamente para los supuestos consensuados. Asimismo, Guilarte Martín-Calero[530] afirma que todos estos requisitos o exigencias legales que parecen limitar la fijación de la custodia compartida en supuestos contenciosos, pueden chocar con el interés del menor, debiendo primar éste sobre el resto de circunstancias. Por su parte, Seisdedos Muiño[531] aludiendo a los requisitos del artículo 92 CC, sostiene que *de haberse mantenido el favor filii como criterio general para la determinación del régimen de guarda, se habría logrado una regulación más sencilla y coherente. En lugar de ello, se bombardea a los jueces con una absurda enumeración de las valoraciones que han de efectuar, que además de ser por una parte redundante y por otra incompleta, pone de manifiesto una gran desconfianza del legislador hacia los órganos judiciales que deben tomar las decisiones en esta materia, desconfianza motivada, probablemente, por el debate social y mediático a que dio lugar, durante la tramitación de la Ley, la expresa admisión en ella de la custodia compartida.*

A mi juicio, esta redacción del apartado 8 del artículo 92 CC es coherente con que la posibilidad de fijación de la guarda y custodia compartida en procedimiento

[528] Alude a *los términos restrictivos* que recoge el artículo 92.8 CC, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 306821/2009), argumentando como *(...) tienen muy poca justificación si en verdad uno de los objetivos de la reforma era favorecer esta modalidad de custodia. Pero lo cierto es que su tenor literal es claro al establecer que si los dos padres no están de acuerdo (supuesto del apartado 5) dicha modalidad sólo se acordará "excepcionalmente" y "con informe favorable del Ministerio Fiscal", y, así, la sentencia de la Sala de 9 de marzo de 2006 declaró que la solicitud de uno de los padres y el informe favorable del Ministerio Fiscal tenían la condición de verdaderos "presupuestos habilitantes".*

[529] Osa Fernandez se postula en ese sentido, en respuesta a la ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2835, FAM-55, Mayo de 2006, pág. 4, *¿Es preceptivo un informe psicosocial antes de acordar la guarda y custodia compartida?,* dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar.

[530] GUILARTE MARTÍN-CALERO aborda esta cuestión en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma..., op.cit.*, pág. 162, continúa preguntándose qué ocurriría en caso de no haya solicitud o exista informe desfavorable del Ministerio Fiscal, y sin embargo sea la guarda y custodia compartida el régimen que mejor protege el interés del menor. Considera dicho interés como el principio fundamental, pudiendo únicamente sobre su base determinar el tipo de guarda.

[531] SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos…", *op.cit.*.

contencioso fue uno de los puntos de confrontación más encendidos durante la tramitación parlamentaria. El Proyecto de Ley se redactó sin "trabas" a la posibilidad de fijar la custodia compartida en procedimiento contencioso, sin embargo, en su paso por el Congreso, algunos Grupos Parlamentarios por medio de sus enmiendas sostuvieron que la custodia exclusiva únicamente debía fijarse en los supuestos de mutuo acuerdo[532].

La ponencia mantuvo la postura media dado que acogió la enmienda número 48 del Grupo Socialista, y el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso añadió *a instancia de una de las partes* después de *el Juez,* quedando así el texto definitivo publicado en el BOE del apartado 8º del artículo 92 CC. El Senado, tal y como se ha desarrollado en el correspondiente capítulo dedicado a la tramitación parlamentaria, debatió también amplia y enconadamente este apartado, sin embargo el aludido error en la votación supuso que se mantuviera el texto aprobado por el Congreso como definitivo sin modificación alguna.

Si acudimos a la jurisprudencia, en sentencias anteriores y posteriores a la Ley 15/2005, también se encuentran ejemplos de resoluciones que consideran el mutuo acuerdo prácticamente como la única opción para acordar la custodia compartida, incluso parece que algunas de las sentencias posteriores a la Ley 15/2005 niegan la propia existencia del artículo 92.8 CC; entre ellas, dictadas con anterioridad a la reforma, pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de

[532] Las enmiendas que negaban la fijación de la custodia compartida en supuestos contenciosos fueron las siguientes: La enmienda número 30, de la Sra. Fernández Davila (GMx), que proponía adicionar al final de la redacción del párrafo 5º: *(...) en cuyo caso será requisito imprescindible que la solicitud se formule conjuntamente por ambos progenitores.* Justificaba la enmienda en la necesidad, en el caso de guarda y custodia compartida, de un previo acuerdo de los progenitores, dado que es necesario el consenso diario en las cuestiones del menor, debiendo excluir la custodia compartida caso de no petición conjunta. La enmienda número 40 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), que proponía modificar la parte primera del párrafo 5º del siguiente modo: *En la propuesta de convenio regulador, si existe mutuo acuerdo, podrá solicitarse (...)*, manteniendo el resto igual, dado que, tal y como justificaban la enmienda, es necesario que la custodia compartida sea solicitada por ambos progenitores y no sea nunca una imposición judicial. La enmienda número 81 del Grupo Parlamentario Popular proponía un nuevo texto al artículo 92 CC, y respecto de esta cuestión en dicho nuevo texto se decía: *La guarda y custodia compartida sólo será posible cuando exista acuerdo entre las partes (...).* La justificación de la enmienda se centraba en que, dada la necesidad de acuerdo y comunicación similar a la matrimonial para fijar la guarda y custodia compartida, sólo debía permitirse en caso de mutuo acuerdo. Por su parte el Grupo Socialista también presentó un nuevo texto, mediante la enmienda número 48, del artículo 92 CC edulcorando la posibilidad de la fijación de la custodia en procedimientos contenciosos: *8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

octubre de 2004[533] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 9 de febrero de 2000[534]; y entre las dictadas tras la Ley 15/2005, se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008[535], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009[536] y de 6 de octubre de 2009[537], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009[538] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 4 de diciembre de 2008[539].

[533] Sostiene la necesidad de consenso entre los progenitores para acordar la custodia compartida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de octubre de 2004, Sección 1ª, Ponente: Don Ignacio José Subijana Zunzunegui (EDJ 2004/203090) que dice: *El régimen de custodia compartida, al que se hace referencia en el recurso, constituye una formula idónea para la satisfacción del interés preferente de los menores cuando existe una base consensual entre los progenitores. En caso contrario, puede ser el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores, que constituyen el punto referencial más vulnerable. Por ello, no existiendo acuerdo entre los progenitores sobre este extremo, resulta justificada la decisión judicial contraria a la pretensión del recurrente.*

[534] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 9 de febrero de 2000, nº 65/200, recurso 494/1999, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EDJ 2000/11086), resuelve sobre una custodia compartida acordada en la Sentencia de separación y dice: *(...) existen claras muestras de su rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando esta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial.*

[535] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Matías Manuel Soria Fernández - Mayoralas (EUDER 279438/2008): En esta sentencia, la Audiencia revoca una guarda y custodia compartida fijada en primera instancia por periodos cuatrimestrales, acordando en su lugar una exclusiva para la madre, pese a que los menores manifestaron su deseo de seguir con ambos progenitores: *Tratar de llevar dicho deseo natural a través de la figura de la guarda compartida, solo tiene sentido, como la propia ley reconoce, cuando ambos progenitores muestran su disposición a procurar que la ruptura afecte lo menos posible a ese derecho natural de los hijos a estar en contacto con ambos padres, y que desde luego, resulta la mejor solución cuando ello se produce, porque nadie niega la necesidad que tienen los hijos de tratar y compartir sus vivencias y afecciones con ambos progenitores a la vez. Pero difícilmente se puede llegar a esta versión atenuada de la ruptura con la imposición de la guarda y custodia compartida, cuando uno de los progenitores no quiere, y por eso, la ley lo considera como una medida excepcional.*

[536] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 223960/2009), reconoce que *(...) la presencia de ambos progenitores en el proceso de crecimiento de los hijos y la colaboración de los padres en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de su personalidad, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la practica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia. En suma, poco más puede añadirse si la más reciente reforma de nuestros legisladores va encaminada en este sentido.* Sin embargo, considera que existe un freno a la custodia compartida: *la existencia del acuerdo mutuo de los padres, pues de lo contrario aquello que había de ser una vía de comunicación constante se convierte en una fuente constante de enfrentamientos. La guarda compartida no siempre es de fácil y posible aplicación pues exige como premisa básica una voluntad acorde de los padres y en su defecto, la inexistencia de una situación de conflicto que perturbe el normal desarrollo del sistema de guarda.*

[537] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre de 2009, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 241195/2009), insiste en los mismos términos recogidos en la Sentencia anterior.

[538] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009, Ponente: Doña Carmen Martínez Sánchez (EUDER 291242/2009): Se trata de un asunto en el que en primera instancia se fija una custodia exclusiva a favor de la madre, medida recurrida por el padre en apelación. La

En definitiva, lo cierto es que el artículo 92.8 CC permite acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos, no obstante, los requisitos a cumplir para su fijación, tal y como se desarrollarán en los apartados siguientes, limitan contundentemente las posibilidades de ser acordada[540].

3.2.- La excepcionalidad recogida en el artículo 92.8 CC

Es importante tener en cuenta la palabra *excepcionalmente* con la que comienza el apartado 8º del artículo 92 CC. Tal y como se ha recogido en el capítulo dedicado a la tramitación parlamentaria, esta fue una más de las "trabas" que se incorporaron durante la "gestación" legislativa a la posibilidad de acordar la custodia compartida en procedimiento contencioso. A mi juicio no fue más que un "adorno" para, junto al resto de la redacción, lograr una unanimidad parlamentaria para aprobar la reforma en la que se incluyera la posibilidad de acordar la custodia compartida en el procedimiento contencioso. De hecho ni en el Anteproyecto de Ley, ni en el Proyecto se refería nada

Audiencia Provincial resuelve confirmando la custodia materna, y finaliza su fundamentación aludiendo a: *(...) además el art. 92 CC condiciona la adopción de esta medida a que lo soliciten ambos progenitores en la propuesta de convenio regulador o a que ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento, lo que no ha ocurrido, con lo que la norma impide la adopción de esa medida, y el recurso debe decaer también en este punto.*

[539] Similar argumento a la Sentencia anterior utiliza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 4 de diciembre de 2008, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (EUDER 308593/2008), que resuelve un recurso de apelación del padre desestimándolo y manteniendo la custodia exclusiva materna acordada en primera instancia, y dice respecto a la custodia compartida: *Tampoco esta petición puede acogerse, básicamente porque no hay acuerdo entre padre y madre, al respecto y es un requisito necesario, según el artículo 92,5 del C.C (...).*

[540] Estos requisitos que exige el artículo 92 CC para acordar la custodia compartida, también en los supuestos contenciosos, según Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009[540] se desgranan del siguiente modo: *La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.* Alude a esta Sentencia, con el mismo fin de recoger los requisitos del artículo 92 CC, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Julio César Picatoste Bobillo (EUDER 6784/2010).

respecto a la excepcionalidad, sino que se recogió por primera vez en el Congreso de los Diputados, en concreto mediante la enmienda número 48 del Grupo Socialista.

Pero, ¿qué eficacia práctica tiene dicha referencia expresa a la excepcionalidad de la fijación de la custodia compartida en procedimiento contencioso? A mi juicio poca pero no ninguna. Ningún Juez puede fundamentar, a mi modo de ver, su resolución negativa a una custodia compartida únicamente en que dicha fórmula debe ser excepcional. No es un argumento contundente como único, ni siquiera como principal, a esgrimir para evitar la fijación de una custodia compartida, sino que se trata de un argumento más, un argumento "de apoyo" al resto de argumentos para fundamentar su denegación, tal y como se observa de las sentencias posteriormente extractadas.

Autores como Viñas Maestre[541] o García García[542] aluden a la excepcionalidad de la medida. Sin embargo, es interesante la reflexión que efectúa Rodríguez Chacón[543], que explica como en la norma proyectada no se especifica criterio alguno a fin de conocer la aplicación excepcional o preferente de la custodia compartida. Sin embargo, a su juicio, la Exposición de Motivos parece indicar que este tipo de custodia debía ser la de aplicación normal y que debía proceder, excepto que hubiera motivos en contra. De hecho, tras la aprobación del texto definitivo y habida cuenta de que los párrafos de la Exposición de Motivos no han variado del Proyecto inicial al texto definitivamente aprobado, según el autor, en este caso ésta no sirve como criterio interpretativo, dado que quedan dichos párrafos como una pieza incoherente.

El TS se ha postulado sobre esta cuestión:

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011[544], respecto a si la guarda y custodia compartida es una medida excepcional o no, el TS se pronuncia en términos nítidos considerando la misma no sólo no excepcional, sino que alude a que debería considerarse la medida "más normal". Expresamente dice: *(...) la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.*

[541] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, subraya como: *Hay que resaltar el carácter excepcional con el que contempla la Ley la custodia compartida en estos procedimientos (...).*
[542] GARCÍA GARCÍA, Natalia, "La guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos", *Sepin*, SP/DOCT/3306, en www.sepin.es, afirma como *La posibilidad de adoptarla en supuestos contenciosos reviste carácter excepcional.*
[543] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, págs. 118 y 84.
[544] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/146903).

Y en la Sentencia de 22 de julio de 2011[545], alude el TS en esta Sentencia a la "excepcionalidad" a que se refiere el artículo 92.8 CC, reseñando como *(...) no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.* Parece que el TS no le da ninguna relevancia práctica al término con el que inicia el párrafo 8º del artículo 92 CC, "excepcionalmente", cuestión coherente con la anterior STS de 7 de julio de 2011.

Por último en la Sentencia de 3 de octubre de 2011[546], reitera la conclusión expuesta respecto al término excepcionalmente en la STS de 22 de julio de 2011.

Sin embargo, abundante jurisprudencia de Audiencias Provinciales utiliza el argumento de que la guarda y custodia compartida es "una medida excepcional" para fundamentar, junto con otros argumentos, la denegación de la medida: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008[547], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010[548], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008[549], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de julio de 2008[550], la Sentencia de la Audiencia Provincial

[545] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/155183).
[546] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/222411).
[547] Tras fundamentar su resolución en otras cuestiones, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008), añade *el carácter excepcional de la guarda compartida que el propio legislador se encarga de señalar expresamente en el artículo 92 del Código Civil* para excluir la custodia compartida.
[548] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (LA LEY 33543/2010) explica como el artículo 92 CC en su actual redacción regula una custodia compartida *que pivota sobre el acuerdo de los dos progenitores; sólo de manera excepcional se faculta al juez, previas las oportunas cautelas procesales, para establecerlo y siempre es preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal.*
[549] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Matías Manuel Soria Fernández - Mayoralas (EUDER 279438/2008) considera que difícilmente se puede aplicar la guarda y custodia compartida *cuando uno de los progenitores no quiere, y por eso, la ley lo considera como una medida excepcional. Medida excepcional que sólo puede tener su justificación, cuando se pueda establecer de una forma razonable por las circunstancias del caso que pueda coadyuvar al éxito de la medida, como es un entorno familiar y local apropiado. (...) Considerando que no se dan en la presente causa los motivos excepcionales que hay que tener en cuenta para acordar la medida (...).*
[550] Resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de julio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Blanca Gesto Alonso (EUDER 202378/2008), un procedimiento de modificación de medidas, en el que se solicitaba la fijación de una custodia compartida en lugar de una exclusiva, y respecto de la compartida explica como faltan: *(...) razones suficientes para adoptar en el presente supuesto la referida medida que, como es sabido se muestra de carácter excepcional cuando no existe acuerdo entre los padres. En esta situación se acordará cuando sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 C.Civil). Y conforme a lo anterior, cabe sostener*

de León de 12 de mayo de 2006[551], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[552] y de 4 de mayo de 2009[553], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 15 de abril de 2008[554], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de noviembre de 2009[555] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009[556].

Añadir la cita de las siguientes sentencias que también mencionan de forma breve la excepcionalidad de la medida: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009[557], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de

que las razones aducidas en el recurso no son de la entidad suficiente para la adopción de esta medida excepcional (...).

[551] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 71450/2006), se desestima el recurso de apelación en el que se solicitaba la custodia compartida, en lugar de la exclusiva fijada en el procedimiento de primera instancia: *Cierto es que las Audiencias Provinciales, viene admitiendo (antes de la reforma legal a que aludieran) la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, formula que en determinadas circunstancias presenta bondades indudables, si bien, se pone de relieve la excepcionalidad de tal formula en cuanto ha de reservarse para casos en que concurran muy especiales circunstancias que le hagan aconsejable (...).*

[552] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de la madre en tal sentido, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna: *Destaca, en primer lugar, la interpretación literal del texto legal el carácter excepcional de la medida, lo que en el Diccionario de la Lengua equivale a " que se aparte de lo ordinario o que ocurre rara vez", lo que a nuestro juicio trae como consecuencia que la interpretación o, por mejor decir, las dudas que puedan surgir en la misma , ha de ser restrictiva.*

[553] En iguales términos que la Sentencia anterior, también para revocar una custodia compartida acordada en primera instancia se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009).

[554] Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 15 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Alañón Olmedo (EUDER 85703/2008): Se fija en primera instancia una custodia materna y la audiencia confirma la misma aludiendo a que: *La excepcionalidad requiere la concurrencia de una serie de circunstancias que aboguen por la inconveniencia de custodias únicas, ninguna de las cuales aparece en el supuesto enjuiciado y ninguna de ellas ha sido puesta de manifiesto por el recurrente.*

[555] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de noviembre de 2009, Ponente: Don Fermín Francisco Hernández Gironella (EUDER 303229/2009) también alude a esta cuestión: *(...) como el mismo precepto indica, tiene un carácter excepcional, que exige, por tanto, de la correspondiente justificación (...).*

[556] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009) considera que el modelo general sigue siendo la custodia exclusiva: *Olvida la parte apelante que la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre o a la madre continúa siendo la fórmula general, el modelo principal (...).* En sentido contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 8 de marzo de 2010, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2010/4018), fundamenta: *(...) b) La jurisprudencia de esta Sala ha declarado -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio y 9/2010, de 3 de marzo- que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente (...).*

[557] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 281808/2009).

25 de abril de 2008[558], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de noviembre de 2006[559], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de noviembre de 2008[560], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008[561], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009[562], y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2008[563].

Debe señalarse también que la consideración de la custodia compartida como medida excepcional, era mucho más acentuada en las Sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Puede observarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004[564] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 12 de marzo de 2001[565].

3.3.- Instancia de parte

El artículo 92.8 del Código Civil exige otro requisito, en concreto la petición de parte, para acordar la custodia compartida en procedimiento contencioso. Dice el 92.8 CC: *(...) el Juez, a instancia de una de las partes.*

Esta expresión suscita la duda de si el Juzgador podrá de oficio acordar la guarda y custodia compartida, o por el contrario el principio de rogación y de congruencia tienen plena eficacia en la solicitud de custodia compartida en el procedimiento contencioso.

[558] Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008, Ponente: Don Francisco Bellido Soria (EUDER 228308/2008).

[559] Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de noviembre de 2006, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco José Goyena Salgado (EUDER 220922/2006).

[560] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de noviembre de 2008, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 237923/2008).

[561] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 85014/2008).

[562] Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos (EUDER 293118/2009).

[563] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2008, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 52363/2008).

[564] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EDJ 2004/73912) dice: *(...) la custodia compartida es una medida excepcional que puede tener consecuencias negativas para los hijos máxime cuando el replante no concreta cómo se desarrollaría ese tipo de custodia ni cómo la haría compatible con su trabajo a turnos.*

[565] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 12 de marzo de 2001, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Elizburu Aguirre (SP/SENT/25022) dice: *(...) no procede ni siquiera la guarda y custodia compartida, sistema éste, que la práctica nos demuestra, que en pocos casos, y atendiendo a especiales circunstancias que en el presente caso no concurren, es el más oportuno.*

Existe discrepancia de opiniones doctrinales entre la postura que defiende interpretar literalmente el precepto, es decir, sostener la imposibilidad de acordar la custodia compartida de oficio por el Juez, y la postura que defiende una interpretación más flexible del mismo, considerando que pese a la redacción, el Juez podrá acordar la custodia compartida en procedimiento contencioso aunque ninguna de las partes lo haya solicitado:

La postura favorable a la necesidad de petición de parte, parecen defenderla autores como Rodríguez Chacón[566], Rivera Álvarez[567], Tamayo Haya[568], Tena Piazuelo[569], García García[570], Pérez Villar - Aparicio[571], Romero Coloma[572], Pinto Andrade[573] o García Rubio y Otero Crespo[574]. Otros autores, pese a que se postulan a favor de la literalidad del precepto, destacan que dicha exigencia es llamativa, dado que es una de las medidas de *ius cogens* de derecho de familia a las que no se les aplican el principio de rogación y el de congruencia. Opina de este modo De Verdá y

[566] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 126, es contrario a una interpretación de la norma que admita la adopción de oficio de dicha medida, dado que siendo ya complicado acordar una guarda y custodia compartida no aceptada por uno de los progenitores, la adopción de oficio sería tan *(...) extremadamente artificioso imponerla a ambos progenitores que tal opción ha de excluirse.*

[567] Para RIVERA, "La custodia compartida impuesta...", *op.cit.*, pág. 186, uno de los progenitores lo debe solicitar o el menor estar conforme con acordar la custodia compartida. Considera que cuando ninguno de los progenitores quiere fijar ese sistema de custodia, no tiene sentido imponérselo.

[568] También TAMAYO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, págs. 703 y 704, tras referir que no se contempla la posibilidad de que el Juez acuerde directamente la medida, añade que la *(...) custodia compartida coercitiva o forzada, querida por el juez pero no por los padres*, supondrá su seguro incumplimiento práctico.

[569] TENA, "La guarda y custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 40, considera que siempre será necesaria la petición de parte, no pudiendo acordarse de oficio.

[570] En igual sentido que el autor anterior GARCÍA GARCÍA, "La guarda y custodia...", *op.cit.*.

[571] Para PÉREZ - VILLAR y otros, "Estudio de Derecho comparado...", *op.cit.*, pág. 24, el legislador habrá ponderado el interés del menor y habrá concluido que es contrario a este interés fijar la custodia compartida sin petición de una de las partes, careciendo en su opinión en Juez de discrecionalidad para acordar la custodia compartida libremente y sin petición de parte.

[572] ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pág. 24, dice: *(...) dejar a la iniciativa del Juez una decisión tan importante, una medida tan trascendental como lo es la guarda y custodia compartida es, cuanto menos, aventurarse a dictar una medida que, en muchas ocasiones, puede que no llegue a ser cumplida, ya que las circunstancias personales y profesionales (y laborales), así como los domicilios de cada uno de los progenitores pueden llegar a hacer inviable –e imposible- esta medida.*

[573] Según PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 66: *No merece la pena insistir en este punto, por la claridad de la norma: rige absolutamente el principio dispositivo o rogatorio.*

[574] Aludiendo a la letra definitiva del artículo 92.8 CC, GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre...", *op.cit.*, págs. 101 – 102, consideran precisa la petición de parte, no pudiendo el Juez acordarla ni siquiera en el supuesto de que estime sea la medida mejor para la salvaguarda del interés del menor. Y añaden como supone un paso atrás del legislador del 2005, dado que con el derecho anterior a la reforma era posible la imposición, incluso de oficio, de la custodia compartida cuando, según el Juez, fuere lo más beneficioso para el menor. Aluden a la STC 4/2001, de 15 de enero, para referir como en este sentido se postuló la misma.

Beamonte[575]. Por último, señalar como tanto López-Rendo Rodríguez[576] como Viñas Maestre[577] consideran necesaria la petición por una de las partes, no pudiendo acordar la guarda y custodia compartida en caso de que ambas partes soliciten la custodia exclusiva, pese a que se trata de una materia de orden público. Pero finalizan con un matiz interesante, que se refiere a que según las autoras, si se aplicase el principio de quien pide lo más pide lo menos, en dicho supuesto podría acordarse la custodia compartida.

Entre las sentencias que se posicionan a favor de la imposibilidad de acordar de oficio la custodia compartida se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009[578], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de mayo de 2009[579], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de junio de 2009[580], la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 8 de mayo de 2007[581], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de enero de

[575] DE VERDÁ Y VEAMONTE y otros, *Comentarios a las Reformas...*, *op.cit.*, pág. 209, considera plenamente eficaz el principio dispositivo, reconociendo no obstante que esta exigencia es: *(...) ajena al Derecho Procesal aplicable a la materia familiar, o al menos a las cuestiones pertenecientes a este sector del ordenamiento jurídico en las que exista un interés público.*

[576] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 6.

[577] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*.

[578] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña Juana María Gelabert Ferragut (EUDER 133802/2009) dice: *Existe, pues, en la actualidad regulación específica de la guarda y custodia compartida, conjunta o alternativa. Mas el disfavor sigue latente en la normativa, si no es que se ha agravado. Si antes resultaba defendible doctrinal y jurisprudencialmente, como se acaba de exponer, que la mencionada medida podía ser adoptada de oficio por el Juez, en mayor beneficio del menor afectado, dicha solución ha de ser hoy descartada.*

[579] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de mayo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 132149/2009): En primera instancia se acuerda una custodia exclusiva materna, se recurre en apelación por el padre y se mantiene la medida de instancia, la Audiencia dice: *En el presente caso, ambos litigantes reivindican para sí la guarda y custodia, prueba evidente de su desacuerdo; y el Ministerio Fiscal tampoco ha solicitado expresamente que la guarda y custodia se comparta.*

[580] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (EUDER 108739/2009), trata de un supuesto en el que es el equipo psicosocial quien propone la custodia compartida: *Finalmente la propuesta de guarda y custodia compartida, que realiza la Psicóloga Sra. Lorena , no resultaría viable en este caso. Y ello porque con independencia de cualquier debate sobre su procedencia, es lo cierto que su estimación por el Tribunal no sería procesalmente admisible pues conforme a lo dispuesto en el artº. 92.5 del Código Civil , se requiere bien la petición de ambos progenitores, o excepcionalmente a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal (artº. 92.8 del Código Civil). Y tales presupuestos no concurren en este caso.*

[581] En la Sentencia de primera instancia se acuerda una custodia compartida, y la madre recurre en apelación solicitando se le atribuya la exclusiva a ella, resolviendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2007, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 113848/2007): *...la madre peticionó la guarda y custodia para sí, al igual que el demandado para él mismo, y la sentencia acuerda la guarda y custodia compartida.*

2008[582], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009[583], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de febrero de 2008[584].

En la postura flexible, que sostiene la posibilidad de acordar por el juez de oficio la custodia compartida, parecen incardinarse autores como Guilarte Martín-Calero[585], Marín García De Leonardo[586] o Seisdedos Muiño[587].

Tal y como he aludido anteriormente, la interpretación rígida de la petición de parte parece mayoritaria en la jurisprudencia menor, sin embargo curiosamente el

[582] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de enero de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 20248/2008), trata de un procedimiento de modificación de medidas en el que se pretendía modificar una custodia compartida fijada en convenio regulador de divorcio, por parte de la madre fijando un régimen de visitas distinto, y el padre solicita a su vez en su contestación a la demanda que se le atribuya la custodia exclusiva a su favor: *Es cierto que la parte demanda únicamente puede solicitar el régimen de guarda y custodia compartida si lo hace a través de la vía reconvencional prevista el art. 770 regla 2ª apartado d) LEC, como ya señaló esta Sala en Sentencia de la Secc. 1ª de 23-2-2007, pues el régimen previsto en el art. 92 C.Civil para la adopción de tal medida impide que pueda ser impuesta de oficio por el Juez.*

[583] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009), se dicta tras interponer el padre solicitando la custodia compartida, recurso de apelación a la Sentencia dictada en primera instancia, que atribuía a la madre la custodia de la hija, y confirma la Audiencia Provincial la custodia exclusiva materna, y analiza el caso la Audiencia entre otros con el siguiente argumento: *2º.- Petición de una de las partes. Este requisito concurre en el presente supuesto pues en la contestación a la demanda y en el recurso el padre solicita la custodia compartida, aunque la madre se opone radicalmente.*

[584] Alude también al requisito de instancia de parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 99317/2008).

[585] En este sentido se posiciona GUILARTE MARTÍN-CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 163, y en GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 17, que no considera una buena fórmula condicionar a la petición de uno de los progenitores la adopción de la guarda alterna. Considera que sólo debería excluirse la guarda alterna cuando exista acuerdo en la guarda exclusiva. Entiende que *debe respetarse el acuerdo de guarda alterna como el acuerdo de guarda unilateral o exclusivo*. En el resto de supuestos el Juez deberá decidir exclusivamente en atención al interés del menor.

[586] MARÍN, "Consecuencias personales...", *op.cit.*, pág. 93, considera llamativa la exigencia de petición de parte dado que *los principios de rogación y congruencia no rigen en materias que afectan al interés público como son las relativas a guarda y custodia de hijos menores.* Y más adelante, destaca como el Juez cuando ambos progenitores están de acuerdo puede no acordar la custodia compartida si la considera dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, por tanto *(...) por la misma razón no se entiende que en un proceso contencioso el juez no tenga un poder de decisión mayor en la atribución de la guarda y custodia.*

[587] SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos...", *op.cit.*, argumenta que sobraría la obligatoriedad de que uno de los progenitores solicite la guarda y custodia compartida, siempre teniendo en cuenta el favor filii y el requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal. Si ambos han solicitado la custodia exclusiva reuniendo ambos capacidades para asumirla, y además existen las circunstancias adecuadas para la compartida (proximidad de domicilios, forma de vida similares o compatibles, etc...) se pregunta: *(...)¿por qué no ha de poder el Juez decretarlo* (la custodia compartida) *si considera que es la mejor solución para los hijos?*. En respuesta a esta pregunta alude al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, que atenuaron el principio dispositivo en los procedimientos matrimoniales en favor de una mayor discrecionalidad judicial, dada cuenta los superiores intereses a proteger en estos procedimientos. Y concluye: *el texto del artículo 92.8 pretende limitar el arbitrio del Juez, en otra clara muestra de desconfianza, colocando la voluntad de los padres por encima de la consideración del interés del menor.*

Tribunal Supremo parece haberse posicionado sobre esta cuestión a favor de la interpretación flexible en las siguientes sentencias:

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009[588], aludiendo a la exigencia del artículo 92.8 CC respecto de la instancia de parte, parece que no considera necesario dicho requisito para que el Juzgado pueda acordar la custodia compartida: *Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Y en el párrafo siguiente continúa: En este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92 , vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés.*

En la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010[589] nuevamente reitera, de igual modo que en la anterior Sentencia recogida, que el principio dispositivo no rige cuando el interés del menor "está en juego", con el consiguiente vacío de contenido de la previsión contenida en el artículo 92.8 CC referente a la "instancia de parte": *(...) la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo (...).*

A este respecto, citemos al Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 10 de diciembre de 1984[590] y en la Sentencia de 15 de enero de 2001[591], *anteriores a la Ley*

[588] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009).

[589] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

[590] La Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1984, Sala 2ª, Ponente: Francisco Tomás y Valiente (EDJ 1984/120) dice: *No es ocioso traer a colación aquí alguna somera reflexión en orden al carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de "ius cogens", precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español. (...)*

15/2005, y no aludiendo a la custodia compartida, ha sostenido la posibilidad de actuar el Juez de oficio en las medidas de ius cogens.

En la postura flexible, puede citarse dentro de la jurisprudencia menor la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de junio de 2011[592].

A mi modo de ver, únicamente podría ser admisible la imposibilidad de adoptar de oficio la custodia compartida, en el supuesto de admitir la máxima siguiente: En todo caso es perjudicial para el menor acordar la custodia compartida cuando ninguno de los progenitores la solicite. Sin embargo, a mi juicio, en el Derecho no existen verdades absolutas y en el Derecho de familia menos aún, debiendo acudir al caso concreto para resolver sobre la cuestión de que se trate. En consecuencia, dado que puede existir algún supuesto en el que el Juzgador considere que, aunque ninguno de los progenitores lo haya solicitado, la solución más beneficiosa para el menor sea la adopción de la guarda y custodia compartida, y a tenor del principio fundamental y rector de las medidas a

[591] La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001, Sala 2ª, Ponente: Tomás Antón Vives (EDJ 2001/35) dice en el Fundamento de Derecho Cuarto: *El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones. Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (artículo 90, párrafo segundo del Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (artículo 103, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que ha de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero).*

[592] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de junio de 2011, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EUDER 145083/2011) dice: ***PRIMERO.-*** *Inicialmente los dos progenitores solicitaron en sus recursos se les atribuyera con carácter exclusivo la guarda y custodia de la hija común menor de edad, frente a la sentencia en que se estableció una guarda y custodia compartida con un régimen de visitas a cuyo contenido nos remitimos en aras a la brevedad. Impugnaron la sentencia de primera instancia afirmando que el establecimiento de una guarda y custodia compartida debe cumplir los requisitos señalados por el vigente art. 92 del Código civil y concretamente que ninguno de los dos progenitores la solicitó, tampoco el Ministerio Fiscal, siendo así que sólo el informe pericial se inclina por la guarda y custodia compartida que el Juez decreta. (...) No es óbice a lo anterior el hecho de que en la instancia ninguno de los dos progenitores lo haya solicitado ni las sentencias, citadas por el apelante, en que esta Sala se ha inclinado por no otorgar la guarda y custodia compartida. En derecho en general, mas si cabe en derecho de familia, cada situación debe ser analizada particularizadamente sin caer en pretensiones de generalidad y buscando, en la medida de lo posible, el beneficio de los hijos menores de edad. En el supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento y como reiteró el Sr. Perito en el acto de la vista, la situación se ha estabilizado y debe procurarse su mantenimiento. No existen causas de entidad suficiente para una resolución contraria, por lo que la sentencia en este particular debe ser confirmada. Máxime cuando estamos en presencia de una cuestión de nomenclatura pues el establecimiento de un amplio régimen de visitas viene, de hecho, a constituir una custodia compartida a la que sólo le falta el nombre.*

adoptar en un proceso de familia con hijos menores, el *favor filii*, deberá, a mi modo de ver, poder adoptar de oficio dicha medida. Es más, en mi opinión tendría obligación de hacerlo.

Por otra parte, no es tan sumamente "extravagante" el supuesto en el que pudiera ser beneficioso para el menor adoptar dicha medida de oficio. Imaginemos un supuesto en el que los aspectos coyunturales y materiales estén perfectamente cubiertos, es decir, hay dos viviendas cercanas, tienen familias extensas, tienen ambos progenitores trabajos con horarios razonables, ambos se han implicado en la crianza y educación de los menores etc... Una difícil ruptura ha provocado un enconamiento en las posturas, solicitando cada uno la guarda y custodia exclusiva de los menores. ¿Por qué el Juez no puede considerar que lo mejor para el menor es la guarda y custodia compartida? Considero que en una cuestión en la que están implicados menores, en la que la autonomía de la voluntad está limitada, no puede impedirse al Juez que adopte la medida que considere más adecuada por no ser solicitada por ninguna de las partes. Más aún si tenemos en cuenta que en ocasiones la situación de dolor y confusión emocional en los padres conlleva comportamientos ofuscados y que dificultan cualquier acuerdo o cesión.

A mayor abundamiento, se trata de un nuevo tipo de medida inédita en los procedimientos de familia, dado que se trata de una medida de *ius cogens* "teñida" o "tintada" con características de las medidas dispositivas, en este caso con la aplicación del principio de rogación en plenitud. Esta fórmula utilizada por la Ley 15/2005 choca frontalmente con la regulación de las medidas en derecho de familia hasta el momento.

Sin embargo, dado que el legislador puede regular de la manera que considere más oportuna y por tanto puede limitar el poder de decisión del Juzgador, lo cierto es que atendiendo a la literalidad del precepto queda clara la imposibilidad de acordar la medida sino es previa petición de parte. Pero al hilo de seguir o no la interpretación literal de lo recogido en los apartados del nuevo artículo 92 CC, la opinión doctrinal mayoritaria no siempre apoya la interpretación literal si atendemos por ejemplo al punto 5º y al 8º de dicho artículo. En el punto 5º, tal y como he expuesto, la mayor parte de la doctrina considera que no debe interpretarse de forma literal la expresión "se acordará" con la que comienza el apartado, dado que no debe ser preceptiva la aprobación del convenio regulador para el Juzgador. Pero, ¿por qué entonces el argumento principal de la imposibilidad de acordar de oficio una guarda y custodia es la letra literal del apartado 8º del artículo 92 CC? ¿Por qué en el apartado 5º no y en el 8º sí?. Ciertamente

éste es un cuestionamiento que podemos plantearlo en gran parte de los dilemas, que no son pocos, que genera el artículo 92 CC.

No debemos olvidar tampoco, ya destacado por alguno de los autores citados, el principio, recogido en múltiples sentencias, formulado como *quien puede lo más puede lo menos*, fijado como máxima *quien pide lo más, solicita lo menos.* Dicho principio indudablemente es aplicable al presente supuesto, de hecho: Si ambos progenitores solicitaren para sí la custodia exclusiva, que la custodia compartida fuera una posibilidad más sería tranquilizador. Es decir, o hay una custodia exclusiva clara o se podría acordar la compartida. No obstante, ante este argumento se puede esgrimir la réplica de que podría haberse pedido como petición subsidiaria la compartida, que justamente es lo que en la práctica, para "salvar" este artículo, se está realizando.

En definitiva, esta redacción del artículo 92.8 CC no vence al principio rector e inspirador de las medidas atenientes a los menores en los procesos de familia, que es el principio de beneficio del menor. En consecuencia, si el Juez tiene claro y puede fundamentar, que el interés del menor se protege mejor acordando la custodia compartida, creo que podría hacerlo, dado que en la ponderación a efectuar entre la interpretación literal de un precepto más que discutido, dada su incoherencia con la laxitud con la actúan los principios procesales civiles generales cuando se trata de medidas de *ius cogens,* y una clara consideración del Juzgador de que la compartida es la solución más beneficiosa para el menor, vencería el interés del menor. Añadir, tal y como he recogido anteriormente, que esta parece que es la posición que sostiene nuestro Tribunal Supremo.

En cualquier caso, lo cierto es que en excepcionales ocasiones el Juez adoptará de oficio la guarda y custodia compartida, dado que si no es en la literalidad del apartado 8 del artículo 92 CC, será en la no imposición a los progenitores de la custodia compartida no solicitada por ninguno, en lo que fundamentará su negativa.

Por otra parte, es interesante observar como en la reforma en la que se introduce en nuestro Código Civil la guarda y custodia compartida, se recoge una regulación de la figura, en relación con este aspecto, más restrictiva que la regulación anterior a la reforma, excepto en los supuestos de la anterior legislación en los que el Juzgador consideraba imposible acordar la custodia compartida por ser una figura no regulada en nuestro ordenamiento. Es decir, antes de la reforma se podía acordar la custodia compartida en un supuesto contencioso de oficio apelando al beneficio del menor, por el contrario en la actualidad no es posible según la literalidad del artículo 92.8 CC y la

opinión de parte considerable de la doctrina. Además de añadir, tal y como se desarrollará posteriormente, entre otras cuestiones, el preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal que antes de la reforma tampoco se exigía que fuera favorable.

No obstante, tal y como he referido con anterioridad, considero mejor la actual situación que la anterior a la reforma, dado que la inexistencia de regulación suponía que la petición de la figura también era inexistente, y por tanto se acordaba de forma residual. El haber incluido en la reforma la custodia compartida, aunque sea más restrictiva, ha supuesto la suficiente repercusión pública en los agentes jurídicos y en la ciudadanía, como para que en la actualidad se solicite en considerables ocasiones más que antes, y tenga un diagnóstico de éxito más probable que antes de la reforma. Asimismo, supone la imposibilidad de utilizar el argumento de la inexistencia de la figura en nuestro Código civil para denegar su fijación.

3.4.- Informe favorable del Ministerio Fiscal

3.4.1.- Introducción

Esta exigencia recogida en el texto del artículo 92.8 CC que alude al *informe favorable del Ministerio Fiscal,* ha supuesto una de las cuestiones más polémicas del nuevo artículo 92 CC, existiendo opiniones opuestas en cuanto a su interpretación.

Ciertamente durante la tramitación parlamentaria ya se planteó un texto diferente, en concreto en el Senado, mediante la enmienda nº 5 del GP Entesa Catalana de Progrés, que proponía la sustitución del apartado 8 del artículo 92, por la siguiente redacción: *8. Cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida si de esta forma se protege mejor el interés superior del menor.* Justifican la sustitución en que debe primar el interés del menor como criterio rector de la resolución judicial, en la materia de guarda y custodia compartida. Posteriormente, en el debate en el pleno del Senado del Proyecto de Ley, por G.P. Entesa Catalana de Progrés, compareció el Sr. Bofill Abelló, que defendía las enmiendas nº 5 a 8, y retiró todas ellas. En concreto respecto de la enmienda nº 5, la retiró en favor de la enmienda transaccional, dado que enmarcaba mejor la decisión del juez.

Finalmente entre las variaciones del Senado publicadas en el BOCG, se recogía una nueva redacción del apartado 8 del artículo 92 CC, y respecto del informe del Ministerio fiscal decía *que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal*... Es decir, ya no recogía la exigencia de que fuera favorable[593]. No obstante, pese a toda la tramitación efectuada en el Senado, y dado el error en la votación, ya aludido en varias ocasiones en el presente trabajo, no se incluyeron las modificaciones del Senado en el texto definitivo, y por tanto, respecto del informe del Ministerio Fiscal en los supuestos contenciosos, se mantuvo y no se modificó la exigencia de que éste fuera favorable.

3.4.2.- Posición de la doctrina y de la jurisprudencia

Existen básicamente tres posturas doctrinales respecto de la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. La que considera imperativo dicho informe favorable para acordar la custodia compartida, la que considera no imperativo el informe favorable y por último la postura intermedia.

- Dentro de la primera postura que sostiene la imperatividad de que exista informe favorable de Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida parecen incardinarse, no de forma acrítica con la medida, autores como González Vicente[594], Rodríguez Chacón[595], Hijas Fernández[596], Castillo Martínez[597], Pérez Martín[598], Montero Aroca[599] o Vázquez Iruzubieta [600].

[593] Respecto de la recoger que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal comparto plenamente la crítica de SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos...", *op.cit.*, no obstante hubiera sido una disposición mucho menos perjudicial que la que finalmente se aprobó en la que se incluía el informe favorable: *El informe favorable quedo por ello convertido en informe preceptivo del Ministerio Fiscal, lo que venía a constituir una innecesaria reiteración de lo ya dispuesto, con carácter general, en el apartado sexto del mismo artículo, así como en el 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puesto que tal informe debe recabarse por el juez «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia» (artículo 92.6 CC), resultaba superfluo incluirlo entre los criterios para establecer la custodia compartida sin acuerdo de los cónyuges.*

[594] Afirma GONZÁLVEZ, *La guardia y custodia compartida...*, *op.cit.*, págs. 43 -47, que *Será necesario siempre antes de su adopción el Informe del Ministerio Fiscal, que tendrá que ser favorable en los procesos contenciosos, exigiéndose expresamente.*

[595] Comparte esta idea RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 126, diciendo: *Por supuesto, habrá de entenderse que no cabe la adopción de esta medida si el fiscal se muestra contrario a la misma.*

[596] En respuesta a la ENCUESTA, *¿Es preceptivo un informe psicosocial...*, *op.cit.*, pag. 4, HIJAS FERNÁNDEZ manifiesta en relación con el informe del Ministerio Fiscal: *A los efectos de la cuestión suscitada, y con carácter general para todo tipo de procesos, sean contenciosos o consensuales, el art. 92 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, tan sólo exige, de modo ineludible, el informe del Ministerio Fiscal, respecto del cual únicamente se dispone la necesidad de ser favorable a la custodia compartida cuando no exista acuerdo al respecto de los progenitores.*

Respecto de la jurisprudencia dictada tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, una amplia mayoría de Sentencias o resoluciones siguen esta primera postura, defendiendo que el informe favorable del Ministerio Fiscal es un requisito que si no se cumple impide la fijación de una custodia compartida:

Parece que el Tribunal Supremo "defiende" esta postura en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009[601] cuando dice: *En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8 (...) Es decir, el Tribunal Supremo parece no tener duda de que es requisito imprescindible, no sólo el informe del Ministerio Fiscal, sino también que éste sea favorable. Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010*[602]*, la Sala alude, entre otras cuestiones, al informe favorable del Ministerio Fiscal existente en el procedimiento para estimar el recurso,* y confirmar y reponer la sentencia de primera instancia en la que se acordaba la custodia compartida.

También la gran mayoría de sentencias de la jurisprudencia menor se postulan a favor de esta primera postura, es decir de la exigencia del informe favorable para la fijación de la custodia compartida: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008[603], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de

[597] CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia...", *op.cit.*, supedita la posibilidad de acordar la custodia compartida de solicitud unilateral al informe favorable del Ministerio Fiscal, dado que en el supuesto de que no manifieste éste su expresa conformidad, impedirá su establecimiento al Juez.

[598] PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 239, por su parte, explica como pese a que se ha reconocido que *este informe favorable del Ministerio Fiscal quedó fijado en el texto definitivo a consecuencia de un error en el momento de las votaciones en el Parlamento*, hasta que el artículo 92 del Código Civil se reforme o se declare inconstitucional por el Tribunal Constitucional, está plenamente vigente y debe ser aplicado.

[599] MONTERO, *Separación y divorcio...*, *op.cit.*, pág. 143, explica como el informe además de necesario debe ser favorable, sin embargo critica la exigencia: *Con ello se está desconociendo uno de los elementos claves de la función del Ministerio Fiscal y de las decisiones judiciales. El Fiscal en todos estos procedimientos asume una función de mero dictaminador o informante, en el sentido de que es oído sobre lo que se estima más favorable para los hijos menores o incapacitados, pero en modo alguno puede llegar a vincular la decisión judicial, y sin embargo en este caso se exige su informe favorable para que puede acordarse la guarda compartida, si bien ese informe no vincula al juez para acordar este tipo de guarda.*

[600] VÁZQUEZ, *Matrimonio y divorcio*, *op.cit.*, pág. 171, defiende como nada podrá hacer el Juez en caso de que no sea favorable el informe del Ministerio Fiscal, lo que significa que *...la decisión jurisdiccional depende de la voluntad de quien carece de jurisdicción.*

[601] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009).

[602] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

[603] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008, Ponente: Don Francisco Bellido Soria (EUDER 228308/2008) dice: *(...) tampoco concurren en este caso los requisitos legales puesto que el Ministerio Fiscal no ha informado favorablemente a esta posibilidad como se deduce de su*

enero de 2009[604], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009[605], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2008[606], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de Julio de 2010[607], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010[608], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 26 de octubre de 2009[609], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008[610], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2007[611], la Sentencia

postura procesal, al haber informado a favor de mantener la guarda y custodia de la madre ya acordada en medidas provisionales, con lo que tal posibilidad no puede tener favorable acogida.

[604] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009), dice: *Por otro lado la posición del Ministerio Fiscal, fue la de oponerse en la instancia a dicha forma de custodia y mantener en esta alzada la revocación de la sentencia de instancia que así la establecía. En consecuencia falta el primer requisito exigido para su establecimiento que es el informe favorable del Ministerio Fiscal (...).*

[605] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos (EUDER 293118/2009) dice: *(...) es presupuesto necesario el "informe favorable del Ministerio Fiscal", por lo que si no hay informe favorable del Fiscal, falta un presupuesto esencial que impide que pueda ser establecida la custodia compartida.*

[606] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2008, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 52363/2008) dice: *(...) y con informe favorable del Ministerio Fiscal (apartado 8 del precepto), que no concurre en el presente caso a la vista de la petición formulada por el mismo en el juicio de que la guarda y custodia de la menor siguiese atribuida a la madre. Por lo que no cumplida esta exigencia legal, no ha lugar a fijar una guarda y custodia compartida.*

[607] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de Julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Salinero Román (SP/SENT/518023) dice: *Y solo excepcionalmente en defecto de tal acuerdo es permitido establecer la custodia compartida cuando informe favorablemente el Ministerio Fiscal y se entienda que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Ministerio Fiscal no ha informado en tal sentido, prueba de lo anterior es que se opone al recurso del padre e incluso como ya hemos resaltado ha pedido la restricción del régimen de visitas del padre con mantenimiento para la menor de la custodia materna. El art. 92 citado forma parte del ordenamiento jurídico postconstitucional y debe de aplicarse en la forma legislativamente prevista estando planteada ya su posible inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por lo que no se deben anticipar interpretaciones a lo que resuelva referido Órgano.*

[608] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Teresa Vázquez Pizarro (SP/SENT/531581), dice: En el presente caso, es evidente la falta de acuerdo entre los progenitores y tampoco consta el informe favorable del Ministerio Fiscal a dicha medida, de modo que al no concurrir los requisitos legalmente previstos para que pudiera acordarse, no puede accederse a lo solicitado.

[609] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 26 de octubre de 2009, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (EUDER 221898/2009) dice: *(...) ni tampoco el Ministerio Fiscal ha informado favorablemente en este sentido, lo que excluye cualquier posibilidad legal de que el Juez adopte tal medida (...).*

[610] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008, Sección 7ª, Ponente: Don Ramón Ibañez de Aldecoa Lorente (EUDER 167649/2008) dice: *(...) el artículo 92.8 del Código Civil supedita, de forma ineludible, su establecimiento, a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, y en este caso no lo hay.*

[611] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2007, Sección 1ª, Ponente: Don Andrés Pacheco Guevara (EUDER 107681/2007) dice: *En ausencia de la posibilidad de decretar una guarda y custodia compartida sobre la hija común, ya que, como indica la juez a quo, ello no se ha admitido por el MF (...).*

de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 2009[612], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de mayo de 2008[613], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28 de noviembre de 2006[614], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[615], la Sentencia de la

[612] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 2009, Sección 2ª Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta de la Torre (JUR 010\408758) dice: *La discusión se centra en la interpretación que debe darse al apartado octavo del art. 92 del C.Civil , que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda compartida, en aquellos casos en que no se dán los supuestos del apartado cinco que contempla la petición o acuerdo conjunto de ambos progenitores. Pues bien, las Audiencia Provinciales vienen exigiendo con caracter general la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal, para acordar la custodia compartida en un proceso contencioso. A titulo de ejemplo : Barcelona, Seccion 18ª (de 20 de febrero y 4 de julio de 2007) ; Madrid (de 22 de mayo de 2007) ; Valencia (de 7 de junio de 2007) ; Zaragoza, Seccion 4ª (de 9 de abril de 2007) ; y Vizcaya (de 20 de marzo de 2007), entre otras muchas. La Sala no ignora la existencia de una corriente doctrinal, expuesta en las Conclusiones sobre las Reformas del Derecho de Familia del Segundo Encuentro Institucional celebrado en Madrid en 2005, favorable a la eliminación de la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando el juez considere que la custodia compartida es lo más adecuado para el menor. Pero encontrándose pendiente de resolución la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas, de 13 de septiembre de 2006, que se funda en criterios similares a los expuestos en las mencionadas Conclusiones sobre la reforma del Derecho de Familia, entendemos que hasta que el Tribunal Constitucional no resuelva la cuestión sometida a su examen, no puede acordarse la custodia compartida en un proceso contencioso, sin previo informe favorable del Ministerio Fiscal, por lo que el juez deberá desestimar cualquier petición en tal sentido, aún cuando la considere oportuna.*

[613] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de mayo de 2008, Ponente: Don Ildefonso Quesada Padrón (EUDER 101074/2008) dice: *Por lo que respecta a la petición sobre guarda y custodia compartida, no concurren los elementos precisos para ello, no constando por otro lado el informe favorable del Ministerio Fiscal, por lo que no procede acceder a ello.*

[614] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28 de noviembre de 2006, Ponente: Don Pío José Aguirre Zamorano (EUDER 254016/2006) dice: *Así las cosas los cónyuges, como se deduce claramente del procedimiento y del recurso planteado no están de acuerdo con que se acuerde la guarda y custodia compartida y el Ministerio Fiscal ha informado desfavorablemente, es por ello que no se puede acordar la guarda y custodia compartida.*

[615] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008) dice: En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la Sentencia y se atribuye la custodia a la madre, y respecto del informe favorable del Ministerio Fiscal dice: *Sobre este requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal es cierto que la doctrina y en concreto en el encuentro Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de Familia organizado por la Asociación de Abogados de Familia y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre del año 2005, se estableció en cuanto a este extremo la siguiente conclusión: "El informe desfavorable del ministerio fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. Si bien se estima conveniente suprimir que el informe del fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo." Sin embargo, no cabe sin más obviar lo que dice el precepto optando por no aplicarlo y atender a lo que dice el apartado 6º del mismo artículo 92 del Código Civil ("el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal"), sino que, tratándose de una norma posterior a la Constitución, pudiera concurrir causa de inconstitucionalidad, como ya ha planteado por infracción del art 14 CE , del art 24 y del art 117 CEE la AP Las Palmas Sección 5, 13-9-2006 , pues el legislador atribuye al Ministerio Fiscal funciones cuasi-jurisdiccionales al hacer depender la tutela efectiva de un informe favorable del Ministerio Fiscal. No obstante, en este caso el Tribunal entiende que con independencia del informe de Ministerio Fiscal no procede la custodia compartida por las razones que se expondrán y que, en consecuencia, no esta presente el requisito del juicio de*

misma Audiencia Provincial de 4 de junio de 2009[616] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010[617], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 16 de noviembre de 2009[618], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009[619], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de Junio de 2010[620] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[621].

Enumerar simplemente otras de las sentencias que aluden al informe favorable como "requisito" para acordar la custodia compartida: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010[622], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010[623], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010[624], la Sentencia de la Audiencia

relevancia entre la norma de dudosa constitucionalidad y la resolución del caso concreto a los efectos del art 35-2 LOTC.

[616] En similares términos que la anterior, se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009).

[617] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Julio César Picatoste Bobillo (EUDER 6784/2010) dice: *No hay criterio favorable del Ministerio Fiscal; el recurrente invoca el criterio recogido en el II Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia" de 2005, que ha sido reiterado en el IV de dichos Encuentros celebrados en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009; se sostiene allí la tesis de que puede estimarse que el juez, no obstante el criterio desfavorable del Ministerio Fiscal, en virtud de una interpretación sistemática del precepto -no explicada- podrá pronunciarse a favor de la custodia compartida, entendiendo, por otro lado, que el art. 92.8 priva al juez de libertad decisoria y ello podría ser inconstitucional; el mencionado Acuerdo sugiere la modificación legislativa. Lógicamente, se trata de una mera opinión o sugerencia. Entendemos que, en tanto el precepto se mantenga o no se declare su inconstitucionalidad (este tribunal no estima haya razones o argumentos para plantear la cuestión), a él debe estarse. Es de hacer notar que la Sentencia del Tribunal Supremo arriba citada, ninguna indicación hace a este respecto ni pone en cuestión la constitucionalidad del precepto.*

[618] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 16 de noviembre de 2009, Ponente: Don Ignacio Pando Echevarría (EUDER 260731/2009) dice: *Por lo tanto la concesión de la custodia compartida sólo es posible a falta de acuerdo de la pareja, cuando informe favorablemente el Ministerio Fiscal. En este caso el informe ha sido negativo, con lo que la aplicación de esta posibilidad viene legalmente vedada.*

[619] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009, Ponente: Doña Marta Vicente de Gregorio (EDJ 2009/114444) dice: *(...) no procede tampoco, por ser necesaria y preceptiva la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal en tal sentido, tal y como establece el artículo 92.8 del Código Civil .*

[620] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de Junio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don José Ignacio Álvarez Sánchez (SP/SENT/515178) dice: *(...)* si no hay acuerdo entre aquellos y el Ministerio Fiscal no apoya la solicitud de uno de ellos no es posible acordarla.

[621] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223) dice: *(...) con informe favorable del Ministerio Fiscal -cuyo carácter vinculante se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio del niño/a/os/as- (...).*

[622] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (SP/SENT/521638).

[623] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/496899).

[624] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Julio Cesar Picatoste Bobillo (SP/SENT/500218).

Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2009[625], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 16 de septiembre de 2008[626], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de abril de 2009[627], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2009[628], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 8 de mayo de 2007[629], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007[630], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de enero de 2007[631] y de 25 de febrero de 2009[632], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009[633], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 22 de julio de 2008[634], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2009[635], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008[636], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007[637], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de noviembre de 2009[638], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010[639], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de mayo de 2009[640], la Sentencia de la Audiencia Provincial

[625] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña Ana Moreno Galindo (JUR 2009\344442).

[626] Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 16 de septiembre de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Urbano Suárez Sánchez (EUDER 86028/2008).

[627] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de abril de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 118509/2009).

[628] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2009[628], Sección 2ª, Ponente: Don Javier de la Hoz de la Escalera (EUDER 260692/2009).

[629] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2007, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 113848/2007).

[630] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 26028/2007).

[631] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de enero de 2007, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez – Bárcena Florencio (EUDER 48031/2007).

[632] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009).

[633] Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009).

[634] Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 22 de julio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 159779/2008).

[635] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don Domingo Salvatierra Ossorio (EUDER 144254/2009).

[636] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Angel Chamorro Valdés (EUDER 183867/2008).

[637] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 314829/2007).

[638] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de noviembre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña Milagros Martínez Rionda (EUDER 260689/2009).

[639] Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco Acin Garos (SP/SENT/540019).

[640] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de mayo de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 146235/2009).

de Baleares de 15 de junio de 2010[641], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de mayo de 2007[642], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de julio de 2006[643] etc…

- Respecto de la postura que sostiene que es posible acordar la custodia compartida pese a que no exista informe favorable de Ministerio Fiscal, parece que la suscriben autores como Palay Vallespinós[644], Ivars Ruiz[645], Hernando Ramos[646] o Pérez Vega[647].

También se posicionaron en este sentido en relación a la virtualidad del informe del Ministerio Fiscal en los supuestos contenciosos, en el II Encuentro institucional de Jueces y Magistrados de familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia[648]. En dicho encuentro se concluyó que debe interpretarse la norma de forma sistemática, en el sentido de que el Juez podrá aprobar la guarda y custodia compartida si considera que es la medida más beneficiosa para el menor, pese a que el Ministerio Fiscal haya emitido informe desfavorable. Añaden que de prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, ello podría ser

[641] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EDJ 2010/145956).
[642] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de mayo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EDJ 2007/211300).
[643] Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de julio de 2006, Sección 1ª, Ponente: Doña María Josefa Ruiz Tovar (EUDER 136715/2006).
[644] Considera PALAY, "Medidas en relación…", *op.cit.*, que el Juez puede acordar la custodia compartida aunque el Ministerio Fiscal haya informado desfavorablemente, sobre la base de la mejor protección del menor: *(...) nos encontraríamos que en los supuestos de petición de custodia compartida a instancia de una sola de las partes, el informe desfavorable del Ministerio Fiscal vinculará al Juez, negándosele plena capacidad de decisión, ni siquiera en interés del menor, y deberá rechazar la petición por no estar contemplada en la ley. (...) Mediante una interpretación sistemática de las normas y del conjunto de la regulación, se puede admitir que el Juez puede acordar la custodia compartida aún con el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, en aras de la mejor protección del menor.*
[645] IVARS, *La guarda y custodia compartida...*, *op.cit.*, pág. 98, defiende que, si bien debe tenerse en cuenta el informe, no debe operar como presupuesto obstativo en los casos en los que se acredite que dicha forma de guarda es la que mejor protege el interés del menor.
[646] HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal…", *op.cit.*, pág. 8, concluye que en caso de informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no puede prevalecer la opinión de éste, habida cuenta que ello podría ser inconstitucional, dado que limitaría la decisión del Juez.
[647] PÉREZ VEGA, Ángeles, *La guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad y la violencia de género*, Ponencia presentada en las «Jornadas Nacionales sobre Protección Jurídica contra la Violencia de Género», celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005, El Derecho, EDO 2006/59, considera que si se cumplen el resto de requisitos y el informe del Ministerio Fiscal es desfavorable, el Juez podrá acordar la custodia compartida, dado que a dicho informe la ley no le atribuye carácter vinculante para el Juez y porque hay que tener en cuenta el artículo 92.9 CC.
[648] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES…, *op.cit.*.

inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. En el III Encuentro también se concluyó que el informe del Ministerio Fiscal no será vinculante.[649]

Tal y como he referido en el epígrafe anterior, es minoritaria la postura de Juzgados de Primera Instancia o Audiencias Provinciales que sostengan que puede acordarse la custodia compartida sin que exista informe favorable del Ministerio Fiscal. Entre ellas puede citarse la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010[650].

- Existe por último una postura intermedia, en la que se critica abiertamente la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, pero sin embargo parece que aceptan, o no queda del todo claro, que no puede acordarse la custodia compartida sin informe favorable. Esgrimen opiniones que parece puedan incluirse en esta postura Castillejo Manzanares[651] o Campo Izquierdo[652].

[649] Conclusiones de la MESA PRIMERA del III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS…, *op.cit.*.
[650] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EDJ 2010/2931) dice: *(...) para acordar la guarda y custodia compartida es necesaria el informe favorable del MF. Al respecto decir dos cosas: a) que esa necesidad de un informe favorable del MF, debe ser entendida e interpretada, desde el prisma del interés superior del menor, es decir se puede entender que es preciso un informe favorable del MF, que puede ser expreso o tácito; en una palabra se debe entender que hay informe favorable siempre que el MF no informe de forma motivada su negativa expresa a esa guarda y custodia compartida y b) Como dice la sentencia del TS de 28/9/09, esta normativa del art 92, debe completarse con el art 91 del c.c., donde dice que el juez tiene una amplia facultad para decidir cual debe ser la situación adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, y por otro lado el art 92.6 donde dice que el Juez debe valorar, las alegaciones de las partes y pruebas practicadas. Todo ello, pone de manifiesto, que el juez esta obligado a adoptar las medidas que mejor protejan los intereses de los hijos.*
[651] CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 363, refiriéndose a la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, considera que *(...) es en todo punto criticable*, dado que tanto la libertad de decisión del Juez y de los progenitores, recogida en la Exposición de Motivos, se ve limitada. Concluyendo que sería conveniente suprimir que el informe del Ministerio Fiscal deba ser favorable, y se redacte de forma similar a los supuestos de mutuo acuerdo.
[652] Para CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley*, La Ley 12960/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de Junio de 2009, este requisito del informe favorable, entra en contradicción con la regulación de la LEC y del CC, en relación con las facultades del Juez para acordar las medidas que considere más beneficiosas para el menor. Y en concreto alude a: El artículo 158 CC que regula como el Juez puede adoptar las disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios, pudiendo ser una de dichas disposiciones la fijación de una custodia compartida en un supuesto por ejemplo de interferencias parentales o del denominado SAP. El artículo 752 LEC, donde se recoge como en las medidas de *ius cogens* el Juez no está vinculado por el acuerdo de las partes, al igual que no lo está por el convenio regulador (art. 777.7 LEC). Atendiendo al artículo 774.5 LEC las Sentencias dictadas en procesos de separación y divorcio son eficaces desde que se dictan, es decir, el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos. El mismo autor, más adelante, concluye refiriendo como con el tenor literal del artículo 92.8 CC, más que proteger los intereses del menor, consigue: 1)Limitar la función jurisdiccional de los jueces, 2) Ser un obstáculo para la tutela judicial efectiva y 3) Dificultar la cultura pacificadora de las separaciones y divorcios que pretendió fijar el legislador con la Ley 15/2005. El Ministerio Fiscal tiene en su mano la imposibilidad de fijar la custodia compartida, siendo en el supuesto de informe desfavorable, irrelevantes e intrascendentes el resto de pruebas que hayan podido practicarse, las manifestaciones de las partes, las intervenciones de los letrados etc…

Y entre las Sentencias que podrían, a mi modo de ver, incluirse en esta postura intermedia se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009[653].

Toda esta contradicción de opiniones y críticas generalizadas a dicha exigencia de informe "favorable" del Ministerio Fiscal recogido en el epígrafe 8 del artículo 92 CC, tiene reflejo en que dos han sido las Audiencias Provinciales que han planteado una cuestión de inconstitucionalidad, que aún no se han resuelto, respecto de dicho artículo 92.8 CC, en concreto respecto de dicho informe favorable del Ministerio Fiscal: La Audiencia Provincial de las Palmas, en Auto de 13 de septiembre de 2005[654], y la Audiencia Provincial de Navarra, en Auto de 20 de enero de 2010[655].

3.4.3.- Momento en el que debe emitirse el informe del Ministerio Fiscal

Finaliza el argumento el autor con un ejemplo de lo que puede suceder con la regulación del 92.8 CC actual: *Es decir, y poniendo de manifiesto una situación que no es difícil que ocurra, podríamos encontrarnos con la siguiente situación: I.—separación o divorcio contencioso; II.—no existe acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda y custodia, pues existe un claro enfrentamiento en relación al uso de la vivienda y cuantía de los alimentos; III.—las pruebas que se practican ponen de manifiesto que ambas partes son buenos progenitores y siempre se han dedicado y preocupado del desarrollo integral de sus hijos; IV.—los hijos han manifestado al juez que quieren vivir con ambos progenitores, y que en los últimos 10 meses han estado compartiendo días de pernocta con el padre y días de pernocta con la madre, dado que ambos trabajan en régimen de turnos; V.—los informes psicológicos y de los centros escolares, ponen de relieve que es conveniente por los hijos mantener esa situación de guarda y custodia, de convivencia, de estancias o como quieran llamarlo, compartida entre ambos progenitores. El Ministerio Fiscal, no ha comparecido a la vista y no ha emitido informe. Dada la redacción del art. 92.8 CC, el juez, al no existir informe favorable del Ministerio Fiscal, no puede acordar esa guarda compartida, pese a que es conocedor que de esta manera se protegería mucho mejor el interés de los hijos y el derecho de los mismos a estar con su padre y con su madre. ¿Esto es lo que realmente ha querido el legislador?.*

[653] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (LA LEY 318142/2009) dice: *En el caso de autos, no concurren en ninguno de los supuestos que podrían dar lugar a la aplicación de tal régimen, pues no existe acuerdo de los cónyuges, y el Mº Fiscal informa desfavorablemente a tal posibilidad. En cualquier caso, y aun admitiendo, que tal medida pudiera ser acordada sin el consentimiento del Mº Fiscal, (existen resoluciones de Audiencias en tal sentido), el beneficio de los menores tampoco aconsejaría su adopción, pues la falta de comunicación de los progenitores que pone en evidencia el informe pericial judicial, dificultaría gravemente su puesta en práctica pudiendo ser origen de conflictos innecesarios.*

[654] Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 13 de septiembre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Doña Mónica García De Yzaguirre (SP/AUTRJ/95991). Aluden a esta cuestión de inconstitucional VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, primero y LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, después, y explican como la cuestión de inconstitucionalidad se sustenta en tres motivos: *Lesión del derecho reconocido en el artículo 14 CE e infracción del artículo 39 CE.* Existe un distinto no justificado tratamiento del procedimiento contencioso y del mutuo acuerdo del informe del Ministerio Fiscal, dado que en éste es preceptivo pero no vinculante, y en el procedimiento contencioso sí es vinculante. *Violación del art. 117.3 de la Constitución, que establece el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución. Derecho a la tutela judicial efectiva.*

[655] Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20 de enero de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don José Francisco Cobo Sáenz (EDJ 2010/1186).

Es interesante también aludir al momento procesal en el que debe emitirse el Informe del Ministerio Fiscal. Para Castillo Martínez[656], el Ministerio Fiscal podrá hacerlo al contestar a la demanda o en el propio acto de la vista. Añade a pie de página como en el primer supuesto, existe la limitación de conocer únicamente el contenido de la demanda, dada cuenta que aún no se han practicado las pruebas, y respecto al acto de la vista defiende que deberá ser, o en la intervención previa a la práctica de la prueba, o en las conclusiones finales tras la misma. Pérez Martín[657] alude a los supuestos en los que no conste la oposición expresa a la custodia compartida por parte del Ministerio Fiscal, en los que los Tribunales han hecho una interpretación flexible al considerar en esos supuestos que *(...) el informe del Ministerio Fiscal siempre será favorable.*

Ciertamente no es una cuestión baladí, y a mi juicio no cabe duda debería conocerse el "veredicto" del Ministerio Fiscal en el momento de las conclusiones de la vista, tras la práctica de la prueba, dado que en el momento de contestar a la demanda no se conoce no ya las pruebas, sino ni siquiera lo que la parte demandada va a contestar en su escrito de contestación, que quizá se allane a la custodia compartida o sea la demandada quien plantee esta fórmula de custodia.

Ejemplo de informe efectuado por el Ministerio Fiscal en las conclusiones de la vista es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010[658].

3.4.4.- Reflexión personal

A mi juicio no es acorde con nuestro sistema de derecho de familia que el Ministerio Fiscal tenga la "llave" para denegar la fijación de la guarda y custodia compartida, limitando la capacidad decisoria del Juez. Es una medida insólita en nuestro derecho de familia. De hecho, tal y como explicaba en el capítulo referente a la petición de parte, tampoco este informe favorable del Ministerio Fiscal debería impedir la posibilidad de fijación de la custodia compartida en caso de que el Juzgador considere que se trata de la medida más beneficiosa para el menor.

[656] CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*.

[657] PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 239.

[658] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña Silvia Víñez Argüeso (JUR 2010\402658) dice: *Sobre la postura del Ministerio fiscal respecto de una custodia compartida, quien nada manifestó al respecto al mostrarse parte (folio 25) ni al inicio del acto del Juicio verbal (véase al minuto 01:00 del soporte informático en el que quedó grabado dicho acto) mostrándose favorable sólo al final del Juicio (...).*

Respecto del argumento más esgrimido de la letra literal del precepto, es decir que debe existir informe favorable del Ministerio Fiscal dado que no podemos desatender lo que dice literalmente el artículo 92.8 CC, reitero la reflexión referente a porqué unos requisitos recogidos en el artículo 92.8 CC no deben interpretarse literalmente y otros sí. Existe una amplia mayoría de la doctrina y jurisprudencia que no considera que el Juez debe acordar imperativamente la custodia compartida pese a que ambos progenitores lo solicitan de mutuo acuerdo y el artículo 92.5 CC diga literalmente *se acordará...,* es decir, se interpreta de forma flexible la literalidad del precepto. De igual modo hay discrepancia de opiniones sobre la posibilidad de adopción de oficio de la custodia compartida, pese a que el artículo 92.8 CC habla de *a instancia de parte*, ¿por qué entonces, sobre todo a nivel jurisprudencial, hay una mayoría tan amplia de resoluciones que consideran imprescindible el informe favorable del Ministerio Fiscal apelando además únicamente a la literalidad del precepto, incluso criticando algunos abiertamente la medida?. Considero que debería haber una coherencia en cuanto a interpretar o no, sobre la base de la letra literal del precepto, todas o ninguna de las "exigencias".

Por último, la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal es un requisito que en la legislación anterior a la Ley 15/2005 no se exigía. Con dicha anterior legislación, y pese a que la custodia compartida no se recogía expresamente y a que ciertamente era residual su fijación, los Jueces podían en un supuesto contencioso acordar la misma sin mayor dificultad que su motivación. Por tanto, ciertamente la actual legislación en este sentido es más restrictiva con la custodia compartida que la anterior legislación, cuestión que tampoco creo era la intención del legislador.[659]

3.5.- Fundamentar su decisión en que sólo con la guarda y custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor.

El artículo 92.8 del Código Civil regula como *(...) podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

[659] Advierte de esta cuestión VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, que dice: *La exigencia de que haya un informe favorable por parte del Ministerio Fiscal puede tener un efecto pernicioso, y es que en algunos supuestos puede impedir que se acuerde la custodia compartida en un procedimiento, al amparo de la nueva Ley, cuando se hubiera acordado al amparo de la legislación anterior en la que el contenido del informe del Ministerio Fiscal no resultaba vinculante.*

Este último requisito no requiere, en interpretación literal y rígida, que sea la guarda y custodia compartida la mejor fórmula, o de entre las mejores la más conveniente, sino que *sólo de esta forma* (es decir que es la única forma) se proteja el interés del menor.

Con este último requisito, en caso de interpretación rígida del precepto, jamás se podrá adoptar una guarda y custodia compartida; ¿Cómo se va a fundamentar que *sólo de esta forma* se protege el interés del menor adecuadamente? Desde una lectura estricta del precepto es imposible. Significaría creer en un mundo de verdades absolutas, únicas e irrefutables; hablamos de "sólo de esta forma", ninguna otra posibilidad existe para proteger el interés del menor. Y aún más difícil atendiendo a la materia que nos ocupa, las relaciones familiares en supuestos de crisis, es decir, situaciones de enorme complejidad que no pueden encararse con la perspectiva, y menos aún con la creencia, de poder encontrar la solución perfecta.

Ciertamente, el Juzgador que tome la letra del artículo de forma literal, muy farragoso tendrá el camino para fijar una guarda y custodia compartida en un supuesto contencioso. No obstante, tal y como se observará en cierta jurisprudencia extractada más adelante, ciertamente existen sentencias que aluden a que se acuerda la custodia compartida dado que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor.

En este sentido, lo que a mi juicio acaece con éste, al igual que con otros requisitos, es que su interpretación se efectúa más rígida en caso de que quiera negarse la fijación de una custodia compartida, y menos rígida si quiere fijarse dicha medida. En la jurisprudencia podemos observar una interpretación de la expresión "sólo de esta forma" literal, flexible y "mixta". Parece que nuestro Tribunal Supremo interpreta de tal modo el 92.8 que podría incardinarse dentro de la interpretación flexible.

En la "interpretación literal", se trata de sentencias en las que se sostiene que debe acreditarse que sólo con la custodia compartida se protege adecuadamente el interés del menor; entre otras parecen incardinarse en esta postura las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de marzo de 2009[660] y de 19 de junio de 2009[661],

[660] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de marzo de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Carlos María Piñol Rodríguez (EUDER 110523/2009) dice: *(...) ni se acredita que solo de esa forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor; no hay ningún dato objetivo que permita sostener que la atribución de la guarda y custodia en uno de los progenitores como ha decidido la sentencia no sea lo mas adecuado para los menores, y mucho menos que solo puedan estar convenientemente atendidos los menores con la guarda y custodia compartida.*

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010[662], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[663] y de 4 de junio de 2009[664], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 2009[665], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de noviembre de 2006[666], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears de 13 de junio de 2008[667] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008[668].

[661] Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de junio de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Carlos María Piñol Rodríguez (EUDER 245933/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida y en segunda instancia se revoca la medida acordando una custodia exclusiva materna y dice: *(...) es de todo punto ineludible que exista informe favorable del Ministerio Fiscal y que se justifique que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, el Ministerio Fiscal en su escrito de 22 de Septiembre de 2008, desaconseja ese sistema, en definitiva no emite un informe favorable, pero tampoco hay constancia de que solo adoptando la custodia compartida se proteja el interés del menor, es mas el propio Ministerio Fiscal considera que ese sistema podria redundar en perjuicio de la estabilidad de los menores, por tanto no hay cobertura legal para poder acordar la guarda y custodia compartida.*

[662] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Julio Cesar Picatoste Bobillo (SP/SENT/500218) dice: *(...) es preciso, como el art. 92 dice, que conste, y así pueda fundamentarse, que solo mediante la custodia compartida se protege adecuadamente el interés del menor, y en este caso no hay razones para entender que en este caso concurra este dato, pues ello supondría constatar que en el estado actual de cosas ese interés no se cumple o está en cuestión, lo que no ocurre.*

[663] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008) dice: En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva a su favor, la Audiencia revoca la sentencia y se atribuye la custodia a la madre y fundamenta la decisión entre otros argumentos en: *(...) se admitirá la custodia compartida en un proceso contencioso si sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Es decir, el criterio restrictivo se impone por medio de una idea de exclusividad; de tal manera, que únicamente en un proceso contencioso se admitirá la custodia compartida si se fundamenta en que esta es la única posibilidad de proteger adecuadamente a los menores y con informe del Ministerio Fiscal.*

[664] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009) se postula en igual sentido que la anterior Sentencia.

[665] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 90314/2009): En primera instancia se acuerda una custodia materna. Recurre el padre solicitando la compartida, y la Audiencia desestima el recurso aludiendo a que: *Sin embargo lo relevante para esta decisión es que no existe la más mínima prueba al respecto de que la guarda y custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor que es requisito inexcusable para su adopción. En consecuencia, la pretensión del apelante de que se instaure este régimen de guarda y custodia compartida, no puede prosperar.*

[666] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de noviembre de 2006, Ponente: Don Jaime Carrera Ibarzábal (EUDER 289526/2006) dice: *(...) podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. La petición no puede prosperar, en la medida en que ni existe dictamen favorable del Ministerio Fiscal, ni, en atención a las circunstancias del caso concreto (precedentemente aludidas), puede concluirse de manera razonable, que tal solución constituya la única medida de protección adecuada del interés de la hija menor y ambos son presupuestos de concurrencia ineludible para el establecimiento de tal régimen excepcional de custodia.*

[667] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (EUDER 148792/2008) dice: *(...) no hay constancia probatoria de que la guarda y custodia compartida actual y de futuro, sea la "única" forma de proteger los intereses de los menores, siendo así que su adecuada relación interpersonal con su padre, también*

Dentro de la "interpretación flexible" incardino sentencias en las que se sostiene que debe acreditarse, no que la custodia compartida sea la única forma de proteger el interés del menor, sino que la custodia compartida es la fórmula más beneficiosa para el interés del menor:

Tal y como he referido con anterioridad, las sentencias dictadas sobre custodia compartida por el Tribunal Supremo parece que podrían incardinarse en la interpretación flexible, tal y como sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009[669].

Entre las sentencias de las distintas Audiencias Provinciales que pudieran incluirse dentro de la interpretación flexible, se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009[670], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de mayo de 2007[671] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009[672].

puede asegurarse y conseguirse con un adecuado régimen de visitas que, en la medida de lo posible, la garantice.

[668] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 85014/2008) dice: *(...) ni queda acreditado por medio probatorio alguno, que solo a través de esta opción de guarda quede garantizado el interés superior de los menores, quienes vienen conviviendo con la madre en situación de absoluta normalidad, estabilidad y equilibrio, como el propio padre reconoce, pues no alude a carencia, perjuicio o perturbación que derive de la permanencia en el entorno materno.*

[669] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009), dice: *La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). Es decir, alude a que se puede acordar la custodia compartida solicitada por uno sólo de los cónyuges para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8), es decir, no dice que pueda acordarse cuando se acredite que la custodia compartida sea la única forma posible de proteger el interés del menor, sino que alude a la forma más eficaz o más beneficiosa para los menores. Además de que continúa dicho párrafo numerando todos los requisitos y cuestiones a tener en cuenta a fin de acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos, y nada más dice respecto de la expresión sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Más adelante dice también: (...) de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Insiste en que el Tribunal (en este caso se refiere a acordar la custodia compartida de oficio) puede acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés, no si esa es la única forma de proteger dicho interés.*

[670] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009) en la que se acordaba en primera instancia una custodia compartida y en apelación se revocaba la medida fijando una exclusiva materna dice aludiendo a la custodia compartida y al artículo 92.8 CC: *Para su constitución deben darse unas bases concretas, atendiendo a cada caso en particular. Desde luego, quien lo pida, debe demostrar que este sistema de custodia beneficia a los hijos y a su desarrollo personal con sus padres.*

[671] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de mayo de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 142779/2007) habla de lo más conforme al interés del menor, no lo único conforme al interés del menor: *Pues bien, en el presente caso la custodia compartida se interesa por uno solo de los cónyuges, no consta el informe favorable del*

Entre los autores que parecen incardinarse en la interpretación flexible de la expresión *sólo de esta forma,* se encuentran Marín García De Leonardo[673], Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[674] o Domínguez Castellano[675].

Dentro de la "interpretación mixta" se incluyen sentencias que parece que aluden tanto a la interpretación flexible como a la literal, tal y como parece que ocurre en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[676] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 6 de marzo de 2009[677].

Ministerio Fiscal y, sobre todo, en ningún caso ha quedado acreditado que dicha medida sea lo mas conforme al interés del menor y sobre todo y junto a ello, la gran litigiosidad existente entre los cónyuges, que actúa como un impedimento mas, para acordar dicha custodia compartida.

[672] Habla de la mejor forma, no de la única forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009): *(...) también falta un informe concluyente, porque el recabado por la Sala del equipo sicosocial no lo es, que diga que esa custodia compartida es la mejor forma en el caso de autos de preservar el interés de las hijas. En consecuencia, la Sala por mucho que quisiera no podría acordar la custodia compartida de ambos progenitores.*

[673] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 93, considera que la interpretación correcta de esta redacción debe ser *(...) no la única sino la mejor forma de proteger el interés del menor. Además, resulta coherente con la Exposición de Motivos de la Ley cuando señala la necesidad de buscar <la mejor realización del beneficio o interés del menor>.*

[674] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *La conflictividad en los procesos…*, *op.cit.*, pág. 82, expone el absurdo al que lleva una interpretación literal de esta exigencia, que implica no ya ser la mejor fórmula sino la única. En consecuencia, el Juez debería sostener la desprotección del menor en el supuesto de otorgamiento de la custodia a uno de los progenitores. Por tanto, si posteriormente falleciera uno de ellos, el Fiscal y el Juez deberían proteger al menor encomendando la tutela a la entidad pública competente.

[675] En el mismo sentido aborda la cuestión DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*: *Con base en tal apartado, se dará esta guarda cuando sólo sea la forma de proteger al hijo, no la más favorable, sino la única. Parece un contrasentido porque ello quiere decir que si se otorga sólo a uno de las padres el hijo quedaría desprotegido y sólo si se otorga a ambos estaría protegido, lo que presupone que estaríamos ante una situación de desprotección del menor que habría que declararlo en desamparo y asumir su tutela la Entidad Pública de Protección, conforme al art. 172 CC.*

[676] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida dado que considera que es el modelo mejor atendiendo a las circunstancias familiares concurrentes, y en este caso habla primero de que es el más idóneo pero luego añade que es la única forma con la que se garantiza y protege el interés del menor: *En atención a todo lo expuesto y puesto que se considera que el modelo de custodia compartida resulta el más idóneo, el que sólo protege y garantiza el interés y bienestar de los menores (a tenor de lo establecido en el art. 92.8º C. Civil) (...).*

[677] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 6 de marzo de 2009, Sección 6ª, Ponente: Doña María José Pérez Pena (EUDER 121172/2009): En primera instancia se atribuye a la madre la custodia exclusiva del menor, y el padre recurre en apelación a fin de, entre otras medidas, fijar una custodia compartida, manteniendo la Audiencia Provincial la custodia materna. En la Sentencia primero parece que alude a la interpretación literal sin embargo luego añade la interpretación flexible: *(...) el contexto de la prueba obrante en las actuaciones no revela que la custodia alternativa que propone el demandante sea la única ni, en último término, la solución más adecuada en orden a la protección del interés preferente del sujeto infantil (...).*

Añadir que aluden o utilizan de forma breve (por ello no se incardinan en ninguna de las interpretaciones), como un argumento más, este "requisito" recogido en el artículo 92.8 CC: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010[678], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010[679], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de diciembre de 2008[680], las Sentencias de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006[681] y de 21 de julio de 2008[682], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de abril de 2009[683], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009[684], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008[685], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009[686], y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009[687].

Por tanto, y dado que se regula la posibilidad, aunque excepcional, de fijar la guarda y custodia compartida en procedimientos contenciosos, entiendo que este último requisito debe suavizarse en su interpretación, dado que de lo contrario no sería susceptible de adoptarse dicha forma de custodia, cuestión que en mi opinión no es la intención del legislador.

Por último, y analizando de forma más genérica la obligatoriedad de fundamentar la resolución que el Juzgador tiene y le exige el artículo 92.8 CC, merece ser atisbada la sencillez con la que puede desbaratarse una petición de guarda y custodia compartida con la actual regulación. Esta sencillez se acredita atendiendo a la escueta motivación que algunas sentencias utilizan para derrocar esta petición que sin duda,

[678] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña Silvia Víñez Argüeso (JUR 2010\402658).

[679] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/496899).

[680] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de diciembre de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Salinero Román (EUDER 319997/2008).

[681] Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 71450/2006).

[682] Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de julio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 160399/2008).

[683] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de abril de 2009, Sección 5ª, Ponente: Doña María José Pueyo Mateo (EUDER 55205/2009).

[684] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña Juana María Gelabert Ferragut (EUDER 133802/2009).

[685] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008).

[686] Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos (EUDER 293118/2009).

[687] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 223960/2009).

para bien o para mal, no es baladí, entre las que pueden encontrarse: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010[688], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008[689], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11 de febrero de 2008[690], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010[691] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de julio de 2008[692].

3.6.- Conclusión

En conclusión, atendiendo a los requisitos explicitados, todos ellos interpretables, lo que no cabe duda es que en caso de que un Juez no sea partidario de la custodia compartida, no tendrá dificultad alguna para eludir su fijación en los procedimientos contenciosos.

Por otra parte, es llamativo que prácticamente todos los "requisitos" (instancia de parte, informe favorable del Ministerio Fiscal, que sólo de esta forma se proteja el interés del menor etc…) han sido y son dura e insistentemente discutidos en su interpretación literal. Incluso en el caso del informe favorable del Ministerio Fiscal es discutida su constitucionalidad, siendo dos las Audiencias Provinciales que han

[688] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Teresa Vázquez Pizarro (SP/SENT/531581), deniega la petición de custodia compartida aludiendo a: *(...) es evidente la falta de acuerdo entre los progenitores y tampoco consta el informe favorable del Ministerio Fiscal a dicha medida, de modo que al no concurrir los requisitos legalmente previstos para que pudiera acordarse, no puede accederse a lo solicitado.*

[689] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008, Sección 7ª, Ponente: Don Ramón Ibañez de Aldecoa Lorente (EUDER 167649/2008), fundamenta que no puede establecerse un régimen de guarda y custodia compartida *(...) pues cuando dicho régimen no se solicita de común acuerdo por los progenitores, el artículo 92.8 del Código Civil supedita, de forma ineludible, su establecimiento, a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, y en este caso no lo hay.*

[690] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11 de febrero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 45992/2008), tras explicar lo que dicen los artículos 92.5 y 8 del CC, niega la posibilidad de fijar la custodia compartida: *(...) sólo el padre pretende este régimen; la madre se opone y el Ministerio Fiscal también. De todo lo cual resulta que no se dan las condiciones legales precisas para establecer este régimen de guarda y custodia.*

[691] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/496899), mantiene la custodia materna fijada en primera instancia, y no estima la petición de que sea compartida: *En el caso de autos ni hay acuerdo entre las partes, ni informe favorable del Ministerio Fiscal ni se ha acreditado que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación en este punto.*

[692] En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de julio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 160399/2008), que tampoco estima la petición de custodia compartida manteniendo la materna unilateral fijada en primera instancia, fundamenta su resolución: *En nuestro caso, ni existe acuerdo al respecto de los padres (la madre se opone), ni informe favorable del fiscal (el informe es contrario) ni la convicción de que sólo así se protege adecuadamente el interés superior de la menor, por lo que ha de rechazarse la solución de la custodia compartida.*

planteado una cuestión de inconstitucionalidad, que aún no se han resuelto. Es de lamentar esta circunstancia ante una reforma legislativa tan reciente y tan debatida. Sin embargo, quizá su origen deviene de la "presión" de la opinión pública dividida, la "tormenta" de consideraciones defendiendo posturas antagónicas, que pudo crear un sustrato "tóxico", o cuando menos complejo, para la creación legislativa, de tal forma que resultó un texto que de antemano acepta la posibilidad de fijar la custodia compartida en los supuestos contenciosos, pero dicha posibilidad está plagada de exigencias, cautelas y garantías para contentar todas las posturas, pero que jurídicamente dista de la precisión, la coherencia con la anterior dinámica procesal, y del rigor que se le debería exigir a una aséptica creación legislativa.

Sin embargo, pese a todos estos "obstáculos", la redacción del artículo 92.8 CC ha sido, a mi juicio, la "fisura" que ha supuesto la apertura a un camino imparable. Es decir, tal y como se está observando en Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia o País Vasco, el debate sobre la custodia compartida ha comenzado y en mi opinión no se detendrá. La guarda y custodia compartida está "en primera línea" de debate, para bien y para mal, y el proceso de adquirir protagonismo de la figura en nuestra legislación va a ser imparable.

4.- Supuesto en el que no es posible la fijación de la guarda y custodia compartida (92.7 CC)

El supuesto en el que no es posible fijar la custodia compartida se recoge en el artículo 92.7 CC que dice: *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

Este apartado del artículo 92 CC no se modificó durante la tramitación parlamentaria manteniendo la redacción dada en el Proyecto de Ley.[693]

[693] A dicho apartado únicamente se presentaron dos enmiendas en el Senado: La enmienda nº 6 que propone la modificación del apartado 7 del artículo 92 del CC, en concreto, en el comienzo del apartado añade: *7. No procederá cautelarmente la guarda conjunta (...).* Y añade la siguiente redacción: *...con ambos; sin perjuicio de la revisión de la resolución en materia de guarda y custodia en los supuestos de sobreseimiento o absolución posteriores.* Justifican la medida en revisar la denegación de la guarda y

Algunos autores aluden a que el presente apartado es sorprendente o innecesario, dado que con independencia del apartado séptimo del artículo 92 CC, ante un supuesto como los recogidos en dicho apartado no se atribuiría la guarda y custodia al progenitor en quien concurran dichos motivos. Añadiendo que no sólo debería referirse este apartado a la custodia compartida si no también a la exclusiva. Entre dichos autores parecen encontrarse Seisdedos Muiño[694], López-Rendo Rodríguez[695] o Rivera Álvarez[696].

Existen otras críticas doctrinales frecuentes sobre el art. 92.7 CC, referentes a la discutible coexistencia de este apartado 7º con el principio de presunción de inocencia[697], y referente a que este artículo puede ser utilizado de forma espuria con el

custodia adoptada de manera cautelar, a fin de evitar la lesión del derecho constitucional de inocencia del padre o madre imputados. Y la enmienda nº 7 que propone la supresión del párrafo segundo de punto 7 del artículo 92 CC, justificando dicha supresión en que dicha redacción vulnera *las garantías procesales de las partes intervinientes en el proceso.*

[694] SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos…", *op.cit.*, considera este apartado 7º sorprendente, dado que los motivos que se recogen en el mismo, no sustentan sólo que no pueda ser conjunta la guarda y custodia, sino que el progenitor al que afecte lo recogió en dicho apartado, quede apartado de la posibilidad de asumir la custodia, por tanto no procederá la compartida. Y se pregunta: *¿Podría acaso encomendarse la guarda, individualmente, al cónyuge que se encuentra incurso en ese proceso penal, o contra el que se dirigen los indicios fundados de violencia doméstica?*. Por tanto para la autora, lo correcto sería recoger en dicho apartado la imposibilidad de atribuir la guarda al progenitor incurso en un proceso penal etc… No obstante añade, que incluso de esta forma sería superflua la norma, dado que como todas las decisiones judiciales en esta materia deben estar orientadas a salvaguardar el interés de los menores, una situación como las recogidas en el párrafo 7º debería ser valorada por el Juez aunque no lo dijera ninguna norma. Y finaliza diciendo como: *De otro modo, siguiendo la tónica de este apartado, habría que especificar que no cabe la guarda conjunta cuando uno o ambos progenitores padezcan ciertas enfermedades o deficiencias, sean maltratadores, drogadictos, graves incumplidores de sus obligaciones paternas etc. O, como antes he dicho, en la línea que me parece más correcta, que no cabe atribuir la guarda a aquel de los padres en el que concurra alguna de esas circunstancias.*

[695] En el mismo sentido LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 9, considera que los motivos del apartado 7º directamente impedirá la atribución de la custodia, compartida o exclusiva, al progenitor en quien concurra dichos motivos, por ello dicho apartado debería haberse referido de forma genérica a la guarda y custodia, no únicamente a la compartida.

[696] También RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", *Cuadernos de Trabajo Social,* Vol. 18, 2005, págs. 137 - 162, pág. 26, considera innecesario el precepto, dado que en ningún caso se atribuiría al progenitor la guarda y custodia en los supuestos recogidos en el párrafo 7º.

[697] Para HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal…", *op.cit.*, pág. 9, *(...) debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena (...)* dado que la aplicación literal de la norma podría vulnerar la presunción de inocencia, dado que la mera denuncia imposibilita a cualquier progenitor a obtener la custodia compartida. LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 5, concluye que *(...) este último párrafo del artículo 92.7 de la reforma no es totalmente correcto y atenta contra el art. 24 de la CE que consagra el legítimo derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.* DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, a lo dicho añade la siguiente pregunta: *(...) ¿Y en el caso de que se sobresean las actuaciones penales por falta de prueba con posterioridad a la tramitación del proceso civil, cabría plantear una demanda de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias donde se discuta de nuevo la guarda y custodia compartida al haberse acreditado que no existen actos de violencia doméstica? (...).* Alude a la quiebra del principio de presunción de inocencia, dada cuenta de que dice tan sólo un proceso penal iniciado y no

fin de anular la posibilidad de fijación de la custodia compartida[698]. Urraza Abad[699] añade que el precepto supone una contradicción con las recientes tendencias legislativas en el ámbito procesal penal (remite al artículo 113 del Anteproyecto de la LECr), que supone una grave injerencia en las competencias de los Juzgados que tramitan la causa penal (art. 344.Ter.7 LECr) y que el daño que genera al progenitor y a los menores si finaliza el procedimiento con sobreseimiento o absolución es irreparable.

4.1.- Incurso en un proceso penal

El legislador excluye de forma imperativa (*No procederá)* la fijación de la guarda y custodia compartida en los supuestos en los que cualquiera de los progenitores esté *(...) incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad*

existencia de indicios razonables de criminalidad. También GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, págs. 98 – 100, tras explicar la falta de rigor técnico del apartado, comenzando por que "estar incurso en un procedimiento" no existe como concepto jurídico penal, y debía en su lugar haber aludido el apartado a "estar condenado" o, como parece que fue la voluntad del legislador "estar imputado", plantea *(...) dudas respecto a su legitimidad, ya que a quien aún no ha sido condenado y puede resultar absuelto se le está imponiendo una pena indirecta restringiendo el contacto con sus hijos, lo cual no parece muy conforme con el principio de presunción de inocencia.* Por su parte, URRAZA ABAD, Jesús, "Implicaciones penales en la guarda y custodia: Art. 92.7 CC y otras cuestiones relevantes", Ponencia en Jornadas sobre custodia compartida, Bilbao, 15 y 16 de diciembre de 2011, considera que: *Supone claramente una vulneración del principio de presunción de inocencia, adelantando la conocida como "pena banquillo" al comienzo de la fase de instrucción.*

[698] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pags. 75 – 106, pág. 103 y 104, considera evidentes las razones para que no proceda una guarda y custodia compartida, sin embargo añade como en la práctica *(...) pueden surgir problemas por la posibilidad de emplear el mecanismo de iniciar un proceso penal como medio de impedir la guarda y custodia compartida, instrumentalizando, además, dicho proceso para conseguir más rápidamente pretensiones civiles, las cuales deben dilucidarse en el orden civil.(...)* Y más adelante añade: *Es claro que el juez si ve indicios de denuncia falsa no va a admitir a trámite la querella. Pero ciertas denuncias pueden perseguir la finalidad de sembrar la duda sobre la conveniencia de adoptar la citada medida.* Por último, en la página 105, reflexiona en este sentido: *Finalmente, es necesario hacer una llamada de atención a la proliferación de denuncias, que luego no prosperan, con la finalidad de evitar la custodia compartida, de quedarse en el domicilio familiar o en su caso de acelerar y mediatizar la resolución de los procesos de crisis matrimoniales. Las consecuencias negativas que provoca una denuncia, que luego resulta improcedente, son innumerables y en la mayoría de los casos van unidas a un deterioro de la relación con el progenitor falsamente acusado y a la existencia de un posible síndrome de alienación parental.* También MONSERRAT, "La custodia compartida…" *op.cit.*, reconoce que la intención de evitar atribuir la custodia compartida con un padre inidóneo, le parece loable, sin embargo, el inconveniente lo encuentra en que, la imprecisión del término *(...) incurso, permite un buen número de actuaciones --no siempre de buena fe-- del cónyuge que pretenda impedir a toda costa la guarda y custodia compartida, como sería la mera denuncia, para que la medida no pueda adoptarse.* Tras explicar RIVERA, "La custodia compartida: génesis…", *op.cit.*, pág. 26, que considera innecesario el precepto, dado que en ningún caso se atribuiría al progenitor la guarda y custodia en los supuestos recogidos en el párrafo 7º, considera más adelante, que este precepto es contraproducente *(...) por cuanto, al incluirlo en el supuesto de regulación de la guarda «compartida», parecería que está invitando al progenitor que no la desee a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar de raíz la pretensión procesal.* También alerta de esta cuestión PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos…*, *op.cit.*, quien sostiene: *Somos conscientes del peligro que representan las denuncias falsas, interpuestas por aquéllos que quieren evitar la custodia compartida.*

[699] URRAZA, "Implicaciones penales…", *op.cit.*.

física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Una disyuntiva que genera este primer supuesto del apartado 7º, es la indeterminación sobre el momento en el que debe encontrarse el proceso para considerar a uno de los padres *incurso en un proceso penal.* Interpretando lo que puede exigir dicha expresión, Urraza Abad[700], detalla las posibles posturas, de más a menos garantista para el imputado, que pueden ser sostenidas:

- *Necesaria la interposición de denuncia o querella.*

- *Necesaria resolución judicial incoando procedimiento penal.*

- *Necesaria resolución judicial imputando a una persona concreta o hecho delictivo (citando para declarar en calidad de imputado).*

- *Necesario Auto acordando la imputación formal del delito (auto de acomodación de las Diligencias Previas al trámite del Procedimiento Abreviado o, en su caso, de procesamiento).*

- *Necesario escrito de acusación (adquisición formal del estatuto jurídico de acusado).*

- *Necesaria Sentencia Condenatoria.*

- *Necesaria Sentencia condenatoria firme.*

Existen voces que se posicionan sobre esta cuestión: Rodríguez Chacón[701] o Montero Aroca[702], consideran que para considerar que se cumple dicha referencia debe encontrarse el progenitor imputado. Para Castillejo Manzanares[703] no es suficiente con la denuncia de los hechos, sino que la admisión de la querella comporta el inicio del proceso. En igual sentido Pérez-Villar Aparicio[704] considera que es necesaria la incoación del proceso penal según la interpretación mayoritaria. También Santana

[700] *Ibidem.*
[701] Cfr. RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 119, considera segura la incardinación en el supuesto en caso de existir *(...) resolución judicial por la que se haya efectuado la oportuna imputación.* Sostiene por el contrario que es mucho más dudoso el caso de que sólo haya existido la declaración del denunciado o únicamente la presentación de la denuncia o la querella.
[702] Coincide MONTERO, *Separación y divorcio...*, *op.cit.*, pág. 144, en considerar que *estar incurso* equivale a ser imputado. Pero para este autor no debería estimarse que la presentación de uno de los progenitores de una denuncia suponga estar incurso o ser imputado, dado que la imputación la debe hacer el juez instructor.
[703] CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*.
[704] PÉREZ - VILLAR y otros, "Estudio de Derecho comparado…", *op.cit.*, pág. 23, explica como la presentación de una denuncia o querella sin que se admita a trámite, no implica incoación del proceso penal, debiendo incoarse diligencias previas, juicio de faltas o haberse dictado el correspondiente auto de admisión de la querella.

Páez[705], para quien el inicio del proceso penal es sinónimo de inicio de las diligencias penales, por tanto, considera que el momento relevante, a efectos de este artículo, no es el de presentación de la denuncia o querella, sino el de admisión a trámite, momento en el que se incoan las diligencias previas o juicio de faltas o auto de admisión de la querella. En igual sentido que la anterior autora se postula Pérez Vega[706]. Por último resalta Tamayo Haya[707], que *basta estar incurso en una causa; ni siquiera imputado, procesado o condenado; basta que el proceso esté simplemente iniciado.* Sin embargo, explica la inexistencia de unanimidad doctrinal sobre esta cuestión. Urraza Abad[708] considera que de la literalidad del precepto parece que será necesario que nazca el procedimiento penal (auto de incoación) y también que el progenitor sea identificado como imputado (citación formal como imputado) por alguno de los delitos recogidos en el artículo 92.7 CC. Por el contrario, no será necesario *(...) ni la existencia de un auto de acomodación de Diligencias Previas al trámite del procedimiento abreviado, ni la existencia de acusación formal, ni mucho menos una sentencia condenatoria.*

Sobre esta disyuntiva también se trató en el II Encuentro Nacional de Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia[709], en el que se preguntaban *¿Cómo debe entenderse la expresión "incurso en un proceso penal" utilizada en el artículo 92.7 CC?* y concluían con tres propuestas:

a) Se considera desde que se haya acordado la apertura del proceso penal, es decir desde la admisión a trámite de la denuncia y citación del denunciado como imputado.

b) En aras de proteger el principio de presunción de inocencia, se considera necesario que se produzca una imputación formal (auto de procesamiento en un sumario, auto de apertura del juicio oral, etc…).

c) Es necesario que tras la declaración como imputado del denunciado, se acuerden por el juez nuevas diligencias de investigación, continuando de esta forma el procedimiento penal.

Por último en dicha conclusión se plantea la falta de consenso sobre esta cuestión entre los asistentes, no obstante, sí consensúan que el párrafo primero del art. 92.7 CC debe ser completado con el párrafo segundo del mismo, en concreto en relación

[705] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 731.
[706] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*.
[707] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 689.
[708] URRAZA, "Implicaciones penales…", *op.cit.*.
[709] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES..., *op.cit.*.

a que ninguna norma impide que aunque no haya proceso penal, por meros indicios se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida.

Esgrimen el artículo 92.7 CC en su fundamentación para negar la fijación de la custodia compartida, entre otras, las sentencias siguientes: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de septiembre de 2010[710], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009[711] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de Septiembre de 2010[712].

Por otra parte, pese a que ciertamente sea muy discutida la posible aplicación del artículo 92.7 CC cuando únicamente existe la presentación de una denuncia, y parece mayoritaria la postura doctrinal en tal sentido, lo que sí suele esgrimirse es que dichas denuncias denotan y acreditan la conflictividad y mala relación de los progenitores que impiden la fijación de la custodia compartida, pero sin aludir expresamente al artículo 92.7 CC. Exponen este argumento Rodríguez Chacón[713], Montero Aroca[714]. Asimismo

[710] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (JUR 2010/409230) dice: *Los hechos denunciados lo son por unos mensajes enviados por sms desde el número de teléfono del recurrente al teléfono de Dª Palmira, según aparece indiciariamente acreditado mediante acta notarial. Los mensajes, objetivamente hablando, merecen el calificativo de injuriosos y son una prueba de mal gusto. Que la actitud que se traslada a través de los mensajes puede afectar a los hijos menores es evidente, pues transciende de lo meramente personal para entrar en unas afirmaciones y valoraciones trufadas de unos sentimientos que no son los más adecuados para presentar ante los hijos la imagen que se tiene del otro progenitor. No cabe afirmar que el contenido de los mensajes afecta tan sólo a los antiguos esposos; afecta a la imagen que se tiene del otro progenitor y en tal sentido y en la medida que se les traslade puede afectar a los hijos comunes. A partir de estas afirmaciones no podemos compartir las afirmaciones que hace el recurrente sobre uso automático de la norma, denuncia espuria, necesidad de que se trate de hechos graves, etc... La instalación de un localizador en el vehiculo de Dª Palmira y los mensajes tiene la suficiente entidad primero para que el Juzgado de Violencia sobre la mujer aperture diligencias y, ahora, para que apliquemos el art. 92,7, del CC y mantengamos la sentencia recurrida en el punto de poner término a la guarda y custodia compartida.*

[711] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 281808/2009) dice: *(...) existiendo en vigor una orden de alejamiento de fecha 18 de septiembre de 2008 y una condena penal por delito de coacciones, comprendido en el título de los delitos contra la libertad, que condena al apelante a no aproximarse a la víctima durante 2 años, lo que incide en la prohibición del apartado 7 del citado articulo 92 para la adopción de la medida solicitada de custodia compartida.*

[712] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Francisco Carrillo Vinader (SP/SENT/521652) dice: *Por lo tanto, si no existe conformidad de la madre y si el Ministerio Fiscal se opone a la custodia compartida que pide el padre, cuando además estamos ante un supuesto en el que los dos progenitores están incursos en causa penal por violencia de género, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 92 del Código civil, no es posible acceder a la* custodia compartida.

[713] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 119, dice: *(...) si las malas relaciones de las partes han llegado al extremo de incluir el ámbito penal, la misma viabilidad objetiva de una custodia compartida resulta ilusoria, con independencia de que exista o no causa técnicamente obstativa encuadrable en el num. 7 del art. 92 C.C.*

la jurisprudencia también utiliza este argumento en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de Julio de 2010[715], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2009[716], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de diciembre de 2009[717] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009[718].

4.2.- Ámbito de aplicación

El apartado 7º del artículo 92 CC puede ser aplicado sin duda en los supuestos contenciosos, de hecho será el procedimiento en el que más veces se esgrimirá. Sin embargo, puede cuestionarse si podrá ser aplicado en los supuestos de mutuo acuerdo. En este sentido, la letra del precepto no circunscribe a los procesos contenciosos la aplicación de este epígrafe, por tanto, es a mi juicio plenamente aplicable también a los supuestos de mutuo acuerdo. Parece que opinan en este sentido autores como Hernando Ramos[719], García y Rubio y Otero Crespo[720] o Zarraluqui Navarro[721].

[714] MONTERO, *Separación y divorcio...*, *op.cit.*, pág. 144, considera que la consecuencia debe ser la misma, dado que si se presenta una denuncia, aunque sea falsa, no será posible pensar en la fijación de la guarda y custodia compartida, porque ese mismo hecho hace inviable dicha forma de guarda y custodia.

[715] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de Julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Salinero Román (SP/SENT/518023) dice: *Debemos rechazar dicha petición por no concurrir los presupuestos para que se establezca el régimen de custodia solicitado pues es manifiesto el desacuerdo entre los progenitores y el alto nivel de conflicto actual incluso con denuncias penales pretendiendo además el recurrente que subsidiariamente se le asigne en exclusiva la* custodia *del menor.*

[716] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2009[716], Sección 2ª, Ponente: Don Javier de la Hoz de la Escalera (EUDER 260692/2009), dice: *(...) debe ser rechazado de plano pues la custodia compartida precisa, por su propia complejidad, unas condiciones muy favorables que no concurren en el presente caso habida cuenta de la relación entre ambos litigantes que fluye de todo lo actuado, como ilustra el hecho mismo de la presentación de la denuncia por violencia de género, con independencia de su resultado.*

[717] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de diciembre de 2009, Ponente: Doña María José Rodríguez Dupla (EUDER 262060/2009) dice: *(...) por otra parte, la mala relación que en la actualidad mantienen la Sra. Rita y el Sr. Silvio , al extremo de haberse tramitado alguna causa penal por discrepancias en el cumplimiento del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, dificultaría la operatividad de la custodia compartida, exigente, máxime si es impuesta a petición de un solo progenitor, de buena relación, unificación de criterios en múltiples aspectos y frecuente comunicación, difícilmente asentable en la intransigencia y el enfrentamiento que las sesiones del juicio dejan ver existe a día de hoy entre los litigantes.*

[718] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009, Sección 3ª, Ponente: Doña María Lourdes Molina Romero (EUDER 32264/2009), dice: *Las relaciones entre los progenitores son nulas, como se pone de manifiesto a través de las innumerables denuncias interpuestas por Marcial contra su exmujer, que en la mayoría de los casos han concluido con sentencia condenatoria en Juicio de Faltas por incumplimiento y entorpecimiento del régimen de visitas.*

[719] Estudiando el control del Juez y Ministerio Fiscal del convenio regulador, HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal...", *op.cit.*, pág. 8, da por hecho que el 92.7 CC es aplicable en los procedimientos consensuales: *Este control del Ministerio Fiscal y del Juez es necesario porque puede darse la circunstancia de que los progenitores llegasen a acordar la custodia compartida cuando existen motivos por los que dicha custodia resulta improcedente por aplicación del art. 92.7 CC.*

Por otra parte, también es discutible si este artículo 92.7 CC puede aplicarse sólo a delitos o a delitos y faltas. Sobre esta disyuntiva Pérez-Villar Aparicio[722] defiende que, dado que el apartado séptimo no alude expresamente a delitos, lo recogido en dicho apartado alcanzará a los delitos y también a las faltas del artículo 620 del Código Penal, existiendo mayor discrepancia en incluir el delito de abandono de familia en su modalidad de impago de alimentos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008[723] alude al párrafo 7º existiendo una condena por una falta.

Otra cuestión que puede generar duda es la referente a si este artículo debe aplicarse en caso de que se haya dictado sentencia en un procedimiento penal de los recogidos en el artículo 92.7 CC, y posteriormente a la sentencia penal se incoara el procedimiento de separación o divorcio solicitando o acordando la guarda y custodia compartida. La jurisprudencia parece decantarse por dar plena validez y aplicabilidad al apartado séptimo en caso de que haya existido sentencia penal anterior al procedimiento matrimonial, a excepción de que las sanciones penales hayan quedado sin efecto. Pueden citarse sobre esta cuestión, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2007[724], la Sentencia de la misma Audiencia de 12 de

[720] Analizando el apartado 7º del artículo 92 CC, GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, págs. 98 – 100, aluden expresamente al supuesto consensual: *Ha de añadirse, por otro lado, que según el texto final del art. 92 Cc, aun en caso de acuerdo entre los padres, el juez no puede establecer un régimen de custodia compartida en una serie de casos previstos en el párrafo séptimo del art. 92 Cc.*

[721] También reconoce porque de hecho lo analiza, la aplicación de este apartado en los procedimientos consensuales ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, quien considera poco probable que el Juez *(...) investigue en un proceso de mutuo acuerdo la existencia de un proceso penal abierto o de violencia. ¿Cuándo va a oír a las partes? Estamos en un proceso de mutuo acuerdo, por lo que no cabe el interrogatorio de las partes ni la práctica de prueba alguna. El único momento posible parece que sería el de la ratificación del convenio en presencia judicial, pero parece difícil que en ese acto se vaya a cuestionar a los interesados sobre la existencia de violencia en la pareja (...).*

[722] PÉREZ - VILLAR y otros, "Estudio de Derecho comparado…", *op.cit.*, pág. 23.

[723] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (SP/SENT/182845) dice: *A lo anterior debe añadirse, por una parte, que don Lucas fue condenado por sentencia firme de 25 de enero de 2005, por la comisión de una falta de amenazas y coacciones a su esposa. Hecho de transcendencia a los efectos del apartado 7 del meritado artículo 92 (...).*

[724] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2007, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Ortuño Muñoz (SP/SENT/103017) dice: *Es evidente que todavia existen tensiones entre los litigantes impeditivas de un trabajo común con la hija, como lo pone de manifiesto la reciente sentencia (de 26.6.2006), dictada por el juzgado de lo Penal nº 14 de Barcelona, que condena al demandado por un delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aun cuando la sentencia fue de conformidad, y el hecho denunciado un leve empujón (al discutir con motivo de la entrega de la niña al domicilio materno), las consecuencias penales previstas por la ley han sido severas, y entre ellas, la prohibición de aproximación a la actora por el plazo de un año, así como la prohibición de comunicarse con la misma por ningún medio, en el mismo periodo (...). El recurso, en consecuencia, no puede prosperar en este extremo, sin que en el futuro, una vez que queden sin efecto las sanciones penales impuestas, puedan ambos*

abril de 2007[725], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008[726], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 2008[727] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009[728].

Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de septiembre de 2008[729] había finalizado el cumplimiento de la condena penal a fecha de sentencia, no a fecha de demanda, y sin embargo considera aplicable el artículo 92.7 CC.

4.3.- Indicios fundados de violencia doméstica

progenitores iniciar un proceso de acercamiento para compartir la custodia respecto a la hija menor que se debe mantener atribuida a la madre (...).

[725] De igual forma la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 12 de abril de 2007, Sección 12ª, Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (SP/SENT/126035), dice: *Tal condena penal con la prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor, hace inviable la posibilidad de una guarda y custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil , que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad física del otro progenitor.*

[726] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (SP/SENT/182845), recogida anteriormente, también alude al párrafo séptimo con una condena anterior al procedimiento matrimonial.

[727] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Doña María José Rodríguez Dupla (SP/SENT/182874) dice: *(...) en el caso de méritos no hay posibilidad legal de dar entrada a esta figura -recuérdese que ambos han sido condenados por mutua agresión-, que por razones obvias requiere armonía y concierto de voluntades.*

[728] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 245193/2009), se habían sobreseído provisionalmente y archivado las dos causas penales y por tanto el 92.7 CC no podía ser obstáculo para fijar la custodia compartida: *Teniendo así por cumplido el requisito de procedibilidad previsto a tal fin en el art. 92-8 C.Civil encontramos que la existencia dos causas penales abiertas contra el Sr. Santos por maltrato familiar tampoco puede erigirse en el obstáculo señalado en el art. 92-7 C.Civil para la finalidad que señalamos puesto que por Auto de fecha 28 marzo 2008 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 Langreo en las Diligencias Previas 270/2008 se acordó su sobreseimiento provisional y archivo.*

[729] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de septiembre de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 258256/2008) dice: *Pues bien, en el presente supuesto, resulta acreditado, no solo la existencia de meros indicios de violencia domestica por parte del padre, sino la realidad de la misma, constando por la Sentencia penal obrante en las actuaciones, como el recurrente D. Luis Angel , fue condenado como autor de un delito de mal trato de obra hacía la madre del menor y compañera sentimental Dña. Ana María , hechos acaecidos el 20 de agosto del año 2006, contemplándose en dicha resolución la existencia de antecedentes penales por episodios violentos hacia la misma, y, constando igualmente como a la fecha de presentar la demanda de modificación de medidas en solicitud de guarda y custodia compartida, fecha 25 de mayo del año 2007, según el Auto aprobando la liquidación de condena de la sentencia antes mencionada, todavía se encontraba cumpliendo la condena de prohibición de acercarse y comunicarse con la victima Dña. Ana María , condena que finalizó en este año el día 12 de mayo. En este clima de claro conflicto entre los progenitores, difícilmente se puede hablar de un marco idóneo que justifique una modificación del régimen de guarda y custodia que fue atribuido a la madre. La sentencia dictada, no solo, no es contraria a derecho, sino que ha sido dictada con apoyo legal, en concreto, con apoyo en el art. 92.7 del C. Civil , y velando por el único interés que hay que velar, el del hijo.*

Con respecto a la posibilidad de que no proceda la custodia compartida, porque el Juez advierta *(...) de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (...),* la doctrina se postula del siguiente modo: Tamayo Haya[730] considera que la valoración de los indicios, puede ser suficiente garantía *(...) partiendo de las pruebas practicadas y no únicamente de las alegaciones de las partes (...),* teniendo en cuenta la coincidencia de los autores en que no es posible la custodia compartida en los supuestos en que existe violencia. López – Rendo Rodríguez[731] por su parte, aludiendo a la segunda parte del apartado 7, considera poco afortunado lo dispuesto respecto a la apreciación de los indicios fundados, dado que si el Juez los percibe deberá proceder contra el presunto autor. Urraza Abad[732] reseña los problemas de interpretación de la expresión *(...) advierta la existencia de indicios fundados (...)*: Primero, considera que el precepto exige al Juzgado de familia *(...) una verdadera valoración de carácter penal (...)*, y segundo, sobre qué debe entenderse por "indicios fundados", expone como dicha expresión puede entenderse como sinónimo de "indicios racionales de criminalidad" a efectos penales o como una mera "sospecha fundada", y a su juicio en la practica parece que se utiliza la segunda opción.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 7 de abril de 2011[733], resuelve en casación una alegación de un padre que solicitaba la custodia compartida revocada por la Audiencia Provincial y que se concretaba en que dado que ha sido condenado por un delito que no constituye violencia de género, no puede ser utilizado como argumento para no acordar la custodia compartida. La Sala no estima este argumento, pese a que reconoce que el delito por el que fue condenado el padre no se incardina en la lista del artículo 92.7 CC, porque el párrafo séptimo continúa añadiendo que *(...) tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.* Por tanto, en base a esta segunda parte del párrafo la Sala considera que *(...) sí puede constituir un*

[730] Y continúa TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 689, en relación con esta cuestión, planteándose si en los procesos consensuales debe ser objeto de investigación este extremo por parte del juez; resolviendo que considera que *(...) lo más prudente se entiende que sea aquí aplicar el mismo criterio que con los demás acuerdos: una actuación vigilante para que se cumplan los requisitos legales y para cerciorarse en lo posible de la libertar de los acuerdos, pero en ningún caso una actitud inquisitorial. Para ello será fundamental atender a las manifestaciones de los interesados en el momento de su ratificación y a los informes que puedan adoptarse o recabarse.*

[731] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 5.

[732] URRAZA, "Implicaciones penales…", *op.cit.*.

[733] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/34606).

indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta. No obstante, completa la Sala que este no fue el único argumento para revocar la custodia compartida, sino que se utiliza como un criterio más entre otros. Es más *(...) aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.* Por último, explica como este argumento no puede formular doctrina *(...) porque se trata solo de uno de los argumentos utilizados por la Sala sentenciadora para decidir sobre la medida de guarda y custodia compartida, juntamente con otros relacionados con las relaciones entre los hijos y sus progenitores y todo ello en argumentos relativos a la protección del interés del menor.*

También alude a los *indicios fundados* del artículo 92.7 CC, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de enero de 2008[734].

5.- Otras cuestiones recogidas en el artículo 92 del Código Civil comunes a ambos procedimientos (92.6 y 92.9)

En el presente epígrafe 5º voy a tratar los apartados 6º y 9º del artículo 92 CC, que afectan a la guarda y custodia, a la exclusiva y a la compartida, y en los que se recogen pruebas tan importantes como el dictamen de especialistas y audiencia de los menores, sobre las que debo detenerme sucintamente por su relevancia en la atribución de la custodia compartida.

También regulan cuestiones que influyen en la decisión sobre la custodia como las cautelas posibles a acordar por el juzgador, el principio de no separación de hermanos, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella o la relación de los padres entre sí.

[734] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de enero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Alfonso Carrión Matamoros (EUDER 86028/2008), dice: *Conflictividad que se aprecia ante los distintos procedimientos penales en curso entre las partes y en lo que denomina, con acierto el Juez de Instancia, "una lucha legal constante" entre ambos progenitores, que determina, en evitación de futuros nuevos conflictos y sobre todo valorando el interés del menor, que se desestime la medida solicitada. Igualmente , se debe tener en cuenta la constancia de un informe proveniente del Centro de Violencia Doméstica del Ayuntamiento de Navalcarnero, plenamente valorable en el presente caso para la aplicación del art.92,7 del CC: "Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica", pese a las descalificaciones interesadas de la parte apelante, teniendo también en cuenta el hecho de que el padre vive en Salamanca y carece de trabajo.*

Por último, también trato en el presente epígrafe otros criterios o cuestiones que, pese a no encontrarse expresamente recogidos en el artículo 92 CC, influyen, tal y como se observa en la doctrina y jurisprudencia, decisivamente en la fijación o denegación de la custodia compartida, entre los que se encuentran la cercanía de los domicilios, la voluntad de los menores, la edad de los hijos etc…

5.1.- Dictamen de especialistas

El dictamen de especialistas se recoge en el nuevo artículo 92 CC, en su apartado 9, que finaliza con la posibilidad de *(...) recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.*

Se trata de una prueba que se utiliza en gran parte de los procedimientos en los que se discute la guarda y custodia, y cuyo resultado tiene una notable importancia en la decisión final del juzgador[735].

5.1.1.- Antecedentes

El origen de los equipos psicosociales se encuentra en la Ley 30/1981, de 7 de julio, en concreto en la redacción dada por la misma al artículo 92.5 del Código Civil, en el que se refería: *El juez, de oficio o a petición de los interesados podrá recabar el dictamen de especialistas.*

Sin embargo, tras esta Ley 30/1981, los equipos psicosociales se encuentran huérfanos de regulación específica[736].

[735] En este sentido, aludiendo al objeto del informe del equipo psicosocial, RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan, Alternativas de custodia para los hijos,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pág. 51, considera que los dictámenes sobre guarda y custodia, sobre lo más beneficioso o las alternativas de custodia, son en la actualidad los más frecuentes. Recoge el dato de que el 80% de las periciales psicológicas solicitadas se refieren a asuntos matrimoniales y de éstos una proporción no inferior a la mitad se refieren a dictámenes de custodia.

[736] Explica la evolución de los equipos psicosociales PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2009)", *Diario La Ley*, La Ley 20694/2009, Año XXXI, núm. 7320, enero 2010, quien señala que con motivo de la reforma del año 1981 del CC, el CGPJ solicitó crear unos equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia a fin de auxiliar al Juez, y su creación fue experimental y al margen de la regulación legal, suponiendo una total indefensión en el modo de organización y gestión de estos equipos y de su forma de intervención en el proceso judicial, y además ha motivado que *sus integrantes se hayan atribuido la defensa de los intereses del menor, obviando su posición procesal de auxiliares del Juez.*

En el Primer Encuentro de Jueces y Abogados de familia[737] celebrado el año 2003, se hacen eco de esta cuestión en su conclusión novena: Equipos Técnicos. Se insiste en la necesidad de dotar a los Equipos Técnicos adscritos a los Juzgados de Familia de un marco jurídico que los regule, en especial en cuanto su composición y funciones, buscando una mayor calidad de los servicios que prestan. Deberá adscribirse a cada uno de los Juzgados con competencia en materia de familia y protección del menor al menos un equipo, constituido por un psicólogo y un trabajador social.

En 2005, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga[738], como Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, compareció ante la Comisión de Justicia del Congreso, por razón de las proposiciones de ley de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en aras de crear un orden jurisdiccional de familia, y se refirió expresamente a que el equipo psicosocial no estaba en la Ley, y por tanto no existía, que era un funcionario "fantasma" del Ministerio de Justicia, no encontrándose ni en la Ley orgánica ni en la ley procesal, y consideraba fundamental su inclusión en la Ley por su fundamental papel.

Al hilo de esta cuestión, es interesante aludir a las propuestas que efectúan en las Conclusiones de la mesa primera del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia[739] respecto de los equipos técnicos:

1º.- Consideran necesario adscribir un Equipo Psicosocial a cada uno de los Juzgados de Familia, y que este sea formado por un psicólogo y un asistente social, dado el incremente de informes tras la Ley 15/2005.

2º.- Crear un Equipo Psicosocial de refuerzo itinerante, para las poblaciones que lo requieran por su trabajo.

3º.- También es necesario un Equipo Psicosocial itinerante para el resto de órganos judiciales, que cubra varios partidos judiciales.

4º.- Crear un marco jurídico que regule la composición y funciones del Equipo Técnico.

5º.- Es necesario adscribir a los Juzgados de familia, y Audiencias especializadas, un Médico especialista en Psiquiatría.

[737] I ENCUENTRO NACIONAL DE JUECES Y ABOGADOS DE FAMILIA, El Derecho, EDO 2004/1549, Madrid, 2003.

[738] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,* Boletín Oficial del Congreso de los Diputados nº 391, VII Legislatura, Serie A, 18 de octubre de 2005.

[739] Conclusiones de la MESA PRIMERA del III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS…, *op.cit.*.

6º.- Los Equipos Técnicos deben ubicarse en la misma sede que los Juzgados de Familia.

La falta de regulación de los equipos psicosociales, también repercute a la determinación de su naturaleza jurídica. González Del Pozo[740] explica que parte de la doctrina no considera dichos informes como propios dictámenes de peritos en el sentido que a los mismos les da la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta postura se defiende argumentando que el dictamen de especialistas del artículo 92 del Código Civil, no se articula atendiendo a la regulación de la prueba pericial recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni en cuanto a la designación de peritos, ni en cuanto al objeto del informe, ni en cuanto a la forma de su emisión. En consecuencia no se considera una auténtica prueba pericial por no ajustarse en absoluto a las normas procesales de dicho medio probatorio.[741]

Sin embargo, el autor, pese a reconocer que el informe del equipo psicosocial no se rige por la normas de la LEC del dictamen pericial, concluye *(...) parece también evidente que por su contenido y valor en el proceso, el dictamen de especialistas, principalmente el dictamen psicológico, constituye una autentica prueba pericial ya que aporta al tribunal una serie de conocimientos científicos (propios de las ciencias que tienen por objeto el estudio de la conducta humana) y técnicos necesarios para valorar hechos o circunstancias personales de los litigantes o de sus hijos de indudable relevancia para resolver sobre algunas de las pretensiones deducidas en el proceso.*

[740] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, págs. 435 y 436.

[741] Sostiene esta tesis la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 20 de julio de 2004, Ponente: Doña Bartolomé Obregón, (EUDER nº 3000450802): *(...) no puede considerarse que el dictamen emitido por el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados sea un dictamen de peritos en los términos en los que la ley configura esta prueba. Al contrario, precisamente señala la doctrina que existe una omisión en la nueva LEC respecto a estos equipos que auxilian a los jueces en materia de familia, cuya intervención no encaja en ninguna de las dos modalidades que la ley regula respecto de la prueba pericial. El dictamen de especialistas que recoge el art. 92.5 de CC se lleva a cabo de forma distinta al dictamen pericial previsto en la LEC; su designación no es por sistema de lista corrida del art. 341; el objeto de la pericia se delimita por el Juez, indicando los hechos que estime relevantes, sean o no los alegados por las partes, (al amparo del art,. 774.2 LEC el Tribunal puede ampliar los hechos sobre los que puede acordar prueba de oficio); se realiza excluyendo la intervención de los letrados de los litigantes e incluso de las partes fuera de la entrevistas (a diferencia del art. 345) y se emite el informe de manera no ajustada a las estrictas previsiones de los arts. 346 y 347. Solo se efectúa previo requerimiento judicial, cuando el juzgador considere preciso disponer de un informe de especialistas que le ayuden a conocer una determinada conducta social humana y las repercusiones que la misma puede generar para dilucidar con mayores garantías de acierto las delicadas pretensiones objeto de controversia. Es el juez quien en cualquier momento del procedimiento -pero mas adecuadamente en fase probatoria que alegatoria- estima necesario el informe de especialistas; incluso puede acordarlo la Sala de oficio en la Segunda instancia.*

5.1.2.- Terminología

Aludiendo a la terminología utilizada en la Ley 15/2005, es interesante señalar que en el Proyecto de Ley se modificaba el término especialista del artículo 92 por el de facultativo, existiendo distintas enmiendas a fin de mantenerlo. En este sentido también se posicionó el Informe del Consejo General del Poder Judicial, en base al concepto de facultativo, pudiendo entenderse que el mismo únicamente se comprende a un médico, evitando la posibilidad de que otro tipo de profesional (psicólogo, asistente social) pudiera intervenir en dichos dictámenes.[742] En similares términos se postula Tamayo Haya[743].

Finalmente, en la redacción final de la Ley 15/2005, en el artículo 92.6 del Código Civil recoge "Equipo Técnico Judicial ", y en el 92.9 del mismo texto habla de "dictamen de especialistas debidamente cualificados".

5.1.3.- Ámbito de aplicación

Este dictamen podrá recabarse en cualquier supuesto, es decir en el ejercicio exclusivo y compartido de la guarda y custodia, aunque a mi juicio, se solicita con exigencia más profusa en los supuestos de guarda y custodia compartida. De hecho, tienen un gran peso en su atribución, dado que la falta de costumbre y aún "espesa" admisión cultural de este tipo de guarda, provocan sin duda a los Juzgadores, en su responsable ejercicio, mayor grado de discusión interna que la ya consolidada experiencia de la guarda y custodia exclusiva.

5.1.4.- ¿Informe psicosocial preceptivo en el supuesto de custodia compartida?

[742] Ver CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe...*, *op.cit.*. Dice al respecto: *Facultativo es, en la quinta acepción del Diccionario de la Real Academia Española, "especializado, técnico", pero en las acepciones tercera y séptima es "perteneciente o relativo al médico" y "persona titulada en medicina y que ejerce como tal", por lo que puede prestarse a confusión la nueva redacción de la norma de forma que se entienda que sólo puede recabarse el auxilio de un médico y no de cualquier otro especialista. Igualmente sería conveniente no limitar el auxilio a un único especialista, pudiendo el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, recabar la ayuda de varios, tal y como constaba en la anterior redacción, y de varias especialidades.*

[743] TAMAYO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, págs. 697, también considera que el término especialista en lugar que el de facultativo, es más idóneo, dado que es un término más amplio que puede hacerse extensivo a otros profesionales (psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, educadores...).

A mayor abundamiento, incluso se ha llegado a plantear si debiera ser en los supuestos de petición de custodia compartida preceptiva la elaboración de un informe psicosocial. Este cuestionamiento tiene reflejo en el trámite parlamentario, dado que el Grupo Socialista presentó en el Senado entre otras la enmienda nº 38, que modificaba el apartado 9 del artículo 92 CC, introduciendo un último párrafo que decía: *En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida sin que medie mutuo acuerdo (...)*, justificando dicha enmienda en introducir garantías adicionales. Finalmente en el BOCG se publicaron las variaciones introducidas por el Senado y el artículo 92 CC quedaba modificado, entre otros, en el apartado nº 9, que en su parte final disponía: *(...) En todo caso, el dictamen será preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8.* Este texto no se convirtió en definitivo única y exclusivamente por el ya aludido, en el capítulo de tramitación parlamentaria, error en la votación, que implicó la aprobación del texto aprobado en el Congreso inicialmente, y en el que no se fijaba la obligatoriedad de efectuar el informe del equipo técnico en el supuesto de custodia compartida fijada en supuesto contencioso.

Sobre esta disyuntiva se efectuó una encuesta, en mayo de 2006, a Jueces, Magistrados y Abogados de familia, en la que se preguntaba si ¿es preceptivo un informe psicosocial antes de acordar la guarda y custodia compartida?, y doce de los trece consultados consideran que no es preceptivo dicho informe.[744]

[744] Las opiniones que se han pronunciado al respecto en la ENCUESTA, *¿Es preceptivo un informe psicosocial...*, *op.cit.*, alegan diversas razones que destacamos a continuación: Para ANDRÉS JOVEN no es preceptivo el informe psicosocial dado que ninguno de los párrafos del artículo 92 recoge dicha exigencia. CAMPO IZQUIERDO primero reseña que dichos especialistas no dejan de ser peritos, y por lo tanto el Juez podrá acudir a ellos cuando sean necesarios sus conocimientos científicos o técnicos. Asimismo, apela a la no utilización en el artículo 92 del Código Civil de un tiempo verbal imperativo, como podría ser deberá o tendrá, consecuentemente el Juez podrá optar por solicitar o no dicho informe. HERRERA PUENTES comienza resaltando la importancia de estos informes, sin embargo considera que su emisión no es preceptiva, quedando supeditada a la decisión del Juez. Según HIJAS FERNÁNDEZ el nuevo artículo 92 del Código Civil faculta, que no obliga, al Juez a solicitar dicho informe. MORALES MORENO también considera una facultad del Juez la solicitud del informe psicosocial a fin de valorar la conveniencia de la adopción de la medida. NÚÑEZ BOLAÑOS apela al interés superior del menor como elemento fundamental de la decisión del Juez, pudiendo para valorar dicho interés solicitar o no el dictamen de especialistas o cualquier otra prueba que considere necesaria, a tenor del artículo 770.4º de la LEC, no siendo sin embargo preceptivo ninguno de estos medios de prueba. Según ORTUÑO MUÑOZ puede ser conveniente pero no un requisito indispensable. Será un instrumento procesal para valorar la "idoneidad" de la modalidad de custodia, pero el Juez discrecionalmente podrá solicitarlo o no. Para OSA FERNÁNDEZ entre los requisitos para adoptar la guarda y custodia compartida del artículo 92 Código Civil no se encuentra la obligatoriedad de emitir un informe psicosocial, señalando que este artículo en su apartado 9 faculta al Juez señalando podrá recabar. Asimismo reseña su conformidad con la redacción en términos facultativos, dada cuenta de que en los supuestos consensuales con planteamientos razonables

A mi modo de ver, posiblemente esta previsión de imperatividad de efectuar el dictamen en los supuestos contenciosos en los que se solicita la custodia compartida, pudiera haber sido la exigencia o requisito que más enjundia hubiera tenido. No obstante, considero que tal previsión debería haberse recogido, en su caso, tanto para el supuesto de petición de custodia compartida como de exclusiva en procedimientos contenciosos. En cualquier caso, tampoco debemos olvidar que en el artículo 92.9 CC alude a que: *El Juez (...) de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas (...),* por tanto, si el Juez lo considera necesario lo podrá incluso acordar de oficio, consecuentemente podría considerarse baladí dicha previsión de imperatividad. Asimismo, sin duda supondría nuevamente una interpretación restrictiva del artículo 92 CC en relación con la custodia compartida en comparación con la exclusiva. Y por último, porque supondría que los menores deberían acudir al equipo técnico siempre que se planteara la custodia compartida, con lo complicada que para ellos puede resultar dicha experiencia, incluso en los supuestos, poco frecuentes, que ni las partes ni el Juez considerara necesario la emisión del informe psicosocial. Esta circunstancia podría además considerarse contradictoria con la pretensión del nuevo artículo 92 CC en relación con la audiencia de los menores, que pretende no generalizar dicha audiencia para evitar que éstos deban sufrir innecesariamente dicha experiencia.

5.1.5.- Importancia o influencia del informe psicosocial en el procedimiento de familia

no tendría sentido la realización del informe. Por el contrario, aún considerándolo no preceptivo, sí considera conveniente la emisión de este informe en los supuestos contenciosos. PÉREZ-SALAZAR RESANO reitera la no obligatoriedad del informe psicosocial tanto en los supuestos contenciosos como en los consensuales. Para SANTANA PÁEZ tampoco es preceptivo dicho informe. Considera que podrá ser relativamente necesario, aunque no preceptivo, dicho informe a fin de valorar la relación de los padres entre sí y con sus hijos en los procesos contenciosos. SEOANE PRADO tampoco considera preceptivo el informe. La razón, según el autor, obedece al nuevo carácter facultativo de la audiencia de los menores. Es decir, si se pretende inmiscuir lo menos posible a los menores en los trámites procesales, es lógico que no sea preceptivo el informe psicosocial que conlleva la entrevista con el menor. UTRERA GUTIÉRREZ no considera preceptivo el informe, pero sí puede considerarlo "muy conveniente" en los supuestos de petición de custodia compartida sin acuerdo, dada la motivación suficiente que el artículo 92 Código Civil exige, desterrando el anterior automatismo de adoptar la custodia monoparental. Como única opinión discordante, destaca la de SANDE GIL, que considera que difícilmente podrá informar favorablemente a un sistema de guarda compartida en un procedimiento contencioso sin la existencia de un informe psicosocial, en consecuencia, independientemente del tenor literal del artículo 92 del Código Civil con la palabra "podrá", considera que acudir a dicha ayuda es obligatoria.
En el mismo sentido, fuera de la encuesta referida, CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia...", *op.cit.*, considera que debería haberse incluído en el precepto *el carácter preceptivo del dictamen de los especialistas en estos supuestos, habida cuenta de la significativa relevancia que para el juez tendría la valoración por parte del profesional (Equipo Técnico o perito psicólogo) de las específicas circunstancias de la situación a resolver.* Y se refiere a pie de página a como en el texto aprobado en el Senado sí aparecía esta prevision.

Es una cuestión superada que el informe psicosocial no vincula la decisión a adoptar por el Juez (cuestión que se acreditará con las sentencias que se recogerán en el presente epígrafe). Sin embargo, es relevante a mi juicio analizar la importancia o protagonismo de las conclusiones del informe psicosocial en el resultado del pleito, porque pese a que no vincula jurídicamente al Juzgador, debemos efectuar un ejercicio crítico sobre si de facto los informes adquieren excesivo protagonismo para la decisión final o por el contrario tienen una presencia equilibrada en los procedimientos. Autores como Montserrat Quintana[745] o Vazquez Iruzubieta[746] el critican otorgar excesiva relevancia a los informes.

Para Marín García De Leonardo[747], tras reconocer que no es preceptivo, sí que considera que *(...) fundamentalmente en los procesos contencioso, si que resulta conveniente e incluso necesario para que el Juez pueda dar una resolución motivada.*

Aluden a que la función de los equipos psicosociales es facilitar conocimientos especializados o auxiliares al Juez, autores como Fábrega Ruiz[748] o Pérez Daudí[749], que en un artículo en el que comenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2009, dice: *(...) ya no se limitan a auxiliar al órgano judicial sino que emiten dictámenes periciales erigiéndose en los mismos como defensores del menor. Es decir, olvidan su función inicial que es ser meros auxiliares del Juez en la exploración de menores para convertirse en defensores de los intereses del menor en el proceso de familia, función que recordemos que según el art. 749 LEC realiza el Ministerio Fiscal.* Sin embargo, continúa, la reforma del CC y de LEC a través de la LO 15/2005, limita la

[745] MONTSERRAT QUINTANA, Antonio, La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio, La Ley, Práctica de Tribunales, Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, Año III, núm. 23, enero, 2006, expone como el Juez no debe dar una relevancia desmesurada al informe de especialistas en caso de que éste sea contrario a la voluntad de los progenitores, caso de que éstos tengan la aptitud necesaria, dado que los padres son los primeros y principales educadores de sus hijos.

[746] Por su parte VÁZQUEZ, *Matrimonio y divorcio*, *op.cit.*, pág. 168 considera que la regla de intervención de los especialistas en ciencias sociales y psíquicas, supone que *(...) con sus opiniones alteran el curso de la más estricta administración de justicia ya que los Jueces tiene el prurito de no contradecir esos informes pretendidamente científicos y que nadie se atreve a aseverar que ostentan un escaso margen de credibilidad porque ninguna de sus aseveraciones pueden ser comprobadas en el campo de la estricta investigación científica.*

[747] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 97.

[748] Aludiendo a la prueba pericial en general, y no al informe psicosocial, FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "La actuación de los psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales", *Diario La Ley*, Año XXVI, núm. 6247, 6 de mayo de 2005, explica como: *La prueba pericial trata de fijar hechos y suministrar experiencias. El perito como experto emite un juicio valorativo, si bien su función no es llegar a conclusiones de cara a la sentencia, sino facilitar los conocimientos especializados para que el juez elabore la misma, actuando como un auxiliar de éste.*

[749] PÉREZ DAUDÍ, "La función del equipo técnico…, *op.cit.*.

intervención del equipo psicosocial *(...) al auxilio al juez para la realización de la intervención de menores prevista en el art. 770.4 LEC. En ningún momento se introduce ningún tipo de especialidad que permita que realicen un dictamen pericial ni una investigación al margen de lo previsto en la LEC.*

La jurisprudencia también es relevante a fin de conocer la importancia de la prueba que nos ocupa a la hora de acordar o denegar la guarda y custodia compartida:

Tal y como he referido con anterioridad, ciertamente es una cuestión superada por la jurisprudencia que el informe pericial no vincula la decisión del Juzgador, sin embargo, la discusión se centra en otorgarles mayor o menor importancia, y a mi juicio es clara la sustancial relevancia que se les atribuye:

Primero el Tribunal Supremo, en una Sentencia de fecha 7 de abril de 2011[750] resuelve en casación un argumento del padre que solicitaba la custodia compartida revocada por la Audiencia Provincial y que mantenía la *(...) vinculación del juez por los dictámenes emitidos por los servicios psicosociales.* El Tribunal Supremo concluye que los informes psicosociales *tienen una importancia decisiva* a fin de acordar una custodia compartida; el *(...) juez debe valorarlos* a fin de acordar la mejor decisión; pero los mismos no son *en modo alguno vinculantes*. También en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011[751] se postula en igual sentido.

Esgrimen la importancia que estos informes tienen en esta materia resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004[752], la Sentencia de misma Audiencia Provincial de 16 de septiembre de 2004[753] se postula en similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de abril de 2009[754], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[755], la

[750] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/34606).

[751] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (SP/SENT/639180).

[752] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004, Sección 1ª, Ponente: Doña María Victoria Cinto Lapuente (EDJ 2004/161088) dice: *Y para la adopción de tal decisión, los informes periciales, tan importantes en todos los campos, se revelan fundamentales en esta esfera, de modo que la opinión de los expertos adscritos al Juzgado para estos cometidos, es la que ayuda al Juez a determinar en cada caso cuál es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así los informes periciales en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.*

[753] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de septiembre de 2004, Sección 1ª, Ponente: Doña María Victoria Cinto Lapuente (JUR 004\308944).

[754] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de abril de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 118509/2009): En la Sentencia de instancia se atribuye la custodia de los dos hijos a la madre. El padre recurre en apelación solicitando se fije una compartida, y la Audiencia Provincial desestima el recurso motivando su resolución, entre otras cuestiones en que: *Es evidente que el*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de Septiembre de 2010[756], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[757], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de enero de 2007[758].

Las siguientes sentencias sostienen que los informes no vinculan al Juzgador: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008[759], la

superior interés de los menores no se potencia y defiende sólo por lo que ellos quieran sino por lo que se demuestre que es más beneficioso para ellos; y para determinarlo, juega un relevante papel lo que informen los especialistas, como en este caso ha ocurrido a través de la intervención pericial de la psicóloga forense Dª Mariola; (...) la Sra. perito, previa entrevista con padres e hijos, que la custodia compartida se presenta en este caso inviable (...). En definitiva, la decisión de la Juzgadora de instancia es perfectamente razonable y ajustada a derecho, en tanto que está respaldada por el informe pericial de una especialista y debe de ser ratificada (...).

[755] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009), utiliza como prueba fundamental para mantener la custodia compartida fijada en primera instancia el informe psicosocial. La Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 27 de febrero de 2009[755] fundamenta su resolución aludiendo a que: *En este caso la decisión del Juzgador contraria a la adopción de este régimen compartido, encuentra sólido apoyo y cobertura probatoria en el informe emitido por el Gabinete Psico-social adscrito al Juzgado de Familia (...).*

[756] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (SP/SENT/524854) que mantiene la custodia exclusiva fijada en primera instancia y dice: *basta examinar el informe psicosocial para rechazar éste motivo del recurso (...).*

[757] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008), resuelve un recurso de apelación en el que se discute la custodia compartida fijada en primera instancia, y resuelve manteniendo la custodia compartida: *Se tiene en consideración y valora por la Sala, el informe emitido en la instancia en cuanto a la conveniencia para la menor de una custodia compartida, sin que de dicho informe se vislumbre, siquiera, que dicha custodia pueda afectar de modo negativo a la menor, y sin que, además, los citados informes aconsejen o valoren el que se atribuya la custodia a uno sólo de los cónyuges; antes bien, como se ha dicho, insiste en lo contrario.*

[758] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de enero de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (EUDER 16536/2007): Se encomienda en primera instancia a la madre la guarda y custodia de los hijos, y la Audiencia Provincial, desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre solicitando que la custodia fuera compartida: *El recurso no puede acogerse, pues únicamente se sustenta en las consideraciones subjetivas del recurrente, sin tener en cuenta las conclusiones que se alcanzan en el dictamen pericial practicado. Dicho dictamen pericial desancoseja, dicha guarda compartida, pues no se dan las circunstancias que puedan favorecer su puesta en práctica al no existir entre los progenitores el necesario entendimiento. El dictamen pericial, realizado por profesionales objetivos, debe prevalecer sobre las apreciaciones del recurrente, y por ello el pronunciamiento analizado debe ser confirmado.*

[759] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008): En primera instancia se acordaba una custodia materna y en segunda instancia se desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre, en el que solicitaba la fijación de una custodia compartida, pese a que el informe psicosocial era favorable a adoptar la misma: *aunque el informe del equipo técnico sea favorable a la guarda compartida, es lo cierto, (...) que dicho dictamen no puede tener el efecto vinculante que pretende el apelante, pues sabido es que la prueba pericial no es un medio probatorio como los demás, sino un medio auxiliar del juez, cuando éste carezca de determinados conocimientos técnicos, o no los tenga en la medida requerida para lo que haya de ser objeto de la pericia, lo cual no obsta en modo alguno a que el juez, valiéndose de sus propios conocimientos sobre la materia y la experiencia profesional, pueda decidir conforme a su criterio, es decir, los dictámenes periciales tiene un fin ilustrativo o de orientación científica, técnica o práctica, para una mejor orientación del juzgador, pero sin que sus resultados vinculen al juez, que puede valorarlos libremente con arreglo a los criterios de la sana crítica a que se refiere el artículo 348*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009[760], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2009[761].

Por otra parte, parece que de algunas sentencias, tales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009[762] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de noviembre de 2006[763] dimanara la necesidad imperativa de recabar dicho informe para acordar la custodia compartida.

En otras ocasiones dicha no vinculación del informe psicosocial a la decisión del juzgador, se refleja en sentencias que adoptan una decisión contraria a la opinión del informe. Tal y como sucede en sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008[764] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de julio de 2005[765].

de la LEC, siendo la prueba pericial de libre apreciación judicial, por lo cual el juez no tiene obligación de aceptar su resultado (...).

[760] Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Luis Javier Capote Pérez (EUDER 116395/2009): En primera instancia la Sentencia fallaba estableciendo una custodia compartida. La Audiencia provincial estima el recurso de la madre y declara la nulidad de la Sentencia porque no se existía informe del Ministerio Fiscal, sin embargo no porque no existía informe psicosocial que también se esgrimía la nulidad por tal circunstancia: *En cuanto a los motivos formales, invoca específicamente la recurrente dos, los cuales son la ausencia de dictámenes periciales y del informe del Ministerio Fiscal, a los cuales hacen referencia los artículos 92.8 y 92.9 del Código Civil . En el primer caso, el propio artículo 92.9 del Código Civil se encarga de invalidar el argumento de la parte apelante, al establecer que el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. La referencia, como se ve, implica una posibilidad que queda a la valoración de la autoridad judicial, sin que pueda deducirse otra cosa, mucho menos el pretendido carácter imperativo de esos dictámenes que pretende apelante.*

[761] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 166436/2009) también señala *(...) que como tal informe pericial carece de fuerza vinculante y está sometido a la apreciación por los órganos judiciales conforme a las reglas de la sana crítica (...).*

[762] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009) dice: *(...) y también falta un informe concluyente, porque el recabado por la Sala del equipo psicosocial no lo es, que diga que esa custodia compartida es la mejor forma en el caso de autos de preservar el interés de las hijas.*

[763] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de noviembre de 2006, Ponente: Don José Tomás García Castillo (EUDER 182098/2006) dice: *(...) ha de constatarse, volviendo al presente caso, que no se ha practicado prueba pericial alguna cuyo resultado sea favorable al régimen de guarda conjunta, en especial para comprobar que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (...).*

[764] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (EUDER 148792/2008) revoca la Sentencia de instancia que acordaba una custodia compartida y fija una exclusiva materna, pese a que el informe psicosocial informaba a favor de la compartida: *Las anteriores circunstancias aconsejan, pese a la conclusión del perito psicólogo, (...) estimar en este punto el recurso de apelación interpuesto por la madre, dejando sin efecto la guarda y custodia compartida (...).*

[765] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de julio de 2005, Ponente: Don Miguel Ángel Callejo Sánchez (EUDER 279637/2005) resuelve un asunto en el que se atribuye a la madre en primera instancia la custodia exclusiva, y en apelación se confirma dicha custodia, apoyando la misma el

A modo testimonial, señalar que en muchas otras Sentencias se tiene en cuenta por el Tribunal el informe psicosocial a fin de tomar la decisión respecto de acordar o denegar la guarda y custodia compartida, tales como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009[766], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de abril de 2007[767], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009[768], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de Octubre de 2010[769], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de Septiembre de 2010[770], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010[771], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009[772], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009[773], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2009[774], la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009[775], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de junio de 2002[776], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009[777], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010[778], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006[779], la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[780], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de julio de 2008[781], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008[782], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de noviembre de 2009[783], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008[784], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009[785], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[786], la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007[787], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de Septiembre de 2010[788], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de enero de 2010[789], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de noviembre de 2009[790], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 4 de julio de 2008[791], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de octubre de 2005[792], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de abril de 2009[793], la Sentencia de la Audiencia Provincial

Ministerio Fiscal, sin embargo, con un informe del equipo técnico efectuado en primera instancia que considera lo más adecuado para la menores la fijación de una custodia compartida.

[766] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009).

[767] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de abril de 2007, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (EUDER 104051/2007).

[768] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 223960/2009).

[769] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Del Carmen Martínez Sánchez (SP/SENT/531542).

[770] Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (SP/SENT/523269).

[771] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/520007).

[772] Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña Josefa Otero Selvane (EUDER 27685/2009).

[773] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009).

[774] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 306821/2009).

[775] Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009, Ponente: Don Luis Miguel Rodríguez Fernández (EUDER 79788/2009).

[776] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de junio de 2002, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Elizburu Aguirre (EDJ 2002/101479).

[777] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña Cristina Domenech Garret (EUDER 288920/2009).

[778] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Doña Carmen Neira Vázquez (SP/SENT/503778).

[779] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 161720/2006).

[780] Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927).

[781] Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de julio de 2008 (EUDER 202648/2008).

[782] Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 239798/2008).

[783] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de noviembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 248847/2009).

[784] Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008, Ponente: Don Eduardo María Valpuesta Gastaminza (EUDER 115605/2008).

[785] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 245193/2009).

[786] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008).

[787] Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007, Juez/Magistrado: Don Carles Tortras Bosch (EUDER 329927/2007).

[788] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (SP/SENT/525497).

[789] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de enero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 11068/2010).

[790] Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de noviembre de 2009, Ponente: Don Fermín Francisco Hernández Gironella (EUDER 303229/2009).

[791] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 4 de julio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (SP/SENT/483614).

[792] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de octubre de 2005, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (SP/SENT/82173).

[793] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de abril de 2009, Sección 7ª, Ponente: Don José Luis Martín Tapia (EUDER 75337/2009).

de Cádiz de 5 de febrero de 2009[794], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996[795] etc…

A mi juicio nos encontramos en un frágil equilibrio respecto de la utilización por los Juzgadores y por las propias partes de los informes psicosociales. Es preocupante el protagonismo no ya excesivo, sino casi único que en ocasiones adquieren las conclusiones del informe psicosocial, como fundamento del fallo de la resolución judicial.

A mi modo de ver el informe del equipo técnico es una prueba de relevancia para la resolución del pleito de familia, pero no se puede convertir en la única, casi irrevocable, a nivel práctico. Múltiples sentencias resuelven los asuntos en el sentido en el que el equipo técnico se posiciona, y esta circunstancias creo debemos analizarla. Esta cuestión puede ser inquietante, fundamentalmente porque lo que podría suponer a nivel práctico es una "delegación de responsabilidades"; hablando por ejemplo de un supuesto de guarda y custodia, los equipos psicosociales consideran que ellos no son los que deben decidir cual de los progenitores es más idóneo, sino que es el Juez quien debe tomar dicha decisión. Sin embargo, el Juez puede saber que teóricamente él es el que debe decidir, pero en la práctica podría basarse casi exclusivamente en lo que dice el equipo técnico. Por tanto, ciertamente podría ocurrir que el uno se apoya en los otros y los otros en el uno, lo que derivaría en una actuación más liviana de ambos, pero ciertamente menos adecuada.

Esta "delegación de responsabilidades" tendría unas consecuencias sumamente negativas, porque el sistema no está dispuesto para que sea el equipo técnico quien resuelva un pleito. El informe del equipo psicosocial se realiza, en muchas ocasiones, con una entrevista con cada progenitor y con el menor, y en su caso, haciendo a éstos alguna prueba psicológica objetiva. Esto no obsta, tal y como se ha recogido en el cuerpo del presente trabajo, que existan sentencias que resuelven de forma distinta a lo dispuesto en los informes psicosociales, pero existe una número importante de resoluciones que resuelven en tal sentido.

En definitiva, creo que debería reflexionarse más hondamente respecto del protagonismo de los equipos psicosociales en los procedimientos de familia, a fin de

[794] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Carlos Ercilla Labarta (EUDER 31181/2009).
[795] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996, Ponente: Don Jesús María Medrano Durán (EDJ 1996/2950).

evitar que pudiera existir el peligro de eludir con ello la responsabilidad de cada profesional, en este caso del técnico del equipo psicosocial respondiendo a la pregunta según su leal saber y entender y sabiendo que es importante su opinión, y del Juez, que debe tener la capacidad de analizar el asunto con todas las pruebas obrantes, sin dar mayor validez al informe del equipo psicosocial que a otras que puedan existir, y mucho menos actuando de forma automática o sin crítica con las conclusiones del equipo psicosocial.

5.2.- La audiencia de los menores

5.2.1.- Regulación anterior a la Ley 15/2005 de la audiencia de los menores

Ha sido muy criticada la regulación anterior a la Ley 15/2005 de la audiencia de los menores. Una reiterada petición por parte de los profesionales que se dedicaban a la problemática jurídica de familia, se concretaba en que cuando menos en los procedimientos consensuales no fuera imperativa la audiencia de los menores, dado que para ellos generalmente es complicado, si no angustiante, acudir al Juzgado.[796]

Habida cuenta de las complejas y en ocasiones poco útiles situaciones que provocaba dicha indiscriminada audiencia de los menores, puesta de manifiesto como se ha expuesto, por notable número de voces, el legislador en la Ley que nos ocupa parece haberse sensibilizado con el amplio clamor, atendiendo a una realidad que requería un cambio.

Por otra parte, reseñar que pese a la redacción que se recogía en el artículo 92 CC, en el año 1996 se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del

[796] Reseña dicho inevitable impacto emocional en los menores RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación…*, *op.cit.*, pág. 170, que aludiendo al artículo 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor dice: *El precepto citado describió ya la audiencia judicial de un menor como un derecho de éste, no como la obligación –la inmensa mayoría de las veces innecesaria y en no pocas ocasiones penosa- en que el trámite se convierte: siendo evidente que la mayoría de los jueces trata de llevar a cabo esa audiencia del modo más inocuo posible, lo que resulta inevitable es el impacto emocional y la tensión que estos niños padecen primero ante la perspectiva de tener que acudir al Juzgado y luego con su presencia en las dependencias judiciales.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Actualización del derecho…*, *op.cit.*, págs. 57 – 58, defiende la no obligatoriedad en todos los supuestos de oír a los mayores de 12 años: *Creemos que de esta forma se produce un daño importante e innecesario a estos menores. La intervención de unos niños en un proceso judicial, con todo lo que ello significa, máxime cuando se trata de un enfrentamiento entre sus padres, supone para ellos una importante agresión.* Por supuesto reconoce que la audiencia puede ser necesaria cuando no hay acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad o en la guarda y custodia, e incluso con convenios reguladores que contengan pactos "extravagantes" o perjudiciales para ellos. Pero en el resto de supuestos *en que los padres convengan medidas razonables o en los que exista un informe del equipo psico-social del juzgado, no debe exigirse la audiencia de los hijos.*

Menor, que en su artículo 9[797], regulaba el derecho del menor a ser oído, y lo regulaba no como una norma imperativa y general, sino como un derecho de éste: *1º.- El menor tiene derecho a ser oído (...).*

5.2.2.- Regulación tras la Ley 15/2005 de la audiencia de los menores

El artículo 92 del Código Civil, en lo que a la audiencia de los menores se refiere, se ha modificado sustancialmente. Para empezar, en su epígrafe número 2 dice sobre la audiencia de los menores: *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos (...).* Es decir, la audiencia de los menores es un derecho que éstos ostentan y no una obligación que deben cumplir, tal y como se recogía en el antedicho art. 9 LO 1/1996. Y en el epígrafe 6 del artículo 92 CC modifica la preceptiva audiencia recogida en el artículo 92 anterior para los mayores de 12 años por la siguiente redacción: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (...), y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (...).* La versión anterior del artículo 92 CC era la siguiente: *Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.*

Acudiendo a la modificación procesal, respecto de los procedimientos de mutuo acuerdo el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la reforma recogía como en los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el Juez *(...) oirá a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.* Tras la Ley 15/2005 este artículo se modifica diciendo en su actual

[797] El artículo 9 L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del menor dice: *Derecho a ser oído. 1.- El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2.- Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3.- Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos.*

redacción: *(...) oirá a los menores si tuvieren suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros de Equipo Técnico Judicial o del propio menor (...).* Por tanto, con la nueva regulación en los procedimientos de mutuo acuerdo la obligatoriedad de la audiencia de los menores que dimanaba de la letra, tanto del artículo 92 del Código Civil como del artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anteriores, se ha modificado, no siendo en dichos procedimientos imperativo que los menores sean oídos si el Juez no lo estima necesario y ninguna parte lo pide.

Por su parte, en los supuestos de procedimientos contenciosos no existe tratamiento diferenciado en el artículo 92 del Código Civil con respecto a los supuestos consensuales. Por tanto, atendiendo al Código Civil, no es imperativa la audiencia. Sin embargo, y a diferencia de lo acaecido en el procedimiento de mutuo acuerdo, en el que se modifica tanto la regulación sustantiva, artículo 92 del Código Civil, como la procesal, artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de los procedimientos contenciosos con la Ley 15/2005 se modificó únicamente su previsión sustantiva, es decir el artículo 92 del Código Civil, sin embargo no se modificó el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que continuó con su anterior redacción tras la reforma. Es la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial[798], la que ha modificado dicho artículo 770.4º LEC, aunque en el mismo sentido; dice la nueva redacción: *Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.*

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Por tanto, existía tras la Ley 15/2005, y no se ha solucionado con la Ley 13/2009, una incoherencia entre lo dispuesto en el Código Civil, que regula de forma no imperativa para los procedimientos contenciosos la audiencia del menor, y lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí lo regula imperativamente.

[798] BOE, número 266, Sec. I, miércoles 4 de noviembre de 2009, pág. 92103.

Sobre esta incoherencia entre el CC y la LEC se postularon, tras la Ley 15/2005, la mayoría de los autores a favor de una audiencia del menor no imperativa, entre otros Rodríguez Chacón[799], Miranda Estampes[800] o Tamayo Haya[801] quienes consideran un olvido del legislador la no modificación del artículo 770 LEC. Por su parte, Arangüena Fanego y Rodríguez Merino[802] aluden a un mero descuido. También Pérez Vega[803] defiende la audiencia no sistemática.

Sin embargo otros autores defienden la preferencia el artículo 770.4º LEC y consecuentemente sostienen que deberá darse audiencia a los mayores de 12 años. Entre estos autores se encuentra Bercovitz Rodríguez-Cano[804] o Goirena Lekue[805].

[799] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 174, considera como un olvido del legislador la no modificación del precepto procesal, y añade la prevalencia en la aplicación de la norma posterior, es decir la regulación no imperativa.

[800] En igual sentido que anterior autor MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La nueva regulación de la audiencia de los hijos menores", en el monográfico *Reformas de familia* de la Revista Sepin, septiembre 2005, núm. 47, págs. 53 – 56.

[801] Para TAMAYO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, págs. 690, se muestra disconforme con que la audiencia sea siempre necesaria para los mayores de doce años y para los menores con suficiente juicio, por el *coste emocional y los efectos negativos que les puede ocasionar.* En determinados casos, la autora afirma, puede ser conveniente pero en los supuestos en los que las medidas a adoptar son razonables y los padres están de acuerdo en que los menores eviten dicho trance, no comprende el porqué de su obligatoriedad. Explica también como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, configura la audiencia como derecho del menor y no como deber. Y concluye: *abogar por la conveniencia cuando el juez, dadas las circunstancias, lo estime necesario para formar criterio, pero con un carácter potestativo y no como una imposición o como una práctica judicial sistemática.* Más adelante la autora añade como la audiencia de los menores será excepcional en los procedimientos consensuales, contrastando con el anterior régimen el que se imponía a partir de los doce años. Y añade como sin embargo en el 770.4 LEC aún se mantienen la obligatoriedad, lo que para la autora se debe a un olvido del legislador.

[802] ARAGÜENA FANEGO y ROGRÍGUEZ MERINO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 353, consideran que en la discordancia aludida debe prevalecer la audiencia no imperativa, dado que examinando la tramitación parlamentaria culpaban también al mero descuido, el no haberse percatado de la contradicción entre ambos artículos.

[803] Para PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, debe oír al menor el Juez, *cuando se estime necesario* por éste. Explica su postura aludiendo a que los especialistas en psicología infantil consideran que la exploración tiene efectos negativos en el menor, por tanto, la audiencia no debe efectuarse de forma sistemática sino únicamente *cuando sea imprescindible para formar criterio sobre la custodia o el régimen de visitas.* Concluyendo que en el resto de casos *no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor.*

[804] BERCOVITZ, *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, pág. 215, considera de aplicación preferente el artículo 770.4ª II de la Ley de Enjuiciamiento Civil frente al 92.6 del Código Civil, y consecuentemente según el autor deberá necesariamente el Juez dar audiencia a los menores de edad mayores de doce años, y a los menores de esa edad si tienen suficiente juicio.

[805] Analizando el texto del actual artículo 92.6 CC, GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", *Diario La Ley*, Año XXVIII, núm. 6823, 19 de noviembre de 2007, comienza argumentando que la expresión "deberá", deja fuera de toda duda que es imperativo oír al menor cuando el juez tenga que adoptar una decisión sobre el régimen de guarda y custodia. Pero posteriormente, alude a como existe un aspecto novedoso en el nuevo artículo 92 CC; Que *el juez deberá oír a los menores «cuando estime necesario». No basta con que el menor tenga juicio suficiente, sino que el juez debe considerar además que su audiencia es necesaria, oportuna. Por lo tanto, con la Ley 15/2005, la audiencia del menor prevista en el art. 92 CC deja de ser un trámite procesal de obligado cumplimiento, ya que aunque el menor tenga juicio suficiente para poseer una opinión propia, el juez puede estimar que no es necesario oírla.* Sin embargo, la misma autora en dicho artículo analizando la audiencia del menor en la Ley de Enjuicimiento Civil, y en

Analizando la jurisprudencia respecto de esta cuestión, parece que nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29 de junio de 2009[806], se posiciona en el sentido de que con la nueva regulación del artículo 92 CC, la audiencia del menor no será preceptiva: En el Fundamento de Derecho Quinto explica: *Esta argumentación -expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición- es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).*

En las Audiencias Provinciales existe cierta discrepancia, sobre todo tras el cumplimiento de los 12 años del menor, en cuanto a si es imperativa o no la audiencia de los menores. Consideran, entre otras, que no es preceptiva la audiencia del menor: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero de 2011[807] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006[808]. Y

concreto en los procedimientos contenciosos, concluye respecto de la *antinomía surgida entre ambos preceptos* (el 92.6 CC y el 770.4º LEC), que *prevalecería la ley procesal, en aplicación del principio de legalidad procesal,* en consecuencia, en dichos procedimientos contenciosos debe el Juez obligatoriamente oir a los menores de edad que sean mayores de doce años, y a los menores de doce años en el supuesto de que tenga suficiente juicio.

[806] Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2009, Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo (EDJ 2009/150424).

[807] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero de 2011, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio María González Floriano (LA LEY 2961/2011) dice: *(...) debe destacarse que la decisión del Juzgado de instancia de prescindir de la audiencia de los menores constituye -a juicio de esta Sala- una decisión correcta por tres motivos: de un lado, por la corta edad de los menores (seis y tres años de edad en el momento de la interposición de la Demanda); en segundo lugar, porque no se estima necesaria, sobre todo después de valorar las consideraciones expuestas en el Informe Pericial Psicológico que se ha emitido en este Proceso, y, finalmente, porque la referida decisión se ha acomodado de manera absoluta a las prescripciones establecidas, especialmente, en la regla 4ª del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre audiencia y exploración de los hijos menores.*

[808] Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006, Ponente: Don Carlos Javier Álvarez Fernández (EUDER 179539/2006): La parte apelante solicita la nulidad de actuaciones, entre otras cuestiones, por no haber practicado la audiencia de los menores, y al respecto la Audiencia Provincial dice: *En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el articulo 92 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2.005, de Julio, en su apartado 6, establece que, en todo caso, antes de acordar el régimen*

entre las sentencias que aluden a la imperatividad de la audiencia del menor se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009[809], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de diciembre de 2008[810] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[811].

Mi posicionamiento respecto de esta cuestión, es que tras la reforma efectuada en la Ley 15/2005 la audiencia de los menores no resulta preceptiva, restringiendo la misma, sin duda en los supuestos consensuales, y a mi juicio también en los contenciosos, a cuando resulte necesario. Dicha necesidad la calibrará el Juez decidiendo si se practica o no la audiencia, incluso en el supuesto de que no haya sido solicitada por ninguna de las partes. De hecho en la práctica no se está exigiendo imperativamente la audiencia en los supuestos contenciosos. Un argumento más a los expuestos por los autores anteriormente destacados, y a los que me remito para evitar reiteraciones innecesarias, destacando nuevamente la Sentencia del Tribunal Constitucional recogida anteriormente, para sostener la no preceptividad de la audiencia

de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oir a los menores que tengan suficiente juicio, cuando "se estime necesario" de oficio, a petición del Fiscal, partes Equipo Técnico Judicial o del propio menor, y en el caso que nos ocupa no aparece dicha necesidad a la vista de lo expuesto sobre la edad de los mismos.

[809] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009) dice: *A fin de valorar lo que es más beneficioso para los hijos, el art. 92 CC en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores, y el art. 159 CC en el resto de supuestos de crisis, exige la audiencia de los menores previamente a resolver al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, debiendo el Juez velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. Otorga el legislador tanta relevancia a la audiencia del menor que S.T.S de 14.5.87 , señala que tal precepto establece una norma "de carácter imperativo y de obligado cumplimiento para los órganos jurisdiccionales que conozcan de los referidos litigios", dando lugar su vulneración, asimismo, según lo dispuesto en el art. 6.3 CC a la nulidad de pleno derecho del acto judicial al no tratarse de una norma procesal subsanable. Queda así fuera de toda duda la relevancia que debe otorgarse a la audiencia del menor.*

[810] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de diciembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Julio Tasende Calvo (EUDER 322669/2008) alude a que *(...) la audiencia a los hijos menores la acordará el Juez "cuando se estime necesario", respecto a los hijos menores que tuvieran suficiente juicio (art. 92.6 CC), y, "en todo caso", para los que fueran mayores de doce años (art. 159 CC), teniendo en este caso aquél carácter facultativo para el Juzgado, puesto que la hija del apelante cumplió los doce años después de haberse dictado sentencia en primera instancia (...).*

[811] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008) por su parte sostiene: *Por otro lado, el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, "si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años" (art. 92, párrafo segundo, CC). Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos.*

de los menores, es lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que tal y como he expuesto con anterioridad, dibuja la audiencia del menor como un derecho de éste y que se ratifica tras la Ley 15/2005 en el artículo 92.2 CC[812]. En este sentido ciertamente es mucho más coherente con considerar la audiencia del menor como un derecho de éste, la actual regulación (interpretando la misma en el sentido de la no preceptividad) que la anterior a la Ley 15/2005, y aún vigente en el artículo 770.4º LEC.

Sin embargo, ciertamente desconcierta el "segundo error" del legislador, respecto de este particular en la nueva redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que modifica el artículo 770.4 LEC, con el texto que se ha recogido expresamente con anterioridad, y que sobre el mismo considero:

Primero, la referencia a si el procedimiento fuere contencioso (...) es absolutamente innecesaria, dada cuenta de que el artículo 770 LEC, justamente regula ese tipo de procedimientos. Posteriormente, en el nuevo texto, copia textualmente una parte del artículo 92.6 CC y del artículo 777.5 LEC en concreto: se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, sin embargo finaliza el párrafo, con el texto literal que finalizaba el anterior 770.4º de la LEC: si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

Esta nueva redacción ciertamente genera desconcierto e inseguridad, dado que considerar como un segundo error del legislador este texto es más discutible. No obstante, ciertamente no es en absoluto descartable que se trate nuevamente de un error o más bien de una defectuosa técnica en la nueva redacción, dada cuenta de que en el supuesto de tener clara vocación de preponderancia, se hubiera procedido a modificar

[812] El Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2006, Ponente: Don Manuel Aragón Reyes (EDJ 2006/7771), analiza expresamente un supuesto referente a la audiencia de los menores, considerando un derecho de éstos dicha prueba: *QUINTO.- En el supuesto objeto de nuestro examen nos encontramos con un proceso matrimonial que afectaba indiscutiblemente a la esfera personal y familiar de dos menores, las cuales fueron oídas por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica), así como en el art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, aunque este instrumento, incorporado a la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante.*

también el artículo 92.6 CC y así corregir la inaceptable incoherencia existente entre ambos artículos. En consecuencia, mi postura no se modifica pese la modificación efectuada por la Ley 13/2009 al artículo 770.4 LEC[813].

Otra disyuntiva que se ha planteado con la nueva regulación, se concreta en si la audiencia de los menores es en todo caso imperativa en caso de que se solicite por cualquiera de los intervinientes reseñados en el punto 6 del artículo 92 del Código Civil, que dice *(...) y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (...).*

Parece que existe unanimidad en que si es el Juez el que lo considere necesario, sí deberá ser oído. En caso de que sea el propio menor quien lo solicite, también parece que deberá considerarse imperativo, dado que estamos ante un derecho del mismo (art. 92.2 Código Civil, art. 9 L.O. de Protección del Menor). Sin embargo y aunque se encuentre redactado en igual sentido, existen diferentes opiniones para los supuestos en que lo solicite el Ministerio Fiscal, las partes o el Equipo Técnico Judicial. Así, Miranda Estrampes[814] sostiene que deben precisar los motivos de la Audiencia para valorar su necesidad. Sin embargo, Arangüena Fanego y Rodríguez Merino[815] afirman que la prudencia debe extremarse únicamente con los cónyuges que soliciten la audiencia. Por último, Tamayo Haya[816] defiende que si el menor lo solicita no puede denegarse, sin embargo si es otro el peticionario es posible que el juez pueda entender que no está vinculado por la petición, que está supeditada a que se estime necesario. No obstante concluye que en la practica los motivos deberán ser relevantes para denegar la audiencia.

[813] Añadir el matiz semántico que efectúan PLANES MORENO, Mª. Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 240, en cuanto a señalar como es frecuente hablar en los procedimientos consensuales de "audiencia" del menor, lo que consideran tal vez propiciado por el tenor del artículo 777.5 LEC que dice *(...) y oirá a los menores (...)*, y sin embargo, en los procedimientos contenciosos se suele utilizar la fórmula de "exploración judicial", que puede deberse en concreto al artículo 770.4ª, III que dice: *(...) las exploraciones de menores en procedimientos civiles (...).*

[814] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La audiencia del menor en los procesos matrimoniales", *Sepin*, SP/DOCT/2275, en www.sepin.es.

[815] ARANGÜENA FANEGO y RODRÍGUEZ MERINO exponen su razonamiento en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 353, diciendo: *(...) la adopción de esta medida no planteará problemas cuando lo pida el Fiscal o el Equipo Técnico, dado el grado de imparcialidad y profesionalidad que preside su actuación, pero habrá de extremarse la prudencia cuando sea alguno de los cónyuges quien solicite su audiencia, por el peligro de que se pueda instrumentalizar al menor en el procedimiento familiar y se le haga sufrir de modo innecesario.*

[816] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 692.

Por mi parte, considero que efectivamente si el Juez considera necesaria la audiencia, la puede acordar, no sólo por la propia redacción del artículo 92 CC, sino también por lo recogido en el artículo 752.1 párrafo segundo: *Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes (...).* También si es el menor quien solicita su propia audiencia, debe acordarse la misma por el Juzgador imperativamente atendiendo al propio artículo 92 del Código Civil y al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, dado que se trata de un derecho que le corresponde. Sin embargo, si lo solicita el Ministerio Fiscal, las partes o el equipo técnico, a mi juicio, el Juez, caso de considerar innecesaria, y por tanto a mi modo de ver perjudicial para el menor, dicha audiencia, podrá mediante resolución motivada denegar su práctica. En consecuencia será él, atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto que se trate, quien autorizará o denegará la petición del Ministerio Fiscal, de las partes o del equipo técnico. De hecho, si atendemos al texto literal del artículo 92.6 CC dice: *(...) y oir (...) cuando se estime necesario (...)*, y obviamente quien debe estimar su necesidad es el Juzgador.

En cualquier caso, y en el supuesto de denegación de la audiencia, según Goirena Lekue[817], ésta debe ser necesariamente motivada, debiendo el juez explicitar los motivos por los que no considera necesaria o pertinente la escucha del menor. Y esta motivación podrá ser controlada por las instancias superiores a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los menores.

En la normativa internacional también se alude con protagonismo y relevancia a la audiencia del menor, entre otros, por ejemplo en el Reglamento Europeo 2201/2003 del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en su artículo 23. b)[818], o en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, en su artículo 8.14[819] etc…

[817] GOIRIENA, "La suficiencia de juicio…", *op.cit.*.

[818] El artículo 23 b) dispone lo siguiente: *Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental: Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: (...) b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido (...).*

[819] Dicho artículo 8.14 dispone*: Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño , deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten (...).*

5.2.3.- Naturaleza jurídica

Tal y como explican Planes Moreno y González Del Pozo[820], sobre la naturaleza jurídica se sostienen sustancialmente dos posturas:

La primera se concreta en considerar la audiencia del menor como una prueba de reconocimiento de personas, debiéndose regir en consecuencia por los artículos 353 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, adaptando no obstante, la regulación general de dicha prueba a las particularidades requeridas por el menor.

La segunda postura doctrinal, considera que la audiencia del menor no constituye un verdadero medio de prueba, en sentido procesal estricto, sino una institución diferente a los medios de prueba, no debiendo quedar sometida a la regulación de los reconocimientos judiciales de personas, dado que ni se enumera en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni rigen en dicha audiencia de forma plena los principios de contradicción, publicidad, ni documentación.

Los propios autores son partidarios de una opinión intermedia, considerando la audiencia del menor como una prueba de reconocimiento judicial de personas del artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo, un prueba de reconocimiento de personas *sui generis*, cuyas especialidades derivan: Primero, del peculiar hecho que es objeto de prueba, es decir conocer la opinión del menor para considerarla en las decisiones a tomar. Segundo, de ser un derecho del menor, y en tercer lugar, de que existen normas procesales específicas para llevar a cabo la exploración. Y por tanto, dichas especialidades suponen que a dicha audiencia del menor, pese a ser una prueba de reconocimiento de personas, no se le aplican gran parte de las reglas generales de dicha prueba.

5.2.4.- Forma de efectuar la diligencia de audiencia o exploración de los menores

Es fundamental conocer la forma en que se efectúa la exploración de los menores. Para éstos, el mero hecho de que sus padres se encuentren en una crisis matrimonial les supone un estado de gran confusión e inseguridad; si a esto añadimos

[820] PLANES MORENO, Mª Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, págs.. 458 - 460.

que deben acudir al Juzgado, lugar sin duda extraño y repleto de simbología atemorizante, deben hablar con un juez, y en ocasiones tienen que posicionarse "a favor" de uno de sus progenitores, la situación de nerviosismo es enorme y la posibilidad de conocer la verdadera voluntad o el verdadero parecer del menor es misión casi imposible.

Ya tras la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil existió una importante crítica a la inexistencia de previsión sobre la forma en la que efectuar la audiencia de los menores. Dicha falta de previsión ha supuesto una evidente ausencia de uniformidad[821], y por tanto de seguridad jurídica, en el modo de llevar a cabo las exploraciones.

En el nuevo segundo párrafo del artículo 770.4º de la LEC dice: *En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.* Tal y como se observa de su lectura, este nuevo párrafo puede haberse gestado con buenas intenciones, sin embargo se preconiza su liviana incidencia práctica.

El precepto ordena que el menor sea oído en *condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses*, afirmación que no está de más, pero que ya con la anterior regulación el Juez debía garantizar dichas condiciones de igual forma. El problema es que no se pautan las medidas a adoptar para generar dichas condiciones idóneas, confiando en la sensibilidad del Juzgador para crear las mismas.

Sobre la expresión *sin interferencias de otras personas*, sin duda debemos preguntarnos a quién se refiere el legislador; tampoco esta expresión es clarificadora de criterio práctico a seguir, dejando una fórmula absolutamente abierta.

a) Personas que deben estar en la audiencia o exploración del menor

La audiencia puede efectuarse a puerta cerrada y de forma reservada; los argumentos que suelen esgrimirse para sustentar dicha medida es la protección de los intereses del menor y la preservación de su intimidad, sobre la base de los artículo 138.2

[821] GARCÍA ABURUZA, "Especialidades de la prueba...", *op.cit.*, explica como no se recoge en la Ley previsión sobre la forma en la que debe efectuarse la exploración, y no pudiendo aplicar las normas relativas a la testifical, pudiendo dar lugar a que cada órgano judicial efectúa la audiencia de distinta forma.

y 140.3 en relación con el artículo 754 todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con respecto a las personas que deben intervenir, suele esgrimirse como sólo deben estar presentes el juez, fiscal y el secretario judicial. Los padres, abogados y procuradores no, a fin de desarrollar adecuadamente dicha prueba, que podría verse mermada e incluso anulada en caso de presencia de los progenitores, por la tensión del menor, el conflicto de lealtades etc…[822]

Para algunos autores, entre ellos Arangüena y Rodríguez[823], García Aburuza[824] o Pérez Vega[825], en la audiencia deberían estar presentes profesionales del equipo psicosocial.

Algunos autores incluso hablan de dirigir o colaborar los especialistas en dicha audiencia, entre ellos Miranda Estampes[826] o Tamayo Haya[827].

[822] En este sentido se postula PLANES MORENO, Mª Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia…*, *op.cit.*, págs.. 460 – 464, que considera que la audiencia de los menores debe practicarse *a puerta cerrada y de forma reservada,* con la sola presencia del juez, fiscal y secretario judicial, sin que intervengan las partes, sus representantes o defensores. También GARCÍA VARELA, Román en SIERRA, *Comentario del…*, *op.cit.*, págs. 78 y 79, considera que el fedatario debe estar dado que se exige el levantamiento de acta, sin embargo no deben estar ni los padres, ni los abogados y procuradores. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009), resuelve una petición efectuada por el recurrente de que los letrados de las partes debían estar presente en la exploración del menor: *(...) cabe dejar constancia que el art. 355 LEC prevé el reconocimiento de personas por parte del tribunal adaptándose a las circunstancias de cada caso concreto, incluso realizarlo a puerta cerrada pudiendo intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. Y más concretamente el art. 770.4 LEC señala que En las exploraciones (...) Precisamente se trata de evitar que, precisamente en supuestos tal delicados como la exploración de un menor, la presencia de sus padres o los letrados de los mismos, puedan perturbar su ánimo o voluntad y coartar su libertad, por lo que normalmente se hace aconsejable su realización en ausencia de las partes, salvo que algún motivo excepcional lleve a considerar necesaria su presencia.*

[823] Los autores en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma…*, *op.cit.*, pág. 359, consideran que del texto legal dimana una preferencia por que sea el Juez quien directamente realice la exploración, sin obviar la posibilidad de llevarla a cabo con la intervención de especialistas. Y añaden en referencia a la actuación del especialista: *No obstante y para aquellos casos en que se haga necesario, el Juez cuenta con la posibilidad de recurrir al especialista que considere adecuado para afrontar con éxito la diligencia, de modo que por ejemplo sea éste quien formule las preguntas en presencia del Juez o bien incluso y para casos excepcionales, sólo aquél esté presente, siguiendo el Juez el desarrollo de la diligencia a través de circuito cerrado de vídeo o de un espejo unidireccional en una habitación contigua si se considera necesario para que el menor no se sienta intimidado por su presencia.*

[824] GARCÍA ABURUZA, "Especialidades de la prueba…", *op.cit.*, opina que debe efectuarse siempre ante el Juez, secretario, y añade el equipo técnico, no debiendo estar las partes para evitar posibles coacciones.

[825] Para PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos…*, *op.cit.*, la audiencia la debe efectuar el juzgador siempre, a lo sumo acompañado del Ministerio Fiscal, y sí podrá recabar la opinión de especialistas (psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y educadores) para formar una mejor opinión sobre la exploración.

[826] MIRANDA, "La audiencia del menor…", *op.cit.*, explica como son posibles varias fórmulas en la audiencia de los menores, pero en su opinión, la que debería ser la norma general, es la que se dirija la audiencia por profesionales especializados adscritos al juzgado, dado que la simple presencia del juez puede suponer un elemento intimidatorio para el menor, y los referidos profesionales están preparados y tienen las herramientas para efectuar la audiencia. Y añade que la audiencia debería completarse con un

Es más, por último, aludir respecto del equipo psicosocial, que en algunas sentencias se considera cumplida la exploración o audiencia del menor mediante lo recogido en el informe psicosocial, habida cuenta de que dichos profesionales han escuchado a los menores y recogen sus manifestaciones o deseos en dicho informe; entre ellas se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[828]. Por el contrario, Pérez Daudí[829], opina que no puede inadmitirse la audiencia del menor aludiendo a que el menor *(...) ya ha manifestado su voluntad ante el equipo psicosocial en la emisión de su informe.*

Otras Audiencias no se postulan de este modo, pero sí utilizan el informe del equipo técnico a fin de aludir a cual es la voluntad del menor, entre ellas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008[830] o la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 25 de abril de 2008[831].

informe del profesional en el que se recojan las manifestaciones del menor y *(...) aportara elementos adecuados para que el juez pudiera interpretar y valorar adecuadamente dichas manifestaciones.*

[827] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 692, considera, refiriéndose a las condiciones idóneas de la audiencia, que sería más adecuado que la audiencia se practique con la colaboración de *(...) especialistas adscritos a los juzgados con la suficiente preparación y experiencia*, limitando la entrevista efectuada por el Juez para concretos supuestos en los que la madurez y comprensión del menor lo aconsejen.

[828] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007) dice: *Se alega expresamente que la hija mayor, nacida en 1996, no fue judicialmente explorada. Esta cuestión fue resuelta ya por este tribunal mediante su auto de 22-11-2006, consentido por la apelante, y en el que al denegar la práctica de la prueba propuesta se razonaba que "el derecho de la menor a ser oída (...) ha sido, de acuerdo con su interés, suficientemente respetado, al poderse conocer su opinión por medio del equipo psicosocial que está perfectamente capacitado para transmitirla objetivamente". El motivo, por tanto, se rechaza.*

[829] Explica PÉREZ DAUDÍ, "La función del equipo técnico…, *op.cit.*: *(...) no estoy de acuerdo en la justificación de la no admisión de este medio de prueba. Entiendo que el Órgano Judicial no puede justificar la no audiencia al menor en que ya ha manifestado su voluntad ante el equipo psicosocial en la emisión de su informe y éste lo ha plasmado en el mismo. La realización de la exploración judicial o audiencia al menor tiene la finalidad de que el Juez tome contacto directo con el menor y éste pueda manifestarle lo que considere más conveniente. Para que el Juez pueda interpretar de forma correcta la intención del menor se puede auxiliar en este acto de los Equipos Técnicos Judiciales que le aportarán los conocimientos técnicos adecuados para valorar correctamente el resultado de este medio de prueba. Lo que no puede realizarse es sustituir la intervención directa del Órgano Judicial por la de los Equipos Técnicos.*

[830] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Angel Chamorro Valdés (EUDER 183867/2008) dice: *Según el informe pericial psicológico la menor Andrea nacida el 26 de Septiembre de 1992 desea poder pasar el mismo tiempo con cada uno de sus progenitores y la menor Laura nacida el 11 de Agosto de 1995 anhela poder vivir con los dos padres y afirma querer pasar más tiempo con su padre. Pero aunque este deseo debe ser considerado, dada la edad de las menores, no puede servir para acordar la guarda y custodia compartida, pues lo fundamental no es la voluntad de los menores, sino el beneficio de estos.*

[831] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2008, Sección 22ª, Ponente: Doña Miriam De la Fuente García (EUDER 60368/2008) dice: *En el transcurso del procedimiento principal, Carlos Ramón, de 16 años, ha manifestado claramente su deseo de vivir con su padre, dejando constancia de la mayor y mejor relación que tiene con él y de su mayor afinidad al mismo, extremos éstos puestos de relevancia en los informes periciales.*

A mi juicio la exploración la debe realizar el Juzgador, dado que, ya en el informe del equipo técnico, en caso de haber sido solicitado, habrá sido escuchado, preguntado y analizado el menor por los profesionales especializados. Ello no obsta que si el juzgador considera necesaria la concurrencia de algún especialista pueda requerir su presencia. Asimismo, comparto que únicamente deben concurrir a la audiencia el Juez, el Ministerio Fiscal y el Secretario Judicial.

En concreto, respecto de la asistencia del Ministerio Fiscal, se discute la preceptividad o no de su presencia:

Sobre esta cuestión también el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 30 de enero de 2006[832], se ha postulado respecto a la presente disyuntiva, es decir, sobre si el fiscal debe o no estar presente en la prueba de exploración del menor. El TC estima el amparo instado por el Ministerio Fiscal dada cuenta que se le había impedido su presencia e intervención en la diligencia de exploración de los menores.

En Sepín[833] se efectúo una encuesta en la que se preguntaba, como segunda pregunta de la encuesta, exactamente dicha cuestión: *¿Es preceptiva la asistencia del Ministerio Fiscal?*. Diez de los diecinueve encuestados consideran que sí es preceptiva su asistencia y los otros nueve consideran que no es preceptiva la misma.

[832] La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2006, Ponente: Don Manuel Aragón Reyes (EDJ 2006/7771), estima el recurso de amparo, entre otros, con los siguientes razonamientos: *(...) tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los arts. 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LEC) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor). No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores -como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001-, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias. En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas.*

[833] ENCUESTA JURÍDICA, *¿Es preceptivo dar vista a las partes de las manifestaciones del menor, oído por el Juez y el Secretario Judicial durante los procedimientos contenciosos de Matrimonio y menores? ¿Es preceptiva la asistencia del Ministerio Fiscal?*, Sepin, SP/DOCT/1190, octubre de 2002, en www.sepin.es.

Asimismo, tal y como se ha visto en las opiniones doctrinales expuestas con anterioridad, y pese a que no se recoge literalmente que deba ser preceptiva, la mayoría de los autores acuden al Ministerio Fiscal requiriendo su presencia en la exploración.

b) Toga, vocabulario y lugar donde efectuar la audiencia

La mayoría de la doctrina, con lógica razón, abogan por no usar toga en la audiencia[834], y que ésta no se efectúe en la Sala de vistas sino en el despacho del Juez o en algún otro espacio más agradable para el menor[835]. Sin embargo, en ocasiones en la práctica, es en la propia vista donde se escucha a los menores, tal y como se observa en sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009[836] dice: *Las niñas fueron exploradas en el juicio oral,* y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[837] también recoge como *la hija Claudia, que tiene en la actualidad quince años de edad, manifestó textualmente en el acto de exploración judicial que "necesita" estar con los dos progenitores - documentada en el acta de la vista oral que tuvo lugar ese mismo día (folio 89 de los autos).* De esta opinión es Castillejo Manzanares[838], que considera que el informe del Ministerio Fiscal y la audiencia del menor ha de tener lugar en la vista del juicio verbal.

Por último, señala García Varela[839] como apropiado, evitar cualquier modo solemne: ni pliegos de preguntas, ni togas, vocablos forenses etc…Para facilitar la comunicación, el Juez y el explorado deberán estar en idéntico plano.

c) Qué preguntar al menor

Es mayoritaria, si no generalizada, la opinión de evitar poner al menor en la tesitura de elegir entre uno u otro de sus progenitores. Alude expresamente a esta cuestión Pérez Vega[840] y Ragel Sánchez[841].

[834] Entre ellos PLANES MORENO, Mª Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*.

[835] PLANES MORENO, Mª Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, págs.. 460 – 464, y GARCÍA ABURUZA, "Especialidades de la prueba…", *op.cit.*.

[836] Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009, Sección 3ª, Ponente: Doña María Lourdes Molina Romero (EUDER 32264/2009).

[837] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009).

[838] CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 364.

[839] GARCÍA VARELA, Román en SIERRA, *Comentario del...*, *op.cit.*, págs. 78 y 79.

d) Edad para la audiencia

En el actual artículo 92 CC, no se recoge, tal y como se ha referido, una edad concreta a partir de la cual efectuar la audiencia de los menores, sino que se alude a oír a los menores que tengan suficiente juicio. En este sentido, parte de la doctrina se postula a favor de que no debe fijarse una edad como regla general para la audiencia del menor, sino atender al supuesto concreto; entre otros, se postulan en este sentido Goirena Lekue[842], Tamayo Haya[843] o Pérez Vega[844].

También la jurisprudencia alude a la edad a fin de considerar pertinente efectuar o no la audiencia del menor, entre otras, en Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006[845], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero de 2011[846] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[847]

[840] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, expone como se debe huir de *(...) fórmulas especialmente crueles de manipulación como por ejemplo "y tu a quien quieres más"; hay que conversar en un ambiente distendido, porque de lo que se trata es de conocer la opinión del menor sin interrogarle, descartando las preguntas directas "escoge entre vivir con papá o mamá".*

[841] RAGEL, "La guarda y custodia...", *op.cit.*, págs. 28 – 29, considera que jamás el Juez debería preguntar de forma directa al menor sobre si prefiere al padre o a la madre. Y lo sustenta en dos motivos, el primero, no cargar al menor de toda la responsabilidad de la decisión, dado que ello le perjudica gravemente. Y la segunda es que el menor puede dar su opinión manipulado por el progenitor con el que conviva en dicho momento, que le habrá llevado a la puerta del despacho del juez.

[842] GOIRIENA, "La suficiencia de juicio...", *op.cit.*, explica como el menor debe tener "suficiente juicio" para ser oído, no efectuándose ninguna alusión a la edad de los menores, dependiendo su audiencia "de la suficiencia de juicio del menor".

[843] Respecto de la madurez del menor, TAMAYO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, págs. 692, afirma que no es posible fijar una edad a partir de la cual deba ser oído al menor, dado que dependerá de la *(...)madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional* del menor. Y por ello la autora es partidaria de vincular la audiencia a ninguna edad concreta.

[844] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*.

[845] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006, Ponente: Don Carlos Javier Álvarez Fernández (EUDER 179539/2006), resuelve una solicitud de nulidad de actuaciones, entre otras cuestiones, por no haber practicado la exploración de los menores y respecto a la edad, la Audiencia dice: *(...) la edad de dichos menores impide que tal ausencia tenga la trascendencia que la parte apelante quiere darle: la hija ha cumplido ya la edad de 18 años, es por tanto mayor de edad y no puede hablarse de su audiencia o exploración que, por otro lado, no tendría relevancia alguna dado que no podría imponérsele régimen alguno de custodia compartida; en cuanto al hijo varón, el mismo tiene 3 años, por lo que también está desaconsejada la diligencia puesto que, por su corta edad, nada aportaría y podría perjudicarle.*

[846] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero de 2011, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio María González Floriano (LA LEY 2961/2011), considera que *(...) la decisión del Juzgado de instancia de prescindir de la audiencia de los menores constituye -a juicio de esta Sala- una decisión correcta por tres motivos: de un lado, por la corta edad de los menores (seis y tres años de edad en el momento de la interposición de la Demanda) (...).*

[847] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008), sostiene que no debería haberse realizado la audiencia de unos menores de 6 y 4 años: *(...) la práctica de una audiencia judicial de unos menores de 6 y 4 años*

e) Documentación de la audiencia y traslado a las partes.

Con respecto a la forma de documentar la exploración, existía la discusión sobre si debía o no grabarse la imagen y/o el sonido de las mismas. La mayoría de las opiniones parecen posicionarse en el sentido de no grabar la audiencia.[848]

Tampoco existe un criterio unánime sobre la exigencia de dejar constancia de la exploración en su integridad o no. Es decir, en algunos Juzgados en el acta únicamente se reseña la realización de la audiencia, por el contrario en otros, se recoge lo manifestado por el menor. Esta cuestión obviamente es importante no sólo porque puede que la resolución judicial sea revisada en la Audiencia Provincial, sino también porque el conocimiento de lo dicho por el menor puede suponer un conflicto del hijo con los progenitores[849]. Esta cuestión continúa sin solución legal tras la reforma de la Ley 15/2005.

con vulneración del art 92-6 CCV, 154 CCV, 770-4 LECV y de la O 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, referentes al necesario y suficiente juicio de los menores (...).

[848] En I ENCUENTRO NACIONAL DE JUECES..., *op.cit.*, se concluyó al respecto: *Se destaca la utilidad de la grabación con la excepción de la exploración de menores e incapaces.* También la Circular de la Fiscalía General del Estado de 1/2001, de 5 de abril de 2001, resuelve considerando que no deben grabarse dichas exploraciones sino ser documentadas a través del acta escrita del Secretario Judicial. Tampoco PLANES MORENO, Mª Dolores y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, págs.. 460 – 464, consideran que deba grabarse la imagen y sonido, pero sí debe documentarse en acta efectuada por el secretario judicial, que se dará traslado a las partes de forma verbal o por escrito. GARCÍA ABURUZA, "Especialidades de la prueba...", *op.cit.*, no se posiciona, aludiendo a que no está claro cómo deba dejarse constancia en autos de la audiencia, si trascribiéndola en acta, o mediante su grabación de imagen y sonido, pudiendo ser objeto de controversia. Y finaliza aludiendo a la necesidad de conciliar *(...) las nuevas técnicas de constancia de la vista con los derechos del menor, cuestiones que pueden provocar polémica en la práctica.*

[849] Respecto a si debe darse traslado a las partes de la audiencia o exploración del menor en los procedimientos contenciosos, se efectuó una ENCUESTA JURÍDICA, *¿Es preceptivo dar vista a las partes...*, *op.cit.*, en la que se concluye, respecto de la primera pregunta, por trece de los diecinueve encuestados, que sí es preceptivo el traslado a las partes de las manifestaciones del menor. Otros cinco responden que con carácter general debe darse traslado, pero que hay excepciones, y uno de los diecinueve considera que el traslado o no de las manifestaciones debe estimarlo el Juzgado. Por el contrario, HERRERA, "Análisis de las reformas...", *op.cit.*, opina que no es necesario levantar acta de la audiencia, sobre todo porque no existe obligación legal de ponerlo en conocimiento de las partes, debiendo quedar únicamente en autos constancia de su práctica. Por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009), resuelve la indefensión esgrimida por la parte apelante *(...) que se le habría causado por no llevarse a cabo la documentación del acto de exploración de los menores, en virtud del cual se ha adoptado la decisión de establecer aquel régimen de guarda y custodia.* Y la Audiencia dice: *El motivo ha de decaer por la simple y llana circunstancia de que al folio 131 y con fecha 24 de septiembre de 2008, existe una mal llamada diligencia de constancia, porque, en realidad, cumple la funciones de acta aun cuando incurra en la irregularidad de no recoger la firma de la Juez y de la representante del Ministerio Fiscal, en la que se dice bajo la fe de la Secretaria Judicial que se ha verificado la exploración de los menores y que éstos han manifestado «de manera contundente su deseo expreso de estar con ambos progenitores, alternando la convivencia con uno y otro por iguales periodos de tiempo, pareciéndole bien que la alternancia fuera por curso escolares (sic), quedando ellos siempre*

5.3.- Cautelas procedentes

La previsión sobre las "cautelas procedentes" se encuentra en el artículo 92.5 CC cuando dice: *El Juez, al acordar la guarda y custodia conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

En dicho artículo no se concreta ninguna de las cautelas que el Juez puede adoptar a fin de cumplir de forma eficaz el régimen de guarda establecido[850].

Esto da un margen amplio de maniobra al Juez, lo que debería suponer un acicate para la fijación de mayor número de custodias compartidas, incluso para los reticentes a esta medida. El Juez podrá afianzar la medida estipulada con un seguimiento, unos informes periódicos o la garantía que considere oportuna.

Al hilo de lo expuesto, la doctrina[851] sí alude a distintas cautelas posibles, entre

en el domicilio familiar.»

[850] MONTERO, *Separación y divorcio...*, *op.cit.*, pág. 146, expone como en el artículo 92.5 del Código Civil, existe una laguna en cuanto a cuáles pueden ser dichas cautelas, laguna que tampoco, según el autor, resuelve la doctrina. También CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*, señala que no se especifican en el artículo 92 CC las concretas garantías que el Juez puede establecer, quedando las mismas sometidas a lo que considere el Juez en el supuesto concreto entre las que señala: *medidas de uso y disfrute del domicilio familiar, concreción de la pensión alimenticia, fijación de una cuenta común en la que ambos progenitores ingresen las cantidades oportunas para satisfacer las necesidades del menor (...).*

[851] RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 124, cita alguna de las posibles cautelas, entre las que destaca la ubicación de los domicilios a fin de gozar de la necesaria estabilidad y el buen desenvolvimiento de sus hábitos y relaciones personales. Esto supone que el acuerdo deberá contener todas las puntualizaciones necesarias para asegurar que es un proyecto viable y no perturbador para los hijos. Añade que otra cautela podría ser, únicamente en caso de duda, que el Equipo Técnico adscrito al Juzgado realice un informe de seguimiento o tras un determinado plazo. También RIVERA, "La custodia compartida impuesta…", *op.cit.*, pág. 186, alude a adoptar en caso de ser necesarias, medidas cautelares de vigilancia y control de la custodia compartida por parte de los servicios sociales o del equipo psicosocial. Añade que éstos podrán informar al Ministerio Fiscal de la necesidad de modificación de la guarda y custodia fijada sobre la base del seguimiento, para que lo solicite al Juez. ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, tras aludir a la inexistencia de concreción sobre el tipo de cautelas, considera que lo más lógico será la realización por el equipo psicosocial de un informe *para comprobar la bonanza del sistema de guarda acordado.* Sin embargo, alerta de que el cuantioso número de procedimientos en los que se efectúa el informe de especialistas, conlleva el difícil cumplimiento de esta cautela. También GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 23 – 24, tras aludir a la falta de explicitación de las cautelas, señala el amplio margen del Juez para fijar las cautelas que considere procedentes y entre ellas la: *(...) realización de un seguimiento por parte del equipo técnico adscrito al Juzgado, establecer una obligación de comunicación de las decisiones que afecten al menor en cada periodo de convivencia, de buscar el acuerdo para las decisiones decisivas so pena de alterar el régimen de guarda, de abstenerse de dificultar la relación de los hijos con el otro progenitor.* Más adelante propone, en imitación al legislador francés (art. 373.2.9 Code), la posible conveniencia de la fijación provisional por un periodo determinado de tiempo de la custodia compartida, y sobre la base de su funcionamiento, acordar de forma definitiva continuar con la compartida, o acordar en caso de mal funcionamiento la exclusiva a favor del progenitor *que haya demostrado una mayor capacidad para el diálogo...*

ellas se plantean cautelas relacionadas con la ubicación de domicilios, vigilancia y control o informes de seguimiento por el equipo psicosocial de la custodia compartida etc…

Por otra parte, existe cierta discrepancia entre autores que consideran que el término "adoptará" utilizado en el artículo 92.5 CC implica imperatividad en la adopción de las cautelas[852] y entre los que consideran lo contrario[853].

Las garantías que pueden adoptarse son las *procedentes,* en consecuencia es probable que en la práctica de forma habitual no se adopte ninguna garantía. Ya con la normativa previa a Ley 15/2005, existían las cautelas en el artículo 91 del Código Civil, siendo muy poco utilizadas las mismas en la práctica.

Considero que las cautelas deberían haberse regulado no sólo en el apartado del supuesto consensual, sino que también deberían haberse regulado para el contencioso. De hecho en éste es en el que más sentido podrían tener. Sin embargo, únicamente se recogen en el punto 5 del artículo 92 del Código Civil, por tanto, parece que únicamente podría aplicarse a los supuestos de mutuo acuerdo, conclusión que considero errónea. No obstante no hay problema dada cuenta que sobre la base del artículo 90 CC (*El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio)*, y del artículo 91 CC (*las cautelas o garantías respectivas*), podían, antes de la Ley 15/2005, acordarse las cautelas que el Juzgador considerare necesarias tanto en el procedimiento contencioso como en el consensual.

A mi modo de ver podría incardinarse dentro de las aludidas cautelas, la previsión que efectúa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008[854], que resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de Primera Instancia que fijaba la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando la custodia exclusiva para

[852] PÉREZ - VILLAR y otros, "Estudio de Derecho comparado…", *op.cit.*, pág. 22, señalan como *(...) el legislador establece con carácter imperativo, la obligación del Juez de adoptar* las cautelas procedentes. Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 23 – 24, expone como este apartado de las cautelas se manifiesta la desconfianza del legislador ante el régimen de custodia compartida, dado que en el caso de esta fórmula el Juez tiene obligación de adoptar las cautelas, y en el caso de la guarda y custodia exclusiva, la fijación de dichas cautelas es facultativo (artículo 90 y 91 CC).

[853] ZARRALUQUI & LLEDÓ, *El nuevo derecho...*, *op.cit.*, pág. 67, pone de relieve como el artículo refiere como el Juez *(...) adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido,* utilizando el término "adoptará", es decir supondría que de forma imperativa el Juez siempre debe acordar medidas cautelares. En este sentido muestra su disconformidad en cuanto a que nos encontramos en un procedimiento consensual y es excesivo que deban adoptarse necesariamente medidas cautelares.

[854] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008).

cada progenitor, y la Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia en uno de los puntos del fallo dice: *Los padres deberán participar en los programas de mediación familiar para ejercer la custodia compartida adecuadamente en beneficio del menor.*

5.4.- No separación de hermanos

El principio de no separación de hermanos se recoge en el artículo 92.5 CC cuando dice: *El Juez, al acordar la guarda y custodia conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

Este principio ya se encontraba en la anterior redacción del artículo 92 CC, en la parte final del párrafo cuarto: *(...) procurando no separar a los hermanos.*

En el Proyecto de la Ley 15/2005, de forma genérica en su párrafo octavo, se decía: *En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.* Fue en el Congreso cuando se recogió en el párrafo quinto que regulaba el supuesto consensual, manteniéndose en dicho párrafo durante el resto de la tramitación parlamentaria.

No obstante, pese a encontrarse recogido en el apartado 5º del artículo 92 CC, párrafo que se dedica al supuesto de custodia compartida en el procedimiento de mutuo acuerdo, considero que este principio es aplicable tanto en el procedimiento consensual como en el contencioso[855] y tanto a la custodia exclusiva como a la compartida[856].

[855] En este sentido SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos…", *op.cit.*, expone como a su juicio sigue siendo, pese a recogerse en el párrafo 5º, *(...) un criterio de aplicación general, una específica manifestación de la defensa del interés de los menores (...),* añadiendo que de hecho en los supuestos de custodia exclusiva puede ser más frecuente, como solución salomónica, el reparto de los menores entre los progenitores.

[856] Al hilo de esta última reflexión, TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 698, considera curioso el traslado de este principio del *(...) régimen general de determinación del modelo de custodia, al específico de la custodia compartida en un evidente déficit de técnica legislativa.* Sin embargo, para la autora se trata de un criterio a aplicar de forma general y no como algo exclusivo de la custodia exclusiva. También CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 326, pese a incluirse en el artículo 92.5 CC, debe ser un principio aplicable a cualquier fórmula de guarda y custodia, no limitándose a la compartida. PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 239, considera que en principio no podrá fijarse una custodia compartida de uno de los hijos, en caso de que sus hermanos, mayores o menores, convivan con uno solo de los progenitores. Matiza sin embargo, que no es un principio absoluto, pudiendo no cumplirse si se justifica adecuadamente. Por último, recoger la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 4 de diciembre de 2007, Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta de la Torre (EUDER 314850/2007) que dice: *Ello no es óbice para que la conveniencia de no separar a las hermanas, sea valorada por la Sala, puesto que tal principio, con independencia de que exista custodia compartida o no, es el que se aplica con carácter general, procurando que los hermanos sigan viviendo juntos, a fin de evitar un trauma añadido, al que de por sí supone la separación de sus progenitores.*

Respecto al sentido del principio de no separación de hermanos, Berrocal Lanzarot[857], considera que se encuentra en *(...) no agravar más aún la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares (...)*, que obviamente genera una separación de los progenitores, debiendo evitarse con carácter general en aras de proteger el interés del menor. En sentido similar, Castillejo Manzanares[858] considera que este principio es beneficioso para el menor, dado que supone no alterar el entorno de los niños *(...) procurando así su estabilidad y continuidad.* Concluyendo que pretende la atribución de la custodia manteniendo la idea de la unidad familiar, no obstante no se trata de un principio imperativo sino adaptado al caso concreto.

También se alude en múltiples Sentencias a este principio de no separación de hermanos como principio relevante: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007[859], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008[860], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004[861], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2008[862] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[863].

Sin embargo sí hay Sentencias en las que se acuerda "separar" a los hermanos, tal y como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2008[864].

[857] BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188152.

[858] CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, pág. 326.

[859] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007, Ponente: Don Fernando de la Fuente Honrubia (EUDER 114431/2007) dice: *(...) siendo desde luego absolutamente necesario que las hermanas permanezcan juntas con un mismo régimen de visitas del progenitor no custodio.*

[860] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 34471/2008) dice: *Consta asimismo que éstos van a tener un hermano en breve, por lo que la continuidad de la guarda y custodia por parte de la madre favorecerá la relación entre hermanos (...).*

[861] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EDJ 2004/73912) dice: *(...) procede desestimar la pretensión, en primer lugar porque ello implicaría separar a los hermanos.*

[862] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2008, Sección 24ª, Ponente: Don Ángel Sánchez Franco (EUDER 30119/2008) dice: *No procede la misma, a tenor del informe pericial psicosocial practicado a tal efecto, unido al hecho de no separar a los hermanos (...).*

[863] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009) dice: *Todo ello, unido al indiscutible hecho de que no conviene separar a las hermanas -artículo 92 del Código Civil (...).*

[864] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Eduardo Salinas Verdeguer (EUDER 133143/2008) se analiza un supuesto en el que en primera instancia se fijaba la siguiente medida: *1º. Atribuir a la madre Doña Encarna la guarda y custodia de los hijos Luz y Juan Antonio , y al padre D. Cornelio la guarda y custodia de las hijas menores Cecilia y Nuria con patria potestad compartida entre ambos progenitores sobre los cuatro hijos.* En la apelación se mantiene la custodia de dos de los hijos para el padre y dos para la madre.

5.5.- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella

Esta previsión se recoge en el artículo 92.6 CC cuando dice: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (...) valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.*

A mi modo de ver esta previsión es innecesaria atendiendo a la genérica exigencia del Juzgador de atender a las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y a la prueba practicada en ella, para resolver sobre el asunto correspondiente. Es más, quizá puede considerarse incluso perjudicial para la claridad de la actuación judicial; si atendemos estrictamente a lo que dispone el artículo 92.6 CC: *(...) alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella (...)*, pueden surgir varias preguntas: ¿Sólo hay que valorar las alegaciones de las partes en la comparecencia y por tanto a *sensu contrario* no hay que valorar las alegaciones de la demanda o contestación? Y respecto a la prueba: ¿También sólo deberá valorar el juez la practicada en la comparencia y no el resto de la prueba obrante en los autos?. Por mi parte creo que debe responderse tajantemente en sentido negativo a ambos interrogantes.

Nuevamente se plantea en este supuesto, dado que se recoge en el artículo 92.6 CC, que debe aplicarse la referencia a las alegaciones y a la prueba que nos ocupa, tanto al procedimiento consensual como al contencioso, y en este sentido: ¿cuál será la comparecencia en la que valorar las alegaciones de las partes y la prueba en el caso del procedimiento amistoso? Únicamente, tal y como ya se ha expuesto en anteriores epígrafes, podrá ser en la ratificación, momento en el que no se suele plantear nada en la practica a los progenitores[865].

[865] Reseñar como para PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, la previsión del artículo 92.6 CC de "Valorar la prueba practicada en la comparencia", implica que el Juez *(...) deberá entrar a valorar las condiciones tanto de carácter objetivo y como subjetivo, que presentan ambos padres, en orden a alcanzar el convencimiento de que la medida de custodia compartida es la más idónea para el menor.* Y continúa aludiendo a que estas condiciones se refieren a que los padres *(...) deberán contar con una vivienda adecuada para acoger al menor, adaptada a sus necesidades y exigencias; disponer de tiempo para dedicarse al cuidado del menor. También deberán ser tenidas en cuenta circunstancias tales como, ejemplo: el padecimiento de enfermedades psíquicas por alguno de los padres; la dependencia al alcohol; el consumo de drogas o sustancias estupefacientes; la dedicación a la prostitución, todo ello resulta objetivamente desfavorable para los menores.* Por su parte, PINTO ANDRADE, *La custodia compartida..., op. cit.*, pág. 70 dice al respecto: *En los supuestos de mutuo acuerdo, en realidad no existe ni comparecencia ni alegaciones. Forzando la literalidad de la norma, podría identificarse esta <comparecencia> con el acto de ratificación en el convenio. (...) Para el caso del procedimiento contencioso (art. 770.5 LEC), esta comparecencia se refiere tanto a la de las medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda, como a la vista del procedimiento principal (proceso verbal especial de familia o exclusivamente sobre menores).*

5.6.- Relación de los padres entre sí y con sus hijos.

El Juez deberá valorar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92.6 CC, *(...) la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

La relación de los padres entre sí ha sido una de las cuestiones que más en cuenta se ha tenido en los posicionamientos, prácticos y teóricos, sobre la procedencia o no de la custodia compartida.

Por otra parte, en cuanto a la relación de los padres con los hijos su importancia fundamentalmente se refiere a la situación familiar previa a la ruptura. En el caso de que durante la vida matrimonial ambos progenitores compartieran el cuidado de los menores, obviamente es un dato muy importante que puede ayudar ostensiblemente a la adopción de dicha medida. No obstante, la repercusión de la situación anterior a la ruptura se analiza en un epígrafe posterior, por lo que me remito al mismo para su análisis.

A mi modo de ver, es posible diferenciar dos posturas respecto de la "relación de los padres" como elemento a tener en cuenta a fin de acordar o no, junto al resto de elementos del supuesto de que se trate, la custodia compartida: La que considera imprescindible la buena relación de los progenitores, y la que considera una cuestión importante, o una circunstancia más a tener en cuenta, pero no imprescindible.

a) Postura que considera imprescindible la buena relación de los progenitores para la fijación de la guarda y custodia compartida.

Gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia se muestran partidarios de que la "buena relación entre los progenitores" sea "ingrediente" básico para la fijación de una custodia compartida, consecuentemente, si existe mala relación esta postura defiende acordar una custodia exclusiva. Entre los autores que parece que así se postulan, se

encuentran Pérez Martín[866], Zarraluqui y Lledó[867], Pérez Vega[868], Rodríguez Chacón[869] o Santana Páez[870].

Existe un cuantioso número de Sentencias anteriores y posteriores a la reforma de la Ley 15/2005, que también apelan, como un muy relevante requisito, a la buena relación de los progenitores para fijar la custodia compartida:

[866] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 267 y 268, defiende que este es un *requisito es básico e imprescindible*, y en caso de que no existe relación entre los progenitores, y no exista el más mínimo diálogo, según el autor, nunca podrá acordarse la custodia compartida, *(...) pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores.* Más adelante, continúa explicando como obviamente no se exige cumplir con ningún deber conyugal, pero sí es necesario tener un contacto cotidiano para *(...) intercambiar información sobre el hijo, comentar puntos de vista para unificar pautas de conducta hacia el menor y adoptar conjuntamente las medidas que sean necesarias.*

[867] Para ZARRALUQUI & LLEDÓ, *El nuevo derecho..., op.cit.*, pág. 76 – 77, refiriéndose a los requisitos que la "práctica francesa" ha venido acuñando, tiene que existir un *(...) denominador común entre las educaciones y conceptos básicos formativos entre ambos padres*, de tal forma que cuando cambien de estancia con cada progenitor no sea traumático, sino que sean semejantes la educación y las costumbre de ambos hogares. Y añade que la divergencia entre los progenitores no *rebase los límites personales y se extienda a los hijos*. En el caso de que ambos prioricen el bienestar de sus hijos a sus rencillas, será posible que la residencia alterna se materialice con suavidad. En caso de estar los cónyuges en una *lucha implacable*, que no renuncien a la misma por el bien de sus hijos, *todo cuanto se haga será un fracaso.*

[868] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, opina que la custodia compartida podrá tener éxito, además de por las condiciones materiales óptimas, por las condiciones de tipo subjetivo, entre las que incluye la *(...) actitud positiva y un necesario grado de colaboración y de cooperación (...)* que tengan los padres entre sí. Considera que deben demostrar que existe consenso en cuestiones de educación y formación de los hijos, que mantienen una relación fluida, dado que en caso contrario debe excluirse la posibilidad de fijar la custodia compartida, dado que *(...) existen muchas posibilidades de que resulte inoperante en la práctica, cuando las relaciones que mantengan los padres sean tan tensas o, las que existan, sólo sean originadoras de más conflictos, o cuando se vivan, reiteradamente, situaciones de intransigencia y de enfrentamiento continuo.*

[869] Afirma RODRÍGUEZ, *Matrimonio, separación...*, *op.cit.*, pág. 122: *(...) por ejemplo, si la relación entre las partes es de incomunicación o grave enfrentamiento y nula cooperación también en lo que toca a la educación y cuidado de los hijos, difícilmente podrá funcionar de modo adecuado un régimen de custodia compartida.*

[870] SANTANA PÁEZ, Emelina, "La custodia compartida", *El Derecho*, BDF núm. 40, noviembre de 2004, EDO 2004/152142, analizando el proyecto de ley, afirma como en los supuestos en los que los padres no pueden ponerse de acuerdo en cómo regular las relaciones con sus hijos, *hablar de custodia compartida es una mera utopía.* Y más adelante, y continuando su análisis respecto a acordar una custodia compartida en un procedimiento contencioso, la autora opina: *Imponer, desde el Juzgado, una medida de guarda y custodia compartida, supondría tanto como distribuir al menor con un libro de instrucciones, sobre horas de recogida y entrega, funciones que debe asumir cada progenitor, la distribución del tiempo en que esa función se deba desarrollar por cada uno de los progenitores..., sin que sea posible que se repartan miles de actos cotidianos en los que el Juez de Familia no puede suplir la necesidad de diálogo entre los padres, suponiendo lo contrario, un importante escollo que difícilmente se compaginaría con el bienestar de los menores que, quiérase o no, se verían obligados a adaptarse a diferentes estilos de vida, cambiantes cada vez que uno de los progenitores asumiera la responsabilidad que le correspondía.* Y concluye que parece imprescindible que la guarda y custodia compartida deba fijarse en supuestos de mutuo acuerdo, y excepcionalmente en contenciosos, en concreto en supuestos en los que las partes están de acuerdo en las medidas relativas a los hijos y disconformes con las patrimoniales, o bien en supuestos en los que se estaba aplicando ya una sistema que funcionaba adecuadamente.

Entre las Sentencias anteriores a la Ley 15/2005 se encuentran las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de diciembre de 1999[871] y de 20 de junio de 2002[872] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de mayo de 1999[873].

Entre las Sentencias posteriores a la reforma que esgrimen dicho argumento, se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de mayo de 2009[874], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de febrero de 2009[875], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009[876], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010[877], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2009[878] y la de 28 de enero de 2010[879], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de

[871] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de diciembre de 1999, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (LA LEY 183461/1999) concluye que la mala relación de los progenitores descarta cualquier posibilidad de compartir esa responsabilidad de custodia tan sensible a las consecuencias negativas de la relación personal de los progenitores.

[872] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de junio de 2002, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Elizburu Aguirre (EDJ 2002/101479) considera imprescindible una postura razonable y dialogante de ambos progenitores ante la crisis matrimonial para fijar una custodia compartida.

[873] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de mayo de 1999, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Matías Ortiz de Zárate (LA LEY 79261/1999) ante la petición del recurrente de fijar una custodia compartida, concluye que ésta *(...) exigiría una relación fluida de pareja que, al no existir, constituiría una fuente permanente de conflictos (...).*

[874] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de mayo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña María Mercedes Guerrero Romero (EUDER 125614/2009) explica como la custodia compartida se podrá acordar *(...) siempre y cuando tras la ruptura las relaciones entre ambos sean fluidas y absolutamente cordiales en todo lo que afecte al cuidado y demás aspectos de sus hijos (...).*

[875] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de febrero de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José María Álvarez Seijo (EUDER 27932/2009) explica como la custodia compartida *(...) requiere de una constante comunicación entre los progenitores, exige un espíritu de entendimiento y colaboración, esto es una relación sin acritud, y sin perder de vista que los criterios formativos y educacionales sobre el menor vayan parejos (...).*

[876] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (LA LEY 318142/2009) dice respecto de la petición de custodia compartida, que *(...) la falta de comunicación de los progenitores que pone en evidencia el informe pericial judicial, dificultaría gravemente su puesta en práctica pudiendo ser origen de conflictos innecesarios.*

[877] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (SP/SENT/521638) alude a cómo en los casos en los que no exista una buena relación de los progenitores, el sistema de guarda y custodia compartida ha sido visto desfavorablemente *(...) ya que precisa de una especial colaboración de los progenitores, y no en orden a resolver sus conflictos interpersonales, sino en su relación para con los hijos.*

[878] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 269977/2009), alude a que las tensas relaciones de los padres y la falta de comunicación *(...) dificulta ya, prima facie, la posibilidad de fijar una guarda y custodia compartida, ya que ésta precisa de un acorde voluntad de las partes para que funcione su ejercicio (...).*

[879] En iguales términos a la Sentencia anterior, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010).

junio de 2009[880], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre de 2009[881], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009[882], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de septiembre de 2008[883], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007[884], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de diciembre de 2009[885], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de Octubre de 2010[886], la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en Sentencia de 5 de diciembre de 2007[887], la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23 de febrero de 2009[888], la Sentencia de la

[880] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009), niega la custodia compartida y entre otros, esgrime como argumento que *(...) los padres no tienen buena relación entre ellos, y tienen estilos educativos antagónicos, percibiendo D. Apolonio el sistema educativo de Doña Evangelina como restrictivo y hostil, y está el de D. Apolonio como excesivamente permisivo y proteccionista.*

[881] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre de 2009, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 241195/2009) alude a que o existe mutuo acuerdo o inexistencia de situación de conflicto: *La guarda compartida no siempre es de fácil y posible aplicación pues exige como premisa básica una voluntad acorde de los padres y en su defecto, la inexistencia de una situación de conflicto que perturbe el normal desarrollo del sistema de guarda.*

[882] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009), revoca la Sentencia de Primera Instancia que recogía una guarda y custodia compartida por periodos de un año argumentando como *(...) entre ambos existe una confrontación importante, con escasa o nula comunicación, que puede ir en detrimento de un régimen compartido, que exige además continuas modificaciones en el habitat de los menores.*

[883] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de septiembre de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 258256/2008) fundamenta que: *(...) la guarda y custodia compartida exige que se constate la compatibilidad y complementariedad educativa de los padres pues solo así podrá compensarse la disfunción o alteración del marco vital de los menores que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica; caso contrario la medida controvertida puede ser una fuente adicional de discordia que desvirtúe por completo el objetivo con que se instauró.*

[884] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007, Ponente: Don Fernando de la Fuente Honrubia (EUDER 114431/2007) concluye que la custodia compartida *(...) requiere que haya entre éstos un ambiente de flexibilidad y una comunicación fluida (...).*

[885] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de diciembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Lacaba Sánchez (EUDER 298014/2009), sostiene que *(...) cuando no hay buena relación entre los padres no es aconsejable un régimen de guarda y custodia compartida pues ello provocaría continuos enfrentamientos a la hora de determinar las decisiones mas idóneas respecto de los menores (...).*

[886] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Del Carmen Martínez Sánchez (SP/SENT/531542), concluye que una custodia compartida *(...) exigiría una serie de condiciones que no se dan en este caso, y así la misma requeriría una comunalidad de entorno, estilos educativos y de crianza no discrepantes de los progenitores y actitud mínimamente respetuosa y favorable a la comunicación y cooperación interparental (...).*

[887] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 314829/2007), resuelve un caso en el que en primera instancia la custodia se atribuye a la madre, el padre recurre en apelación solicitando la custodia compartida, y la Audiencia Provincial la desestima y dice: *(...) no existiendo entre ambos progenitores en este momento la necesaria comunicación para el correcto y adecuado desarrollo que la custodia compartida exige (...).*

[888] La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23 de febrero de 2009, Ponente: Don José Luis Díaz Roldán (EUDER 26959/2009), considera que la custodia compartida puede ser razonable *(...) en algunos supuestos muy específicos, en que ambos progenitores mantienen idénticas cualidades sobre la educación y formación de sus hijos, compartiendo ambos ocupaciones y atención a los mismos, pero*

Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008[889], la misma Audiencia en Sentencia de 5 de enero de 2010[890] y de 31 de Mayo de 2010[891], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008[892], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008[893], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006[894], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 15 de abril de 2008[895], la Sentencia de la misma Audiencia de 13 de noviembre de 2008[896], la Sentencia de la misma Audiencia de 20 de febrero de 2009[897], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio

siempre y cuando tras la ruptura las relaciones entre ambos sean fluidas y absolutamente cordiales en todo lo que atañe al cuidado y educación de sus hijos.

[889] En primera instancia se fija una custodia exclusiva materna, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Angel Chamorro Valdés (EUDER 183867/2008), confirma la misma, desestimado la pretensión del padre de fijación de custodia compartida de las dos hijas menores en base, entre otras cuestiones, a que *(...) la guarda y custodia compartida requiere ineludiblemente una situación de entendimiento y flexibilidad entre los progenitores que está ausente en el caso enjuiciado.*

[890] En igual sentido que la anterior Sentencia se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de enero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 11068/2010).

[891] De igual modo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Mayo de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/515106).

[892] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008): En primera instancia se acordaba una custodia materna, y en segunda instancia se desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre, en el que solicitaba la fijación de una custodia compartida dado que los obstáculos para acordar la misma *(...) empiezan por la falta de un adecuado entendimiento entre los padres, no siendo las relaciones entre ambos lo buenas que habrían sido deseables y para comprender ello no basta más que una mera lectura de los escritos rectores del procedimiento e incluso de los términos en que se expresan los escritos de apelación y oposición a la misma.*

[893] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008, Ponente: Don Eduardo María Valpuesta Gastaminza (EUDER 115605/2008) concluye que la custodia compartida *(...) sólo procede si existe un alto grado de consenso y buen entendimiento entre los progenitores, y además una forma parecida de ejercer la patria potestad y aplicar unas normas de orden y convivencia para con los menores.*

[894] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006, Ponente: Don Carlos Javier Álvarez Fernández (EUDER 179539/2006): En primera instancia se acuerda la custodia materna y en segunda instancia se confirma la medida considerando que *(...) las relaciones entre los cónyuges carecen de toda fluidez y normalidad, hallándose latente todavía entre ambos una grave tensión que contribuye a desaconsejar de todo punto (...)* la custodia compartida.

[895] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 15 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Alañón Olmedo (EUDER 85703/2008), sostiene que la custodia compartida requiere *(...) de comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial. Es absolutamente inviable el establecimiento de una custodia compartida en aquellos supuestos en los que la crispación y el enfrentamiento son la norma en la relación entre los progenitores. La custodia compartida exige y precisa de una armónica relación al margen de la ruptura de la convivencia pues la alternancia de hábitos de vida en los menores, de la cotidianeidad de su desarrollo vital sólo encuentran justificación desde el máximo interés de los progenitores, conjuntamente, para llevar a cabo la difícil puesta en marcha de esa alternancia, en su proyección sobre el desarrollo del niño.*

[896] Se postula en igual sentido que la anterior la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 13 de noviembre de 2008, Ponente: Fernando Alañón Olmedo (EUDER 280117/2008).

[897] Alude también a la mala relación entre los progenitores para no fijar la custodia compartida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña Josefa Otero Selvane (EUDER 27685/2009).

de 2009[898] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de octubre de 2009[899].

b) Postura que considera importante, o una circunstancia más a tener en cuenta, pero no imprescindible, la buena relación de los progenitores para la fijación de la guarda y custodia compartida.

Existe esta otra postura doctrinal, que parece va cobrando fuerza progresivamente, que no otorga al "requisito" que nos ocupa carácter indispensable o cuando menos tan trascendente, tal y como ocurre en la anterior postura expuesta. Parecen postularse en este sentido Marín García De Leonardo[900], Tamayo Haya[901], Hernando Ramos[902], Pérez-Salazar Resano[903], Aguilar Cuenca[904] o Ivars Ruiz[905].

[898] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009) explica como *(...) en situaciones de conflictividad entre los progenitores está totalmente desaconsejada la adopción de dicha guarda y custodia compartida, como ocurre en el presente caso. Para que pueda adoptarse esta guarda compartida se viene exigiendo una capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad, capacidad para mantener un modelo educativo común, y la posibilidad de mantener al menor siempre en el mismo entorno a favor de su estabilidad.*

[899] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de octubre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro (EUDER 216321/2009) fundamenta que la custodia compartida *(...) puede ser razonable en algunos supuestos muy específicos, en que ambos progenitores mantienen idénticas cualidades sobre la educación y formación de sus hijos, compartiendo ambos ocupaciones y atención a los mismos, pero siempre y cuando tras la ruptura las relaciones entre ambos sean fluidas y absolutamente cordiales en todo lo que atañe al cuidado y educación de sus hijos, y a su vez éstos tengan un grado de madurez suficiente para adaptarse a esta situación.*

[900] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 78, quien considera que si se otorga una gran relevancia a la conflictividad de los padres que pueda suponer impedimento para acordar una custodia compartida, se *(...) condenará a dicha figura a un papel residual, dejando en manos de los cónyuges instrumentalizar los conflictos para forzar, en su caso, una guarda unilateral.* Completa el argumento la autora más adelante, aludiendo a que resulta más viable la guarda y custodia compartida en caso de buenas relaciones entre los progenitores. Sin embargo, no son imprescindibles las mismas, sino que lo importante es que los progenitores mantengan un proyecto educativo común respecto de los menores. Es decir, proyecto educativo común, en lo referente al cuidado y educación. Puede existir desarmonía siempre que no perjudique al desarrollo personal del menor.

[901] Por su parte TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 700, se pregunta: *¿será la conflictividad una causa motivadora de un rechazo automático de la custodia compartida o se tratará más bien de una circunstancia susceptible de valoración en el momento de elegir el modelo más acorde?.* Y más adelante, analiza el tema exponiendo como es posible que no sea aconsejable la custodia compartida en caso de relación no pacífica y sin visos de colaboración entre los progenitores. Sin embargo, dicha conflictividad, continúa, *(...) no tiene porqué suponer, por sí misma, un rechazo total (...)*, dado que pese a que pueda no ser el sistema ideal, tampoco va a conseguirse la relación pacífica de los progenitores atribuyendo de forma exclusiva la guarda a uno de los progenitores. Este sistema de custodia exclusiva no sólo no garantiza mejorar la relación entre los progenitores, lo que supondría una estabilidad mayor para el menor, sino que en múltiples ocasiones lo que supone es una dificultad mayor de la relación dada la desigualdad tanto afectiva como económica que genera. Concluyendo, que debería valorarse la conflictividad entre los progenitores junto a las otras circunstancias concurrentes para acordar el sistema de guarda más idóneo.

[902] También HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal…", *op.cit.*, pág. 7, explica como la conflictividad puede ser utilizada por cada progenitor para tratar de que se rechace la posibilidad de fijar la custodia compartida. Sin embargo, explica la autora, esta conflictividad no va a desaparecer por

La jurisprudencia también se muestra en algunas sentencias más flexible ante la relación de los progenitores a la hora de acordar la custodia compartida:

Parece que la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009[906] adopta una posición flexible respecto de la "relación de los progenitores" a fin de acordar una custodia compartida cuando refiere: *A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen*

establecer una custodia exclusiva, sino que: *La experiencia demuestra que en muchos casos este sistema de custodia exclusiva contribuye a empeorar la relación entre los padres y de éstos con los hijos debido al grado de desigualdad fáctica y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se va a establecer a partir de entonces entre ambos.*

[903] PÉREZ-SALAZAR, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, aludiendo a Sentencias que deniegan la custodia compartida sustentando la denegación en el conflicto entre los progenitores, expone como éstas exigen una situación *(...) demasiado pacífica y consensuada (...)*, que de hecho no concurre ni en muchos supuestos de mutuo acuerdo. Y concluye, que tal vez deba aceptarse que la custodia compartida es una medida adecuada en diversas situaciones, que deberán ser analizadas caso por caso, pero que es factible acordarla aunque exista cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, si ambos progenitores *(...) son capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. No creo que sea preciso un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.*

[904] También AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá,* Almuzara, 2006, págs. 98, 99, pone en duda dicha premisa cuando dice: *Esto nos lleva a reflexionar si la buena relación entre los padres es una condición óptima o un requisito imprescindible.* Argumenta como lo más común son los modelos desconectados o estilos paralelos de ejercitar la parternidad y maternidad. En este sentido, afirma que muchos progenitores nunca van a conseguir entenderse. Y concluye como, pese a que el modelo desconectado no es el ideal, es posible una buena adaptación de los hijos siempre que los padres no interfieran con el otro progenitor, el conflicto fuera leve y al hijo no le asignarán el rol de intermediario. Y el autor añade: *Si un progenitor tiene las mismas posibilidades de actuar y hacer que el otro, es decir, si realmente tiene los mismos derechos y deberes que su ex pareja con referencia a sus hijos, tiende a no actuar del modo que no le gustaría recibir. Es indudable que sería muy conveniente que existiera una buena relación entre los progenitores, en la que el respeto mutuo y la colaboración fueran pilares básicos. Pero es indudable que también sería conveniente encontrar estos valores en la convivencia vecinal, en la conducción por nuestras carreteras o en la vida política de nuestro país y, no se exigen a la hora de llevar a cabo estas tareas, aun cuando todos los días vemos que la frecuente ausencia de estos principios puede traer muy serios problemas a nivel individual o como sociedad. Considerar la custodia compartida únicamente en aquellos casos en los que ambos progenitores están de acuerdo tiene otra lectura. Si este principio se convierte en básico para la decisión, lo que se esta constituyendo es el derecho a veto de una de las partes.*

[905] También IVARS, *La guarda y custodia compartida…*, *op.cit.*, refiriéndose a la petición de la guarda y custodia compartida por uno sólo de los progenitores, reseña la importancia que se le ha dado a la relación de los cónyuges para acordar la misma, y planteando la posibilidad de que en las futuras resoluciones continúe siendo tan trascendente, se muestra contrario, dado que considera que si existe actitud conflictiva entre los progenitores, la fijación de una custodia exclusiva y un régimen de visita, no va a garantizar mejor la estabilidad física y emocional del menor. De hecho concluye aludiendo a que ha demostrado la experiencia, que la custodia exclusiva en muchas ocasiones ha contribuido a empeorar la relación entre los progenitores y con sus hijos, dada cuenta la desigualdad fáctica y económica entre ambos progenitores.

[906] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 25 de junio de 2009[907] analiza un supuesto en el que existe *(...) una conflictividad extrema que se desprende tanto de las denuncias (desestimadas) de malos tratos imputados a la madre por parte del otro progenitor, como a la necesidad de imponer coactivamente el régimen de guarda y visitas por actuaciones unilaterales contrarias del padre, así como la necesidad de que durante unas semanas tuvieran que quedar al cuidado de una tía.* Sin embargo, matiza a continuación que *no deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad, procurando su implantación cuando resulte más beneficiosa para los menores (...).* El mismo Tribunal Superior de Justicia en Sentencia de 8 de marzo de 2010[908] reitera lo referido con anterioridad: *La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio -, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF).* Por último la Sentencia del mismo Tribunal de 3 de marzo de 2010[909] completa las anteriores sentencias explicando como *(...) una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la corresponsabilidad parental, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la autoridad judicial en caso de desacuerdo o de conflicto de intereses* (arts. 138.1, 139.2 y 151 CF). *Ahora bien, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida -o, en su caso, el mantenimiento de la misma- de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial.*

[907] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 25 de junio de 2009, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2010/2369).
[908] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 8 de marzo de 2010, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2010/4018).
[909] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 3 de marzo de 2010, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2010/4016).

También existe en la jurisprudencia menor sentencias que parecen argüir la relación de los progenitores como una circunstancia importante, pero no imprescindible: La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[910], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[911], la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 17 de septiembre de 2009[912], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[913], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[914], la Sentencia de la Audiencia

[910] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008), no revoca la custodia compartida acordada por el Juzgado de primera instancia argumentando entre otras cuestiones que *(...) tampoco es obstáculo el mantenimiento de la custodia compartida las alegadas discrepancias entre los cónyuges, por cuanto, teniendo en cuenta todos los datos obrantes en autos, además de no ser diferentes a los de otros cónyuges que se han separado, en todo caso, la dificultad de las relaciones entre los padres no tiene porque afectar al régimen de custodia compartida cuando con anterioridad no de produjo ningún problema a pesar de que las comunicaciones entre el padre y la hija eran diarias.*
[911] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009), en primera instancia se acuerda una custodia compartida por el Juzgador, y la Audiencia mantiene la medida aludiendo entre otras cuestiones a que *(...) si bien la relación que mantienen los padres ha de valorarse, conforme se establece en el artículo 92.6 del Código Civil, para acordar la medida de guarda y custodia compartida, tampoco puede el Tribunal exigir al respecto que la relación sea de todo punto ejemplar, por cuanto que no cabe reconducir tal recomendación legal únicamente a supuestos idealizados, ajenos a la realidad habitual, al deberse partir de la base de que toda ruptura conlleva inevitables tensiones; debiendo, además, los Tribunales velar para evitar que la posibilidad de guarda y custodia compartida se desvanezca tras meros alegatos de tensiones invocadas o propiciadas por aquel cónyuge que, sabiéndose aventajado para la obtención o el mantenimiento de la guarda y custodia a su favor, los utiliza con el único fin de evitar la guarda y custodia compartida o para obtener alguna ventaja en la negociación de un posible convenio.*
[912] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009), sostiene que: *No se ha probado la existencia de una falta absoluta de comunicación entre los padres de las niñas ni una absoluta conflictividad entre ellos. Si bien pueden existir disparidad de criterios entre ambos, ello también se mantendría en un sistema de guarda y custodia exclusiva. Por otro lado, se observa que los progenitores han conseguido acuerdos en el tema educación niñas, elección colegio, periodos de vacaciones y que el padre tiene interés real en ostentar la guarda y custodia de las niñas, que se sienten queridos y felices con él.*
[913] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223), explica respecto de la custodia compartida discutida, que *(...) si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor/a los menores en un sistema de custodia exclusiva, y lo cierto es que con la custodia compartida se producen grandes beneficios para los hijos en el presente caso, máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de estos, al haberla ostentado el padre durante 13 meses consecutivos (...).*
[914] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007), para mantener la custodia compartida fijada en primera instancia y respecto de la alegación de la parte recurrente de que *(...) no se da la fluidez necesaria entre los padres para el éxito de este sistema de responsabilidad parental* alude a que: *Sin lugar a dudas un comportamiento responsable de los padres redundará en beneficio de sus hijos, pero si ese comportamiento va a ser o no es algo que aún se ignora. Ahora sólo se conoce que ambos progenitores aparecen como personas perfectamente aptas para atender a su crianza. Lo que la madre no puede pretender, sobre la base de esa incógnita, es que la crisis se resuelva en su favor, atribuyéndola la guarda y custodia de los menores.*

Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009[915], la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 30 de Septiembre de 2010[916] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008[917].

Por último, si atendemos al punto seis del artículo 92 sobre esta cuestión: *(...) valorar (...) la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad,* es interesante plantear en los supuestos de procedimientos de mutuo acuerdo, cuando y qué herramientas vamos a tener para valorar la relación de los padres y de éstos con sus hijos. Santana Páez[918] se pregunta, disyuntiva que comparto plenamente: *¿cómo valoramos en el acto de ratificación la relación que los padres mantienen entre sí o si efectivamente la solución es la más idónea para los menores o que no existen indicios de violencia?.*

[915] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EUDER 271716/2009), analiza un procedimiento de modificación de medidas que en primera instancia modifica de exclusiva a compartida la custodia del menor. Apela la madre la Sentencia y la Audiencia confirma la custodia compartida, y dice: *No puede asumir la Sala el criterio de quien recurre, ya que no se acredita una conflictividad desmesurada entre los progenitores que comporte la imposibilidad de una guarda compartida; se trata de personas con una formación propiciatoria del entendimiento más allá de la actual discrepancia concreta, tal y como había ocurrido con anterioridad. Los desacuerdos puntuales, incluido el relativo al colegio al que debería asistir Max no son óbices insuperables para acordar una guarda compartida, aunque así se intente hacer ver por interés de quien recurre. Incluso la Directora del colegio al que asiste Max, Sra. Carolina elogiaba en el acto del juicio la actitud de los progenitores y la repercusión en su hijo del buen entendimiento entre ambos.*

[916] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Isabel Soler Navarro (SP/SENT/531695), pese a reconocer que los padre *(...) de forma voluntaria o involuntaria han involucrado a su hijos en el conflicto surgido entre ellos a raíz de la separación (...),* concluye: *Esta conflictividad por si sola no puede dar lugar a que un sistema de* guarda y custodia *vaya a ser perjudicial para los menores, es más atendiendo precisamente al grado de responsabilidad y preocupación que los padres han venido mostrando respecto a sus hijos no es de esperar. Estima la Sala que en el caso de autos el establecimiento de una guarda y custodia compartida, lo será en beneficio de los menores y hará disminuir el grado de conflictividad entre los progenitores, o por los menos, hará que este no trascienda a los mismos.*

[917] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 200807/2008), mantiene la custodia compartida pese al deterioro de las relaciones de los progenitores: *Y es evidente que en el presente caso, aún cuando las relaciones entre los progenitores, al parecer se han deteriorado sensiblemente, lo que ha restado fluidez a sus comunicaciones e incluso las ha podido dificultar, hasta el punto de que la demandante se ha opuesto a que la guarda y custodia continúe siendo ejercida en forma compartida, resultando innegable que el ejercicio de la misma en tal forma exige una predisposición favorable por parte de los padres a tal fin, sin embargo concurren los requisitos que excepcionalmente hacen aconsejable la mencionada decisión de continuar en la situación anterior y que la guarda y custodia se desarrolle en forma compartida, como se viene desarrollando hasta el momento presente, precisamente en interés de los hijos, conforme al cual resultaría sin duda alguna conveniente que Dª. Amparo modifique su actitud y que se adapte, ella, a esa situación, en la que los mismos se encuentran cómodos y a la que se han acomodado sin problema alguno.*

[918] SANTANA PÁEZ, Emelina, "Pensión alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida (II)", *El Derecho*, BDF núm. 46, 2005, págs. 3 – 6.

Otras sentencias que pueden reseñarse, en las que se discute la custodia compartida y se alude con mayor o menor importancia a la relación de los progenitores, por ello no se incardinan en ninguna de las dos posturas, son: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de abril de 2008[919], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002[920], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008[921], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de octubre de 2008[922], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010[923], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de enero de 2009[924], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009[925], la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009[926], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008[927], y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de mayo de 2007[928].

Por otra parte, y respecto a la relación de los progenitores, únicamente aludir al artículo 5 párrafo 2º de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven[929] de la Comunidad Valenciana que dice: *Como regla general, 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.* Es decir el legislador valenciano parece posicionarse claramente a favor de rebajar la importancia de la relación de los progenitores.

[919] Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (EUDER 76654/2008).

[920] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002, Sección 2ª, Ponente: Don Augusto Maeso Ventureira (EDJ 2002/98165).

[921] Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008, Ponente: Don Rafael Fernández Martínez (EUDER 313659/2008).

[922] Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de octubre de 2008, Sección 3ª, Ponente: Don Jesús María Passolas Morales (EUDER 248533/2008).

[923] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 24914/2010).

[924] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 303638/2009).

[925] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 281808/2009).

[926] Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009, Ponente: Don Luis Miguel Rodríguez Fernández (EUDER 79788/2009).

[927] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 262844/2008).

[928] Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de mayo de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 142779/2007).

[929] DOCV, núm. 6.495, 5 de abril de 2011 y BOE, núm. 98, 25 de abril de 2011, Sec. I., pág. 41.873 a 41.879.

Mi reflexión personal respecto de este epígrafe debe comenzar aludiendo a que no es posible acreditar que ante una mala relación entre los progenitores, vaya a ser más beneficioso para el menor y mejor para la relación entre ellos una guarda y custodia exclusiva.

El número de ejecuciones y procedimientos posteriores a los principales de divorcio o separación, muchos de ellos resultado de las "malas relaciones" entre los progenitores, ha sido, durante la hegemonía de la custodia exclusiva, muy elevado; ¿Quién dice que en caso de custodias compartidas vaya a serlo mayor?; A mi juicio existen razones que pueden llevarnos a una duda razonable sobre esta interrogante.

La custodia exclusiva, tal y como he recogido con anterioridad, implica una situación que "convierte" a un progenitor en "vencedor" (cónyuge custodio) y a otro en "vencido" (cónyuge visitador). Este hecho a mi juicio arrastra una serie de consecuencias entre las que se deriva una muy grave y habitual, que consiste en creer el cónyuge custodio que tiene más derecho respecto al hijo que el cónyuge no custodio, con las consecuencias practicas de dicha creencia. Este ofuscador error puede encontrar un eficaz "antídoto" en la guarda y custodia compartida. En este sistema puede generarse una actitud de mayor colaboración y disposición dado que hay una aceptación de la existencia y derecho del otro. A mayor abundamiento, de lo que sí considero será un mejor "contenedor" la custodia compartida que la exclusiva, es del comportamiento de manipulación del menor de un progenitor en detrimento del otro.

Por otra parte, no es del todo evidente que la necesidad de diálogo entre los progenitores sea muy distinta en los supuestos de custodia exclusiva que en los de compartida. De hecho esto nuevamente nos confronta directamente con el concepto de custodia compartida del que se parta. En este sentido, una respuesta automática ante el planteamiento judicial o doctrinal de la custodia compartida es la que sitúa su conveniencia en los casos de buena relación, comunicación entre los progenitores. Sin embargo, si atendemos al aspecto práctico, observamos que una custodia exclusiva con un régimen de visitas amplio (que en la actualidad son absolutamente frecuentes), en el que el progenitor no custodio esté con los hijos, por ejemplo, fines de semana alternos, domingo noche incluido, dos tardes semanales y una noche de semana de pernocta, supone lo siguiente: Que en horas despierto, en horas de hacer deberes escolares, en horas de educar al menor, están un número muy similar de horas ambos progenitores en el supuesto de la custodia exclusiva que en el supuesto de la compartida, es decir, los

padres tendrán la misma necesidad de compartir información del menor, coordinar su modelo educativo, adoptar conjuntamente sus medidas etc… A mi juicio el problema en relación con la custodia compartida no está, cuando menos esencialmente, en la relación de los progenitores entre sí, dado que este parámetro es prácticamente igual de importante en la custodia compartida que en la exclusiva con un régimen de visitas amplio, afirmación que no obvia la palmaria afirmación de que si existe buena relación de los progenitores será mucho mejor.

5.7.- Otros criterios o cuestiones relevantes

Existen otras circunstancias o cuestiones que tienen repercusión directa sobre la fijación o no de la custodia compartida y que no se regulan expresamente en nuestro Código Civil. Entre ellas, vamos a analizar la cercanía de los domicilios, la edad de los menores, la preferencia por la guarda materna, la situación anterior a la ruptura, el trabajo de los progenitores, la voluntad de los menores, y una mera reseña de algún otro factor.

Durante la tramitación parlamentaria, en el Congreso, se presentó una enmienda por el Grupo Mixto, en concreto la número 32, que no prosperó y, que recogía en la redacción que pretendía del apartado 7 del artículo 92 CC, varios de estos factores: *Para el otorgamiento de la guardia y custodia compartida, el Juez valorará la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidados de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la custodia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos e hijas.*

La doctrina también apela al examen de múltiples factores como elementos a atender para fijar la custodia compartida. Entre otros, detallan las cuestiones que deben ser tenidas en cuenta Berrocal Lanzarot[930], Rivera Álvarez[931], Domínguez Castellano[932], Calvé Corbalán[933], Moreno Velasco[934] o Pérez Galván[935].

---

[930] Para BERROCAL, *Custodia compartida...*, *op.cit.*, el juez deberá sopesar, incluso en el supuesto de mutuo acuerdo, las circunstancias del caso como la edad del menor, la distancia de los domicilios, la distancia con el centro escolar, el horario laboral, y especialmente la voluntad del menor, si fuera mayor de 12 años, a fin de poder atinar lo más posible, sobre que será lo más beneficioso para el desarrollo personal y la estabilidad emocional del menor.

[931] RIVERA, "La custodia compartida impuesta…", *op.cit.*, pág. 186, parte de que ambos progenitores sean adecuados para ejercer la custodia. Y junto a esta primera premisa, añade circunstancias como: que las viviendas de los padres estén en el mismo edificio (no sólo cercanas) para evitar modificar el entorno del menor, que puedan permitírselo economico-materialmente, que se adecue a su situación socio-laboral.

La jurisprudencia utiliza múltiples criterios para acordar o denegar la custodia compartida:

El Tribunal Supremo parece postularse a favor de utilizar como guía de la decisión del Juzgador variados criterios:

La primera Sentencia que aduce a distintos criterios y a la que aluden posteriores, es la de 8 de octubre de 2009[936], que dice al respecto: *A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin*

Y a todo ello debe unirse cierta uniformidad de criterios respecto a la forma de vida, educación, formación que debe tener el menor, y actuar coordinadamente los progenitores.

[932] Expone DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, que existen determinadas circunstancias, por supuesto no acotadas, que favorecen la atribución de la custodia compartida, como son: la plena capacidad de ambos progenitores para ejercer dicha forma de custodia, la cercanía de los domicilios, el cuidado del menor con anterioridad, los horarios laborales, la relación entre los progenitores, la predisposición del hijo etc...

[933] También Calve Corbalán especifica estas circunstancias relevantes en la ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2258, FAM-39, Diciembre de 2004, pág. 3, *¿Qué razones jurídicas avalan la concesión de una guarda y custodia compartida por ambos progenitores?,* dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar.: *Aunque siempre habrá que estar al supuesto concreto para decidir qué custodia es acorde al superior interés del menor, de la práctica diaria cabe extraer sin ánimo exhaustivo una serie de circunstancias que favorecen, en principio, la posibilidad de la adopción de una custodia rotativa:*
- La plena capacidad de ambos progenitores para ejercer la custodia.
- La cercanía entre los domicilios de los progenitores y la disposición en ambas viviendas de un lugar adecuado para el menor. Se debe evitar un cambio en el entorno social, familiar y educativo (centro de enseñanza y compañeros de clase, amigos, actividades extraacadémicas (...).
- La madurez del hijo. Suele desaconsejarse en menores de corta edad por afectar a la estabilidad del niño necesaria para su desarrollo y formación integral.
- La predisposición del hijo a la custodia compartida.
- La realidad de una custodia alterna de hecho con resultados positivos para el menor.
- La fluidez en la relación entre los progenitores y la existencia de criterios de actuación coherentes. La ausencia de comunicación entre los padres puede da lugar a pautas dispares en la educación y crianza de los hijos, que podría afectar a su estabilidad de vida y emocional y a su formación.

[934] Aludiendo a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008, MORENO VELASCO, "Custodia versus patria potestad…", *op.cit.*, se muestra completamente de acuerdo con la misma, en cuanto a que deberán ponderarse las circunstancias concretas de cada caso, entre ellas, la edad de los hijos, el horario de trabajo, la proximidad de domicilios, la posibilidad de tener residencias adecuadas, la opinión de los menores etc… para fijar la custodia compartida.

[935] Por último, PÉREZ GALVÁN, "Problemas prácticos…, *op.cit.*, estima salvables los condicionantes como: El buen entendimiento entre los progenitores, dado que, tras reseñar como justamente por la falta de entendimiento se están separando, tras poner en práctica la custodia compartida, *(...) se refuerzan los lazos y se valora mucho más la labor del otro progenitor.* Respecto de la semejanza de criterios educativos, considera que es salvable *(...) abordando en profundidad los criterios de cada parte y consensuando lo mejor para los hijos.* Y respecto de la cercanía de domicilios, explica como nadie discute que un menor pase más de una hora en el autobús escolar cuando la familia esta unida, y se discute excesivamente cuando existe la ruptura de la pareja, pudiendo paliarse.

[936] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

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

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010[937] completa el argumento que esgrime en el Fundamento de Derecho Cuarto recogiendo textualmente parte de la fundamentación de la STS de 8 de octubre de 2009, fundamentalmente la referente a los distintos criterios que se utilizan, y finalizando con la siguiente frase: *Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.*

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010[938], definitivamente consolida los criterios recogidos en la Sentencia de 8 de octubre de 2009, que pese a no ser en modo alguno *numerus clausus*, ciertamente se tornan relevantes tal y como se recoge en la presente Sentencia: *(...) criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar.*

Por último en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011[939], vuelve a reiterar la importancia de los criterios, ya recogidos en las STS de 8 de octubre de 2009, y de 10 y 11 de marzo de 2010, *(...) relativos a la interpretación de lo que*

[937] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5293/2010).

[938] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5294/2010).

[939] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/146903).

significa "el interés del menor", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 27 de septiembre de 2010[940], también considera relevantes los distintos criterios expuestos para acordar la custodia compartida, pero matiza como no supone que deban ser examinados todos como *(...) un listado de supuestos taxativos y de obligada y legal observancia.* Dice la Sentencia: *Tampoco se ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida puesto que exponiéndose una serie de criterios para fijar la guarda y custodia compartida, como señala el recurrente (edad de los hijos, horario laboral, proximidad de lugar de residencia, disponibilidad por éstos, tiempo libre o de vacaciones, opinión de los menores, práctica anterior, número de hijos, cumplimiento de los deberes por los padres, los acuerdos entre los progenitores, el resultado de los informes periciales o cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada de convivencia) no es menos cierto que la Audiencia Provincial no precisa examinar todos ellos como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de obligada y legal observancia, sino que atendido a uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida guarda y custodia compartida.*

También las Audiencias Provinciales esgrimen distintos de los criterios expuestos para acordar o denegar la custodia compartida, en sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006[941], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de febrero de 2009[942], las Sentencias de la

[940] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 27 de septiembre de 2010, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2011/119).

[941] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 71450/2006), se desestima la petición de custodia compartida en segunda instancia, habiéndose fijado en el procedimiento de primera instancia la custodia exclusiva, y fundamenta la desestimación de la custodia compartida en que la misma sea *(...) rigurosamente avalada por la capacidad de ambos para ostentarla, la voluntad libre y espontánea del propio menor (elemento importante pero no determinante en cuanto a la adopción de la decisión judicial; vid. la SAP Girona, Secc. 2ª, de 25 febrero 2001), las circunstancias geográfica y social que no perjudiquen el entorno del menor con un excesivo peregrinaje del domicilio de un progenitor al del otro, la nula conflictividad entre los padres (como establece la SAP Madrid, Secc. 22ª, de 9 julio 2004), la guarda y custodia compartida requiere la existencia de armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores), estilos homogéneos de vida, la alta edad de los hijos (según la SAP Las Palmas, Secc. 5ª, de 28 febrero 2005), tampoco son aconsejables las situaciones de custodia compartida como la que propugna el recurrente en menores de 12 años sin que exista acuerdo entre los progenitores), ausencia de obstáculos laborales y los correspondientes informes psicológicos del Equipo Técnico Psico-social adscrito al Juzgado de Familia.*

[942] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Díaz Muyor (EUDER 19924/2009), mantiene la custodia exclusiva materna fijada en

Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2009[943], de 25 de febrero de 2010[944] y de 7 de octubre de 2010[945], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[946], la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 4 de

primera instancia, dado que considera que la custodia compartida viene desaconsejada por *(...) la existencia de una motivación poco clara por parte del padre; la ausencia de un proyecto de guarda y custodia sólido, la incompatibilidad de horarios y la falta de estabilidad en relación con el domicilio en el que debieran residir los menores así como la ausencia de comunicación entre los padres (...).*

[943] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (EUDER 6282/2009): En primera instancia se fija una custodia exclusiva materna y en segunda instancia se confirma y explica como *(...) habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del domicilio de éstos para que no afecte las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto si tienen suficiente madurez, u otras similares. Pero es más, al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida, resulta conveniente tener en cuenta en primer término, la propia capacidad o aptitud de cada uno de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida, lo que implica la superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre los otrora cónyuges, así como para sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de los menores.*

[944] En igual sentido se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (EUDER 29157/2010).

[945] Explica también dichos criterios Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530), diciendo: *Como ya se señaló en sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2010, la Ley no establece cuales son los criterios que deben valorarse para determinar cuál es el mejor sistema de custodia, siendo los Tribunales los que han ido perfilando dichos criterios. Así puede derivarse de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que dichos criterios son: la dinámica familiar anterior a la ruptura (sent. AP de Barcelona, sec. 18 de 12-1-2006 y 4 de julio de 2007); la organización familiar posterior a la ruptura y anterior al proceso (sentencias de la AP Barcelona, sec.18 de 21-12-2001, de la AP Granada 16-10-2001, AP Girona de 28.2.2001 y de 20-10-2004, AP Jaén, sec 1ª de 9-5-2005, AP Barcelona sec.12 9-11-2005, AP Málaga, sec. 6 de 21-3-2007 y AP Valencia de 27-3-2007); la incidencia en la estabilidad del menor de los cambios de domicilio que implica la custodia compartida (sentencias AP Madrid, sec. 24, de 10-11-2005, AP Valencia, sec. 10, de 22-3-2006, AP Huelva, sec.1ª, de 30-3-2007,AP Barcelona, sec. 18, de 20-2-2007); la capacidad de comunicación de los progenitores y los estilos educativos (AP Valencia sec.10 de18-6-2007, AP Barcelona sec. 12 de 24-5-2007 y AP Jaén sec. 4 de 16-11-2005 .); y la disponibilidad de los progenitores para el cuidado del menor.* Refrenda el argumento aludiendo a la sentencia del TSJC de fecha 31 de julio de 2008 y a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009 recogida en este epígrafe con anterioridad y que la recoge parcialmente de forma textual.

[946] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008): En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la Sentencia y se atribuye la custodia a la madre fundamentando la resolución en que la admisión de la custodia compartida *(...) es excepcional en un proceso contencioso, como dice el art 92 CCV, y requiere, en consecuencia, un análisis detallado de las circunstancias concurrentes en la familia en litigio y en concreto de los siguientes factores: situación patrimonial y económica de la familia, disponibilidad de dos viviendas, un lugar adecuado y que no estén muy distantes entre sí, o de rotación de los hijos en la vivienda familiar, capacidad y posibilidades de los hijos de asumir el cambio de vivienda o la presencia alternativa de los padres, edad de los menores y situación escolar, de salud y de relación con amigos y familiares, configuración de las visitas en los periodos de convivencia con uno de los cónyuges, capacidad de los padres de asumir de forma adecuada la alternancia en la guarda y la implicación de ambos progenitores en las tareas del hogar. Ante todo, es esencial la plena capacidad de ambos progenitores para asumir tal responsabilidad tuitiva y en concreto: los antecedentes del caso en el sentido de si existía un cuidado compartido de los con anterioridad al cese de la convivencia y la fluidez en la comunicación entre los progenitores. Asimismo, son importantes situaciones como la unidad en el régimen de hábitos, horarios y organización entre ambos progenitores o cuando menos una gran semejanza, la existencia de unos*

junio de 2009[947] o las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008[948] y de 9 de octubre de 2009[949].

En mi opinión, las circunstancias aludidas en la presente introducción y que van a ser desarrolladas en los epígrafes siguientes, no deben ser considerados como cuestiones de obligatorio examen para el juzgador. De igual modo, tampoco debe evitarse su total referencia o alusión, sobre todo si no se introduce ningún otro argumento de enjundia sobre el que sustentar la fundamentación de la concreta decisión.

Asimismo, a mi juicio, todas estas circunstancias, por lo menos gran parte de ellas y otras diferentes, deben ser tenidas en cuenta no sólo para la fijación o no de la custodia compartida, sino también para acordar la custodia exclusiva y optar por uno u otro progenitor para ejercerla. Es decir, tampoco deben tratarse éstas circunstancias como nuevas "barreras" o "exigencias" para que pueda acordarse una custodia compartida.

Lo que es interesante es su necesaria alusión para evitar resoluciones no motivadas, motivadas en argumentos endebles o no suficientemente potentes como para derrocar la fórmula de guarda solicitada.

En definitiva, son circunstancias que son útiles para valorar el caso concreto y elaborar ese "traje a medida" para la familia, pero deben analizarse con tiento a fin de evitar una utilización espúrea de las mismas, tratando de convertirlas en requisitos definitivos para acordar o no la custodia compartida o la exclusiva.

horarios laborales que permitan a ambos cónyuges asistir a sus hijos, un ambiente familiar intacto, sano y equilibrado. Por último, debe de evitarse un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor y debe de concurrir una adecuada madurez y predisposición del menor, desaconsejándose tal régimen para los menores de corta edad (...).

[947] En similares términos se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009).

[948] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 239798/2008), no revoca la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia y motiva la resolución entre otras cuestiones en que *(...) habrán de analizarse cuidadosamente todas las circunstancias que concurren en el caso y valorándolas a la luz del principio del superior interés del menor, poder apreciar no sólo que no existe ningún "mal cierto" para los menores con la implantación del modelo sino que se constata un beneficio indudable para ellos, debiéndose contemplar, sin animo exhaustivo, la capacidad de los progenitores para el desempeño de la función de guarda, el grado de armonía o conflictividad entre ambos, la edad de los hijos, la opinión de los mismos si tuvieren suficiente juicio, las circunstancias geográficas y convivenciales de los progenitores, la disponibilidad para la guarda o las razones de oposición a la custodia compartida.*

[949] También alude a los criterios a tener en cuenta para fijar la custodia compartida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009).

5.7.1.- Cercanía de los domicilios

La cercanía de los domicilios es una cuestión que ha tenido y tiene alusión reiterada cuando se analiza la custodia compartida. De hecho, es una cuestión que tuvo "eco" en la tramitación parlamentaria, en concreto en el Senado. La enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario Socialista, modificaba el artículo 92.8 CC, y dentro del texto que proponía, recogía, entre otras, la garantía, antes de acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos, de *(...) que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales.* Justificaba el Grupo Socialista esta enmienda en introducir garantías adicionales para el caso de custodia compartida en supuestos contenciosos.

Tras su paso por el Senado y la publicación en el BOCGS[950], el artículo 92 quedó modificado en varios párrafos, entre ellos el 8, en el que se recogía el texto recogído en el párrafo anterior de la ubicación de los domicilios. Sin embargo, dicha nueva redacción, y la referencia a la ubicación de los domicilios, no se reflejó en el texto definitivo del artículo 92.8 CC, por el error, varias veces aludido, en las votaciones. Sin embargo, lo cierto es que fue una cuestión que si no hubiera sido por dicho error, constaría en el artículo 92 CC.

Al hilo de esta circunstancia de la ubicación de los domicilios que recogió el texto del artículo 92.8 CC que resulto del Senado, Seisdedos Muiño[951] considera más correcta la redacción que finalmente resultó en el artículo 92.8 CC, en la que se recoge el *(...) favor filii como fundamento de la resolución judicial con carácter general, sin detallar qué datos o circunstancias ha de considerar el juez, en cada supuesto, para decretar la guarda compartida sin acuerdo de los padres.* Añade, que en caso de que hubiera quedado redactado el apartado 8 tal y como resultó del Senado, habría sido incoherente con el apartado 5 del artículo 92 CC, dado que en éste no se recogía referencia alguna a la ubicación de los domicilios, y se pregunta la autora: *¿Acaso no tiene importancia este dato, y no debe el juez valorarlo, cuando los cónyuges se han puesto de acuerdo en cuanto al sistema de guarda conjunta? Yo creo que sí tiene que valorarlo, dentro de la estimación que, incluso en estos supuestos de acuerdo conyugal, ha de hacer del interés del menor.*

[950] *BOCGS,* VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 16 – 14, 30 de junio de 2005.

[951] SEISDEDOS, "Las medidas relativas a los hijos…", *op.cit.*.

Múltiples autores aluden a la cercanía de los domicilios como cuestión relevante a la hora de enjuiciar la posibilidad de acordar una custodia compartida; entre ellos se encuentran Pérez Salazar-Resano[952], Pérez Martín[953], Zarraluqui y Lledó[954], Guilarte Martín-Calero[955], Marín García De Leonardo[956], Zarraluqui Navarro[957] o Viñas Maestre[958].

También la jurisprudencia esgrime, junto a otros argumentos, la cercanía de los domicilios como cuestión relevante a la hora de acordar o no la custodia compartida:

Aludiendo como factor favorable la cercanía de los domicilios a fin de acordar la custodia compartida, entre otras, se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009[959].

[952] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita en GONZÁLEZ y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 196 – 197, considera importante para el buen funcionamiento de la custodia compartida, la poca distancia entre los domicilios y los horarios de trabajo compatibles con el ejercicio de la guarda. Más adelante considera muy importante la corta distancia geográfica.

[953] Para PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 240, pese a que no se recoge en el texto legal, para fijar una custodia compartida, excepto en el supuesto de que los hijos permanezcan en el domicilio familiar, será necesario que ambos dispongan de una vivienda adecuada para convivir con los hijos. Y también será necesario que ambos progenitores vivan en la misma ciudad, dado que en caso contrario, la custodia compartida será inviable en caso de que el hijo esté escolarizado, siendo necesario que la distancia entre domicilio y centro escolar sea mínima.

[954] ZARRALUQUI & LLEDÓ, *El nuevo derecho..., op.cit.*, pág. 76 – 77, apelando a los requisitos que la "práctica francesa" ha venido acuñando, alude en primer lugar a que la custodia compartida sólo es posible cuando ambos progenitores residen la misma ciudad, es más, añade que dentro de la ciudad deben estar en una proximidad geográfica. Mantener, termina, el mismo colegio y la misma ruta de transporte escolar es fundamental.

[955] Igualmente GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, págs. 19 – 21, considera que la proximidad de los domicilios es una circunstancia relevante para fijación de la custodia compartida, a fin de que se garantice la estabilidad del entorno de los hijos. Esta cercanía supone mantener puntos de referencia como el colegio, quizá la ruta escolar, el círculo de amistades, pediatra, canguro etc... Añade que podría fijarse la custodia compartida en caso de que vivieran en la misma ciudad, aunque no en puntos cercanos, pareciendo sin embargo desaconsejable para la autora, en caso de residir en distintas ciudades.

[956] También considera relevante la situación geográfica de los domicilios, MARÍN, "Consecuencias personales...", *op.cit.*, pág. 101, sin embargo, añade que: *Aunque no es requisito indispensable (...)*, la cercanía de los domicilios facilita la custodia compartida, dado que el menor se mantiene en el mismo ambiente y el cambio es más factible.

[957] Uno de los condicionantes para acordar la custodia compartida, según ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna...", *op.cit.*, es la poca distancia entre las viviendas de los progenitores. Considera muy complicada la custodia compartida en caso de residir en distintas ciudades, dado que supondría cambios de entorno muy bruscos para los hijos, de colegio, amigos etc... Para la autora: *Lo idóneo, a mi entender, es que los padres vivan cerca, cuanto más próxima estén sus residencias, mejor. De este modo los menores no verán alterada su vida diaria. Irán al mismo colegio, por supuesto, en la misma ruta, jugarán con los mismos amigos y no variarán, en conclusión, de barrio, de entorno.*

[958] Por último VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, también considera que la proximidad de domicilios facilitará la custodia compartida, dado que si se encuentran en ciudades distintas supondrá perturbar la rutina diaria del menor.

[959] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): En primera instancia el Juez acuerda la custodia compartida y la Audiencia mantiene la medida: *Teniendo en cuenta la proximidad de domicilios de ambos progenitores, -el padre se compró una vivienda cerca del que fue domicilio conyugal- horarios*

En los supuestos en los que los progenitores viven en distintas localidades, numerosas sentencias utilizan este argumento para denegar la custodia compartida, tal y como sucede en las siguientes: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de febrero de 2010[960], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gavá de 24 de julio de 2006[961], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de enero de 2007[962], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010[963], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008[964], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010[965], la

y actividades de las hijas y horarios y actividades laborales de los progenitores y medios económicos, consideramos que no existe inconveniente alguno para el mantenimiento de la guarda y custodia compartida (...).

[960] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de febrero de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (SP/SENT/507504) dice: *(...) resulta de todo punto inviable dado que los progenitores residen en localidades a considerable distancia entre sí, además de pertenecer a distintos países, España y Francia, lo cual hace en la práctica imposible conciliar el interés de los menores (centro de estudios, amigos, ámbito familiar, idioma ... etc) con un desarrollo integral razonable de los mismos.*

[961] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gavá de 24 de julio de 2006, Juez/Magistrado: Doña Elisa Mediavilla Sánchez (EUDER 293983/2006), resuelve un asunto en el que vía reconvencional se solicitaba por el padre la custodia compartida, acordando el Juzgado una custodia exclusiva para la madre y fundamentando su decisión en que: *(...) no debe implicar el desplazamiento o esfuerzo de los niños en cada traslado a ambientes totalmente distintos (localidades diversas, estando una muy lejano del centro escolar, etc).*

[962] Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de enero de 2007, Ponente: Don Pío José Aguirre Zamorano (EUDER 105100/2007): En primera instancia se otorga la custodia exclusiva a la madre y en apelación se confirma la medida aludiendo, entre otras cuestiones, a que: *(...) no se considera conveniente dado que los cónyuges viven en distinta localidad y de haberse decretado tal y como informa el equipo técnico de familia "cada semana" en cada casa, dicha medida obligaría a los menores a estar todo el día "haciendo y deshaciendo maletas" y no se acostumbrarían a vivir ni en un sitio ni en otro.*

[963] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (SP/SENT/526462) dice: *En el caso de autos no concurren las circunstancias precisas para poder acordar la guarda y custodia compartida que pretende el Sr. Nazario. Ambos progenitores viven en poblaciones diferentes, el padre en Pineda y la Sra. Camino en Barcelona, población en la que el menor Alex va al colegio (...).*

[964] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 34471/2008), dice: *(...) olvidan las partes que necesariamente tendrían que vivir ambos en la misma localidad (...).*

[965] Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Julián Carlos Arque Bescos (SP/SENT/539976): En primera instancia se acuerda la custodia materna y en apelación se confirma la medida explicando como: *(...) las menores están arraigadas en la localidad de Fustiñana, el plan propuesto por la recurrente obligaría a las menores a trasladarse al domicilio familiar de Zaragoza (...).*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de abril de 2008[966] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009[967].

Por el contrario, existen otras Sentencias que consideran "salvable", para fijar una custodia compartida, la circunstancia de que residan en localidades distintas ambos progenitores si no existe excesiva distancia: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[968], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de mayo de 2010[969] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[970].

---

[966] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (EUDER 76654/2008) resuelve un recurso de apelación interpuesto por el padre, en el que solicitaba se revocara la custodia exclusiva atribuida a la madre en Sentencia de Primera Instancia, confirmando la resolución de instancia: *(...) pues no existiendo buena relación entre ellos y viviendo en localidades distintas, resultaría problemático el ejercicio de tal guarda y custodia compartida.*

[967] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Francisco Javier Romero Costas (EUDER 47984/2009): En primera instancia se fijó una custodia exclusiva materna y en segunda instancia se mantuvo la custodia exclusiva, y uno de los argumentos era que: *(...) tampoco las circunstancias lo aconsejan dada la distancia y distinta residencia que evidentemente conllevaría una notable disfunción en la vida, educación y organización diaria del menor, pues resulta claro que su escolarización en un único centro resulta lo mas aconsejable (...).*

[968] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223), que en apelación acuerda una custodia compartida, explica como: *(...) aunque residan en dos localidades distintas, la escuela de los menores se halla a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los dos niños están plenamente arraigados, tanto en el ámbito familiar, como en el social, al haber vivido con anterioridad en los dos sitios, siendo sus referentes altamente positivos en los dos entornos (...).*

[969] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de mayo de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Felipe Peñalba Otaduy (SP/SENT/533574): En primera instancia la Sentencia aprueba el Convenio Regulador propuesto por las partes y el Ministerio Fiscal recurre la Sentencia *(...) interesando su revocación por entender que el convenio regulador aprobado es gravemente perjudicial para el menor ante el riesgo de aislamiento social ya que éste se va a ver obligado cada mes a trasladarse de un extremo a otro de la ciudad.* Por el contrario la Audiencia discrepa y derroca la afirmación del Ministerio Fiscal con el siguiente argumento: *(...) el hijo del matrimonio tiene 16 años de edad, esto es, edad suficiente como para que se le pueda conceder la emancipación (art. 320.2º C.C .), por lo que debe presumirse que goza de madurez y autonomía suficiente como para poder relacionarse y comunicarse por si mismo, sin necesidad de depender de sus padres para ello, constituyendo la distancia que separa los domicilios de sus padres una incomodidad o molestia, pero en ningún caso un obstáculo de naturaleza tal como para revocar la decisión que ambos padres de común acuerdo han adoptado en su beneficio e interés, máxime si tenemos presente la red de transportes públicos de esta ciudad, que permite una comunicación fluida entre sus diferentes barrios.*

[970] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008): En primera instancia se estimo la demanda interpuesta por el padre y se acordó una guarda y custodia compartida. Contra dicha resolución se interponen por ambas partes recurso de apelación; en el de la madre discute la custodia compartida y en el del padre discute la pensión alimenticia. La Audiencia no revoca la custodia compartida acordada por el Juzgado de primera instancia motivando la Sentencia, entre otras cuestiones, con el siguiente argumento: *En primer lugar tenemos que partir de la proximidad de los domicilios del padre y de la madre, y, por lo tanto, de los lugares en que alternativamente va a vivir la hija menor Sandra, dada la poca distancia kilométrica entre Narón y Ferrol, y que incluso disminuirá cuando el padre traslade su domicilio a Ferrol -lo que tuvo ya que haberse producido si es cierto lo que se manifiesta por el Sr. Pedro Francisco , de lo que no tenemos porque dudar dada la facilidad de su comprobación-, de lo que se deriva que la menor no tenga que realizar ningún cambio importante en su vida cotidiana, máxime teniendo en cuenta el amplio régimen de visitas existente con anterioridad.*

Ciertamente la cercanía de los domicilios de los progenitores es una circunstancia a mi juicio no sólo relevante, sino, dependiendo de la distancia, imprescindible. Es decir, no podrá materialmente llevarse a cabo una guarda y custodia compartida en el supuesto de que un menor no pueda acudir desde los dos domicilios a su colegio de forma razonable y en un tiempo prudencial. En este sentido, considero más importante que la circunstancia de vivir en la misma ciudad, que los domicilios estén próximos sobre todo al colegio, y ello puede suceder viviendo en dos poblaciones diferentes pero muy cercanas, y puede no suceder viviendo en una misma ciudad (grande), pero cada uno en un extremo de la misma. No obstante, ciertamente será favorable que los domicilios se encuentren lo más cercanos posible.

Este "requisito" también variará su relevancia dependiendo de la edad de los hijos.

Por último, aludir a que esta circunstancia es relevante teniendo en cuenta el concepto de custodia compartida que yo defiendo, en el que los tiempos de estancia con los progenitores sí deben "tender" a ser lo más igualitarios posibles (siempre con flexibilidad), sin embargo, si se analiza desde un concepto de custodia compartida en el que no se otorga tanta relevancia a los tiempos de estancia, sino más a la toma de decisiones diarias o cotidianas, además de las relevantes, conjuntamente, atendiendo a los medios de comunicación actuales, ciertamente podría darse en tal concepto menor relevancia a esta circunstancia.

5.7.2.- Voluntad de los menores

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en considerar la opinión del menor como una circunstancia relevante (se discrepa en otorgarle mayor o menor importancia) a fin de resolver sobre la atribución de la guarda y custodia. Pero, a su vez, hay consenso sobre que la misma en modo alguno vincula la decisión del Juzgador en cuanto a la medida a acordar. Es decir, la voluntad de los menores se esgrime y se tiene en cuenta en estos procedimientos cuando se discute la guarda y custodia compartida, lo que varía es la relevancia que a la misma se le concede atendiendo a factores como la edad, la posible influencia de alguno de los progenitores, el resto de circunstancias concurrentes etc…

Aluden a la voluntad del menor como circunstancia relevante, pero en modo alguno vinculante o determinante, entre otros Pérez Vega[971]. Otros autores también señalan cómo la voluntad del menor no debe ser determinante, entre otros, Cantón Duarte y Justicia Díaz[972], Tamayo Haya[973], Pérez Martín[974], Salanova Villanueva[975] o Rivero Hernández[976].

En la jurisprudencia también se observa esta consideración de la voluntad como cuestión relevante, no vinculante, a fin de acordar la guarda y custodia, en sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008[977], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[978], la

[971] En esta línea, PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, tras reconocer que no vincula la audiencia al Juez, sí reconoce que la misma será útil a éste, para proporcionarle información valiosa respecto de la adopción del sistema de custodia adecuado.

[972] CANTÓN DUARTE, José y otros, *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos,* Pirámide, Madrid, 2000, pág., 306, consideran que la opinión del menor debe relativizarse dada cuenta la posible manipulación de alguno de los progenitores, concluyendo que nunca ésta debe ser determinante en la decisión sobre la custodia.

[973] También TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 695, sostiene que si bien es un dato relevante, no constituye en todos los casos un factor determinante. La autora considera, frente a quienes reivindican un mayor valor y protagonismo a la voluntad del menor, que en ocasiones, frente a la libertad de elección del hijo, debe preponderar la valoración objetiva de las circunstancias del caso, para lograr un mejor desarrollo de la personalidad del adolescente, que *(...) en la mayoría de los casos no tiene todavía formado el criterio de discernimiento o se deja llevar por móviles egoístas de mayor libertad, permisibilidad y carácter económico e incluso en muchas ocasiones su voluntad es fruto de influencias o presiones.*

[974] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 235, tras reconocer que la audiencia de los menores es un derecho fundamental, defiende que ello no significa que la opinión de éstos determine la decisión judicial sobre la custodia, sobre todo atendiendo a tantos supuestos de síndrome de alienación parental que existen, consecuentemente, según el autor, la opinión del menor deberá valorarse con el resto de pruebas, dado que en ocasiones el deseo del menor viene motivado por *(...) razones inconsistentes y referidas generalmente a las condiciones económicas de este último o de permisividad en cuanto a reglas de conducta.*

[975] Al hilo de lo expuesto, resume bien el motivo de no preponderar la voluntad del menor sobre la decisión del Juez, SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Aranzadi Civil*, núm. 4/2003, BIB 2003\426, en www.westlaw.es: *(...) debe determinarse si dicha voluntad coincide o no con su interés, pues es éste, y no su arbitrio, el criterio guía.*

[976] En similares términos RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 149 y 150, afirma como *(...) el interés del menor no siempre coincide con los deseos y opiniones de éste.*

[977] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008): En primera instancia se acordaba una custodia materna, y en segunda instancia se desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre, en el que solicitaba la fijación de una custodia compartida, teniendo, entre otras cuestiones, en cuenta el deseo de la menor de permanecer bajo la custodia de la madre: *(...) más cuando consta el deseo de la mayor, que cuenta con una edad suficiente para expresar sus deseos, y respecto de la cual no hay en autos indicio alguno que indique que estaba conducida por su madre en sus respuestas en la exploración judicial, de permanecer bajo la guarda de su madre, como hasta el momento ha venido ocurriendo de hecho.*

[978] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida por el Juzgador y la Audiencia mantiene la medida aludiendo como dato decisivo al deseo de la hija mayor: *(...) un dato decisivo en lo relativo a justificar la guarda y custodia compartida en el deseo de proteger adecuadamente el interés de las menores, cuando explica que la hija Claudia, que tiene en la*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009[979], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010[980], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de noviembre de 2008[981] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2009[982].

Otras sentencias en las que se valora la voluntad de las menores para acordar el tipo de guarda y custodia son: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009[983], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de

actualidad quince años de edad, manifestó textualmente en el acto de exploración judicial que "necesita" estar con los dos progenitores -documentada en el acta de la vista oral que tuvo lugar ese mismo día (folio 89 de los autos)-, añadiendo dicha menor que, tanto ella como su hermana Julia van a estar mejor en el caso de custodia compartida.

[979] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña Cristina Domenech Garret (EUDER 288920/2009): En primera instancia se fija una custodia exclusiva a favor del padre, la madre recurre en apelación solicitando se fije una custodia compartida, y la Audiencia mantiene la medida, aludiendo a la voluntad de la menor: *De otro lado, aunque es cierto que decisión sobre la custodia de los menores no es materia que deba quedar sometida a la elección de éstos, pues no siempre el interés de los mismos se corresponde con sus deseos, no lo es menos que en el presente caso la menor tiene 14 años, edad suficiente para que su deseo haya de ser tomado en consideración en el momento de decidir sobre su custodia, máxime si, como ocurre en el caso, sus preferencias se corresponden con su superior beneficio e interés.*

[980] Alude también a la voluntad de las menores la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/520007): *(...) las dos gemelas Ana y Celia manifiestan en la exploración practicada en la instancia su preferencia por la madre, alcanzada ya una edad, 14 años, en la que sus deseos han de ser tomados en consideración y respetados, pues las presumimos con madurez y juicio suficiente como para conocer la mejor alternativa de custodia para ellas, evitando imposiciones judiciales no deseadas, en cuanto tienen de contraproducentes, no habiéndose decantado Marina Clara por uno u otro progenitor en meritada exploración, de manera que no cabe interpretar oposición de esta a la continuidad de la convivencia con la madre.*

[981] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de noviembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Luis Casero Alonso (EUDER 280637/2008), analiza un supuesto de modificación de medidas en el que se modifica la custodia compartida por una exclusiva a favor del padre, y explica sobre la voluntad de las menores que: *(...) En modo alguno se trata de dar satisfacción, sin más, al deseo de las menores o del padre sino de adoptar la solución que se revele como más idónea para el interés de las menores de acuerdo con el parecer de un observador externo y siempre, como trasfondo, tanto la estabilidad de las menores como la plena relación con uno y otro progenitor, que se considera (y así lo demuestra la experiencia) componente necesario de esa buscada estabilidad (...).*

[982] También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don Domingo Salvatierra Ossorio (EUDER 144254/2009) explica esta cuestión: *Y es que no puede obviarse que en orden a determinar la relevancia que debe darse a la voluntad del menor, la jurisprudencia, (SAP Barcelona 18 noviembre de 2005 , entre otras) tiene declarado de forma reiterada que pese a que la Ley reconoce el derecho del menor a ser oído, ello no implica que la voluntad manifestada por éste vincule al Juez sobre la decisión a adoptar, pues el Tribunal debe valorar, para determinar la medida exigida por el interés del menor, todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos, y valorar sus opiniones dentro del contexto en el que nos encontramos, en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades, y esto es justamente lo que se ha realizado en la instancia (...).*

[983] Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009, Sección 3ª, Ponente: Doña María Lourdes Molina Romero (EUDER 32264/2009).

febrero de 2009[984]: *(...) atendiendo a las manifestaciones del menor en el sentido de que en la actualidad reside con la madre con la que quiere continuar residiendo (...),* la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 2 de marzo de 2004[985]: *(...) la hija mayor ha manifestado el deseo de vivir con ella y no con el padre (...)*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010[986]: *(...) la voluntad expresamente manifestada de Andrea como claramente contraria a una custodia compartida (art. 92.6 Cc) (...)*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de Septiembre de 2010[987]: *(...) en vista de las relaciones existentes entre los hijos menores y el progenitor no custodio y apelante, evidenciadas en la exploración efectuada a los menores (...)*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2008[988]: *Carlos Ramón, de 16 años, ha manifestado claramente su deseo de vivir con su padre, dejando constancia de la mayor y mejor relación que tiene con él y de su mayor afinidad al mismo (...),* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008[989], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2008[990]: *Remedios, Luis Ángel y Marí Luz, quienes desean continuar conviviendo con su madre, y cuyas preferencias han de ser también tenidas en cuenta y respetadas (...)*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de abril de 2009[991]: *(...) una vez oída la menor tampoco se puede concluir con que esa sería la única forma de proteger adecuadamente el interés superior de la niña, pues ésta en el momento actual incluso rechaza el régimen de visitas establecido por el juzgador (...),* y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[992]: *(...) y el hecho de que expresamente se pronuncien los hijos en tal sentido hace que deba mantenerse la resolución de la juzgadora de instancia (...).*

[984] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2009, Ponente: Don Juan María Unanue Arratibel (EUDER 32003/2009).
[985] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EDJ 2004/73912).
[986] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña Silvia Víñez Argüeso (JUR 2010\402658)
[987] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (SP/SENT/525497).
[988] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2008, Sección 22ª, Ponente: Doña Miriam De la Fuente García (EUDER 60368/2008).
[989] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Matías Manuel Soria Fernández - Mayoralas (EUDER 279438/2008).
[990] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 240695/2008).
[991] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de abril de 2009, Sección 5ª, Ponente: Doña María José Pueyo Mateo (EUDER 55205/2009).
[992] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008).

Ciertamente poco puede decirse, compartiendo por mi parte lo recogido en los párrafos precedentes, respecto de lo razonable de no otorgar al menor un poder absoluto para decidir sobre las cuestiones que le afectan en un pleito matrimonial; simplemente sería tratar al menor como si de un mayor de edad se tratara. Ello no obsta, para que considere que se trata de una prueba que debe tenerse muy en cuenta, otorgándole mayor o menor importancia cuando concurran determinadas circunstancias, tales como la edad del menor, la posible influencia de uno de los progenitores, el posible origen de la opinión que emita etc…

En este sentido también es mayoritaria la opinión doctrinal y jurisprudencial que otorga mayor relevancia a la voluntad de los menores progresivamente, cuando van adquiriendo más edad. En este sentido se postula Rivero Hernández[993], González Del Pozo[994] o García Pastor[995].

También alude la jurisprudencia a que cuanto mayor sea la edad de los menores mayor relevancia deberá atribuírsele al deseo manifestado por éstos, entre otras en Sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero

[993] RIVERO, *El interés del menor*, *op.cit.*, pág. 149 y 150, defiende respecto a la voluntad del menor: *No consiste, desde luego, en acceder a cuanto pida ni atender en todo caso a su opinión o sentimientos, por más que haya idéntico acuerdo en que debe concedérsele progresivamente más protagonismo a medida que avanza en edad y madurez, y que en muchos casos podrá y deberá atenderse a sus opiniones, sentimientos y deseos, en ciertas condiciones.* Para el autor varias razones avalan esta postura: a) Primero que a estos efectos es tan niño el de tres o cinco años que el de quince. En este sentido, si el de quince opina puede ser atendido en muchas ocasiones, lo que diga el de corta edad no tiene trascendencia a estos efectos. Es decir, se requiere una edad razonable. b) Para valorar su opinión o voluntad, debe pensarse si por razón de su edad y madurez pueden ser consideradas como opinión y voluntad. Es necesario que los deseos y opiniones sean suyos, del propio menor, no de personas que lo manejan. c) Es necesario que la opinión o deseo sea razonable y objetivamente valioso. Que lo que diga tenga una mínima coherencia y racionalidad, lejos de utopías o meros caprichos, y que lo que desee sea conveniente para él.
[994] Para GONZÁLEZ DEL POZO en HIJAS y otros, *Los procesos de familia…*, *op.cit.*, pág. 474, cuando se trata de menores de 14 a 17 años, es determinante su voluntad de vivir con uno u otro progenitor para la atribución de la guarda y custodia. En caso de constatarse en la exploración del menor su *voluntad firme e inequívoca* de querer continuar con el progenitor con el que ya convive, una resolución contraria a dicha voluntad resultaría completamente ineficaz, dado que simplemente bastaría con escaparse y acudir a vivir con el progenitor que desee. Finaliza el autor el argumento recogiendo un ejemplo de lo que argumenta: *Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 24 de Madrid con fecha 4 de abril de 2006 en los autos 1449/2005, en que se atribuyo la guarda y custodia de tres hijos de 17,15 y 12 años al padre, pese a ostentarla anteriormente a la madre, al haber abandonado a los tres menores el domicilio materno y haberse trasladado al paterno y manifestar en la exploración que no pensaban regresar, en ningún caso, con la madre.*
[995] Por último GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica…*, *op.cit.*, págs. 141 y 142, expone una distinción entre el deseo del menor simplemente verbalizado y el deseo profundo conocido por la intervención del psicólogo, y considera que el valor del primero debe relativizarse en función de la edad del menor, y el segundo, sí que mostrará la *(...) forma en que el niño vive su relación con cada uno de sus padres, con cuál se siente más seguro, más apoyado, qué presencia le es más necesaria para desarrollarse de forma armoniosa (...),* y por tanto, en opinión del autor, deberá tener, en la decisión, un valor importante.

de 2008[996], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[997], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009[998] o las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010[999] y de 25 de abril de 2008[1000].

5.7.3.- La edad de los hijos

La edad de los hijos es otra de las interrogantes que se han planteado para fijar o no la custodia compartida; ¿Es preferible una edad u otra para acordar esa fórmula de custodia? ¿Con hijos de muy corta edad es posible acordar la custodia compartida?. Disyuntivas como éstas se plantean por la doctrina y la jurisprudencia resolviéndose, como casi todas las disyuntivas relacionadas con la custodia compartida, con opiniones antagónicas. Explica Bermúdez Ballesteros[1001] como es evidente que las necesidades de un niño recién nacido, y de los niños hasta las edades de 5 a 6 años son muy diferentes a las necesidades de un adolescente, siendo la edad, en consecuencia, un dato que de forma imprescindible debe valorar el juez para decidir respecto de la atribución de la guarda y custodia.

Pero además de atender a la edad para fijar una periodicidad o como se va a desarrollar respecto de las viviendas etc…, el problema se centra en resolver si en una determinada edad, en concreto con menores de corta edad, siempre se debe impedir la fijación de la custodia compartida. Sobre esta cuestión plantean dudas, sin negar radicalmente la posibilidad, respecto de la fijación de una custodia compartida cuando

[996] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008) dice: *(...) consta el deseo de la mayor, que cuenta con una edad suficiente para expresar sus deseos (...).*

[997] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009) alude a que el deseo de la menor de 15 años es un dato decisivo para justificar la custodia compartida.

[998] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña Cristina Domenech Garret (EUDER 288920/2009) también señala la edad: *(...) en el presente caso la menor tiene 14 años, edad suficiente para que su deseo haya de ser tomado en consideración en el momento de decidir sobre su custodia (...).*

[999] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/520007) trata un caso de dos gemelas de 14 años y considera que con dicha edad *(...) sus deseos han de ser tomados en consideración y respetados (...).*

[1000] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2008, Sección 22ª, Ponente: Doña Miriam De la Fuente García (EUDER 60368/2008), utiliza como argumento el deseo de vivir con su padre del hijo de 16 años.

[1001] BERMÚDEZ y SALANOVA, "Criterios para la atribución…", *op.cit.*.

se trata de hijos de corta edad, autores como Pérez Martín[1002], Zarraluqui Navarro[1003] o Serrano Molina[1004].

Sin embargo, otros autores discuten la taxatividad del planteamiento de que con hijos menores siempre es más beneficioso una custodia exclusiva, entre ellos se encuentran Pérez Salazar-Resano[1005], Guilarte Martín-Calero[1006], Romero Coloma[1007] o Aguilar Cuenca[1008].

[1002] En el caso de recién nacidos, PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 240, considera que puede ser un obstáculo importante para la fijación de una custodia compartida por tiempo igualitario.

[1003] Entre los condicionantes que ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, expone para que la custodia compartida beneficie al hijo menor, se encuentra la edad, dado que defiende como en caso de que sean de corta edad, puede que las alternancias en la convivencia no les sean beneficiosas. Sin embargo, continúa exponiendo como *(...) los niños se acostumbran a todo, y cuanto menores sean, a partir de cierta edad, mejor será, máxime cuando este modelo de custodia garantiza el contacto habitual con ambos y la fijación de ambas figuras paternas, lo que es fundamental cuando son pequeños.*

[1004] Se pregunta SERRANO MOLINA, "La guarda compartida…", *op.cit.*: *¿Es necesaria una edad mínima para que un menor pueda quedar sujeto a un régimen de guarda compartida?*; Y responde que hubiera sido deseable contar con un estudio en nuestro país que hubiera analizado *la vivencia del menor y el contexto familiar antes y después de la ruptura.* Sin embargo, dado que no se ha efectuado, no extraña al autor que nuestro Tribunales opten por la custodia exclusiva dado que otorga a los menores un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, en lugar de la compartida que puede generar confusión y desorden a los menores. Añade que si esta reflexión es válida con carácter general, con mayor profusión cuanto menores sean los hijos dado que necesitan de mayor estabilidad emocional. Y concluye que es por ello que quizá la custodia compartida deba fijarse siempre como un régimen *(...) que ha de desarrollarse por etapas.*

[1005] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita en GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 196 – 197, pese a reconocer que es más difícil el sistema de guarda alterna en el supuesto de hijos muy pequeños, también matiza que cuando el niño es muy pequeño se requiere que los periodos de estancia de ambos progenitores deben ser muy frecuentes, aunque no sean muy largos de duración, dado que sino es difícil para ese niño de corta edad crear un vínculo afectivo con un progenitor que ve cada quince días. Y por tanto concluye que puede fijarse una custodia compartida *(...) a través de la división del tiempo que en un solo día pueden pasar el padre y la madre con el pequeño.*

[1006] Entre las circunstancias que deben concurrir para minimizar los efectos negativos de la custodia compartida, según GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 19 – 21, no se encuentra la edad de los menores, que afirma como ésta *(...) no parece determinante en la elección de uno u otro modelo de guarda...*

[1007] Explica ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria),* Editorial Reus, Madrid, 2011, pág. 186, como se ha argumentado que no debe fijarse la custodia compartida en supuestos de hijos de corta edad. Ante este argumento la autora expone: *Para el hijo, siendo muy pequeño, es conveniente, es beneficioso, contar con la presencia de su padre y de su madre. La Psiquiatría infantil ha demostrado que los primeros años de la vida del niño son trascendentales. Si no conviene apartar al niño de su madre, tampoco será beneficioso para aquél alejarle del progenitor. Se ha demostrado, con abundante doctrina científica, que la ausencia de uno de los progenitores en los primeros años de la vida de un niño puede ocasionar a éste fuertes traumas y que, de cara a su futuro, no es beneficiosa esa separación o esa ausencia.*

[1008] En este sentido AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá,* Almuzara, 2006, págs. 93, 94, analizando la custodia de los hijos pequeños, critica la confianza que aún se otorga por muchos jueces y fiscales al "instinto maternal" y a la "doctrina de los primeros años" – doctrina que implica la atribución automática de la custodia a la madre en caso de niños de 0 a 7 años-, a fin de argumentar las decisiones sobre la guarda y custodia. Para el autor no es adecuada la atribución de la custodia automática por la corta edad. De hecho considera que debe tenerse en cuenta las características de la memoria y el

La discusión sobre la corta edad de los menores para fijar una custodia compartida, tiene un antecedente que aún sigue acaeciendo, aunque parece que pierde fuerza, y que se trata de la alusión de la corta edad para discutir sobre los regímenes de visita, en los que la pernocta con el progenitor no custodio se erige como "centro neurálgico" de la discusión. Es decir que se discute la posibilidad de pernoctar de los menores con el progenitor no custodio. Sobre esta cuestión, aludiendo a los niños hasta 4 o 5 años, Santana Páez[1009], tras explicar que suele interesarse un régimen de visitas sin pernocta en estas edades, considera que dicha petición deberá fundamentarse debidamente, dado que no podrá justificarse la petición en la mera ruptura de los padres *(...) para fijar un régimen de visitas que a juicio de quien suscribe, puede resultar pernicioso para el menor (...)*. También Llorente Pintós[1010], explica como los expertos desaconsejan aplicar como norma un régimen de visitas limitado, sin pernocta, atendiendo simplemente a la edad. Para limitar el régimen de visitas, deberá estar justificado en circunstancias concretas y específicas del caso concreto.

No hay en modo alguno un criterio claro respecto de los años que se consideran suficientes o no para fijar una custodia compartida:

Se alude a la edad de 2 años para no acordar la custodia compartida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de Junio de 2007[1011] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de Septiembre de 2010[1012].

desarrollo del tiempo que los menores tienen en términos generales dependiendo de la edad. En este sentido, plantea como a los cuatro años los niños suelen entender el concepto de mañana, a los cinco el de pasado mañana, en el siguiente año los de semana y mes, y a partir de los ocho el de tiempo infinito. Con la memoria opina que sucede similar, en el primer mes aprenden voces y olores, sin distinción en principio, a los dos meses reconocen objetos, y también en los primeros meses reconocen estímulos y respuestas, pero plantea como ejemplo que por debajo de los tres o cuatro años los seres humanos no recordamos nada. Por tanto, concluye como recomendación general que *(...) el ritmo de alternancia debe ser mas corto cuanto menor sea la edad del hijo, disminuyendo progresivamente conforme se va haciendo mayor. Un traje a medida para cada relación parental.*

[1009] SANTANA PÁEZ, Emelina, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág.777.

[1010] LLORENTE PINTOS, Roberto, *El régimen de visitas del progenitor no custodio para con los hijos menores de tres años. La corta edad como impedimento para la pernocta*, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, diciembre 2006.

[1011] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de Junio de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta De La Torre (SP/SENT/141430), que resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de Primera Instancia que acordaba la custodia materna, manteniendo dicha custodia la Audiencia: *Se trata de un niño de solo dos años de edad, acostumbrado a vivir con su madre desde el inicio de su desarrollo y consciencia, para el que cualquier alteración afectaría a su estabilidad emocional, puesto que es imposible que por su corta edad pueda comprender la razón de los cambios de domicilio y entorno, que ocasionaría una custodia compartida.*

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de junio de 2009[1013], se desestima la petición de custodia compartida con niñas de 4 y 6 años.

Se acuerda una custodia exclusiva en el caso de menores de 5 años en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008[1014] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009[1015].

Algunas sentencias tienen presente la corta edad de los menores para no acordar la custodia compartida, tal y como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de enero de 2008[1016].

Sin embargo otras sentencias, como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1017], acuerdan la custodia compartida pese no haber cumplido ni un año el menor.

[1012] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de Septiembre de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Bernardino José Varela Gómez (SP/SENT/523246), también analiza un supuesto de una menor de dos años, cercanos a los tres, en el que acuerda una custodia materna el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia lo ratifica entre otras cuestiones atendiendo a que *(...) la escasa edad de la menor la hacen inconveniente e inadecuada, en la medida en que supondría una continuada alteración del lugar, entorno, y ritmo diario de su vida, que no se justifica en atención al interés superior antes aludido.*

[1013] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de junio de 2009, Ponente: Don Miguel Ángel Callejo Sánchez (EUDER 92708/2009), que mantiene la custodia exclusiva materna acordada en primera instancia dice: *En relación a la primera petición de que las menores permanezcan semanas alternas con cada cónyuge, y de este modo la guarda y custodia se atribuya de modo compartido, se desestima, y ello por el profundo desequilibrio que ello originaría a las niñas, teniendo en cuenta la edad, que en la actualidad tienen 6 y 4 años (nacieron el 14 de Octubre de 2002 y 22 de Agosto de 2004).*

[1014] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008, Ponente: Don Iñigo Francisco Suárez Odriozola (EUDER 50191/2008), desestima el recurso de apelación del padre en el que solicitaba se revocara la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia por una compartida, y alude a la corta edad del hijo, que tenía 5 años y pocos meses: *La corta edad necesita de una mayor referencia estabilizadora que no puede conseguirse con un cambio de estancia con uno u otro progenitor durante un periodo más o menos prolongado, que es lo que, en definitiva, supone la guarda y custodia compartida.*

[1015] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009, Ponente: Doña Marta Vicente de Gregorio (EDJ 2009/114444): En primera instancia se acuerda la custodia materna y tras recurso de apelación del padre solicitando la compartida, se mantiene por la Audiencia la custodia materna argumentando que: *(...) resulta evidente que en atención a la edad de la menor, 5 años, su guarda y custodia sólo puede otorgarse a uno de sus progenitores, fijando a favor del otro un régimen de visitas.*

[1016] Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de enero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Alfonso Carrión Matamoros (EUDER 86028/2008): En primera instancia atribuye la custodia del menor a la madre y en apelación mantienen dicha forma de custodia para ésta: *El Juez de Instancia valora ponderadamente las pruebas que constan en autos y aprecia que es la madre la persona más idónea para encargarse del hijo, teniendo en cuenta su corta edad y el gran apego y dependencia de la misma.*

[1017] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010) dice: *En nuestro Auto de medidas provisionales decíamos que la convivencia de los litigantes habia cesado en fecha muy reciente (junio de 2009), de manera que su hijo había disfrutado continuadamente de la presencia de ambos durante sus cortos meses de vida, pues nació el primer día del mismo año. Además, quedó acreditado en dicha pieza separada que ambos progenitores asumían la tarea de atender las necesidades requeridas por el niño durante la convivencia paraconyugal, por cuyo motivo fue aprobado provisionalmente el régimen de*

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010[1018] pese a que no acuerda la custodia compartida, no comparte que la Juzgadora de instancia haya utilizado como primer motivo para atribuir la custodia exclusiva a la madre: *(...) la corta edad del menor, pues no es respetuoso con el principio constitucional de igualdad del hombre y mujer ante la ley que impregna toda nuestra legislación.*

Por último, también es importante señalar en la corta edad, al periodo de lactancia, en el que obviamente no sería posible un reparto del tiempo de estancia con el menor igualitario si no es suprimiendo la misma. En ese sentido, pueden plantearse varios interrogantes: ¿Qué es más importante, mantener la lactancia o instaurar, en caso de que se considere el mejor sistema, una custodia compartida?. Es decir, ¿es tan importante la lactancia como para determinar el sistema de guarda?. Por otra parte ¿Durante cuanto tiempo durará la lactancia? Es decir, la lactancia puede durar 1, 4, 8 meses o 2 años, por tanto, si se mantiene aunque sólo sean las tomas de la mañana y de la noche invalidará la posibilidad de fijar una custodia compartida. A mi modo de ver, la lactancia no podrá suponer una circunstancia que, sin que concurra ninguna otra, pueda neutralizar la posibilidad de acordar una custodia compartida. Sí será una circunstancia a tener en cuanta. Además, siempre será una circunstancia transitoria, por tanto podría aceptarse fijar una custodia exclusiva durante algunos meses para, tras éstos, fijar la custodia compartida.

Por todo lo dicho y a mi juicio, la edad de los menores es una circunstancia más a tener en cuenta, que a mi juicio no debe ser determinante, pero sí importante para poder acordar las frecuencias de estancia o fijar medidas transitorias. En mi opinión no debe descartarse la custodia compartida en todos los casos en los supuestos de corta edad de los menores. En el caso de hijos muy pequeños, ciertamente y aunque sea con carácter transitorio, quizá no sería una mala medida el fijar que el menor vivirá en el domicilio familiar y serán los padres los que entren y salgan del mismo, para garantizar durante un tiempo al menos, una mayor estabilidad para el pequeño. No obstante, como

guarda y custodia compartida propuesto por el demandado, con la finalidad de mantener las relaciones existentes del hijo con cada uno de sus progenitores para adecuarlas a la nueva situación de ruptura de la convivencia, con su corolario natural de reparto del tiempo del menor con aquéllos.

[1018] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 24914/2010).

ya se explica en el epígrafe dedicado al uso y disfrute de domicilio familiar, esta fórmula requiere de que sea viable económicamente dado que se necesitan tres viviendas, y que haya una relación ciertamente respetuosa, pero dado que se trataría de algo temporal, podría ser factible.

Respecto a los tiempos de estancia, creo que si se considera que cuando el menor tiene corta edad los tiempos de separación deberían ser más cortos, nada obsta para fijar tiempos de estancia más limitados e ir ampliándolos progresivamente cuando el menor vaya cumpliendo edad.

5.7.4.- Preferencia por la madre

Ha sido una realidad palmaria, y aún lo sigue siendo, sin entrar en los motivos, que las custodias exclusivas son atribuídas en un número muy superior a las madres que a los padres[1019].

Al hilo de esta cuestión, en las últimas décadas la preponderancia de la custodia materna ha sido indiscutible, de hecho, la preferencia de la custodia materna en los hijos menores de siete años tenía un precepto expreso en el Código Civil, en concreto el antiguo 159 CC, que fue reformado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en atención al principio de no discriminación por razón de sexo, y que en su redacción anterior a la reforma de 1990 decía: *(...) si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*. Sin embargo, el actual artículo 159 CC no recoge ninguna preferencia respecto de ninguno de los progenitores en cuanto a la atribución de la guarda y custodia, pese a lo cual en la práctica continúa existiendo una mayor preponderancia o favorecimiento de la custodia materna. En este sentido, existen autores, que aludiendo a la anterior redacción del artículo 159 CC,

[1019] CANTÓN y otros, *Conflictos matrimoniales...*, *op.cit.*, pág. 301, ponen de relieve la evolución en nuestra historia reciente sobre la preferencia del padre o madre en la custodia de los menores. Explican como antes de 1920 los niños eran considerados propiedad del padre, y en caso de divorcio la custodia era para éstos, dado que se daba por supuesta su mayor capacitación para dar mejor protección, educación y manutención a los hijos. Sin embargo la preferencia de la mujer en la crianza de los menores se produce tras la transformación de una sociedad agraria a una industrializada. También influyó a comienzos de siglo la teoría freudiana que sostenía la importancia de la vinculación de la madre con sus hijos. Un hito importante en esta cuestión se produjo según los autores en 1925, cuando en Inglaterra y Estados Unidos se legisló a favor de la igualdad de ambos progenitores, unido al interés del menor como guía de las decisiones.

critican dicha atribución de la custodia a la madre de forma "automática" cuando los hijos son menores, tales como Ragel Sánchez[1020] o Vivas Tesón[1021].

No obstante, parece que existe una tendencia progresiva a que dicha "deriva" o "inercia" a favor de la atribución a la madre de la guarda y custodia, haya ido disminuyendo en los últimos tiempos. En esta disminución ciertamente ha tenido influencia relevante, a mi juicio, la Ley 15/2005. Tal y como ya he referido con anterioridad, pese a la restrictiva regulación de la custodia compartida en el artículo 92 CC, una de las cuestiones que más consecuencia acarrea se concreta en el conocimiento de los agentes jurídicos y de la sociedad de la existencia de la custodia compartida; ha tenido una publicidad notable. Consecuentemente, comenzó, y cada vez más, a estar presente en las peticiones, negociaciones de los progenitores, y ello ha ido suavizando o reduciendo la radical inercia de la custodia materna existente con anterioridad.

Al hilo de esta suavización de la atribución de la custodia a la madre, explica Bermúdez Ballesteros[1022], como pese a ser habitual en la práctica judicial cuando los hijos tienen una corta edad, atribuir a la madre la custodia de los hijos, cada vez más son los padres los que solicitan la guarda; explica esta circunstancia en el papel del padre en la actualidad en la familia, que tiene una postura más activa respecto de sus hijos a diferencia de lo que ocurría en el pasado. También Pastor Vita[1023], tras explicar que en los últimos veinticinco años, en la mayoría de los casos se atribuía la custodia a la madre, dado que continuaba la idea de que los menores estaban mejor con su madre, sobre todo los pequeños, constata como esta idea está siendo superada, no dudando en

[1020] RAGEL, "La guarda y custodia…", *op.cit.*, págs. 31 – 32, considera que esta circunstancia supone la "resurrección" de la antigua redacción del artículo 159 CC, artículo que fue derogado en 1990, y que atribuía a la madre la custodia de los menores de siete años a falta de acuerdo. Dice el autor: *Si el legislador consideró en su momento que ese criterio de atribución en favor de la madre iba contra el principio de igualdad, esa misma razón debe impedir que sea adoptado por un juez.* Y añade, que causa perplejidad que se recoja en la sentencia que la madre tiene más cualidades para cuidar de los hijos, y en la misma resolución, se fijen largas temporadas de estancia del padre con dichos hijos, justamente en los momentos en los que necesitan mayores cuidados, como son los fines de semana y las vacaciones. Y concluye: *Si un juez piensa seriamente que un hijo pequeño está mucho mejor atendido por la madre, lo coherente sería que estableciera un régimen de estancias muy corto de ese hijo con su padre, pues se presupone que éste no lo sabe atender bien, y ir ampliando el plazo de estancia a medida de que el hijo vaya creciendo.*

[1021] En similar sentido VIVAS, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, tras explicar la modificación de la redacción del artículo 159 CC en la reforma del año 1990, reseña como en la actualidad deben ser atendidas para la atribución de la guarda, *exclusivamente las necesidades y bienestar del menor*, pero matiza como es curioso que, pese a la inconstitucionalidad del artículo 159 CC, que motivó su reforma sobre la base del derecho a la igualdad con primacía del interés del menor, se perciba cierto automatismo en la aplicación del nuevo artículo 159 CC por parte de los tribunales, dado que se atribuye a la madre en la mayoría de los supuestos la custodia de los hijos.

[1022] BERMÚDEZ y SALANOVA, "Criterios para la atribución…", *op.cit.*.

[1023] PASTOR, "Una primera aproximación al proyecto…", *op.cit.*, págs. 11 y 12.

el momento actual de la extraordinaria relevancia que tiene para el adecuado desarrollo del menor que ambos progenitores continúen presentes en su vida tras su ruptura. Cambio de idea que ha supuesto la apertura en ciertos ordenamientos a la custodia compartida.

También algunas sentencias aluden a la igualdad de ambos progenitores en materia de guarda y custodia, y al interés del menor como guía para acordar uno u otro sistema de guarda; entre otras, pueden señalarse la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1024], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de septiembre de 2009[1025], la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 25 de mayo de 2009[1026] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009[1027].

[1024] La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida y en su fundamentación explica como: *En relación a la concepción de la guarda y custodia de los hijos, las diferencias y desigualdades que se producen son manifiestos y notorios siendo de destacar que pese a que el legislador (a nivel nacional o autonómico) siempre pretenda garantizar y preservar el interés y bienestar de los menores, lo cierto es que el patrón escogido del que se va a hacer depender el requisito de idoneidad para el cuidado habitual de los hijos, viene predeterminado por planteamientos ideológicos: unos de carácter trasnochado, reaccionarios al progreso y que siguen valorando la figura materna como referente de apego principal, y a la figura paterna como referente periférico, y otras que habiendo superado esa mentalidad apuestan por planteamientos de auténtica igualdad y paridad en el cumplimiento de las obligaciones domésticas, entre los que resulta principal la de participar, compartir y distribuir el deber de crianza, cuidado y atención de los hijos, siempre que ambos progenitores durante la convivencia familiar hubieran hecho frente común y corresponsable en el compromiso de asumir esas obligaciones, mostrando una idoneidad y predisposición a seguir asumiéndolas al margen de cualquier consideración por razón de sexo.*

[1025] Explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 216231/2009), que la evolución legislativa claramente tiende a la plena igualdad entre padres y madres respecto de la asunción de la de la guarda y custodia: *(...)la clara tendencia de la evolución legislativa en materia de atribución de guarda y custodia es alcanzar la plena igualdad respecto a padres y madres, a la hora de poder desempeñar tales funciones, evolución que se puso de manifiesto en un primer momento con la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1990 de 15 octubre que superaba el automatismo que establecía el art. 159 del Código Civil que consideraba que la madre estaba, sin más, mejor capacitada que el marido para atender el cuidado de los hijos menores, y posteriormente con la reforma del Código Civil 15/2005 de 8 de julio , que permite el ejercicio de la guarda y custodia compartida en determinados supuestos. Hoy resulta evidente que tanto el contenido del art. 159 CC que establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, como el contenido de los arts. 14 y 39 de nuestra Constitución relativos a los principios de igualdad y de tutela o protección integral respectivamente, han consagrado de manera definitiva el principio universal del «favor filii» (...).*

[1026] Anteriormente se había postulado en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009).

[1027] También alude a que el criterio para atribuir la custodia debe ser el principio de interés del menor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009), que se dicta tras interponer el padre solicitando la custodia compartida recurso de apelación a la Sentencia dictada en primera instancia, que atribuía a la madre la custodia de la hija, y confirma la Audiencia Provincial la custodia exclusiva materna pero fundamenta: *El derecho-deber que implica el régimen de custodia compartida debe de afectar con igual intensidad al*

Entre las razones que la doctrina esgrime para explicar la existencia de una mayoría de custodias maternas, se encuentran las siguientes:

García Pastor[1028] enumera las razones que se exponen para explicar esta preponderancia de las custodias maternas:

- El porcentaje de la custodia materna en nuestro país es del 90%, pero si únicamente atendemos a los supuestos en los que ambos progenitores han solicitado la custodia, dicho porcentaje se reduce ostensiblemente. Por ello, la autora concluye que no es que los jueces no acuerden custodias paternas, sino que los padres no la solicitan.

- Otro criterio que se observa de las sentencias es considerar a la madre más apta, por ser de sexo femenino, para cuidar de los hijos. Esta solución para la autora es claramente discriminatoria. Sin embargo no será discriminatoria la solución en caso de motivar la mayor aptitud de la madre para el cuidado.

- Escoger como guardador al progenitor que se ha ocupado con mayor intensidad y habitualidad de los hijos, considerando la autora que dicho criterio no es discriminatorio, sino una realidad de nuestra sociedad; las mujeres aún se ocupan de forma prioritaria de los hijos.

- También alude a sentencias que atribuyen la guarda a la madre por que no trabaja y en consecuencia tiene más tiempo para cuidar de los hijos. Criterio que para la autora sí es discriminatorio, dado que si fuera el padre, aún lo tendría más difícil para pedir la guarda.

En conclusión, la autora considera que el número de padres guardadores es muy limitado por dos razones: Porque no piden la custodia; Y no la piden, porque muchos padres consideran que estarán los hijos mejor con la madre que con ellos, dado que no están habituados a ocuparse de los hijos. Y segundo motivo, por el comportamiento de los tribunales, que en general siguen considerando que la mujer va a ocuparse mejor de los hijos. Y esta circunstancia, también puede generar en algunos casos que los padres no soliciten la guarda convencidos de que no existe ninguna posibilidad de ganarla, provocando un enfrentamiento inútil con la madre en caso de solicitarla.

padre que a la madre, pues sus sentimientos hacia los hijos se presumen idénticos, y también se presumen idénticas sus capacidades para el adecuado ejercicio de las funciones propias del régimen de custodia. Por ello, sólo el interés de los hijos, su beneficio y el adecuado desarrollo de su personalidad deben de ser los criterios que determinen la atribución conjunta de la custodia o, en su caso, de desestimar esa pretensión (...).

[1028] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica...*, *op.cit.*, págs. 148 – 152.

Para Poussin y Martin-Lebrun[1029] la preferencia por la madre en las sentencias de divorcio se debe a varias razones, entre ellas: *(...) el deseo de la madre, la edad de los niños, la falta de motivación por parte del padre, algunas publicaciones inspiradas en el psicoanálisis, los usos y las costumbres que imperan en nuestra sociedad, etc.*

Dos son las razones para Alascio Carrasco[1030]: La dedicación mayor de la madre al cuidado de los hijos durante el matrimonio, y que los padres, el múltiples ocasiones, se desentienden y no luchan por la custodia de los menores.

Goiriena Lekue[1031] aludiendo a datos ofrecidos por el Instituto de la Mujer, expone que son las mujeres quienes en su mayor parte se ocupan del cuidado de los menores y de las tareas domésticas, solicitan los permisos de maternidad y las excedencias. En los procesos de mutuo acuerdo la guarda se acuerda para la madre en el 95% de los casos, teniendo origen en el pacto de los progenitores. En los procesos contenciosos sólo se discute la custodia en el 15 a 20% de los casos, en el resto el padre no solicita la guarda y custodia. Añade que las peticiones para ampliar el régimen de visitas son muy escasas y el número de incumplimientos es bastante elevado. De estos datos la autora deduce que son dos las razones de atribución a la madre de la custodia exclusiva: que los padres no solicitan, en una amplia proporción, la custodia de los hijos y la segunda, que la custodia suele otorgarse a quien acredita haber sido más idóneo para el cuidado, educación etc… de los menores durante la convivencia, y son excepcionales los supuestos en los que el padre demuestra ser más idóneo que la madre. En caso de que ambos progenitores estén en la misma situación para asumir la guarda y custodia, tanto por su aptitud, participación en el cuidado etc… y no se pongan de acuerdo en quien asuma la guarda, la autora remite a la mediación para solventar dicho problema.

Lázaro González[1032] también alude al supuesto en que ambos progenitores se consideran capaces, y sostiene que cuando ambos son perfectamente capaces y no existe criterio alguno para atribuir a uno u otro la guarda y custodia, la solución habitual, sobre todo cuando se trata de hijos de corta edad es la: *(...) de atribuir la guarda a la madre*

[1029] POUSSIN, Gerard y MARTIN-LEBRUN, Élisabeth, *Los hijos del divorcio,* Trillas, Sevilla, 2005, pág. 173.
[1030] ALASCIO y MARÍN, "Juntos pero no revueltos…", *op.cit.*, págs. 15 y 16.
[1031] GOIRIENA, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 56.
[1032] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*.

al entenderse que en esa época de la vida es más necesario para la persona el contacto con la madre que con el padre[1033].

Nos encontramos ante una cuestión compleja; primero se trata de una situación, preferencia materna, que ha ido adquiriendo un "tinte" cuasi automático, con las nubladoras consecuencias que de ello se deriva (en ocasiones se acepta como bueno lo general) y con lo dificultoso que resulta ir en su contra. A mi modo de ver, aún el número de madres, que se implican más, es superior al número de padres, sin embargo, no creo que dicha mayor implicación sea en las proporciones de custodias maternas existentes, añadiendo que progresivamente este porcentaje va disminuyendo. En este sentido, el argumento de los permisos de maternidad o excendencias no puede suponer una "sentencia" definitiva para dicha familia para el resto de los tiempos. Es decir, el primer año, o los dos primeros años, por mucho que se haya solicitado una excedencia, no puede marcar que el resto de los años hasta la mayoría de edad de los hijos, se presuponga que la madre tiene mayor implicación con los hijos.

También creo que es cierto que más madres que padres desean asumir la custodia, pero tampoco creo, de igual forma que he dicho antes, que ese número de madres sea proporcional con el número de custodias maternas existentes, y también progresivamente más padres desean asumirla.

El número de custodias maternas en los mutuos acuerdos, o el número de "discusiones" de custodia en los procedimientos contenciosos, como argumento para sostener que los padres no quieren la custodia, no lo comparto, habida cuenta de que en muchos de dichos supuestos los padres renuncian a la guarda por la mínima, en ocasiones casi nula, opción de lograr la misma en un juzgado, no por falta de deseo o implicación para ejercerla.

Por todo lo dicho, considero que esta "inercia" adquirida, debe comenzar a cuestionarse, analizando con mayor profusión, tratando de "aparcar" la predisposición,

[1033] En sentido similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008), resuelve un recurso de apelación en el que se discute la custodia compartida fijada en primera instancia, y resuelve manteniendo la custodia compartida y dice: *En atención a lo que dispone el artículo 92 del Código Civil , hemos de concluir que, a diferencia con lo que ocurría en anteriores redactados del mismo, en principio la guarda y custodia del hijo menor de edad puede ser atribuida tanto a la madre como al padre, sin que pueda existir trato preferencial hacia la una frente al otro. Ello no obsta para que, en la generalidad de los casos, durante la primera infancia y por el mayor contacto con la madre se tienda en la práctica a atribuirle a ésta la guarda y custodia de los hijos.*

y deteniéndonos en el caso concreto, para adoptar la solución más acorde con el interés del menor.

5.7.5.- Disponibilidad de tiempo para el cuidado: Trabajo de los progenitores

Otra de las cuestiones que suele estar presente entre los argumentos para discutir la guarda y custodia compartida (también la exclusiva obviamente), es el tiempo disponible de los progenitores para cuidar de sus hijos, cuestión directamente relacionada con el trabajo que ejercen éstos. Entre los autores que consideran relevante esta cuestión se encuentran Marín García De Leonardo[1034], Zarraluqui y Lledó[1035] o Guilarte Martín-Calero[1036].

Las situaciones pueden ser absolutamente variopintas, con horarios laborales intensivos, con jornadas laborales a tiempo partido, trabajos con horarios sumamente específicos (azafatas, pilotos, personal de seguridad), horarios a turnos, personas que viajan por motivos profesionales con asiduidad, profesional sanitario con guardias etc… La situación de horario laboral que concurra en cada supuesto debe ser analizada específicamente. Todos estos distintos tipos de horario condicionan, limitan, incluso impiden distribuir de una u otra manera los tiempos de estancia con cada progenitor, tal y como explica Pérez Martín[1037], que alude a como si el trabajo de uno de los progenitores exige viajar habitualmente durante la semana o tiene horarios nocturnos, deberán ser adaptados sus periodos de convivencia con el hijo.

[1034] Alude a esta circunstancia MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 101, quien considera importante para la fijación de la custodia compartida, el tiempo disponible y la compatibilidad de los horarios de trabajo con la custodia acordada, atendiendo al trabajo que realizan.

[1035] Aludiendo a los requisitos que la "practica francesa" ha acuñado, entre ellos ZARRALUQUI & LLEDÓ, *El nuevo derecho…, op.cit.*, pág. 76 – 77, se refieren a la disponibilidad de tiempo de los progenitores que comparten la custodia, que deben de poder realmente ocuparse personalmente de forma similar al otro progenitor. Lo que se pretende es *(…) ponderar los tratos directos a mantener por uno y otro (…)*, no de si esta mejor o peor tratado o atendido por personas contratadas por el progenitor. No obstante, sí matiza que ello no es obstáculo para que existan ayudas de parientes o personas contratadas dado que si con anterioridad a la ruptura existían, no puede considerarse un elemento negativo.

[1036] Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 19 – 21, la custodia compartida sólo debe favorecerse si existen una serie de circunstancias que minimicen los efectos negativos de la misma, y entre ellas, se encuentra la disponibilidad de tiempo de los padres para el trato directo con los hijos durante sus periodos de convivencia. De hecho, añade que en las profesiones con desplazamientos continuos y de cierta permanencia, a priori, no se aconseja la custodia compartida.

[1037] PERÉZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 240.

La jurisprudencia utiliza sobre todo el argumento del trabajo de los progenitores para, en la mayor parte de las ocasiones junto a otros argumentos, denegar la custodia compartida, tal y como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008[1038], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008[1039], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009[1040], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de abril de 2008[1041] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010[1042].

También en alguna sentencia se mantiene la custodia compartida pese a la alegación referente al horario del padre, tal y como ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009[1043].

[1038] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008, Ponente: Don Rafael Fernández Martínez (EUDER 313659/2008), no revoca la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia, entre otros argumentos, esgrimiendo como *(...) en la actualidad la jornada laboral de la madre aporta unos horarios que facilitan el cuidado directo de la menor durante la tarde y noche lo que no ocurre con la jornada laboral del recurrente que dada su profesión de bombero del Ayuntamiento de Soria debe ausentarse de su domicilio durante 24 horas ciertos días al año, lo que genera dificultades en perjuicio de la menor.*

[1039] También menciona el trabajo de los padres, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008, Ponente: Don Iñigo Francisco Suárez Odriozola (EUDER 50191/2008), que desestima el recurso de apelación del padre en el que solicitaba se revocara la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia por una compartida: *Asimismo ,debido a su jornada laboral ,es la madre la que puede estar más tiempo con el menor y la que puede encargarse directamente de llevarle y recogerle de la ikastola (...). Siendo el trabajo de D. Gabino de instalador de ascensores por toda Gipuzkoa se apreciaron ciertas dificultades derivadas del horario laboral de aquel para llevar y recoger a su hijo Harkaitz que cursa estudios en una ikastola de Orio.*

[1040] Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009): En primera instancia se acuerda la custodia exclusiva materna, y en apelación, tras recurso del padre solicitando se modificara por la compartida, se mantiene la medida de primera instancia con diversos argumentos, entre ellos: *(...) el horario de trabajo de la madre en jornada de mañana mientras la menor está en el colegio, no entorpece el ejercicio de la guarda y custodia por la misma, la cual, al convivir con sus padres, cuenta con el apoyo y la ayuda necesaria para la crianza de su hijo.*

[1041] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de abril de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EUDER 50119/2008), revoca la Sentencia de instancia y acuerda una custodia exclusiva paterna concluyendo que *(...) se concede la guarda y custodia al padre, con preferencia al establecimiento de una custodia compartida que la madre no interesa; pues no tiene sentido que el progenitor no custodio es el que atienda en mayor medida al hijo por razón de la falta de disponibilidad temporal de la madre a consecuencia de su horario laboral.*

[1042] También apunta como relevante el horario laboral la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (SP/SENT/526462), que no modifica la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia aludiendo a que: *(...) el horario laboral del padre es muy amplio, aunque flexible, pues se puede adaptar al horario del menor cuando lo tiene en su compañía en régimen de visitas. Este horario del padre determinó que durante la convivencia matrimonial precisaran la ayuda de "canguros" para el cuidado del menor cuando la madre debía acudir a su trabajo de cantante o a sus ensayos, o sea, cuando la madre no podía cuidar personalmente a Aleix.*

[1043] Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EUDER 271716/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas que en primera instancia modifica de exclusiva a compartida la custodia del menor. Apela la

Otras sentencias que esgrimen para fundamentar su resolución el argumento del trabajo de los progenitores son: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de noviembre de 2009[1044], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009[1045], y la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de diciembre de 2008[1046]: *la situación laboral del padre que le obliga a ausentarse del domicilio con cierta frecuencia y durante un tiempo prolongado (...).*

5.7.6.- Situación anterior a la ruptura y durante la ruptura de hecho

Tanto la situación acaecida durante el matrimonio como lo sucedido durante la ruptura de hecho, se tienen en cuenta, otorgándole mayor o menor importancia, para acordar un tipo u otro de custodia, tal y como se desarrolla en los siguientes epígrafes.

a) Situación anterior a la ruptura

La situación acaecida durante la convivencia del matrimonio o pareja con los hijos comunes es otro de los argumentos que suelen esgrimirse tanto en los escritos de parte, como utilizarse en las resoluciones judiciales, para resolver respecto a la guarda y custodia; Quién pasaba más tiempo con ellos, quien asumía las responsabilidades de salud, ropa, comida etc… de los menores, en definitiva, quien se ocupaba, o en que

madre la Sentencia y la Audiencia confirma la custodia compartida y fundamenta la Sentencia: *Así, respecto a la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor, el hecho de que en este momento la madre se encuentre en situación de desempleo, -circunstancia coyuntural que puede cambiar en cualquier momento-, lo cual motivaría la actual disponibilidad sin límites temporales al hijo menor, no significa que ello suponga un óbice o reproche a la guarda compartida, si por la actividad profesional del padre como director de una empresa familiar de restauración, junto a su hermana y sus padres, dispone de flexibilidad suficiente para compatibilizar el trabajo con la atención a la familia. Cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad no significa que se tenga que dedicar las veinticuatro horas del día a los hijos menores, pues ello sería incluso contraproducente al no respetar las parcelas de independencia familiar en que los menores pueden encontrarse a lo largo de la jornada, como tiempo escolar, deportivo, de ocio, etc, que justifican la abstracción de la participación inmediata de los progenitores, so pena de someter a los hijos menores a una hiperprotección incómoda e incluso desfavorable para su desarrollo. Atender al hijo supone estar a su lado lo necesario y conveniente y en nigún momento se ha demostrado que el padre no goce de esa disponibilidad, sin que ello deba implicar la desatención o el abandono de su actividad negocial, perfectamente compatible con las atenciones precisas a su hijo.*

[1044] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de noviembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 248847/2009).

[1045] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009, Ponente: Doña Carmen Martínez Sánchez (EUDER 291242/2009).

[1046] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de diciembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Julio Tasende Calvo (EUDER 322669/2008).

grado se ocupaba cada progenitor, de los hijos comunes. En concreto, para fijar la custodia compartida se analiza si ambos progenitores se han implicado en dicho cuidado y crianza de los menores, o por el contrario si solamente uno, o en su mayor parte uno, ha sido el que se ha dedicado al cuidado.

Entre los autores que se postulan aludiendo a esta circunstancia, una parte de ellos otorgan mucha importancia a atender a esta dedicación anterior, entre ellos se encuentran Garriga Gorina[1047] o Goiriena Lekue[1048]. Otros autores, consideran

[1047] GARRIGA GORINA, Margarita, "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, julio, 2008, págs. 1 – 15, pág. 6 – 13, expone la tesis del *aproximation standard*, que postula que la guarda y custodia se atribuya en función a la dedicación histórica a las tareas de cuidado por parte de los progenitores antes de la ruptura. Explica como fue un criterio propuesto por Elizabeth S. Scott en 1992 y fue el criterio que adoptó el *American Law Institute* en los *Principles of the Law of Family Dissolution,* como fórmula que debe adoptar el Juez en caso de no acuerdo de los progenitores. La autora enumera las ventajas de la aplicación de este criterio, que derivan fundamentalmente de que se toma como modelo las propias decisiones que los progenitores tomaron durante la convivencia:

- Este sistema refleja de forma más segura las preferencias más probables y mejor probadas de cada progenitor, consecuentemente: Favorece que la guarda se resuelva de forma cooperativa, propicia un clima de menor enfrentamiento, facilita el cumplimiento de los derechos y deberes resultantes de la resolución y reduce la posibilidad de negociación de la guarda por más o menos pensión.
- Al reproducir los roles anteriores al divorcio: El juez toma la decisión con información mucho más fiable, evita valorar elementos cualitativos tales como la capacidad de los progenitores o la calidad del vínculo paterno filial, evita que la decisión se base en predicciones especulativas sobre el futuro comportamiento de las personas, e impide que el juez decida sobre la base de sus prejuicios o valores personales sobre la organización de la familia.
- Este criterio es útil para conseguir estabilidad en los hijos porque éste visualiza las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia en la situación anterior.
- La norma es precisa, dado que es previsible el resultado de su aplicación, reduciendo la tendencia a crear una estrategia que implica una negociación larga y compleja.
- La intromisión del Estado en los asuntos de familia se reduce dado que son los propios padres, a tenor de lo que hacían antes del divorcio, quienes reparten las funciones. En este punto concluye la autora *Ello supone reconocer y validar los distintos modelos de organización del cuidado de los hijos de cada familia, en lugar de imponer un modelo idealizado de organización de esas funciones.*

También recoge los inconvenientes de este sistema:

- Con este sistema se decide sobre la guarda y custodia en atención a la organización familiar establecida durante la convivencia, cuando el divorcio no se planteaba. Consecuentemente es posible que uno de los progenitores se dedicará más a obtener recursos económicos y otro más al cuidado de los hijos. El planteamiento es si es adecuado trasladar a la situación de ruptura la situación anterior, dado que las dinámicas cambian y los progenitores se replantean su papel en la familia y la relación con los hijos. Es posible que el progenitor que no trabajaba empiece a trabajar y el que lo hacía reduzca su dedicación para participar en el cuidado de los hijos una vez rota su confianza en el otro progenitor. El progenitor que trabajaba puede sentirse penalizado por una decisión tomada en interés de la familia y en una convivencia familiar estable.
- Este criterio no valora la relación paterno filial, limitándose a proveer un estándar cuantitativo a los tribunales para facilitar la toma de decisiones. El criterio de organizar las funciones, no tiene porque significar que se valora quien es más capaz o se responsabiliza más de los hijos, porque dicha organización muchas veces responde a criterios de eficiencia económica.
- La norma asume la relación directa entre cantidad de tiempo dedicado a los hijos y calidad de trato que se les presta. Es decir, supone que se ignora que muchos valores que contribuyen a la formación de los hijos se transmiten no sólo estando sino también haciendo. El progenitor que trabaja puede estar educando al menor al transmitirle valores como el esfuerzo, la disciplina, la responsabilidad, y quizás el otro que pasa más horas es incapaz de educarle.
- Si da lugar a una guarda y custodia compartida, es ilusorio pretender reproducir la situación anterior.

importante pero no fundamental dicha cuestión; ejemplo de esta postura es Aguilar Cuenca[1049].

La jurisprudencia también tiene en cuenta la ocupación en el cuidado de los menores durante la vida familiar anterior a la ruptura, otorgando algunas Sentencias más importancia y otras menos a dicha cuestión:

Como principal y primera referencia, debemos señalar como el Tribunal Supremo incluye *(...) la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, como criterio relevante a tener en cuenta a fin de acordar o no una custodia compartida en supuesto contencioso:*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009[1050] *dice*: *Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus*

- Es sumamente difícil expresar en porcentajes la participación de cada progenitor en el cuidado de los hijos. También es difícil determinar qué periodo debe tenerse en cuenta, toda la vida de la familia en común, los últimos meses, años…

[1048] Para GOIRIENA, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 54 y 55, el interés del menor, en relación con la atribución de la guarda y custodia, suele coincidir con permanecer junto al progenitor con el que tiene una relación afectiva más estrecha, que será el progenitor que ha asumido durante la convivencia el cuidado diario del menor. Y al hilo de este argumento considera que la custodia compartida *(...)será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando esta fórmula no perjudique su estabilidad emocional que es el requisito para un adecuado desarrollo de su personalidad.* Es decir, si puede aunarse bienestar emocional del menor con su derecho a relacionarse de forma regular con ambos progenitores, la custodia compartida será la fórmula idónea. Por el contrario, si la custodia compartida pone en riesgo el bienestar emocional del menor, *(...) la primera cede a favor del segundo en aras a preservar dicho bienestar.*

[1049] Analizando los criterios de decisión utilizados para decidir el tipo de guarda y custodia a fijar, AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá,* Almuzara, 2006, págs. 84-85, destaca la importancia que se le ha otorgado y se le otorga a la implicación de los progenitores para con su hijos anterior al divorcio o separación. Expone como se le ha dado un valor predictivo exagerado. Reconoce la importancia de la situación anterior, sin embargo no la considera fundamental para la decisión de la custodia. Al hilo de esta afirmación, defiende como se observa en muchos progenitores el cambio sustancial tras la ruptura, implicándose activamente en la crianza de sus hijos. Continúa argumentando sobre el cambio de actitud tras la ruptura: *Esta actitud ha venido a ser criticada irónicamente con el apelativo de "síndrome de padre súbito", burla que refleja una visión conservadora y estática de los sujetos que no cambian o avanzan es, sin duda, la visión de una sociedad condenada a la extinción. Contra esta situación podemos reflexionar que el reparto de papeles previo no puede ser tomado como patrón de comportamiento fijo, una vez que las condiciones que llevaron a su aceptación por parte de los miembros de la pareja han cambiado radicalmente.*

[1050] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

relaciones con el menor (...) el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos... Se reitera la importancia de los criterios recogidos en la Sentencia de 8 de octubre del 2009 en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010[1051].

De entre las sentencias de las Audiencias Provinciales que consideran relevante la situación acaecida durante el matrimonio se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009[1052], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008[1053], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de junio de 2009[1054], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006[1055], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009[1056], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de febrero de 2009[1057], la Sentencia de la Audiencia Provincial de

[1051] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5294/2010).

[1052] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009, Ponente: Doña Carmen Martínez Sánchez (EUDER 291242/2009): En primera instancia se fija una custodia exclusiva a favor de la madre, medida recurrida por el padre en apelación. La Audiencia Provincial resuelve confirmando la custodia materna y respecto de la situación anterior a la crisis familiar dice: *(...) nadie ha puesto en duda la capacidad del padre para atender y cuidar de sus hijos simplemente se considera que por sus circunstancias laborales, tiene que viajar continuamente, y por el hecho de que la madre haya sido quien siempre los ha atendido con lo que el vínculo con ella es mayor, como evidencia la psicóloga, y única y exclusivamente por el interés de esos niños, objetivo que debe primar, es por lo que se ha concedido la guarda y custodia a la madre (...).*

[1053] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008, Ponente: Don Rafael Fernández Martínez (EUDER 313659/2008), mantiene la custodia materna fijada en primera instancia considerando que *(...) ha sido la madre desde el nacimiento de su hija y tras la convivencia conyugal la que se ha ocupado básicamente de la atención continuada de la menor, situación que se ha reflejado como idónea desde la adopción de las medidas provisionales dictadas por el Juzgado de Instancia.*

[1054] En igual sentido, también motivando la custodia materna fijada en primera instancia, Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de junio de 2009, Ponente: Don Miguel Ángel Callejo Sánchez (EUDER 92708/2009), afirma como: *Se ha de tener en cuenta el hecho de que la madre se ha dedicado gran parte del tiempo a cuidar a sus dos hijas, pues ha gozado de licencia por maternidad, y después, desde el mes febrero del año 2003, hasta el 31 de Julio de 2006 ha disfrutado de excedencia por cuidado de hija desde el 4 de Enero de 2005 hasta el 26 de Septiembre de 2005, acudiendo con regularidad a llevar y recoger a Nuria al Colegio.*

[1055] Fundamentando la negativa a la custodia compartida, y tras aludir a que no se discute la capacidad del padre, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Antonio Molina García (EUDER 170078/2006), alude a la situación durante el matrimonio como relevante para acordar la custodia compartida: *(...) desde luego no consta que las desplegara durante el tiempo de convivencia, lo que hubiera podido ser un presupuesto para la adopción de esa medida ahora, por lo que manteniendo este criterio de la sentencia apelada, procede desestimar el recurso.*

[1056] Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009): En primera instancia se acuerda la custodia exclusiva materna, y en apelación, tras recurso del padre solicitando se modificara por la compartida, se mantiene la medida de primera instancia y dice: *En la prueba de interrogatorio se ha puesto de manifiesto por ambos progenitores que durante el periodo de convivencia, la que se ocupada de facto del menor era la madre, y el padre sólo ocasionalmente.*

[1057] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Díaz Muyor (EUDER 19924/2009): Fija una custodia exclusiva a favor de la madre la Sentencia de Primera Instancia. Recurre el padre para que se fije la compartida, y la Audiencia Provincial

Alicante de 22 de enero de 2009[1058] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de octubre de 2005[1059].

No obstante, también existen sentencias que no otorgan a dicha dedicación anterior durante la convivencia familiar tanta relevancia, tales como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1060] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009[1061].

b) Situación durante la ruptura de hecho y/o durante la aplicación de las medidas provisionales

mantiene la medida de primera instancia y explica: *Como ya ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia (SAP Barcelona de 12 de enero de 2006, 20 de enero de 2007, 4 de julio de 2007, 27 de septiembre de 2007 y 13 de marzo de 2008) un factor importante a valorar para determinar el sistema de custodia que se ajusta más al interés de los menores, es el relativo a la dinámica familiar seguida constante la convivencia familiar y después de la ruptura, el sistema de convivencia y de distribución de funciones o roles entre ambos progenitores, al objeto de asegurar a los menores, si ello es posible, un sistema de guarda lo mas parecido posible al que venian disfrutando con anterioridad y la valoración de este factor nos lleva a una convicción coincidente con la del Juzgador de Instancia, la de considerar que lo que más se ajusta al interés de la menor es la guarda materna.*

[1058] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 303638/2009), justifica el mantenimiento de la custodia exclusiva materna fijado en primera instancia entre otras cuestiones con el siguiente argumento: *También resulta de las actuaciones que aunque el apelante ha participado o intentado participar activamente en el cuidado de su hija, ha sido la esposa quien con mayor asiduidad se ha encargado de ella, lo que justifica la opción del Juzgado.*

[1059] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de octubre de 2005, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (SP/SENT/82173), niega la custodia compartida entre otras cuestiones porque considera la medida *(...) absolutamente inconveniente, para padres e hijos, una decisión semejante; en primer lugar, para los niños, más acostumbrados a vivir habitualmente con la madre ya que los sucesivos trabajos que ha desempeñado el padre le obligaban a ausentarse frecuentemente (...).*

[1060] La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida dado que considera que es el modelo mejor atendiendo a las circunstancias familiares concurrentes. Respecto de la situación de la familia durante la convivencia dice: *Al respecto se ha de llamar la atención, por un lado, en que esas circunstancias a valorar son las apreciadas en la actualidad sin que se pueda retrotraer ese examen a momentos pretéritos en las que la madre, efectivamente, pudo desempeñar un papel más relevante en la crianza de sus hijos, debido a coyunturales compromisos del padre que incluso le obligaron a desplazarse por un tiempo a Alemania y a traslados de residencia que fueron aceptados, pero perjudicando con ello la esposa su propia trayectoria profesional (...).*

[1061] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): En primera instancia el Juez acuerda la custodia compartida y la Audiencia mantiene la medida considerando importante pero no determinante la situación anterior: *Si el padre se ocupó mucho o poco de las niñas antes de la separación, es algo que si bien tiene que ser tenido en cuenta no puede erigirse en factor determinante para otorgar o denegar la guarda y custodia compartida. Desde que se inició el procedimiento, consta que se viene ocupando de las niñas, cuidándolas y que ambos progenitores han sabido preservar a las hijas del conflicto personal entre ellos.*

Cuestión diferente a la analizada en el epígrafe anterior, es la consolidación de la situación de hecho que se ha producido durante la ruptura de hecho, previo al procedimiento de separación, divorcio o medidas paternofiliales que deba resolver la guarda y custodia. Es decir, en ocasiones en las sentencias del procedimiento principal utilizan como argumento a fin de mantener la guarda y custodia que de hecho se haya fijado, lo acaecido durante la ruptura de hecho, y/o durante la aplicación de las medidas provisionales. Sobre este aspecto, Pérez Martín[1062] explica como cuando se ha consolidado una situación de convivencia de los hijos con uno de los progenitores, suele ser respetada por los tribunales sobre la base de que si ha sido y es satisfactoria esa convivencia para los menores, no es aconsejable alterarla.

También la jurisprudencia alude a la situación creada durante la separación de hecho o en la aplicación de las medidas provisionales como elemento importante para mantener la custodia compartida o la exclusiva:

Entre otras aluden a esta circunstancia para mantener la custodia compartida, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1063], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[1064] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 de febrero de 2007[1065].

[1062] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 242.

[1063] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), fija en medidas provisionales una custodia compartida y mantiene la medida en el pleito principal, fundamentando la resolución, entre otras cuestiones, en la situación anterior al procedimiento: *En nuestro Auto de medidas provisionales decíamos que la convivencia de los litigantes había cesado en fecha muy reciente (junio de 2009), de manera que su hijo había disfrutado continuadamente de la presencia de ambos durante sus cortos meses de vida, pues nació el primer día del mismo año. Además, quedó acreditado en dicha pieza separada que ambos progenitores asumían la tarea de atender las necesidades requeridas por el niño durante la convivencia paraconyugal, por cuyo motivo fue aprobado provisionalmente el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el demandado, con la finalidad de mantener las relaciones existentes del hijo con cada uno de sus progenitores para adecuarlas a la nueva situación de ruptura de la convivencia, con su corolario natural de reparto del tiempo del menor con aquéllos.*

[1064] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida por el Juzgador y la Audiencia mantiene la medida aludiendo a lo acaecido en la separación de hecho: *(...) desde septiembre de 2007 y durante varios meses las hijas alternaron sus estancias por semanas sucesivas con cada uno de ellos, dando lugar a una experiencia "de facto" de guarda y custodia compartida que, sin duda, resultó favorable para las menores (...).*

[1065] La Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 de febrero de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Muñiz Díez (EUDER 88928/2007), resuelve un caso en el que se acuerda una custodia compartida en primera instancia. En segunda instancia recurre la madre dicha medida, y la Audiencia confirma la misma, esgrimiendo que el régimen de visitas del padre acordado de mutuo acuerdo durante la separación de hecho, no dista mucho de la custodia compartida fijada: *Ciertamente no existe acuerdo entre los progenitores si nos atenemos estrictamente al régimen de custodia compartida establecido pero no lo es menos que el mismo difiere escasamente del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el padre que se viene desarrollando, por acuerdo entre los progenitores, desde que se produjo la separación de hecho con el cese efectivo de la convivencia (...).*

Y para mantener la custodia exclusiva aluden a esta cuestión las siguientes Sentencias: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009[1066], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de noviembre de 2008[1067], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010[1068], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004[1069], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2009[1070] y de 19 de marzo de 2010[1071], y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010[1072].

[1066] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009, Ponente: Doña Marta Vicente de Gregorio (EDJ 2009/114444): En primera instancia se acuerda la custodia materna y tras recurso de apelación del padre solicitando la compartida, se mantiene por la Audiencia la custodia materna aludiendo a que: *Ciertamente, quien ha venido ostentando la guarda del menor y quien se está encargando de las labores de cuidado diario de Sixto desde que comenzó el procedimiento de separación, y a tenor de las medidas provisionales acordadas en su momento, es su madre con quien convive en Cuenca, aceptando los razonamientos aducidos por el juzgador a quo, siendo que un cambio en lo relativo a la guardia y custodia podría afectarle de forma negativa.*

[1067] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de noviembre de 2008, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 237923/2008): En primera instancia se atribuye a la madre la custodia exclusiva confirmando la Audiencia, tras la petición de que fuera compartida por el padre, la medida, en base, entre otras cuestiones a que *(...) consta que desde el momento de la crisis matrimonial los menores han permanecido con su madre, como no podía ser de otro modo, y ello porque las obligaciones laborales del padre, que no reside en la misma localidad, le obligan a continuos desplazamientos (...).*

[1068] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/520007), alude para mantener a la custodia materna de las tres hijas que: *(...) en atención a que las tres hijas menores, han venido conviviendo con la progenitora femenina, quien se encuentra perfectamente capacitada para el ejercicio de las funciones que conlleva la guarda (...).*

[1069] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EDJ 2004/73912), resuelve un asunto en el que se fija una custodia exclusiva materna en primera instancia, y la Audiencia confirma la medida y alude a que *(...) los hijos han convivido con la madre desde la separación y que la hija mayor ha manifestado el deseo de vivir con ella y no con el padre, y que el menor tiene 6 años de edad, no constando que la guarda que desarrolla la misma sea inadecuada para el correcto desarrollo emocional y educativo de los menores (...).*

[1070] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 269977/2009), esgrime la convivencia con el padre como motivo del mantenimiento de la custodia paterna: *En el caso de autos consta acreditado que la menor llevaba conviviendo con el padre unos tres años en el momento de practicarse la exploración judicial en la primera instancia, y en dicho acto manifestó abiertamente que desea seguir viviendo con él, por lo que, al no constar en las actuaciones datos objetivos que aconsejen un cambio de la guarda y custodia que ha venido siendo ostentada por el ahora apelado (...).*

[1071] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (SP/SENT/507534), mantiene la custodia materna aludiendo a la guarda de hecho: *En el caso de autos consta acreditado que el menor llevaba conviviendo con la madre, que ha venido ejerciendo la* guarda *de hecho, desde la ruptura de la convivencia de sus progenitores o separación de hecho de los mismos acaecida en junio de 2008 según señala en su escrito de demanda, sin que obren en las actuaciones datos objetivos que evidencien que haya resultado perjudicial para el hijo ni que aconsejen en este momento un cambio de sistema de* guarda *por uno de los progenitores, en este caso la madre, al sistema de guarda compartida (...).*

[1072] También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/503748) dice: *Desde que se produjo la ruptura matrimonial la hija Elena Carmen nacida el 14 de Febrero de 1.993 ha permanecido con la madre que tuvo una dedicación preferente a ella durante el matrimonio, sin que haya habido alguna consecuencia negativa para la misma.*

Por el contrario, no tiene en cuenta la situación durante la separación de hecho, en la que los progenitores habían intentado una custodia compartida, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002[1073], que mantiene la custodia materna exclusiva fijada en primera instancia.

Al hilo de lo expuesto en los párrafos precedentes, considero importante aludir a que dar excesiva relevancia a lo que ha acaecido, en concreto, durante la vigencia de las medidas provisionales puede ser riesgoso. El problema considero puede encontrarse en que utilizar como argumento lo decidido en las medidas provisionales y el modo en que han aplicado las mismas, puede derivar en que las medidas provisionales se conviertan en el procedimiento más importante, dado que como probablemente, en gran parte de los casos, los hijos estarán bien en una custodia exclusiva y en una compartida, la opción decidida en dichas medidas provisionales tendrá muchas posibilidades de permanecer en el pleito principal. Esto es más grave aún si atendemos a que dicha resolución se adopta normalmente con menos acervo probatorio que el pleito principal, y además, en las medidas provisionales, más aún en las previas, el juzgado, dado que se tratan de medidas no definitivas, suele tender a tratar de lograr con mayor ahínco un acuerdo, lo que también puede perjudicar si dicho acuerdo se alcanza por alguno de los progenitores confiando en que será provisional la medida. Por tanto el procedimiento provisional se convierte *de facto,* en ocasiones, en el pleito principal.

Entre otras, considero interesantes sobre esta cuestión las sentencias siguientes: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1074], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo

[1073] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002, Sección 2ª, Ponente: Don Augusto Maeso Ventureira (EDJ 2002/98165) dice: *Que las partes hubieran intentado anteriormente dicha custodia compartida, de hecho, nada supone de relevancia, por tratarse de una materia no sometida al principio dispositivo de los litigantes, porque indica la parte actora que dicho intento no resultó satisfactorio y porque el propio demandado-reconviniente mostró conformidad en la pieza de medidas provisionales con que la guarda y custodia de la menor se otorgara en exclusividad a la madre.*

[1074] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban la compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida y en el pleito principal se confirma la medida y uno de los argumentos para mantener la custodia compartida es: *(...) a través del interrogatorio de los litigantes se ha podido comprobar el positivo desarrollo desde el mes de julio hasta la actualidad de dicha medida provisional adoptada en su día, pues el menor (...) ha experimentado con normalidad sus estancias sucesivas con cada uno da los progenitores, y se han producido acuerdos entre éstos en asuntos puntuales que afectan de manera muy relevante a la vida del niño, dada su corta edad; asuntos tales como su asistencia o no a una guardería, o el establecimiento de visitas del progenitor no custodio*

de 2007[1075] y la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 19 de febrero de 2009[1076].

En mi opinión es relevante tanto la situación durante la convivencia del matrimonio o pareja, como la situación de hecho generada tras la ruptura y lo acaecido durante la aplicación de las medidas provisionales, es una circunstancia más a tener en cuenta. Sin embargo considero que ninguna de dichas cuestiones deberán de forma genérica tratarse como normas generales de denegación de la custodia compartida. Opino que de ambas situaciones, la que más relevancia tiene es lo acaecida durante la vida matrimonial, mas ésta deberá también tratarse con tiento y detalle, dado que no es lo mismo analizar una familia con un niño de un año que una familia de un hijo de 10 años; no es lo mismo un progenitor que no se ha implicado en absoluto en la crianza, que otro que se ha dedicado a trabajar pero todo su tiempo libre lo ha dedicado a los menores, ha variado su horario para tratar de salir antes etc…

En páginas anteriores he expuesto la problemática que a mi juicio puede generar dar excesiva importancia a lo acaecido en la aplicación de las medidas provisionales o durante la ruptura de hecho. Creo que lo acaecido durante la separación de hecho y durante la aplicación de las medidas provisionales ha de tenerse en cuenta, pero en modo alguno debe ser ni determinante ni el argumento único ni siquiera principal.

5.7.7.- Capacidad para asumir la guarda y custodia de los progenitores

La capacidad de ambos progenitores es requisito imprescindible para la fijación de la custodia compartida, pero en modo alguno requisito único. Es decir, se exige que ambos progenitores tengan capacidad para asumir la custodia, pero pese a que quede

a la hora del baño y la cena del menor. Razones todas ellas que vienen a reforzar la bondad de la decisión adoptada, consistente en establecer la guarda y custodia compartida (...).

[1075] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 26028/2007): En primera instancia se atribuye la guarda y custodia exclusiva del hijo menor a la madre, y el padre recurre en apelación solicitando se le atribuya a él la custodia exclusiva y subsidiariamente se acuerde la compartida. La Audiencia confirma la resolución de instancia y mantiene la custodia exclusiva aludiendo a que *(...) la madre ha venido ocupándose del cuidado y educación del menor, en aplicación debida del art. 92 del Código Civil, basado en el prinpicio preferente del interés del menor para la atribución de su guarda y custodia. Las circunstancias concurrentes no indican que se precise ninguna modificación de la guarda y custodia del menor desde que los litigantes se separaron de hecho a finales de 2.004 y así se estableció en el Auto de Medidas Provisionales de 31 de marzo de 2.005.*

[1076] En términos similares se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 118603/2009).

acreditado en el procedimiento que ambos progenitores tienen dicha capacidad, ello no supone automáticamente la fijación de una custodia compartida. Son muchas las sentencias reconocen la capacidad de ambos progenitores, y sin embargo no acuerdan la custodia compartida: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006[1077], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007[1078], la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 11 de febrero de 2008[1079], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de Septiembre de 2010[1080], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Mayo de 2010[1081], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007[1082] o la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 5 de mayo de 2005[1083].

[1077] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Antonio Molina García (EUDER 170078/2006) dice: *(...) inconveniencia de esa custodia compartida, porque nada de utilidad aporta al hijo el trasiego de una domicilio a otro, independientemente de las facultades que el padre tenga para su cuidado y asistencia (...).*

[1078] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 314829/2007): En primera instancia la custodia se atribuye a la madre, el padre recurre en apelación solicitando la custodia compartida, y la Audiencia Provincial la desestima*: (...) por cuanto que toda la prueba practicada en las actuaciones pone de manifiesto que si bien es cierto que el padre se encuentra sin duda alguna capacitado para el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos menores de edad Javier y Julián, sin embargo también es cierto que la madre Dª. María Cristina, que se encuentra igualmente capacitada para ejercer dicha guarda y custodia, no ha mostrado su conformidad a que la misma sea ejercida en forma compartida (...).*

[1079] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008, Ponente: Don Iñigo Francisco Suárez Odriozola (EUDER 50191/2008), desestima el recurso de apelación del padre en el que solicitaba se revocara la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia por una compartida, pese a que la Audiencia alude a que: *Este juicio, que la Sala comparte, no debe ser interpretado como una declaraciòn de falta de aptitud, responsabilidad o capacidad del Sr. Gabino para asumir las funciones de educaciòn, cuidado y asistencia del menor. Por contra la Sala considera que ambos progenitores estàn cualificados para ello.*

[1080] Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (SP/SENT/523269): Se fija en primera instancia una custodia materna exclusiva y se confirma dicha medida en apelación: *Teniendo en cuenta lo antes expuesto, comprobamos que, aún partiendo de la base de que ambos padres están perfectamente capacitados para el cuidado y atención de su hijo, el informe psicosocial no recomienda la citada custodia compartida, y además no concurren en el caso de autos los requisitos legales exigidos por el artículo 92 del Código Civil , para poder otorgar la guarda y custodia compartida.*

[1081] Pese a reconocer *El padre tiene también capacidad para asumir la guarda y custodia,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Mayo de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/515106), confirma la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia.

[1082] En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 26028/2007), resuelve el recurso de apelación del padre en el que solicitaba se le atribuya a él la custodia exclusiva y subsidiariamente se acuerde la compartida. La Audiencia confirma la resolución de instancia y mantiene la custodia exclusiva, pero explica como: *La adopción de esta medida no implica efectuar ningún juicio sobre la capacidad del padre-apelante para el ejercicio de las tareas de cuidado y atención que precisa su hijo, es decir, no se cuestiona que el padre sea inidóneo para desarrollar las actividades de cuidado y atención que precisa el menor.*

[1083] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de mayo de 2005, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EUDER 100531/2005), en la que se mantiene la custodia exclusiva paterna fijada en primera instancia, motiva aludiendo a que del resultado del informe psicosocial practicado en segunda instancia se deriva la conclusión de que *(...) los dos progenitores están*

Sin embargo, tal y como se ha aludido, si se acuerda una custodia compartida en la mayoría de las sentencias se recoge expresamente la capacidad de ambos progenitores para ejercerla, tal y como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1084], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009[1085] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[1086].

A modo ilustrativo, reseñar otras sentencias en las que se deniega o acuerda la custodia compartida, pero en las que se trae a colación la capacidad de los progenitores: Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008[1087], Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009[1088], Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009[1089], Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1090],

perfectamente capacitados para atender a la hija matrimonial menor de edad; y más adelante insiste en que: *Por ello vamos a mantener la sentencia recurrida en sus propios términos. Pero en el bien entendido de que consideramos a los dos progenitores totalmente capacitados para la guarda y custodia de la menor como lo están demostrando de la manera más eficiente.*

[1084] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009): Se acuerda en primera instancia una guarda y custodia compartida y tras recurso de apelación para revocar la misma, la Audiencia mantiene la medida: *(...) en el presente caso el régimen de la guarda y custodia compartida se basa en el informe realizado por el Psicólogo, D. José , designado en el procedimiento, obrante a los folios 204 a 212, y ratificado en el acto de juicio, afirmándose en el informe que no existe condición incapacitante en el padre o madre para el ejercicio de la custodia, que ambos están capacitados para ejercer la custodia y que los dos desean ejercer la custodia por convicción (...).*

[1085] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), se revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida: *En consecuencia, si ambos padres están capacitados para el cuidado de su hija en exclusiva, mejor defendida estará su derecho a un desarrollo integral de su personalidad si puede contar razonablemente con la presencia por igual de sus progenitores.*

[1086] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223), que en primera instancia acuerda una custodia exclusiva, en apelación modifica la medida y acuerda una custodia compartida, fundamentando la resolución entre otros, con el argumento de que: *(...) los dos progenitores gozan de capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentar la custodia de sus hijos, tal como se colige del informe del SATAV (...).*

[1087] Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 34471/2008).

[1088] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 245193/2009).

[1089] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009, Ponente: Doña Carmen Martínez Sánchez (EUDER 291242/2009).

[1090] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2007[1091], Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009[1092], y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de febrero de 2002[1093].

[1091] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2007, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EUDER 314900/2007).
[1092] Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009).
[1093] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de febrero de 2002, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpíroz (JUR 2002\218831).

CAPÍTULO VII.- DISTINTAS FÓRMULAS DE APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La fórmula de instauración en la realidad de la guarda y custodia compartida es una de las cuestiones complejas a decidir[1094]. Existen múltiples sistemas o fórmulas diferentes. La fórmula concreta elegida debe plasmarse en el convenio regulador o en la sentencia[1095]. A mi modo de ver, indudablemente *a priori* la mejor de las fórmulas será la acordada por los progenitores, que son quienes verdaderamente conocen su situación y su mejor sistema de organización.

Dentro de las múltiples posibilidades o modalidades de "poner en práctica" la guarda y custodia compartida, básicamente dos son los parámetros fundamentales a tener en cuenta: Los periodos de convivencia y el domicilio de los menores.

1.- Periodos de convivencia

A mi juicio uno de los fines de este tipo de custodia, tal y como he desarrollado en el capítulo dedicado a la aproximación conceptual, es que el menor pase más tiempo de convivencia con ambos progenitores y se acerque lo más posible a un tiempo igualitario para ambos. Las opciones temporales de permanencia que tienen unos periodos para cada progenitor igualitarios se recogen en la mayoría de las resoluciones judiciales. No obstante, se recoge alguna sentencia con una periodicidad no al 50%, pero ciertamente son muy limitadas.

Desde el punto de vista de los periodos de convivencia la alternancia de los progenitores puede ser por curso escolar, por semestres, por meses, por quincenas, por

[1094] En este sentido FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Mª Soledad, *Guarda y custodia compartida: admisión en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188144, afirma que existen *(...) tantas modalidades de custodia compartida como se pretenda.* Alude la autora a como cada caso es muy particular, y que debe atenderse a múltiples factores como ubicación geográfica, horario escolar, carga laboral de los progenitores, número de hijos etc…
[1095] Subraya PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "La custodia compartida a la luz de la reciente praxis judicial", *El Derecho*, BDF, núm. 69, junio de 2007, EDO 2007/39760, que: *El nuevo texto legal, simplemente, omite toda referencia a modalidades concretas de régimen de guarda y custodia compartida.*

semanas, hasta por tiempo inferior al semanal.[1096] Al hilo de esta cuestión, Campuzano Tomé[1097] considera que es irrelevante el tiempo que se asigne a cada periodo de convivencia para calificar una custodia como compartida, pudiendo ser los periodos anuales, mensuales, semanales, quincenales, o incluso diarios.

Por su parte, Guilarte Martín - Calero[1098] explica que la frecuencia de la alternancia no se determina en la Ley, y ello puede deberse a que sea una cuestión dejada al arbitrio del juzgador, quien fijará, a tenor de las circunstancias del caso (tales como la edad de los hijos, la dinámica escolar, la disponibilidad de los padres), que la alternancia sea diaria, semanal, quincenal etc… También alude a que los periodos vacacionales quizá sea más conveniente seguir el criterio de dividirlos por mitad.

Por último Tamayo Haya[1099] se pregunta tras admitir que son posibles diversas modalidades: *¿con qué periodicidad se deben repartir los periodos de convivencia? ¿dónde residirán los hijos? ¿serán los padres los que cambien de domicilio? (...)* y concluye que no es función del legislador detallar estas cuestiones dado que cada situación es distinta. Considera más adecuado *(...) fijar un marco amplio y flexible dentro del cual pueda tener acogida la diversidad de situaciones que puedan plantearse en el caso concreto.*

Tal y como se observa, los motivos o factores a tener en cuenta para la fijación de una u otra periodicidad son diversos. Uno de los argumentos que más importancia se otorga a fin de "atinar" con la periodicidad, es la edad de los menores. De hecho, tal y como se expondrá en otro apartado posterior del presente trabajo, cuando los hijos son muy pequeños, se utiliza esta corta edad como argumento de negativa para fijar la guarda y custodia compartida.

Veamos las diferentes alternativas que suelen acordarse en la práctica:

1.1.- Alternancia menor a la semanal

[1096] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita en GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 197, plantea la diversidad de posibilidades: pasar la mitad de la semana con cada progenitor, los trimestres académicos, el año escolar con uno y todo el verano con el otro, o la alternancia por meses.
[1097] CAMPUZANO, "La custodia compartida…", *op.cit.*.
[1098] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 21 – 22.
[1099] TAMAYO, "El ejercicio de la patria potestad…", *op.cit.*.

Es aconsejable para López – Rendo Rodríguez[1100] la alternancia diaria incluso hasta los 12 años. Explica como no suelen presentar problemas al estar los hijos en contacto con cada progenitor todas las semanas, notando menos el vacío de la ausencia de un progenitor.

Esgrimiendo la antedicha edad del menor, Viñas Maestre[1101] considera que resulta *(...) en principio desaconsejable para un niño los primeros meses de vida, pues es indispensable la estabilidad física y personal con el adulto cuidador de referencia, aconsejándose en este supuesto aumentar la frecuencia de las visitas semanales.* Tras estos meses y hasta los seis o siete años, considera que debe partirse la semana creando referencias fijas y alternando los fines de semana (lunes/martes - miércoles/jueves, y fines de semana alternos) asegurándose la regularidad en la vida de los menores, vinculando algunas actividades a la estancia en casa del padre y otras a las estancias en casa de la madre.

Múltiples sentencias recogen una alternancia menor a la semanal: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[1102], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010[1103] y de 20 de febrero de 2007[1104], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009[1105], la misma Audiencia Provincial en Sentencia de 6 de noviembre de 2009[1106], la

[1100] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 17 y 18.
[1101] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*.
[1102] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008), resuelve un recurso de apelación en el que se discute la custodia compartida fijada en primera instancia, y resuelve manteniendo la custodia compartida que se concretaba del siguiente modo: *(...) con el progenitor desde el lunes (a mediodía) o en su defecto la salida del colegio hasta el viernes por la mañana, y con la progenitora, desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada el lunes en todos los fines de semana, junto a la tarde de los miércoles de forma alterna, desde la salida del colegio hasta las 20'30 horas.*
[1103] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530) fija una custodia compartida que se ejercerá del siguiente modo: *(...) los hijos menores residirán con su madre los lunes y martes y con el padre los miércoles y jueves, llevándolos respectivamente los miércoles y los viernes por la mañana al centro escolar; los fines de semana que comprenderán desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes por la mañana convivirán de forma alterna con uno y otro progenitor,* y los periodos de vacaciones los fija por mitad.
[1104] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223) considera no conveniente una custodia compartida semanal y fija el siguiente régimen de custodia compartida: *(...) lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre (...),* y los fines de semana alternos.
[1105] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009) estima el recurso y modifica la custodia compartida de la Sentencia de instancia por una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia acordaba la siguiente custodia compartida: *-a)Cada progenitor estará con los menores los fines de semana alternos, siendo recogidos por parte del progenitor al que le corresponda el viernes a la salida del centro escolar y entregados el lunes al inicio de las clases en dicho centro. -b) El padre*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009[1107], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996[1108] o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010[1109].

1.2.- Alternancia semanal

Considera López – Rendo Rodríguez[1110], que es una posibilidad aconsejable a partir de los 12 años y hasta la mayoría de edad, permitiendo en la adolescencia que el hijo tenga el referente de ambos progenitores y que estos se involucren en los problemas relacionados con estas edades y comprendan mejor la ruptura de sus padres. Para Viñas Maestre[1111] esta sería la alternancia adecuada de los ocho a los doce años, dado que el menor comienza a tener autonomía y control de la organización de sus actividades.

También son múltiples las sentencias en las que se acuerda la periodicidad semanal: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de

recogerá a los menores todos los martes por la tarde a la salida del centro escolar, y los tendrá consigo hasta el jueves que los reintegrará por la mañana al propio colegio.

[1106] Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272216/2009): En primera instancia se acordó una custodia compartida y la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y fija una custodia exclusiva materna. Respecto de los periodos de la custodia compartida, la Sentencia de Primera Instancia acordó: *(...) el progenitor podrá disfrutar en compañía de su hijo dos tardes intersemanales, las cuales a falta de acuerdo serán fijadas los martes y miércoles desde la salida del centro escolar del martes hasta su reingreso en el mismo, el jueves al inicio de las clases.* Fija asimismo los fines de semana alternos.

[1107] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 184951/2009) se resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de instancia que fija la custodia compartida, y la Audiencia no la revoca. La Sentencia de instancia fija una custodia compartida con la siguiente periodicidad: *Que D. Anselmo, tendrá consigo a las hijas comunes Berta y Delfina: todos los martes y miércoles desde la salida de las menores del Centro escolar hasta su entrada en el Centro escolar al que asisten a la mañana siguiente, así como los fines de semana alternos desde el viernes a la salida de las menores del Centro escolar al que asisten hasta el lunes que deberá llevarlas al indicado Centro escolar.*

[1108] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996, Ponente: Don Jesús María Medrano Durán (EDJ 1996/2950): En primera Instancia se fija una custodia compartida y en segunda instancia se revoca la Sentencia y se acuerda una custodia exclusiva materna. Fija una custodia compartida el Juzgado de Primera instancia con la siguiente periodicidad: *a).- Los lunes y martes, el menor estará con su padre. b).- Los miércoles y jueves, dicho menor estará con su madre.* Los fines de semana los fija alternos.

[1109] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EDJ 2010/2931) estima una demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba una custodia compartida en lugar de la vigente exclusiva. La Sentencia acuerda una custodia compartida con la siguiente periodicidad: *1.- Poncio, convivirá y estará bajo la guarda y custodia del padre: a) Por semanas alternas desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana en que vaya al centro escolar. b) Los puentes escolares se unirán al fin de semana. c) Todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves en que lo lleve al centro escolar*

[1110] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 17 y 18.

[1111] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*.

22 de enero de 2010[1112], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009[1113], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009[1114], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de marzo de 2009[1115] y de 27 de noviembre de 2009[1116], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006[1117], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009[1118], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de julio de 2008[1119], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de Septiembre de 2010[1120], la Sentencia de la Audiencia

[1112] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010) establece la custodia compartida *(...) por semanas alternas, comenzando y finalizando el domingo por la tarde.*

[1113] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 17 de octubre de 2008 en la que acordó la custodia compartida y la Audiencia mantuvo la medida. Se fija una custodia compartida *(...) por semanas alternas, de forma que el progenitor que le corresponda recogerá a las menores en el domicilio en que se encuentren a las 19.00 horas del domingo.*

[1114] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009) fija una custodia compartida por periodos semanales desde las 20:00 horas del domingo a las 20:00 del domingo.

[1115] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de marzo de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Antonio Mascaro Lazcano (EUDER 87730/2009), revoca la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en la que se acordaba la custodia compartida del hijo menor, acordando una custodia exclusiva para la madre. En la Sentencia de instancia se fijaba una custodia compartida del siguiente modo: *Alternando una semana con cada uno de los progenitores. Esto es durante el curso escolar, el menor pasará con cada uno de ellos una semana, comenzando cada una de éstas el viernes a la salida del colegio y finalizando el viernes siguiente a la entrada del mismo.*

[1116] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009), también se establece una custodia compartida *(...) por semanas alternas y haciéndose las transiciones del domicilio materno al paterno y viceversa, los viernes a la salida del colegio.*

[1117] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 225809/2006), desestima el recurso de apelación y mantiene la guarda y custodia compartida por períodos semanales, entregando y recogiendo al menor los viernes.

[1118] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas contencioso, en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Torrelavega, en Sentencia de 26 de mayo de 2008, modifica la custodia exclusiva fijada de mutuo acuerdo por una custodia compartida, y la Audiencia resuelve desestimando el recurso. El Juzgado de Primera Instancia acordó fijar una custodia compartida del siguiente modo: *Para la ejecución de la guarda compartida Marí Juana pasará una semana alterna y con pernocta con cada uno de sus padres, comenzando con su madre y después con su padre, entregando o recogiendo el padre a la menor en el domicilio materno todos los Domingos a las 20 horas.*

[1119] Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de julio de 2008 (EUDER 202648/2008): La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de octubre de 2007, acuerda una custodia compartida de la hija menor, confirmando la Audiencia dicho pronunciamiento. En la Sentencia de instancia se fijaba una custodia compartida del siguiente modo: *La menor estará con cada progenitor en semanas alternas, llevándola el lunes al colegio el progenitor que la tenga y recogiéndola a la salida del colegio de dicho lunes el progenitor al que le corresponda la semana siguiente (...).*

[1120] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Isabel Soler Navarro (SP/SENT/531695), resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de Primera Instancia en la que se fijaba una custodia exclusiva materna y la Audiencia acuerda modificar

Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2009[1121], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010[1122] y de 28 de Octubre de 2010[1123], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007[1124] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 enero de 2004[1125].

1.3.- Alternancia quincenal

No la considera tan beneficiosa en menores de 12 años López – Rendo Rodríguez[1126], dado que puede generar inestabilidad en los menores, teniendo que cambiar cada 15 días de progenitor y los padres dejan de estar al día de los problemas de los hijos. Fija en la adolescencia Viñas Maestre[1127] el momento para aplicar esta alternancia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[1128] no revoca la custodia compartida acordada por el Juzgado de primera instancia, que fijaba una custodia compartida por periodos de dos semanas.

1.4.- Alternancia mensual

la medida y acordar una custodia compartida: *(...) por semanas alternas enteras que se contaran de viernes a viernes (...).*

[1121] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2009, Sección 6ª, Ponente: Doña María de la Soledad Jurado Rodríguez (EUDER 302700/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas que incoa el padre, y en primera instancia se fija una custodia compartida por semanas alternas de viernes a viernes. La Audiencia revoca la Sentencia de instancia.

[1122] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010): En la Sentencia de Primera Instancia se acuerda la guarda y custodia compartida, la madre recurre en apelación solicitando la fijación de la exclusiva y la Audiencia Provincial estima el recurso y fija una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera instancia fijaba una custodia compartida *(...) por semanas alternas, y mitad de vacaciones escolares de la menor (...).*

[1123] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010, Sección 12ª, Ponente: Doña Myriam Sambola Cabrer (SP/SENT/531539).

[1124] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007), establece una guarda y custodia compartida *(...) por semanas alternas de domingo a domingo y las 20 horas, debiendo ser reintegradas las menores al domicilio del progenitor contrario.*

[1125] Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, Sección 5ª, Ponente: José Herrera Tagua (SP/SENT/55075).

[1126] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 17 y 18.

[1127] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*.

[1128] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008) dice: *La guarda y custodia deberá ser ejercida por periodos alternos de dos semanas por los progenitores, que principiarán y terminarán en domingo, de tal manera que cada dos domingos, a las veinte horas se produzca el cambio de progenitor no custodio (...).*

La alternancia mensual también es una opción temporal utilizada de forma frecuente por los juzgados y tribunales, tal y como se observa en sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009[1129], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[1130], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009[1131], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 abril de 1999[1132] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010[1133].

1.5.- Alternancia trimestral

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1134], tras acordar el Juzgado de Primera Instancia una guarda y custodia compartida, y tras recurso de apelación tratando revocar la misma, la Audiencia mantiene la medida. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 14 de abril del 2008 fijando la custodia compartida con periodos de estancia de tres meses. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 octubre de 2002[1135] establece la alternancia trimestral.

[1129] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 186690/2009) confirma la custodia compartida fijada en primera instancia: *Se fija la siguiente forma de custodia compartida: La menor permanecerá un mes en el domicilio de cada progenitor eligiendo el actor el comienzo de su mes de guarda y custodia compartida los años pares bien sea enero o febrero y la parte demandada el mes que comienza para ella el régimen de custodia compartida los años impares enero o febrero.*

[1130] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba fijó una custodia compartida, y la Audiencia confirma la medida: *La alternancia en el ejercicio de la guarda y custodia compartida será por meses, comenzando desde el mes de junio próximo con el padre y así sucesivamente.*

[1131] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida y en apelación se modifica dicha medida por una custodia exclusiva a favor del padre. La Sentencia de Primera Instancia acordaba una custodia compartida *(...) por períodos equivalentes a un mes, correspondiéndole al padre Javier -el mes de febrero.- y a la madre Ana María -el mes de marzo- y así sucesivamente; entendiendo que los meses de julio y agosto obedecen a períodos vacacionales.*

[1132] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999, Sección 6ª, Ponente: Vicente Ortega Llorca (EDJ 1999/25565).

[1133] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (SP/SENT/515134).

[1134] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009) dice: *Cada uno de los progenitores ostentará la guarda de la niña durante iguales períodos de tiempo de tres meses de duración, correspondiendo a la madre que hasta el momento ostentaba la guarda y custodia de la niña, la elección del primer período de disfrute.*

[1135] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2002, Sección 22ª, Ponente: José Ángel Chamorro Valdés (EDJ 2002/91937).

1.6.- Alternancia semestral

Considera adecuado el periodo de seis meses Pérez Vega[1136], que sostiene *(...) tiempo que parece óptimo para proporcional al sujeto de la medida estabilidad física y afectiva, fijando un régimen de visitas a favor del padre que en dicho período no lo tenga en su compañía.*

Los periodos semestrales se recoge en sentencias como: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1137], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[1138], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2006[1139], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de diciembre de 2009[1140], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008[1141], la Sentencia del Juzgado

[1136] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos..., op.cit.*.

[1137] En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008), en la que se aprueba un acuerdo, excepto en la pensión alimenticia, que alcanzaron los cónyuges en la vista, y en el que se establecía una custodia compartida del siguiente modo: *Se establece una guarda y custodia compartida por semestres, de tal forma que los menores Vanesa de 14 años y Pablo de 9 años, estarán con un progenitor desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio y con el otro desde el 1 de agosto hasta el 31 de enero. El semestre de Agosto de 2008 a enero de 2009 los menores estarán con la madre y así de forma alterna con uno y otro progenitor.*

[1138] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007), mantiene la custodia compartida fijada en primera instancia que se concretaba *(...) en períodos de seis meses correspondiéndola al padre desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio de cada año y del 1 de agosto al 31 de enero siguiente a la madre, produciéndose el cambio de custodia a favor de la madre el 1 de agosto de este año.*

[1139] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2006, Sección 12ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (EUDER 219239/2006) se analiza un supuesto en el que ambos progenitores acuerdan una guarda y custodia compartida por periodos de 6 meses: *(...) han pactado la guarda y custodia de manera compartida, de modo que los menores permanecerán seis meses con cada uno de los progenitores, estableciéndose un sistema de visitas con el progenitor con el que no permanezcan los periodos semestrales fijados.*

[1140] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de diciembre de 2009, Ponente: Doña María José Rodríguez Dupla (EUDER 262060/2009), resuelve un recurso de apelación de la madre, que recurría la guarda y custodia compartida fijada en primera instancia, y la Audiencia estima el recurso y modifica la custodia compartida por una exclusiva para la madre. En la Sentencia de primera instancia se fijaba la custodia compartida por *(...) períodos alternos de seis meses consecutivos, fijándose -a falta de acuerdo entre los progenitores debidamente comunicado y aprobado judicialmente- como períodos de referencia de enero a junio un período, y el otro de julio a diciembre, y comenzando la elección el padre, a falta de acuerdo, y todo ello con patria potestad compartida por ambos progenitores.*

[1141] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008): En primera instancia, en Sentencia de 2 de julio de 2007, se fijó la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando la custodia exclusiva para cada progenitor, y la Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida con los siguientes periodos: *(...) 6 meses a cada progenitor, comenzando a ejercerla la madre, el periodo empezara cuando terminen las vacaciones de verano, toda vez que en vacaciones se suspende la guarda y custodia.*

de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1142] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 abril de 2004[1143].

1.7.- Alternancia anual o por curso escolar

Para López – Rendo Rodríguez[1144], un sistema anual tiene un efecto similar a una guarda y custodia exclusiva, no garantizando la presencia de ambos progenitores, y por tanto los progenitores no participan activamente en la guarda y cuidado de los hijos. Y concluye que para que los hijos tengan la compañía de ambos progenitores, y la separación incida lo menos posible en las relaciones con los hijos, los modelos de custodia compartida deben ser los que permitan la presencia de ambos progenitores a diario, semanalmente o a lo sumo quincenalmente, siempre que en las circunstancias del caso sea aconsejable en atención al interés del menor. Y en caso de acudir a fórmulas mensuales, trimestrales, anuales etc… deberá fijarse un régimen de visitas amplio desde la tarde de los jueves hasta los lunes o martes.

En sentido contrario, Lázaro González[1145] opina por su parte, que con carácter general, afectaría menos en principio a la estabilidad de los menores los períodos de estancia que no fueran inferiores a los de un curso escolar.

Se recoge esta fórmula en sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1146], de 23 de enero de 2009[1147] o de 10 de marzo de 2005[1148].

[1142] La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida dado que considera que es el modelo mejor atendiendo a las circunstancias familiares concurrentes, por períodos alternos de 6 meses y conviviendo con los menores en el mismo domicilio.

[1143] Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de abril de 2004, Sección 5ª, Ponente: Carmen Pérez de Ontiveros Baquero (EDJ 2004/38592).

[1144] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 17 y 18.

[1145] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores..., op.cit.*, pág. 238.

[1146] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de apelación de la madre, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera Instancia decía: *1º.- Que la guarda y custodia de la hija menor será compartida por ambos progenitores, por cursos escolares alternos, de 1 de septiembre a 31 de agosto, si bien los meses de julio y agosto entraran dentro del periodo vacacional de verano, y la menor estará con el progenitor al que le haya correspondido tenerla en su compañía en el curso escolar de que se trate en el mes de julio, y el de agosto, al que haya tenido consigo en el curso escolar de que se trate.*

[1147] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009) también fija una custodia compartida por cursos escolares alternos: *Que la guarda y custodia se atribuya de manera compartida a ambos*

1.8.- Otras periodicidades

a) Entre semana la madre y los fines de semana el padre

Este tipo de periodicidades son poco comunes, y a mi modo de ver, esta opción de forma general es una solución cuando menos discutible, dado que supone que uno de los progenitores siempre está en los días de ocio y el otro siempre en los días escolares, lo que considero no es la solución optima ni para lo menores ni para los progenitores. No obstante, debe existir la posibilidad porque quizá con progenitores con horarios no convencionales, puede ser no sólo útil, sino la fórmula más adecuada para el bienestar de la familia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008[1149]: En primera instancia se acordó, y en apelación no se recurrió la medida, una custodia compartida con los siguientes periodos de estancia: *a. A lo largo de la semana escolar, las menores residirán con su madre en Vitoria, siendo responsable durante ese periodo de su guarda. La semana escolar se desarrolla desde el domingo por la tarde (20.00 horas) hasta el viernes a la salida del colegio.b. El padre tendrá la guarda de las menores durante cuatro fines de semana seguidos desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20.00 horas, un fin de semana de cada cuatro las menores permanecerán con la madre.*

b) Cuatro semanas

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[1150]; en primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia

progenitores por cursos escolares alternos, comenzando a ostentar la custodia de los menores el padre por lo que al presente curso escolar 2008/09, se refiere.

[1148] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de marzo de 2005, Sección 1ª, Ponente: José María Magaña Calle (EDJ 2005/77649).

[1149] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (EUDER 189588/2008).

[1150] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008) dice: *(...) se establece periodos de estancias de cuatro semanas, que comenzaran a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la cuarta semana. El intercambio de los menores se realizará alternativamente en una y otra vivienda debiendo ser el progenitor que inicia la estancia el que los recoja.*

compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la sentencia y se atribuye la custodia a la madre. La Sentencia de Primera Instancia fijaba la periodicidad de la guarda y custodia compartida de cuatro semanas.

c) Sesenta días

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009[1151], resuelve un recurso de apelación a la Sentencia de Primera Instancia que acordó una custodia compartida. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y fija una custodia exclusiva a favor del padre. Respecto de los periodos de guarda y custodia compartida, la Sentencia de Primera Instancia acordó: *La fijación de la guarda y custodia compartida a favor de ambos cónyuges por periodos de 60 días (...).*

d) Cinco meses

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009[1152] revoca la Sentencia de Primera Instancia que recogía una guarda y custodia compartida por periodos de un año, por una custodia compartida del siguiente modo: *El ejercicio compartido se divide anualmente en dos períodos. El primer período comienza de día 1 de septiembre y comprende hasta el día 31 de enero del año siguiente. El segundo comienza el día 1 de febrero y comprende hasta el día 30 de junio. Los años pares corresponde a la madre el primer período y el segundo al padre; los años impares a la inversa (...).*

2.- Domicilio de los menores

Además de la periodicidad de la alternancia, la custodia compartida, atendiendo al domicilio de los menores, podrá llevarse a cabo permaneciendo éstos en la vivienda familiar y siendo los progenitores los que entren y salgan de la misma en los periodos correspondientes, o siendo los menores quienes se trasladen de uno a otro domicilio de sus progenitores.

[1151] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009).

[1152] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009).

2.1.- Permaneciendo los menores en la vivienda

En este supuesto los hijos no cambian de vivienda, permanecen en el domicilio familiar siendo los padres quienes entran y salen de la vivienda. Sobre este sistema, la doctrina, sin excluir la posibilidad, expone, entre otros, los siguientes problemas:

a) Son necesarias tres casas: Si los menores se mantienen en la vivienda los progenitores deberán mantener la vivienda familiar, y necesitaran una vivienda cada uno para los periodos en los que no estén el domicilio familiar. Podría plantearse, no sin dificultades, que los progenitores compartieran además del domicilio familiar, también la vivienda para los periodos que no les correspondiera estar en éste, necesitando entonces sólo dos viviendas. La doctrina alude a esta cuestión: Para Santana Páez[1153] esta posibilidad es la fórmula que más conflictos podrá provocar, tanto en los momentos de cambio de progenitor, como por la necesidad de tener otras dos casas para cada uno de los progenitores para los periodos en los que no les corresponda estar en la vivienda. También González Del Pozo[1154] alude a que este sistema obliga a tener tres viviendas disponibles. Explica que podría darse la opción de que fueran necesarias únicamente dos viviendas, la vivienda familiar, "nido" de los hijos, y una segunda para ser alternativamente el domicilio de los progenitores cuando no ejerzan la guarda y custodia. Por último, Moreno Velasco[1155] afirma que es la opción más cara, dado que deben mantenerse tres viviendas, y Pérez Salazar - Resano[1156] plantea también el problema de la necesidad de tres viviendas.

b) Los cambios en la vivienda familiar de los progenitores. Se trata de un inconveniente importante; el pago de los suministros, tener que compartir una persona de limpieza (cada uno puede preferir tener o no, o tener más tiempo o menos tiempo a una persona contratada), la entrega del correo personal, incluso pequeñas cuestiones

[1153] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 738.
[1154] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12968/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009.
[1155] MORENO VELASCO, Victor y GAUDET, John, "La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU", *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7179, 21 de mayo de 2009.
[1156] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita, en GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 198.

como contratar o no Internet o tener un teléfono fijo, pueden suponer fuentes de conflicto reiteradas. En este sentido se postula González Del Pozo[1157], que explica como pueden originar conflictos en esta fórmula los traslados posesorios sucesivos en relación con las fechas de entrega, el intercambio de ropa, enseres etc… También pueden surgir problemas con los pagos de los consumos, o los pagos de los desperfectos y/o reparaciones. Pese a no descartar tajantemente esta fórmula, Herrera Puentes[1158] sí menciona su dificultad de aplicación en la práctica, atendiendo a las posibles controversias que podrían surgir del constante cambio de domicilio de los progenitores.

c) Distintas formas de vida. Si durante el matrimonio pueden existir y existen problemas en relación con la limpieza, el orden o las costumbres etc…, mantener un equilibrio tras la ruptura matrimonial se torna mucho más complicado. Llama la atención sobre esta cuestión Pérez Salazar - Resano[1159], que advierte de las dificultades en relación a las distintas formas de vida en la vivienda común, problemas sobre limpieza y orden. A su juicio el número de casos de este sistema es mucho menor.

d) Creación de una nueva familia de los progenitores. A mi juicio esta cuestión se alza como el inconveniente más complicado de resolver. ¿Cómo se solventa que ambos progenitores rehagan su vida con otras parejas?. ¿Acudiría la nueva pareja o matrimonio a vivir al domicilio conyugal en los periodos de guarda?. Y la situación se complica aún más si tienen hijos la nueva pareja. Para Herrera Puentes[1160] en caso de nueva pareja de alguno de los progenitores se anula este sistema. González Del Pozo[1161] alude a la inviabilidad de esta medida cuando formen una nueva familia ambos progenitores. Por último destaca Moreno Velasco[1162] que en caso de rehacer sus vidas los cónyuges, pueden surgir conflictos en la convivencia de la nueva pareja y los hijos en el domicilio familiar.

e) Discusión sobre si es un sistema que genera estabilidad a los menores o conflictividad entre los progenitores. Es un sistema que genera conflictividad. Menciona

[1157] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*.
[1158] HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*.
[1159] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita, en GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 198.
[1160] HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*.
[1161] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*.
[1162] MORENO VELASCO y GAUDET, "La problemática del uso…", *op.cit.*.

Zarraluqui Navarro[1163] como opinan algunos psicólogos y magistrados que con esta fórmula se cubren las necesidades que tienen los menores en las crisis familiares de tener un *(...) refugio de sus intimidades y secretos, una cueva, un nido, una guarida.* La opinión de la autora es que este sistema es un foco de enorme conflicto a evitar.[1164] Continúa afirmando que los partidarios de este sistema afirman que esta fórmula *(...) evita que los niños se encuentren desplazados, que no tengan estabilidad, que estén de un lado para otro todo el día, puesto que ellos siempre estarán en su casa, con sus cosas, en su entorno.* La autora se muestra conforme con este argumento, pero matiza que este sistema únicamente podría funcionar en caso de que los progenitores tuvieren unos niveles de educación y respeto mutuos muy altos y una muy buena comunicación. Y concluye: *La realidad es que lo que puede ser en teoría, ideal para los hijos, puede convertirse en un infierno que acabe por dejar sin sentido el régimen de custodia alternativa pactado en interés de los menores.* Considera esta posibilidad factible Pérez Vega[1165], desde la óptica de que los hijos estén siempre en el mismo hogar, en aras de que tenga una estabilidad material. Para Castillo Martínez[1166] va a depender si es o no adecuada esta fórmula de las circunstancias concretas del supuesto, porque siendo cierto que el menor evita los desplazamientos y esto puede reportarle mayor estabilidad, en la práctica en la mayoría de los supuestos esta fórmula sería inviable, si atendemos por ejemplo a que los progenitores creen nuevas familias que no pueden descuidar. También Viñas Maestre[1167] considera que no estaría exenta de conflictividad y que parece no ser aconsejable en los supuestos contenciosos, considerando fundamental el acuerdo de los progenitores en este supuesto.

Ciertamente se trata de una fórmula utilizada por la jurisprudencia, entre otras se acuerda en las sentencias siguientes: Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[1168] y de 23 de enero de 2009[1169], la Sentencia de la

[1163] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*.
[1164] Pone como ejemplo de la conflictividad: *Solo tenemos que pensar que uno de los progenitores entra en la vivienda con su nueva pareja, que organiza la casa como mejor considera, o deja de pagar, por ejemplo, el recibo de la luz, y el otro progenitor, cuando empieza su periodo, se encuentra con el suministro cortado o toda la casa cambiada.*
[1165] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos…*, *op.cit.*.
[1166] CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*.
[1167] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*.
[1168] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008).
[1169] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009).

Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[1170], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[1171], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1172], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1173], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de mayo de 2008[1174].

Para algunas sentencias la única forma de fijación de la custodia compartida es manteniendo a los menores en el domicilio, tal y como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de mayo de 2007[1175], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009[1176] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de julio de 1999[1177].

2.2.- No permaneciendo los menores en la vivienda

[1170] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007).
[1171] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008).
[1172] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008).
[1173] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009).
[1174] Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de mayo de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 107608/2008).
[1175] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de mayo de 2007, Ponente: Don Jesús Pérez Serna (EUDER 123828/2007), analiza un recurso de apelación en un procedimiento de modificación de medidas en el que solicitaba el padre la fijación de una custodia compartida. La Audiencia desestima el recurso y mantiene la custodia materna, sin embargo, alude a que en caso de custodia compartida *(...)la institución en cuestión se torna únicamente posible en aquellos casos en que, tras las ruptura de la pareja, se mantiene por ellos el mismo domicilio…*
[1176] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009), revoca la Sentencia de Primera Instancia que recogía una guarda y custodia compartida por periodos de un año, entre otras cuestiones porque no había domicilio familiar para que los menores pudieran quedarse en el domicilio y ser los padres quienes entraran y salieran de la vivienda, fórmula imprescindible para la Audiencia para poder acordar la custodia compartida: *La única solución sería, como informa el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, que fuesen los niños los que se trasladasen en cada periodo al domicilio de cada uno de sus padres, lo que este Tribunal entiende como una grave disfuncionalidad que va en perjuicio del interés de los mismos, que debe prevalecer sobre cualquier otro. Si la idea es la de otorgar la mayor estabilidad posible a los menores, no resulta conveniente establecer que los mismos, cada diez meses, deban cambiar de domicilio, con lo que ello implica en cuanto a su régimen escolar y de amistades.*
[1177] Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de julio de 1999, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco José Picazo Blasco (LA LEY 115548/1999) el que se mantengan los hijos en la vivienda es una fórmula *(...)casi inviable* sin embargo la única adecuada para acordar una custodia compartida: *De otra parte, la denominada "custodia compartida" siempre ha resultado cuestionada en la medida que implica, con la salvedad de la atípica y casi inviable excepción de que sean los padres los que alternativamente se vayan turnando en su periódico desempeño ocupando por períodos de tiempo concretos el domicilio en los que los menores han de permanecer, que sean dichos menores los que deban de transladarse periódicamente a los domicilios de sus progenitores, introduciendo un factor perturbador de desequilibrio en sus hábitos y costumbres cotidianas e incidiendo negativamente en sus actividades escolares y formativas.*

En este supuesto los hijos acuden a la vivienda del padre y a la vivienda de la madre en los periodos estipulados para cada progenitor, es decir, los progenitores se mantienen en sus viviendas y son los hijos los que se trasladan.

Alude a esta fórmula Herrera Puentes[1178], afirmando que le parece más viable, incluso recomendable, que el anterior sistema. Dice González Del Pozo[1179]que es la fórmula más frecuente que se aplica en los sistemas de guarda y custodia. El único requisito objetivo para su viabilidad, es la cercanía de los domicilios, lo que disminuye los inconvenientes para los hijos de los traslados periódicos. Si fuera en poblaciones distintas tendría el inconveniente de apartar a los hijos de su entorno habitual anterior, exigiéndoles un esfuerzo de adaptación al nuevo entorno. Por último Moreno Velasco[1180] afirma que en este supuesto sería una solución justa que el progenitor que se quede en la vivienda familiar contribuya al alquiler de la vivienda del otro progenitor, y que ambos contribuyan a los gastos de la vivienda familiar.

Entre otras, se acuerda este sistema en la sentencias siguientes: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009[1181], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2010[1182], la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007[1183], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009[1184], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010[1185], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[1186] y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009[1187] y de 17 de septiembre de 2009[1188],

[1178] HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*.
[1179] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*.
[1180] MORENO VELASCO y GAUDET, "La problemática del uso…", *op.cit.*.
[1181] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009, Juez/Magistrado: Don Joaquín María Andrés Joven (EUDER 91994/2009).
[1182] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/520016).
[1183] Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007, Juez/Magistrado: Don Carles Tortras Bosch (EUDER 329927/2007).
[1184] Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009).
[1185] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010, Sección 12ª, Ponente: Doña Myriam Sambola Cabrer (SP/SENT/531539).
[1186] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008).
[1187] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 184951/2009).

Por mi parte considero que no puede descartarse *a priori* ninguna fórmula. Todas ellas pueden ser interesantes e útiles dependiendo de la coyuntura y circunstancias que acaezcan en el concreto supuesto. De hecho, la mayor "amalgama" de posibilidades permitirá obtener un mejor resultado del objetivo que se pretende, que a mi juicio debe ser, elaborar un "traje a medida" de la situación que se plantea en la familia. No obstante, ciertamente hay algunas fórmulas que quizá puedan ser más excepcionales dada su dificultad de adecuado funcionamiento en su aplicación práctica.

Respecto a los tiempos de estancia con cada progenitor, soy más partidario de que no sean demasiado largos, es decir, los plazos semestrales o anuales, me parecen excesivamente largos. El inconveniente lo encuentro en que son una especie de custodias exclusivas que semestral o anualmente se modifican. A mayor abundamiento, la fórmula semestral, me parece compleja de fijar dado que: ¿de que mes a que mes sería? Deberían incluirse las vacaciones, dado que en caso contrario sería imposible cuadrar seis meses para uno y seis meses para otro.

No obstante, a favor de los periodos de estancia largos podría argüirse la estabilidad que podrían suponer para el menor, por tanto, creo que no deben ser desechadas ninguna de las opciones posibles.

Asimismo, tal y como he referido, la edad de los menores es relevante para el establecimiento de los tiempos de estancia, y efectivamente en mi opinión así es. También de forma apriorística, cuanto menores sean los hijos más cortos deberán ser los periodos de estancia, y más cortos por tanto deberán ser los periodos en que los hijos no vean a uno u otro progenitor.

Respecto de la vivienda, ciertamente la primera de las opciones en la que los menores se quedan en la vivienda, puede generar mayor conflictividad, es una opción más costosa etc…, pero indudablemente si se consiguiera aplicar de forma satisfactoria sería plenamente válida y de hecho de mayor estabilidad para los menores. Por tanto, no se debe, a mi juicio, desechar *a priori* esta fórmula, sin obviar que será una solución menos acordada y fijada que la segunda de las opciones, dado su complejo encaje práctico.

[1188] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009).

En definitiva, la elección de una buena fórmula es fundamental para el correcto discurrir de la guarda y custodia compartida, y deberá ser, para los progenitores primero y para el Juez después, una cuestión a analizar exhaustivamente.

3.- Guarda y custodia compartida: Beneficios y perjuicios para el menor

La guarda y custodia compartida ha generado discusión y posiciones encontradas en todos los foros en los que se ha debatido. En la tramitación parlamentaria, tal y como se ha desarrollado en el epígrafe correspondiente, dichos pareceres diversos y en ocasiones opuestos se pusieron de manifiesto.

La polémica fundamental en lo que a guarda y custodia compartida se refiere, se centra en los supuestos de estipulación de la medida en procedimientos contenciosos. Los supuestos en que se acuerda la custodia compartida de mutuo acuerdo, no generan en modo alguno tan encendida disparidad de criterios. Existe una opinión mayoritaria que apoya y defiende la atribución de la guarda y custodia compartida en los supuestos amistosos. No obstante, existen voces que incluso en los supuestos amistosos rechazan esta figura por considerarla perjudicial para los menores, por supuesto agravándose dicho rechazo si se acuerda en un supuesto contencioso.

La cuestión más relevante a fin de sostener una postura favorable o desfavorable ante la guarda y custodia compartida, es analizar si esta forma de ejercicio de la guarda y custodia es o no beneficiosa para los menores, para su adecuado desarrollo emocional y personal en todos o en algún supuesto. Al hilo de esta cuestión, desde el punto de vista de las consecuencias de la guarda y custodia en el desarrollo psíquico de los menores, de la bondad de esta figura para que los hijos crezcan con salud psíquica, de en que supuestos sería buena su fijación, de si esta figura es más adecuada que la custodia exclusiva para el bienestar de los menores o en que supuestos es más adecuada, debo decir que no se ha puesto excesivo interés en su estudio, que no han sido los estudios científicos los protagonistas de los argumentos a favor o en contra de la figura.

Por supuesto, este trabajo no tiene como propósito conseguir una conclusión respecto de lo beneficioso o perjudicial de la guarda y custodia compartida, trabajo que debería efectuarse, a mi modo de ver, desde el ámbito de la psicología, sociología, pedagogía o quizá desde un enfoque multidisciplinar. Sin embargo, considero que sí debería haber sido una preocupación previa a legislar de nuestros legisladores. A mi juicio debería haberse efectuado, previo a la reforma del Código Civil, cuando menos

un estudio científico de consistencia, en el que se analizara si es o no, y en que supuestos en nuestra sociedad, beneficiosa o perjudicial la guarda y custodia compartida, o por lo menos analizara y concluyera atendiendo a los estudios ya realizados en el ámbito internacional. Considero que se ha legislado con poca "luz", porque si cierto es que existen estudios internacionales que sí se dedican a analizar si es o no beneficiosa esta figura, igual de cierto es que se desconoce si han sido consultados, dado que no existen, cuando menos de forma concreta y protagonista, referencias a estudios determinados durante la tramitación parlamentaria. Añadir además que dichos estudios se centran en otras sociedades y en otro tiempo, lo que no invalida pero sí edulcora su validez como referencia. En definitiva, pese a que no existan verdades absolutas, y ciertamente los estudios que se han realizado y se pudieran haber realizado no concluirían derrocando ni ensalzando de pleno la figura, sí que podrían servir para matizar los "grises" de la figura y neutralizar las posturas maximalistas.

3.1.- Breve alusión a estudios internacionales

Al hilo de los estudios a nivel internacional que analizan los efectos de la aplicación de la guarda y custodia compartida, pueden señalarse entre otros los siguientes[1189]:

D.A. Luepnitz, en su tesis doctoral titulada *Custodia compartida materna y paterna: estudio de la familia tras el divorcio,* realizada en 1980, efectúa un estudio comparativo de situaciones de custodia exclusiva y custodia compartida. Concluye que la mayoría de los hijos en situación de custodia exclusiva consideran insuficiente el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio, mostrando conformidad sin embargo en el caso de la custodia compartida. Asimismo concluyó que existe una mejor relación progenitores hijos en situación de custodia compartida.

Wallerstein, en 1986, no se muestra como una defensora de la custodia compartida en todas las situaciones posibles. En referencia a la guarda y custodia compartida dice que: *No existe evidencia de que sea una talla única que valga para todos, ni siquiera para la mayoría (...),* de hecho consideraba no adecuada la guarda y custodia compartida para niños muy pequeños.

[1189] Los estudios que se señalan se obtienen de IBÁÑEZ VALVERDE, Vicente J., "El laberinto de la custodia compartida(II): Claroscuros de un solo nombre con varios significados", *El Derecho*, BDF núm. 41, 2004, págs. 3 – 6.

Wallerstein y Kelly[1190], en 1991, resaltaban la asunción acrítica del sistema tradicional de custodia exclusiva, con la alarmante característica de dicho sistema sobre el poco tiempo que pasan juntos padre e hijo, y la enorme desconfianza y vigilancia que ante la guarda y custodia compartida se ha impuesto.

El estudio realizado por Joan B. Kelly: *Adaptación de los hijos en matrimonios y divorcios conflictivos. Análisis de un decenio de investigaciones*, realizado en el año 2000, concluía que en términos generales la custodia conjunta es más beneficiosa para un mejor desarrollo del niño. Los niños se encuentran mejor adaptados que los que estaban en un régimen de custodia exclusiva. También la satisfacción parental es mayor, los progenitores que comparten la custodia muestran mayor satisfacción que las madres con custodia exclusiva. También es menor el conflicto interparental, existiendo una comunicación cooperativa mayor. Se reseña los mejores resultados a nivel escolar para los hijos de progenitores divorciados que tienen una relación habitual con su padre. En este estudio también se pone de relieve la eficacia de los programas de educación de los padres para el divorcio, así como la mediación familiar como técnica para resolver las situaciones conflictivas que afectan a los niños.

Wilson, en su trabajo *La verdad sobre la custodia compartida,* del año 2001, considera que la custodia compartida parece ser más perjudicial que la exclusiva cuando los progenitores presentan un alto nivel de discordia. Por el contrario, en el caso de adolescentes viviendo en doble residencia y existiendo cooperación entre los progenitores, es más beneficioso para ellos que la custodia exclusiva. Considera que en los casos en los que los padres han elegido de mutuo acuerdo el ejercicio conjunto de la guarda y custodia, puede ser adecuada para el hijo. Pero en los supuestos en los que la guarda y custodia compartida es impuesta por el Juzgado, en supuestos de enfrentamiento entre los padres, este enfrentamiento repercute en los menores pudiendo sufrir serios daños psicológicos.

Turkat, en 2002, alertaba sobre otra cuestión importante referente a la aplicación cotidiana del derecho: En el momento en el que se comienza a instaurar una aplicación

[1190] Wallerstein y Kelly, recogido en IBÁÑEZ, "El laberinto de la custodia compartida(II)…", *op.cit.*, págs. 3 – 6, dicen: *Resulta irónico, y a la vez interesante, que hayamos sometido la custodia compartida a un nivel de intensidad de vigilancia que nunca se ejerció en relación con el régimen tradicionalmente adoptado tras el divorcio (custodia legal y física para la madre y visitas durante dos fines de semana al mes para el padre). Los conocimientos teóricos (...) deberían haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tendrá para el niño el hecho de ver a uno de sus padres solamente cuatro días cada mes (...) sin embargo, hasta muy recientemente, no se plantearon objeciones especiales a ese régimen tradicional de relaciones con los hijos tras el divorcio (...).*

mayoritaria de la custodia compartida, los Juzgados como norma general la adoptan, sin embargo el autor matiza: *Muchos padres despliegan comportamientos que son incompatibles con la coparentalidad.*

Bauserman realizó el estudio *Adaptación del niño en regímenes de custodia conjunta y de custodia exclusiva: metaanálisis*, en marzo de 2002. En este trabajo Bauserman analiza 33 estudios que comparan la adaptación de los niños sujetos a guarda y custodia exclusiva y compartida. Esta investigación concluye que los niños que se encuentran en régimen de custodia compartida están mejor adaptados que los que se encuentran bajo custodia exclusiva. Los resultados del estudio concluyen que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños en un amplio rango de áreas: familiar, emocional, comportamental y académica. También es beneficioso para los padres, dado que sus relaciones son menos conflictivas cuando existe un ejercicio compartido de la guarda y custodia. El autor concluye que la custodia compartida en términos generales es beneficiosa para el bienestar de los hijos, no encontrándose ningún punto de clara desventaja respecto de la custodia exclusiva.

3.2.- Doctrina jurídica y jurisprudencia respecto de los beneficios y perjuicios de la custodia compartida

No debemos olvidar que aún son pocos los años en que estas situaciones de ruptura matrimonial se dan con mayor asiduidad, y con lógica cultural y social se implantó, y aún perdura, un sistema de custodia exclusiva, considerada la fórmula más beneficiosa para los menores, general. Sin embargo, dado que con el tiempo, se han ido esgrimiendo consecuencias negativas de la guarda y custodia exclusiva, además de la evolución social y cultural relevante que ha acaecido, se ha comenzado ha introducir en el debate la custodia compartida como fórmula para paliar los defectos de la exclusiva, o cuando menos como otra opción posible en más supuestos que en excepcionalísimos casos. El problema es que no existe en modo alguno unanimidad respecto a si los perjuicios de la guarda y custodia exclusiva son mayores que los de la compartida o no. Existe una nutrida amalgama de opiniones de los autores respecto a si es positiva o no la fórmula de la custodia compartida en comparación con la custodia exclusiva, y en qué supuestos.

3.2.1.- Beneficios y perjuicios de la custodia compartida en la doctrina y la jurisprudencia

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han esgrimido múltiples opiniones respecto de los beneficios o ventajas y de los inconvenientes que la custodia compartida puede acarrear. Lo cierto es que tal y como he aludido con anterioridad, creo que debería haber sido, y en la actualidad sigue siendo, necesario que se estudie la presente figura con mayor ahínco, y desde luego no sólo por juristas, a fin de conocer con mayor certeza la conveniencia o no de la medida, en qué supuestos debe fijarse, sus inconvenientes y ventajas etc… Hasta que llegue ese momento, debemos acudir a lo que los distintos juristas y las sentencias dictadas han destacado respectos a las bondades e inconvenientes de la medida que estudio en el presente trabajo.

En España, Guilarte Martín-Calero[1191] realiza una síntesis de los argumentos esgrimidos por doctrina y jurisprudencia a favor de la guarda y custodia compartida, señalando, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes:

1.- Cultiva el principio de igualdad entre los progenitores.

2.- Los hijos pueden disfrutar de la compañía de ambos padres, manteniendo con ambos una relación fluida y constante.

3.- Es el sistema menos distorsionador del coejercicio de la patria potestad.

4.- Se evita el divorcio entre el hijo y el progenitor no custodio, no añadiendo a la ruptura, el alejamiento del progenitor.

5.- Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor.

6.- Mayor comprensión entre los progenitores dado el constante cambio de posición.

7.- Se comparten las cargas, y adoptan los progenitores una visión de conjunto respecto la educación y desarrollo del menor.

8.- No existen pleitos y luchas sobre la custodia.

9.- No se obstaculizará ni entorpecerá la relación del hijo con el otro progenitor, porque incluso en el caso de que se intenté, la alternancia impide la consolidación del alejamiento.

10.- Es justo que ambos progenitores compartan lo bueno y lo no tan bueno de la convivencia con los hijos.

[1191] GUILARTE MARTÍN-CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 157.

11.- Si ambos progenitores trabajan pueden asumir los gastos de los menores en los periodos en los que estén con ellos, evitando las disputas por los impagos etc…

Como argumentos desfavorables, resume en dos los que se esgrimen:

1.- La necesidad de estabilidad del menor para su desarrollo personal y afectivo

2.- La exigencia de que exista un acuerdo para cooperar en el buen funcionamiento de la custodia compartida, no pudiendo acordarse en supuestos contenciosos.

Otros autores que aluden a las ventajes y a los inconvenientes son: Pastor Vita[1192], que añade, además de algunas de las expuestas, las siguientes ventajas: 1º.- Podría suprimirse el régimen de visitas que genera numerosos conflictos y desavenencias. 2º.- Evitaría entrar en intimidades o cuestiones en el procedimiento que suponga mayor enfrentamiento entre las partes. Berrocal Lanzarot[1193] también añade ventajas como: 1º.- Los menores adoptan una mentalidad y actitud diferente ante la ruptura dado que no se culpabilizan de la situación y siguen manteniendo la relación con ambos. 2º.- Ambos progenitores se sienten más implicados e integrados en la educación y desarrollo de sus hijos. 3º.- Preserva mejor la continuidad de la anterior vida familiar. 4º.- Evita el Síndrome de Alienación parental. 5º.- Supone una responsabilidad compartida en la asunción de gastos, aumenta el nivel de vida de los hijos etc… Y

[1192] Para PASTOR, "Una primera aproximación al proyecto…", *op.cit.*, pág. 12, las ventajas e inconvenientes de este sistema son las siguientes: Como ventajas destaca: 1º.- Que garantiza la igualdad de los padres y el derecho de ambos a participar en el desarrollo físico y psíquico de sus hijos. 2º.- Podría suprimirse el régimen de visitas que genera numerosos conflictos y desavenencias. 3º.- Garantiza a los hijos una convivencia normalizada con ambos progenitores, pese a las molestias de vivir en dos domicilios. 4º.- Evitaría entrar en intimidades o cuestiones en el procedimiento que suponga mayor enfrentamiento entre las partes. Como inconvenientes, el autor reseña que puede generar cierta inestabilidad emocional y numerosos trastornos en la vida de los menores, que se verán obligados a cambiar de domicilio habitualmente y deberán adaptarse a familias desconectadas entre sí, es decir, la de cada uno de los progenitores tras el divorcio.

[1193] También señala las ventajas e inconvenientes de la custodia compartida BERROCAL, *Custodia compartida...*, *op.cit.*; Como ventajas enumera: 1º.- Garantiza a los hijos una convivencia normalizada con ambos progenitores. 2º.- Derecho a asistir y participara en el desarrollo físico y psíquico de los hijos en igual de condiciones para ambos progenitores. 3º.- Los menores adoptan una mentalidad y actitud diferente ante la ruptura dado que no se culpabilizan de la situación y siguen manteniendo la relación con ambos. 4º.- Ambos progenitores se sienten más implicados e integrados en la educación y desarrollo de sus hijos. 5º.- Preserva mejor la continuidad de la anterior vida familiar. 6º.- Evita el Síndrome de Alienación parental. 7º.- Supone una responsabilidad compartida en la asunción de gastos, aumenta el nivel de vida de los hijos etc… 8º.- Suprime el régimen de visitas y evita que el proceso de separación se convierta en una *batalla campal.* Como desventajas enumera: 1º.- La inestabilidad afectiva y emocional que puede sufrir el menor. 2º.- Requiere de una relación de mayor entendimiento y colaboración, circunstancia que suele ser complicada dado el profundo deterioro de la relación de pareja. 3º.- Difícil encaje de los factores requeridos en la custodia compartida: criterios educativos coincidentes, ambiente social y familiar no hostil, integración adecuada del menor en la nueva familia creada por cada progenitor, proximidad de las residencias, horarios laborales compatibles, no variación del colegio ni de sus amigos, fijación de pensión de alimentos si no existe proporcionalidad entre los ingresos de los progenitores etc…

también expone algún inconveniente más de los expuestos: 1º.- Requiere de una relación de mayor entendimiento y colaboración, circunstancia que suele ser complicada dado el profundo deterioro de la relación de pareja. 2º.- Difícil encaje de los factores requeridos en la custodia compartida: criterios educativos coincidentes, ambiente social y familiar no hostil, integración adecuada del menor en la nueva familia creada por cada progenitor, proximidad de las residencias, horarios laborales compatibles, no variación del colegio ni de sus amigos, fijación de pensión de alimentos si no existe proporcionalidad entre los ingresos de los progenitores etc… Por su parte, Tamborero y Del Río[1194] añade, además de alguno de los expuestos, los siguientes inconvenientes: Dificultades de los padres para reajustar sus vidas, dado que seguirán vinculados más que con la guarda y custodia exclusiva. La dificultad a nivel geográfico, en caso de traslados y residencias lejanas. También alude a los beneficios de la custodia compartida Vivas Tesón[1195].

La jurisprudencia también ha señalado los inconvenientes y ventajas de la guarda y custodia compartida:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007[1196], ha sido una resolución de gran relevancia y repercusión en posteriores, tal y como se explicitará, respecto de la enumeración de ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida. En esta Sentencia, en primera instancia se acuerda una custodia exclusiva y en segunda instancia se fija una compartida. La Audiencia Provincial dice: *2. Expuesto lo anterior, será de sentar y expresar cuales son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así,*

[1194] TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón, *Diez años de abogados de familia,* Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, Madrid, 2003, pág. 517 y 518, plantea como argumentos a favor de la guarda y custodia compartida: La existencia de un contacto más habitual y continuo padre e hijos. Los progenitores no se sentirán ni vencedores ni perdedores. Se evitará el problema de la no presencia de uno de los padres en la educación de sus hijos. Como argumentos en contra refiere: Afectará a la estabilidad emocional y física del menor. Será difícil que unos padres que no han colaborado durante su convivencia lo hagan tras ella. Posibles problemas de lealtad. Dificultades de los padres para reajustar sus vidas, dado que seguirán vinculados más que con la guarda y custodia exclusiva. La dificultad a nivel geográfico, en caso de traslados y residencias lejanas.

[1195] VIVAS, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, considera que la custodia compartida tiene unos *notorios efectos favorables sobre el menor,* minimizando las consecuencias negativas de la ruptura sobre los hijos, dando ambos progenitores a los menores el cariño que necesitan y evitando sentimientos de abandono o indiferencia lo que repercute en una personalidad equilibrada, y por tanto logros escolares y de relación, autoestima, además de que los progenitores pueden compatibilizar sus roles como progenitores con desarrollar su vida a nivel personal, social y profesional.

[1196] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223). Expone las ventajas e inconvenientes recogidos en esta Sentencia, aludiendo a que la jurisprudencia menor considera muy superiores los beneficios de la custodia compartida que los eventuales inconvenientes, LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 10.

empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquellos, ya que con la custodia compartida:

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.

c) se fomenta una actitud mas abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.

e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

Otras sentencias que han señalado ventajas e inconvenientes de la figura son: Las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006[1197] y de 17 de febrero de 2009[1198], las Sentencias de la misma Audiencia Provincial, pero de la Sección 9ª, de 24 de abril de 2009[1199] y de 9 de noviembre de 2009[1200], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 4 de julio de 2008[1201], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2007[1202], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009[1203], la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008[1204], o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007[1205].

[1197] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 161720/2006), pese a confirmar en segunda instancia la guarda y custodia compartida fijada en primera instancia, habiendo recurrido la madre solicitando se atribuyera la misma a ella en exclusiva, afirma como: *Esta Sala ha expresado en numerosas ocasiones (por todas, sentencia de 16 de enero de 2003) su reserva frente a las diversas modalidades del régimen llamado de custodia compartida, indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material del hijo, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, etc.*

[1198] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 306821/2009), en la que se mantiene la custodia materna exclusiva fijada en primera instancia, se postula en similares términos y añade un inconveniente más *(...) la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc.*

[1199] Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), en la que revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida, no se alude a la *reserva* ante la custodia compartida, y siguiendo lo dicho por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, anteriormente recogida y destacada, de 20 de febrero de 2007, dice: *Ahora bien, entendemos con la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, y este es el criterio de esta Sección 9ª, que los beneficios del régimen de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias favorables, son muy superiores a los eventuales inconvenientes, reseñándose como tales beneficios los siguientes (...)* y continúa recogiendo textualmente la enumeración de los beneficios y perjuicios expuestos por la aludida Sentencia de Barcelona.

[1200] En igual sentido, pero sin citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, fundamenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009), para no revocar la custodia compartida fijada en primera instancia.

[1201] También, sin citarla, sigue a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, recogiendo las mismas ventajas e inconvenientes de la custodia compartida, algunos más resumidos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 4 de julio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (SP/SENT/483614).

[1202] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2007, Sección 6ª, Ponente: Don José Ramón Sánchez Herrero (EUDER 251843/2007), resuelve un supuesto en el que se atribuye la custodia compartida a ambos progenitores en primera instancia, y la Audiencia confirma la Sentencia de instancia. Sigue parcialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, dado que recoge las ventajas numeras como a, b y e, no sin embargo las recogidas con las letras c, f, g y h. Y recoge asimismo los inconvenientes señalados en dicha Sentencia y añadiendo un inconveniente más *(...) la falta de comunicación de los progenitores (...).*

[1203] También, siguiendo a la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, considera que *(...) los beneficios o ventajas que se derivan de la adopción de un régimen de custodia compartida en supuestos como el presente superan con creces a los inconvenientes (...),* la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009, Juez/Magistrado: Don Joaquín María Andrés Joven (EUDER 91994/2009), que acuerda una guarda y custodia compartida en un supuesto contencioso, entre otras cuestiones con la siguiente motivación: *Ha de señalarse que si bien el sistema de custodia compartida podía no estimarse, en algunas ocasiones favorecedor para el adecuado desarrollo de los menores, ya que la situación de alternancia periódica de la convivencia con cada uno de los padres puede no permitir, en buena parte de los casos, estructurarse psicológicamente a los hijos, siendo por ello dicho sistema fuente de innecesarios conflictos en la relaciones personales de los integrantes del núcleo familiar, dado el periódico cambio de casa, entorno, amistades, criterio e influencia de uno y otro al que se somete a los menores, -en este sentido se pronunciaban entre otras, la sentencia de la Sección 3ª de la A. Provincial de Baleares de 21 de enero de 1997 o la sentencia de la Sección 12ª de la A. Provincial de Barcelona de fecha 2 de marzo de 1998- no puede desde luego ignorarse que la sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007 -mucho más acorde con la realidad del tiempo presente- señala literalmente como ventajas o beneficios de la guarda y custodia compartida los siguientes (...).*

[1204] La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 31 de julio de 2008, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2009/643), mantiene la custodia exclusiva fijada en primera instancia, y argumenta respecto de la custodia compartida, destacando literalmente al final la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, lo siguiente: *Pues bien, abstracción hecha de las opiniones que desde planteamientos militantes se han emitido profusamente en los últimos tiempos, no cabe duda de que la llamada "custodia compartida" o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos. En este sentido, resulta clarificadora la enumeración de efectos positivos contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual (...)* Y continúa aludiendo a informes y estudios internacionales: *En la misma línea, el Informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que "la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños", sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba "favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores". Lo mismo se desprende otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman -Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002)-, el Informe Kelly -Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research (2000)-, o el documento Bailly -Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)-, entre otros muchos.*

[1205] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007), establece una guarda y custodia compartida por semanas alternas, y describe los beneficios e inconvenientes de la misma: *A través del sistema de Custodia Compartida se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de aquellos siendo tal presencia similar y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura es menos traumática. Asimismo a través de este sistema se pueden evitar sentimientos negativos de los menores, entre los que cabe relacionar el abandono, el sentimiento de lealtad, el sentimiento de culpa, de negación, el de Implantación y otros. De otra parte se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y de desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos. No cabe desconocer, sin embargo, los inconvenientes que puede acarrear la Custodia Compartida como son la de adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando, la posible inestabilidad de los menores por los cambios de domicilio, la falta de comunicación de los progenitores y las dificultades de éstos para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los hijos.*

3.2.2.- Constante cambio de domicilio

Al hilo de los inconvenientes de la custodia compartida, ciertamente tal y como se ha observado de las anteriores Sentencias, el constante cambio de domicilio, es uno de los inconvenientes más señalados por la jurisprudencia. Entre otras expresamente aluden a este inconveniente sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de octubre de 2008[1206], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006[1207], la Sentencia anterior a la reforma de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002[1208], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de julio de 1999[1209], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008[1210] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de marzo de 2009[1211].

[1206] Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de octubre de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña María Elía Mata Albert (EUDER 265773/2008): En primera instancia se atribuye la guarda y custodia a la madre. El padre recurre en apelación solicitando se establezca la custodia compartida y la Audiencia desestima la petición, y dice: *La falta de entendimiento y aceptación de la medida por una de las partes, en este caso la demandada, hacen desaconsejable la custodia compartida, que, en estas circunstancias, no se revela como más beneficiosa para la menor que el actual sistema imperante de custodia para la madre y visitas para el padre, por cuanto, debe tratarse, en todo caso, de una medida favorecedora para la hija y no para los progenitores, en atención a la desestabilización que para los menores comporta el trasiego periódico de una domicilio a otro y bajo pautas y estilos educativos distintos.*

[1207] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Antonio Molina García (EUDER 170078/2006), se muestra contraria al "trasiego" que genera la custodia compartida: *(...) inconveniencia de esa custodia compartida, porque nada de utilidad aporta al hijo el trasiego de una domicilio a otro, independientemente de las facultades que el padre tenga para su cuidado y asistencia (...).*

[1208] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002, Sección 2ª, Ponente: Don Augusto Maeso Ventureira (EDJ 2002/98165), no revoca la custodia materna fijada en primera instancia y respecto de la compartida expone que: *(...) sufriría ante los continuos cambios de hábitos, espacios y entornos que dicha guarda y custodia compartida conllevaría y que podrían afectar negativamente al equilibrio necesario para su desarrollo emocional, máxime habida cuenta del enfrentamiento que se advierte entre los litigantes, que les ha llevado a interponerse denuncias recíprocas ante la jurisdicción penal.*

[1209] También anterior a la reforma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de julio de 1999, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco José Picazo Blasco (LA LEY 115548/1999), que también mantiene la custodia exclusiva materna, dice respecto de la compartida: *De otra parte, la denominada "custodia compartida" siempre ha resultado cuestionada en la medida que implica, con la salvedad de la atípica y casi inviable excepción de que sean los padres los que alternativamente se vayan turnando en su periódico desempeño ocupando por periodos de tiempo concretos el domicilio en los que los menores han de permanecer, que sean dichos menores los que deban de trasladarse periódicamente a los domicilios de sus progenitores, introduciendo un factor perturbador de desequilibrio en sus hábitos y costumbres cotidianas e incidiendo negativamente en sus actividades escolares y formativas.*

[1210] Con posterioridad a la reforma de la Ley 15/2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008, Ponente: Don Francisco Bellido Soria (EUDER 228308/2008), no revoca la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia y respecto de la compartida, también alude a su excepcionalidad y a que en todo caso, tal y como sostenía la anterior Sentencia, debería fijarse cuando sea el hijo el que no cambiara de casa: *En este supuesto no es adecuado para el menor como razona la sentencia que se acuerde un régimen de custodia compartida, en primer lugar porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así el menor estaría cada pocos días cambiando de*

Sin embargo, nuestro TS, en Sentencia de 11 de marzo de 2010[1212] parece que no permite la utilización de la irresoluble "deslocalización" de los niños, es decir el que éstos acudan a una y otra vivienda de sus progenitores, como criterio para desestimar la custodia compartida; dice la STS: *No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda (...).*

Entre los autores que aluden a esta cuestión, además de los expuestos anteriormente, reconoce Marín García de Leonardo[1213] que el continuo cambio de domicilio del menor puede ser un inconveniente en la custodia compartida. Sin embargo considera que son más las ventajas: implicación de ambos progenitores en la educación y desarrollo de los hijos, no hay vencedores ni vencidos por tanto el menor no tiene que sentirse culpable de la situación, continúa el menor teniendo el referente materno y paterno, y mantiene los lazos de afectividad y la relación con ambos de forma constante.

En relación con esta cuestión, se discute también por la doctrina, aludiendo a la inestabilidad que el continuo cambio de domicilio supone para los menores, si dicha inestabilidad denominada "material" es más o menos perjudicial que la inestabilidad "afectiva o emocional" en el sentido de mantener relaciones continuadas con ambos progenitores. Es decir, si prima la estabilidad de mantener su rutina de domicilio y hábitos, o si por el contrario, prima su estabilidad en la continuidad de la relación con ambos progenitores.

Tamayo Haya[1214], tras explicar que el argumento principal que se esgrime en contra de la custodia compartida es el *continuo peregrinaje* que va a suponer para los menores la medida, centra el dilema en si debe primar la estabilidad afectiva pese a

entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso, por ello se ha de reservar esta forma de custodia compartida de forma excepcional y sobre todo teniendo en cuenta que el menor sería el que no cambiaria de casa y entorno, sino los padres...

[1211] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de marzo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 51170/2009), mantiene la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia y la compara con la compartida: *Consecuentemente, se descarta por la Sala sustitución de la guarda y custodia individualizada que otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprueban pese a su corta edad de nueve y once años respectivamente (...).*

[1212] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5294/2010).

[1213] MARÍN, "Consecuencias personales...", *op.cit.*, pág. 96.

[1214] TAMAYO, "El ejercicio de la patria potestad...", *op.cit.*.

sacrificar la estabilidad física o al contrario. Para la autora, ninguna de las dos opciones resulta plenamente satisfactoria, no obstante, considera que no puede descartar que *(...) en determinados supuestos resulte más aconsejable dar preferencia a la estabilidad emocional, constituyendo las condiciones materiales de los progenitores simplemente un factor relevante para valorar la idoneidad.*

Por su parte, sobre esta cuestión, Aguilar Cuenca[1215] explica como uno de los argumentos más reiterados cuando debe tomarse la decisión sobre la custodia es el de la estabilidad del menor. Según el autor, por estabilidad se suele entender el mantenimiento de los espacios (hogar, colegio, barrio, etc.), dando mucha menor importancia al mantenimiento de las relaciones (con el otro progenitor, la familia extensa de éste …). Por el contrario, la investigación psicológica ha expuesto la mayor importancia en la estabilidad del mantenimiento de las relaciones.

Marín García de Leonardo[1216] considera que lo importante realmente no es la estabilidad material, sino *(...) la estabilidad emocional, la sensación de seguridad del menor referente al afecto de los progenitores.*

3.2.3.- Crítica a la custodia exclusiva

Uno de los motivos, obviamente no el único, por el que la custodia compartida ha entrado en el debate social y jurídico, ha sido la crítica que se ha efectuado a la custodia exclusiva por parte de la doctrina.

Entre los autores que aluden a los perjuicios que la custodia exclusiva puede acarrear, se encuentran García Pastor[1217], Pérez Galván[1218], Campuzano Tomé[1219], Cruz Gallardo[1220] u Ortiz Ibañez[1221].

[1215] AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá,* Almuzara, 2006, págs. 108 -109. El autor continúa la argumentación diciendo: *Este argumento ha hecho que frecuentemente se vea la custodia compartida bajo un prisma negativo, en el cual el hijo tendría que acarrear su maleta de un hogar a otro, con el supuesto deterioro en su estabilidad. El niño nunca sabría realmente dónde estaba y no reconocería dónde estaría dentro de una semana, lo que traería graves secuelas a su desarrollo. (...) No se han encontrado las esperadas secuelas citadas por la visión antes expuesta por tanto, pero sí multitud de ellas relacionadas con el conflicto y la ausencia de uno de los progenitores de la vida de los hijos. La teoría del apego definió que los menores establecían vínculos especiales con sus cuidadores desde el principio, insistiendo que esos vínculos podían ser diversos y distintos en función de las distintas relaciones. Si contemplamos la rutina diaria de una familia intacta cualquiera, podremos descubrir que los menores están adaptándose continuamente a los cambios que la vida familiar implica. (...) Estos cambios son aceptados de modo rutinario, y no tienen por que implicar desajuste en los menores.*

[1216] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 101.

[1217] GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica...*, *op.cit.*, pág. 10097, se refiere a las consecuencias de la custodia exclusiva, y afirma como la situación de la madre, junto a la pérdida de la figura paterna *(...) tiene repercusiones graves sobre los niños (agresividad, o por el contrario pasividad excesiva, malos*

Por último es importante tener presentes las palabras de la Dra. Muriel Newman, responsable de bienestar social de Nueva Zelanda, en la conferencia *La importancia de la familia*, en la que comenzó diciendo: *La carencia de padre ha sido descrita como la más grande patología del siglo XXI.*[1222]

3.2.4.- Crítica a la custodia compartida

---

resultados académicos), que tradicionalmente se han achacado por los analistas a la pérdida de la figura paterna. Continúa explicando como curiosamente estas reacciones de los menores no suceden cuando muere el padre, y lo explican los estudios psicológicos más recientes en que lo más trascendente no es la desaparición de la figura paterna, sino las propias consecuencias de la separación, como *(...) la sensación de abandono que sufre el niño y la sensación de fracaso de la madre (que indudablemente no se produce en los casos de muerte del padre).* También explica la autora como dado que el padre tiene una relación con los hijos limitada a los fines de semana, se convierte en una relación superficial que deriva en un cuadro típico denominado por los psicólogos americanos como <síndrome de Dysneylandia>.

[1218] Para PÉREZ GALVÁN, "Problemas prácticos…", *op.cit.*, la custodia exclusiva es el régimen *(...) que menos se parece al que existe vigente en el matrimonio, y al deseable para que la familia siga existiendo con solidaridad.*

[1219] También considera que la custodia exclusiva adolece de graves inconvenientes CAMPUZANO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, y la compara con la custodia compartida que según la autora tiene importantes ventajas y beneficios para el menor. Para la autora el fundamento teórico de la custodia compartida se centra en la idea de que con la separación o el divorcio finaliza el matrimonio pero no los vínculos familiares, por ello los derechos y responsabilidades de los progenitores respecto de sus hijos tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que ostentaban con anterioridad a ella. En la práctica supone la fijación de unas medidas por el Juez que permitan que el hijo disfrute de mayor presencia física de ambos progenitores una vez decretada la separación o el divorcio. No obstante, más adelante añade, la dificultad práctica de articular la custodia compartida *(...) sin que ello afecte a la estabilidad física y emocional del menor.*

[1220] Según CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales,* La Ley, Madrid, 2012, pág. 147: *Hoy en día la aplicación del régimen de custodia exclusiva o unilateral, regulado en el Código Civil (arts. 90 A, 103 y 159), pese al cuidado de los tribunales en la elección del progenitor encargado de la guarda y custodia, muestra el constante fracaso en nuestra sociedad de las relaciones familiares habidas post ruptura matrimonial, debido al reiterado incumplimiento de los acuerdos aprobados y de las medidas adoptadas en las resoluciones judiciales. Fracaso que perjudica notablemente el interés superior de los hijos. A ello hay que añadir el esfuerzo que supone para el progenitor custodio el desempeño de las funciones derivadas de la patria potestad, y la infravaloración de la labor asignada al progenitor no custodio en este régimen de convivencia.*

[1221] ORTIZ IBAÑEZ, Marina, "La custodia compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación o divorcio", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001, págs. 35 a 37, pág. 36, explica como en el caso de custodia exclusiva, la relación con el padre y con la madre es muy "asimétrica", compartiendo la vida "habitual" con el custodio y las vacaciones y días de fiesta con el no custodio, por tanto el papel de "educador" recae exclusivamente sobre el custodio, y el no custodio, preocupado por perder el afecto de sus hijos, se limita a satisfacer los caprichos de éstos. Con este sistema, continúa, *(...) no resulta difícil adivinar los graves perjuicios(...)*, sobre todo en los momentos de su vida en los que *(...) la unidad de criterios en su sistema educativo es tan fundamental.* Sin embargo, considera que si se fijara en lugar de la exclusiva una custodia compartida, *(...) los hijos y las hijas tendrían una educación más completa, pues estarían con padre y madre en tiempos similares.*

[1222] Newman, recogido en IBÁÑEZ, "El laberinto de la custodia compartida(II)…", *op.cit.*, págs. 3 – 6, continúa: *Uno de cada cuatro niños de Nueva Zelanda vive en la actualidad en hogares sin padre. Muchos han perdido toda la conexión con su papá. Cientos de miles de madres están esforzándose para sacar adelante a los niños ellas solas, y cientos de miles de padres han sido marginados. Es ciertamente un desastre sociológico (...) Países de todo el mundo están reconociendo en la actualidad que el derecho de familia basado en la custodia (exclusiva) promueve el conflicto y la alienación, mientras que las leyes basadas en la coparentalidad mantienen a los progenitores en contacto con sus hijos.*

La custodia compartida ciertamente ha sido catalogada de no beneficiosa para los menores en múltiples ocasiones:

Hay autores que prácticamente parece que niegan la posibilidad de fijar, en ningún caso, la custodia compartida, entre ellos: Vázquez Iruzubieta[1223], Coll[1224] o Rogel[1225].

Hay otros autores que parecen considerar que es posible fijar la custodia compartida pero de forma excepcional y con unas muy concretas condiciones; entre los que se encuentran Fernández-Garrido[1226], Castán Pérez - Gómez[1227], Pastor Vita[1228] o Rivera Álvarez[1229].

[1223] VÁZQUEZ, *Matrimonio y divorcio*, *op.cit.*, pág. 170, considera que no existen pautas para llevar a la práctica la custodia compartida. Que el menor tenga que vivir un tiempo con un progenitor y otro tiempo igual con el otro *(...) destruye toda idea de protección de los intereses del menor.* Considera que la custodia exclusiva con el ejercicio compartido de la patria potestad, es en lo que se ha insistido siempre *(...) con buen tino y criterio sano.* Añade más adelante: *(...) no es malo el que ambos padres compartan la custodia conjuntamente; lo malo es que no hay manera de hacerlo sin fastidiar al menor (...)*, con excepciones, como la de que cada padre viva en viviendas separadas por una pared medianera.

[1224] COLL TELLECHEA, Mª José, "La custodia compartida", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001, pág. 34, considera que *(...) no es de recibo (...),* dado que se trata de un elemento desestabilizador de los menores pretender que tras la ruptura de la convivencia familiar, los hijos y las hijas convivan en los domicilios de su padre y de su madre durante periodos de tiempo prefijados como de la mitad del año (6 meses en cada casa) o por semanas o quincenas. Esto supone que el menor y la menor acaban teniendo una serie de vivencias de que tiene dos vidas distintas, con las consecuencias psicológicas negativas que este tipo de vivencias crea en un niño, niña o adolescente.

[1225] Considera ROGEL, "En torno a la custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 80, que la custodia compartida supone que los hijos *(...) van de un lado al otro, con la consiguiente alteración de su vida cotidiana y de la monotonía que la misma conlleva, considerable y considerada como un bien.* Más adelante, alude a que el interés en el que se piensa con la custodia compartida es en el de los padres no en el de los hijos, y concluye más adelante que si *(...) la custodia se comparte, el menor no tendría un hogar, sino dos; no tendría un modo de vida, sino dos; no tendría una monotonía, sino dos, siendo ello – en principio- potencialmente traumático para el menor en cuestión.*

[1226] Para FERNÁNDEZ–GARRIDO, Montse, "La custodia compartida: Ventajas e inconvenientes", www.aeafa.es, págs. 1 – 21, pág. 19, *(...) la custodia compartida sólo será adecuada para unas pocas parejas (...)*, y nunca debe aplicarse de forma general, dado que exige que exista acuerdo de los progenitores, la idoneidad de ambos para su ejercicio y criterios de educación compartidos. Añade que lo deseable es que sea acordado por los cónyuges y no impuesta por el Juez dado que ello significaría *(...) graves enfrentamientos entre los adultos, que repercutirían negativamente en los menores, que es a quien más debe protegerse.* Añade también la autora que la custodia compartida como opción prioritaria *(...) discrimina y devalúa el trabajo de los cuidadores primarios, generalmente las madres, niega y trivializa el maltrato masculino (en España las cifras indican que existen unos dos millones de mujeres maltratadas), y perpetúa los mitos sobre la mujer: denuncias falsas, manipulación de los menores (...).*

[1227] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ en DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de derecho privado*, *op.cit.*, defendía como la guarda compartida en general exige *(...) condiciones muy favorables y mucha buena disposición (...),* en caso contrario suele considerarse contraria a la estabilidad necesaria para el desarrollo del menor.

[1228] Contempla con *cierto recelo* la figura PASTOR, "Una primera aproximación al proyecto…", *op.cit.*, pág. 12, que si bien expone que no rechaza dicha fórmula, sí considera *(...) que deberá acordarse judicialmente con suma cautela, utilizando como principal criterio para decidir sobre la custodia del menor el interés de éste (...).*

[1229] Considera excepcional RIVERA, "La custodia compartida impuesta…", *op.cit.*, pág. 186, el supuesto en el que la custodia compartida pueda entenderse adecuada, tanto en el caso de mutuo acuerdo como en el caso de que sea impuesta por el Juez, *por que no es normal que se den circunstancias más adecuadas para que dicha solución sea la que más favorezca los intereses del menor.*

3.2.5.- Posturas intermedias: Custodia exclusiva y compartida en igualdad de condiciones

Una postura intermedia sostiene que la guarda y custodia exclusiva y la compartida son dos opciones válidas y de posible planteamiento. Las dos opciones tienen beneficios y perjuicios y sirve para poder ser acordada la más adecuada en cada concreta situación, postura que es la que yo comparto.

Lázaro González[1230], tras explicar la crítica a la guarda y custodia exclusiva respecto a la relación que va a tener el cónyuge custodio y el no custodio, que en la práctica, va a ser muy distinta, considera la guarda compartida evita este efecto nocivo dado que los hijos viven durante el mismo tiempo con cada progenitor. Sin embargo, también señala las "notables consecuencias negativas" para los hijos que tiene el constante cambio de domicilio, sobre todo por la inestabilidad que puede suponerles, más en el supuesto de periodos de tiempo cortos. Continúa argumentando como debe determinarse, atendiendo al beneficio del menor, si debe prevalecer *(...) el aspecto positivo de la guarda compartida (mayor e igual relación con ambos padres) o el del sistema de guarda habitual (estabilidad en la vida del menor).* Para ello debe atenderse al caso concreto diseñando un "traje a medida" a fin de lograr la solución mejor. Y concluye más adelante[l]: *Por nuestra parte, entendemos que la guarda y custodia compartida es una fórmula que puede resultar muy beneficiosa para el menor (...) y que por ello ha de ser contemplada siempre, junto con la atribución individual al padre o a la madre, como una opción posible, debiendo resultar la elección de cualquiera de las tres del detenido examen de las circunstancias de cada supuesto.*

Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[1231] también se refiere a los argumentos que en contra de la guarda y custodia compartida se esgrimen, centrando los mismos en torno a que el menor carece de domicilio, y precisa de él sobre todo en situaciones de perturbación del orden familiar como en la separación, para *(...) mantener el sentido ancestral de la cueva, de la guarida, del refugio de sus intimidades y sus secretos.* Para el autor hay dos principios fundamentales a fin de reducir el posible perjuicio que puede generar la ruptura de los padres: primero, *(...) diseñar soluciones a la medida –no de confección-.* Dado que lo que puede ser positivo para un caso puede no serlo para otro.

[1230] LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*, *op.cit.*, pág. 236.

[1231] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, *op.cit.*, pág. 112 - 113.

Cuantas más posibilidades existan en la ley, mayor probabilidad de acierto. El segundo de los principios es en palabras del autor más bien *(...) una vacuna inmunizante (...):* Considera que lo más importante para superar la ruptura de sus progenitores es que los menores reciban amor de ambos progenitores, no verse mezclados en rencillas, y que perciban que existe un cierto grado de unidad en la actitud de sus progenitores en relación a ellos. Concluye el autor que la custodia alternativa es *(...) una vía de solución que debe ser aceptada, pero no es una panacea universal. Lo importante es su admisión entre las posibles soluciones a adoptar, cuando sea procedente y cuando se den los supuestos adecuados. No siempre. Pero no nunca.*

Quizá de las palabras de Zarraluqui, a mi juicio, se pueda obtener una lección de sabiduría en un tema de la complejidad del que nos ocupa: *No siempre. Pero no nunca.* Estas escuetas y casi evidentes palabras encierran un gran conocimiento de la complejidad que estas situaciones, en lo real, conllevan. No existen fórmulas mágicas, ni tampoco destructivas, sino que cada fórmula puede ser válida y constructiva dependiendo de la concreta y determinada situación. El problema es que hasta ahora lo que ha ocurrido y ocurre es que en supuestos contenciosos es prácticamente "no nunca".

3.2.6.- Custodia compartida como opción óptima: Opción preferente o presunción *iuris tantum*

Por último, también existen posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que sostienen como opción óptima la custodia compartida, entre otros parecen postularse en este sentido Hernando Ramos[1232], Ortiz Ibañez[1233], García Rubio y Otero Crespo[1234], Marín García de Leonardo[1235] o Zarraluqui Navarro[1236].

[1232] Según HERNANDO, "El informe del Ministerio Fiscal...", *op.cit.*, pág. 9, la custodia compartida se erige como *(...) la situación más beneficiosa para el niño (...),* dado que respeta su derecho fundamental a la convivencia de forma real y afectiva con ambos progenitores.

[1233] ORTIZ, "La custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 36, considera más correcto para el normal desarrollo del niño la custodia compartida. Según la autora, con este sistema de custodia pese al divorcio se asume conjuntamente la autoridad y la responsabilidad respecto de las cuestiones relevantes del menor, así como se respeta su derecho fundamental a seguir teniendo un padre y una madre.

[1234] Para GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre...", *op.cit.*, pág. 104, la Ley 15/2005 ha aportado fundamentalmente el hacer visible la custodia compartida, que como regla general consideran que es la fórmula *(...) que mejor protege el interés del menor posibilitando las relaciones en condiciones de paridad con ambos padres y la que, consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos.*

[1235] Reconoce MARÍN, "Consecuencias personales...", *op.cit.*, págs. 105 y 106, que la custodia compartida ha supuesto un avance en los supuestos de mutuo acuerdo, sin embargo es ciertamente muy difícil de otorgar en los supuestos contenciosos. Considera necesario *(...) un esfuerzo de interpretación que dé cabida al mayor número de supuestos (...),* porque supondrá que los progenitores compartirán las

Incluso existen posicionamientos que parecen plantear la custodia compartida como opción preferente o como una presunción *iuris tantum* que suponga que para fijar una custodia exclusiva deba derrocarse la procedencia de la compartida. Parece postularse en este sentido Cañete Quesada[1237].

Dentro de la jurisprudencia, y al hilo de esta cuestión, es interesente aludir a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008[1238] que dice: *Sin embargo, no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que de lege ferenda pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, que es el que inexorablemente viene imponiéndose en la gran mayoría de las sentencias dictadas en los últimos años por los Juzgados y las Audiencias Provinciales de nuestra Comunidad Autónoma.* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2010[1239], que no revoca la custodia exclusiva materna fijada en primera instancia, alude a la *doctrina del TSJC* y recoge los términos literales extractados en la Sentencia anterior.

decisiones importantes y las obligaciones, pudiendo continuar ejerciendo como padre y madre, y el hijo no será utilizado como arma arrojadiza. Finaliza considerando que: *No se puede pretender – mayoritariamente por parte de la mujer- seguir asumiendo en solitario la crianza de los hijos.*

[1236] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna...", *op.cit.*, considera que la separación o divorcio nunca debe suponer una separación de los hijos, siendo injusto que los menores deban prescindir de una relación habitual con uno de sus progenitores, perjudicándoles enormemente dicho hecho en su desarrollo. La autora considera que la custodia alterna debería fijarse *(...) de forma habitual, y solo excepcionalmente y cuando los progenitores o las circunstancias de la familia así lo aconsejen, la guarda exclusiva (...),* dado que según la autora: *De este modo, y solo de este modo, se estaría preservando el interés y beneficio de los hijos menores.*

[1237] Analizando el anteproyecto de la Ley 15/2005, CAÑETE QUESADA, Agustín, "El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6140, 2004, págs. 1 – 6, criticaba la queja de la Exposición de Motivos del Anteproyecto respecto de las situaciones derivadas de la práctica forense, aludiendo a que se trasladaba a la ciudadanía una desconfianza hacia el poder judicial injustificada, sobre todo teniendo en cuenta que es el poder legislativo quien puede acabar con la discrecionalidad judicial, *(...) evitando lo que se podría considerar arbitrariedades en esta materia y articulando para ello un modelo concreto de custodia que funcionase a modo de presunción iuris tantum en todos los casos.* Considera el autor que lo deseable hubiera sido recoger el modelo de custodia como el más acorde con el interés del menor, recayendo la carga de la prueba en contra de dicha presunción para el progenitor que no quisiera la custodia compartida. Este fórmula planteada fomentaría *(...) el diálogo, la negociación, el consenso y el sentido de corresponsabilidad que cita la reforma.*

[1238] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 31 de julio de 2008, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2009/643).

[1239] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (EUDER 29157/2010).

Por último, únicamente mencionar que la custodia compartida como opción preferente, está siendo la fórmula elegida por algunos de los parlamentos autonómicos en la redacción de sus leyes relativas a la guarda y custodia compartida, cuestión que se desarrollará en el Capítulo XII, que se dedica a las aludidas iniciativas parlamentarias autonómicas.

CAPÍTULO VIII.- REPERCUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL RESTO DE MEDIDAS A ADOPTAR EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

1.- Introducción

Un problema importante que se plantea tras la inclusión de la custodia compartida en la Ley 15/2005, es la repercusión de la misma en el resto de medidas inherentes a un procedimiento matrimonial.

No es lo mismo la fijación de una guarda y custodia exclusiva o de una compartida en relación con la pensión de alimentos y con la atribución del uso de la vivienda familiar. De hecho uno de los problemas más importantes en lo que a la custodia se refiere es el cúmulo de intereses que giran en torno a la misma. No debemos obviar las consecuencias de la atribución de la guarda y custodia exclusiva que son: la fijación de una pensión de alimentos, y la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.[1240] A *sensu contrario* si se fija una compartida, dichas medidas se fijan de modo distinto, lo que supone que existen intereses que gravitan en torno a ambas.

Asimismo, la diferencia que supone la fijación de una custodia compartida en vez de una exclusiva, en relación con la pensión de alimentos y el uso de la vivienda

[1240] Reseña GUILARTE MARTÍN-CALERO en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *Comentarios a la reforma...*, *op.cit.*, pág. 146, como la falta de acuerdo sobre la guarda y custodia *(...) no viene determinada tanto por la guarda de los hijos en sí, sino por las consecuencias que la ley anuda a la misma; es sabido que a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos permanece en el hogar familiar (artículo 96 del Código Civil) y administra la pensión por alimentos que se acuerde a los hijos (artículo 93 del Código Civil), o desde el otro punto de vista, quien pierde a los hijos, pierde su casa y además debe abonar la pensión por alimentos fijada por el juez. Se trata, pues, de una medida fundamental que convierte a los padres en ganadores y perdedores, a no ser que, de concurrir las circunstancias legalmente previstas y condiciones materiales y afectivas imprescindibles, la autoridad judicial se incline por acordar un sistema de guarda alterno o un sistema exclusivo con un régimen de comunicación y estancia que responda al derecho de los hijos de relacionarse con sus dos padres y al del padre o madre de gozar de la compañía de sus hijos.* GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*, dice: *A nadie puede extrañar, por tanto, que, iniciado el proceso matrimonial, la controversia sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda condicione por completo las demás pretensiones de las partes, hasta el punto de que, en muchos procesos matrimoniales contenciosos, las contrapuestas pretensiones de las partes reclamando cada una para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores encubren en realidad disputas sobre el uso exclusivo de la vivienda familiar. (...) Constituye una estrategia negociadora frecuente que un progenitor rechace cualquier fórmula de custodia compartida que le prive de la atribución del uso exclusivo de la vivienda, para, inmediatamente después de asegurársele tal uso exclusivo, ver cómo está dispuesta a aceptar un régimen de visitas y estancias de los menores con el otro cónyuge que, de facto suponga, un régimen de custodia conjunta, pero sin darle ese nomen iuris.*

familiar, ha nutrido una crítica bastante generalizada y que comparto plenamente, que se concreta en la falta de reforma de la pensión de alimentos y de la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar para el supuesto de acordar una custodia compartida. La Ley 15/2005 nada dice sobre cómo debe resolverse este problema. Guarda silencio sobre qué ocurre con estas dos medidas inherentes al pleito matrimonial y vinculadas de la guarda y custodia. Para De Pablo Murillo[1241], el legislador ha desaprovechado una magnífica ocasión para efectuar una *más detenida regulación* de otros aspectos como la pensión de alimentos o la atribución del uso de la vivienda conyugal, que supone en la actualidad *el auténtico caballo de batalla de un proceso matrimonial.* En similar sentido se postulan Ivars Ruiz[1242], Pérez - Salazar Resano[1243] y López – Rendo Rodríguez[1244].

2.- Pensión de alimentos

2.1.- Introducción

La fijación, fórmula y cuantía de la pensión de alimentos es netamente diferente en caso de adopción de un sistema de guarda y custodia compartida en lugar de una exclusiva. Dicha diferencia deviene de que la consecuencia fundamental del régimen de guarda y custodia compartida, es que el disfrute del tiempo de convivencia con los menores es más o menos parejo entre ambos progenitores, o cuando menos existe un mayor equilibrio en dicho tiempo.

Es llamativo y negativo, tal y como se ha referido en la introducción de este capítulo, que no se haya modificado la regulación de los alimentos en el Código Civil para adaptarla a la nueva figura, la custodia compartida. Dicha modificación hubiera

[1241] DE PABLO, "La Reforma Matrimonial (II)..., *op.cit.*.

[1242] IVARS, *La guarda y custodia compartida...", op.cit.*, pág. 31, tras constatar la repercusión de la atribución de la guarda y custodia en el resto de medidas, considera como déficit de la Ley 15/2005, la ausencia de regulación en las materias que van a quedar afectadas con la decisión que se adopte sobre la custodia. Y añade el autor: *Por lo que se refiere a la atribución de la vivienda y la pensión alimenticia a favor de los hijos se estará a lo dispuesto en los artículos 96 y 94 del Código Civil que no han sido modificados sin que, por lo tanto, se realice previsiones que hubieran sido precisas.*

[1243] Destaca esta falta de regulación PÉREZ-SALAZAR, "La guarda y custodia compartida...", *op.cit.*: *Resulta sorprendente e inexplicable que la reforma del 2005 no haya entrado en estos dos temas esenciales y directamente relacionados con la custodia. Sobre tales cuestiones también se dan numerosos problemas en la práctica (...).*

[1244] También LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 21, considera que el Legislador *(...) debería haber previsto las repercusiones que tiene tanto en la pensión alimenticia como en la atribución del uso del domicilio conyugal por lo que se precisa una reforma en esta materia.*

resuelto la problemática que en adelante se va a plantear, y que genera un "escenario" de opinión e interpretación jurídica variopinta, incluso contradictoria, que crea una nueva vía de inseguridad jurídica. Ya se están adoptando distintas fórmulas para contribuir a los alimentos en el caso de la guarda y custodia compartida, lo que genera múltiples y diversas dudas y opiniones al respecto[1245].

2.2.- Obligatoriedad de fijar la contribución de los progenitores a los alimentos

Al fijar un sistema de guarda y custodia compartida podría discutirse si debe o no acordarse la contribución a la pensión alimenticia, es decir, si la sentencia o convenio regulador que acuerde la custodia compartida, podría no decir nada sobre los alimentos de los menores, o si por el contrario es imperativo que se acuerde al respecto.

Entrando a analizar la obligación de los padres de contribuir a los alimentos de sus hijos, esta obligación está unida o relacionada con la obligación recíproca entre parientes de darse alimentos, recogida en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pero tiene características propias y diferenciadoras de dicha obligación de alimentos entre parientes. La obligación de los progenitores de dar alimentos a los hijos deviene del hecho de la filiación[1246], con independencia de si ostentan o no la patria potestad. El artículo 110 CC dice: *El padre y la madre aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos y a prestarles alimentos*, y el artículo 111

[1245] En este sentido PÉREZ-SALAZAR, "La guarda y custodia compartida...", *op.cit.*, explica como, dado que cada día se reconoce más el sistema de la custodia compartida, ello incide tanto en como abordar la contribución a los alimentos como en su cuantía. Y añade que los Juzgados y Audiencias Provinciales están estableciendo fórmulas distintas al tradicional sistema de abono de una pensión, lo que supone que están *(...) abordando soluciones para una nueva realidad a la que el legislador no dedicó una sola línea en su reciente reforma del año 2005. Veremos cómo evoluciona toda esta materia.*

[1246] MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos,* Comares, Granada, 2008, pág. 33, llega la siguiente conclusión: *(...) las prestaciones familiares que nos ocupan son verdaderamente un efecto de la filiación, ya sea ésta por naturaleza, por adopción o por ficción legal.* También LÁZARO PALAU, Carmen María, *La pensión alimenticia de los hijos,* Thomson - Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 34, alude a que: *Los alimentos debidos a los hijos nacen del vínculo de filiación (...).* En similar sentido se postula CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, en la ENCUESTA JURÍDICA, *Cuando se acuerda una medida de guarda y custodia compartida, ¿se ha de establecer una pensión de alimentos del progenitor con el que no conviven temporalmente?*, Sepin, SP/DOCT/3259, enero de 2007, www.sepin.es, que afirma que: *La obligación de prestar alimentos a los hijos es inherente a la paternidad y maternidad; de hecho, el propio Código Civil establece que no quedan exentos de esa obligación los progenitores que sean privados de patria potestad (art. 110 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004). No obstante, el Código de Familia catalán, en su art. 271, sí establece como extinción de la obligación de prestar alimentos la privación de la patria potestad.*

CC en su parte final corrobora el criterio: *Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*[1247].

Obviamente también se recoge como deber de la patria potestad en el artículo 154 CC, que en su punto 1º, alude entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad el de "alimentarlos".

Tanto nuestro Tribunal Constitucional como nuestro Tribunal Supremo distinguen los alimentos entre parientes y los alimentos entre progenitores e hijos menores de edad:

La STC 57/2005, de 14 de abril[1248], analiza las diferencias entre la pensión de alimentos de los menores de edad y los alimentos entre parientes, a fin de dilucidar si deben deducirse ambas en la base imponible del IRPF: *Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes -el otro elemento de comparación alegado-, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o "para subsistir" (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos -cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)-, se abona sólo "desde la fecha en que se interponga la demanda" (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. (...) Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión (...). Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma (...).*

También el TS en Sentencia de 5 de octubre de 1993[1249] distingue entre los alimentos de padres a hijos durante la minoría de edad y los demás alimentos entre parientes: *Primero.- La norma constitucional (art.39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos "durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. "Segundo.- Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el título VI del libro primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber*

[1247] Afirma MORENO MOZO, *Cargas del matrimonio...*, *op.cit.*, pág. 30, que *(...) el deber de mantener a los hijos no emancipados existe respecto de todos los hijos. En consecuencia, tal deber no depende de que sobre esos hijos se ostente o no la patria potestad.*

[1248] Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005, Sala 2ª, Presidente: Elisa Pérez Vera (EDJ 2005/29902).

[1249] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993, Sala 1ª, Ponente: Teófilo Ortega Torres (EDJ 1993/8729).

comprendido en la patria potestad (art.154.1º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3.º- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paternofilial(art.110 CC) no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados (...).

Desde el punto de vista de la doctrina, aluden a esta distinción Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga[1250] o Seoane Prado[1251].

Son muy interesantes las notas características, en las que se incluyen las referidas anteriormente, de los alimentos de los menores de edad que apunta Pérez Martín[1252], tras mencionar que el fundamento de los mismos viene establecido en los artículos 110 y 154 CC y que resultan del hecho de la procreación. Las notas características son las siguientes:

- Durante la minoría de edad la obligación alimenticia existe incondicionalmente[1253] y no puede decretarse su cesación, dado que en caso contrario supondría que los padres podrían renunciar libremente a cumplir las funciones de la patria potestad, circunstancia no contemplada en nuestro ordenamiento. De hecho añade, como incluso cuando asume la guarda la entidad pública (172.2 CC) tampoco cesa la obligación de alimentos.

- No es necesario acreditar la necesidad de los menores, la obligación durante la minoría de edad viene impuesta *ex lege.*

- Son de mayor amplitud que los debidos al resto de parientes.

- De conformidad con el artículo 145.3º tienen preferencia sobre los alimentos del resto de parientes.

[1250] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, *op.cit.*, explica como los alimentos a cargo de los padres y en beneficio de los hijos menores tienen *(...) un tratamiento singular que deriva de la conjunción de la paternidad con la minoría de los hijos (art. 39.3 CE y arts. 110 y 154 CC).*

[1251] También SEOANE PRADO, Javier en GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLVEZ y otros, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, distingue entre alimentos entre parientes y los alimentos a menores de edad: *En el caso de los menores de edad, los alimentos no derivan de la relación general de parentesco, sino que son un efecto propio de la patria potestad, ni están supeditados a que se acredite estado de necesidad alguno, pues los progenitores han de cuidar de sus hijos menores con independencia de su situación patrimonial.*

[1252] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, págs. 547 y 548.

[1253] La Sentencia de la Audiencia Provincail de Girona de 18 de diciembre de 1996, Sección 2ª, Ponente: Don Joaquím Miquel Fernández Font (AC 1996/2409), no comparte esta postura, dado que considera: *Ello implica, por tanto, que el hecho que un hijo sea menor de edad y no esté emancipado no supone «per se» que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarle alimentos cuando, por las razones que fuese, tuviera rentas o patrimonio bastante para atender a sus necesidades.*

- Las limitaciones de los alimentos entre parientes no les afectan.

- No puede cumplirse la obligación de alimentos con la opción recogida en el 149 CC de mantener en su propia casa a los hijos menores, atendiendo al párrafo 2º de dicho artículo.

- Pese a que los alimentos deben ser proporcionales a los medios del que los da y a las necesidades de quien los recibe, siempre deben tener un contenido mínimo e indispensable para cubrir las necesidades básicas de subsistencia del menor.

- Deben actualizarse los alimentos a tenor de lo dispuesto en el artículo 93.1º CC.

Tampoco debemos olvidar lo que dice el artículo 39.3 CE[1254], la referencia al artículo 92 CC que dice que: *1.- La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (...),* y el artículo 93 del Código Civil que dice "*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos (...).*

Por último, Sepín efectuó una Encuesta jurídica[1255] que planteaba la disyuntiva siguiente: *Cuando se acuerda una medida de guarda y custodia compartida, ¿se ha de establecer una pensión de alimentos del progenitor con el que no conviven temporalmente?*. En el resumen de las respuestas, tres de los encuestados respondieron que sí, con diversas matizaciones, y cuatro que ha de establecerse la contribución de cada progenitor, sin que necesariamente tenga que ser en forma de pensión. Es decir, todos ellos consideran que de una u otra forma debe contribuirse a los alimentos de los hijos menores. También Santana Páez[1256] destaca que la custodia compartida no supone que se exonera del pago de la pensión alimenticia, ni que deba distribuirse de forma anárquica o no meditada los gastos de los menores, y concluye que necesariamente *(...) habrá de concretarse el modo en que se van a satisfacer por ambos progenitores las*

[1254] Dice el artículo 39.3 CE: *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.* Alude a este artículo HERRERA, "Análisis de las reformas...", *op.cit.*, que subraya como la obligación de alimentos de los menores de edad *(...) es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la Patria Potestad (artículo 154 del C. Civil).* En similar sentido Planes Moreno, Mª. Dolores, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, añade que dicha obligación deriva del derecho natural, considerando igualmente que se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, teniendo los padres que *(...) procurar a sus hijos los medios necesarios para su subsistencia y atender adecuadamente todas las necesidades de estos.* También PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 547, alude al contenido ético y al rango constitucional que ha alcanzado la obligación de dar alimentos.

[1255] ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*.

[1256] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 740 - 741.

necesidades de los hijos, ya que lo contrario, llevara a constantes litigios en orden a determinar quien ha de asumir determinados gastos.

Tras lo expuesto considero que, con independencia de posibles excepciones que dada la variopinta casuística del derecho de familia pudieran surgir de manera contada, debe fijarse la contribución a la pensión alimenticia de los progenitores en los supuestos de custodia compartida.

Es importante no olvidar que ambos progenitores tienen la obligación de satisfacer la pensión de alimentos de sus hijos, por supuesto teniendo la dedicación a éstos repercusión como contribución en especie. En el sistema de guarda y custodia exclusiva existe el principio de contribución de ambos progenitores a los alimentos de los hijos. No obstante, la pensión de alimentos se cuantifica monetariamente en la sentencia o convenio regulador únicamente respecto del progenitor no custodio. Sin embargo ello no implica que el progenitor custodio no tenga la obligación de contribuir a los alimentos, sino únicamente que no se recogen cuantificados. Asimismo, el deber de dar alimentos del progenitor custodio no se agota con la convivencia cotidiana con los hijos[1257].

En conclusión, los argumentos y principios expuestos en el presente epígrafe sobre la contribución a los alimentos de los hijos menores de edad, son igualmente válidos en el supuesto de custodia exclusiva que en el de compartida. Consecuentemente, de hecho con más argumento, dado que la guarda y custodia compartida pretende cuando menos un mayor equilibrio en el tiempo que comparten ambos progenitores con sus hijos, deben ambos cónyuges contribuir a la pensión alimenticia y fijarse esta contribución en la sentencia o en el convenio regulador. Ello no obsta, tal y como se expondrá a continuación, a que la fijación de la custodia compartida no deba tenerse en cuenta para la fórmula y distribución entre los

[1257] En este sentido se pronuncian, entre otras, las siguientes sentencias: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdova de 30 de enero de 2004, Sección 2ª, Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (2004/4910) dice: *Es decir que la obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuido la guarda del niño, y si bien es cierto que habitualmente en las sentencias no se hace mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el progenitor que asume la custodia, sin embargo, ello no quiere decir que quede exonerado de la obligación de alimentos ni, por supuesto, que el hijo deba ser alimentado solo con lo que percibe de pensión alimenticia.* También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de abril de 2002, Sección 7ª, Ponente: José Teófilo Jiménez Morago (EDJ 2002/23100) dice: *(...) debiendo significarse también que dicha obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuida la guarda y custodia, pues, aunque como dice la doctrina más autorizada resultaría absurdo que en una sentencia se estableciese la obligación del progenitor custodio de pagarse asimismo una pensión alimenticia destinada al hijo que convive con él, ello no quiere decir –el no hacerse mención expresa en la sentencia- que quede exonerado, ni por supuesto que el hijo deba ser alimentado sólo con lo que percibe por pensión alimenticia.*

progenitores de la contribución, pero la obligatoriedad de contribuir a los alimentos de los hijos menores es igualmente indubitada e imperativa que en el supuesto de la exclusiva.

2.3.- Exigencia de que dicha contribución sea en forma de pensión

Centrada la exigencia de contribución a los alimentos de ambos progenitores, otra cuestión discutida es si debe o no ser imperativa la entrega de éstos mediante una pensión.

Autores como Pérez Salazar - Resano[1258], Castillo Martínez[1259] o Lázaro Palau[1260] consideran no imperativa la entrega de alimentos en forma de pensión.

Por mi parte comparto la opinión de las autoras expuestas, dado que pese a que la práctica, más que extendida prácticamente unánime, aunque con excepciones, es la de fijar, en los supuestos de custodia exclusiva, la contribución a los alimentos en forma de pensión, ello dimana de la práctica jurídica más que de la exigencia legal. Ninguno de los artículos 90, 93, 103, 110 ni el 154 etc… todos ellos del Código Civil, recogen expresamente la referencia a que deba ser la pensión la forma imperativa de contribución a los alimentos. Y en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que se refieren a los alimentos entre parientes, únicamente el artículo 145 y 149 (éste no aplicable en el supuesto de las crisis matrimoniales) se recoge expresamente el término

[1258] PÉREZ SALAZAR – RESANO, Margarita, en la ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*, considera que tanto en los supuestos de mutuo acuerdo como en los contenciosos debe preverse el modo en el que ambos progenitores van a cubrir las necesidades del niño, sin embargo, no necesariamente debe consistir en una pensión, dado que el artículo 93 del Código Civil exige la contribución de cada progenitor al sostenimiento de los hijos, pero no al pago de una pensión necesariamente. Y concluye: *Por tanto, lo que se ha de establecer siempre es una medida que asegure que los gastos del menor quedan cubiertos por ambos progenitores, y el modo y forma en que cada uno de los padres va a abonarlos, sin que eso implique necesariamente el pago de una pensión de alimentos de uno a otro de los progenitores.*

[1259] En similar sentido se postula CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*, que afirma como en relación a la pensión de alimentos acordada en convenio regulador, los progenitores podrán fijar *(...) cualquier modalidad que asegure el derecho, irrenunciable e intransmisible, de sus hijos menores de edad, o económicamente dependientes, a la percepción de alimentos.*

[1260] Refiriéndose a la denominación de "pensión alimenticia" en general, sin aludir expresamente a la custodia compartida, LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia...*, *op.cit.*, pág. 28, subraya que, pese a que es corriente y se acepta dicho término de forma generalizada, el mismo *(...) encierra un aspecto (por un lado) restrictivo y a la vez (por otro) excluyente. Restrictivo, en el sentido de que se equipara pensión a quantum. Excluyente, porque no abarca aquellos pagos que el progenitor no custodio puede obligarse a asumir personalmente frente a terceros diferentes del accipiens, pero que redundan en beneficio del hijo. Por eso, me parece más adecuada la expresión de <prestación alimenticia> ya que se refiere al objeto en toda su amplitud posible, englobando tanto la cantidad pecuniaria a entregar como la asunción directa de determinadas obligaciones alimenticias, verbigracia, el pago del colegio u otras que se pacten. La prestación alimenticia puede, pues, coincidir en su contenido con la pensión alimenticia, o bien puede integrar el pago de conceptos determinados frente a terceros, que si no se indicase lo contrario, quedarían englobados, sin más, en la pensión.*

"pensión".

Asimismo, no debemos olvidar que los cuidados, esfuerzo y dedicación del cónyuge custodio, se valoran como forma de contribución a los alimentos, y obviamente no se entregan en forma de pensión. Por tanto, ya se admite por la jurisprudencia y la doctrina una forma de contribución a los alimentos que no es la de la entrega de una pensión.[1261]

En conclusión, no es una exigencia ineludible la contribución a los alimentos de los menores mediante la entrega de una pensión.

2.4.- Contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos en el supuesto de custodia compartida

2.4.1.- Distintas fórmulas planteadas por doctrina y jurisprudencia

Concluido en los epígrafes anteriores que es obligatoria la contribución de ambos progenitores a los alimentos de sus hijos, y también que dicha contribución no es preceptiva que se materialice mediante la entrega de una pensión, existen distintas fórmulas, criterios y soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han ido esgrimiendo, respecto de la contribución a los alimentos en los casos en los que se fija una guarda y custodia compartida.

Sin pretensión de exhaustividad, dado que seguro habrán surgido y surgirán otras distintas, algunas de las soluciones o fórmulas que han sido planteadas son las siguientes:

1ª.- La primera fórmula de contribuir a los alimentos en los supuestos de custodia compartida, se concreta en que cada progenitor asumirá los gastos de su hijo durante el periodo en que permanezca bajo su custodia, exista o no desigualdad en la capacidad económica de los progenitores. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad.

[1261] Existen múltiples Sentencias al respecto, entre ellas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 de mayo de 2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 10 de marzo de 2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de abril de 2002. También es importante en las medidas provisionales el artículo 103.3ª párrafo segundo CC que dice: *Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.*

Critica este sistema, Santana Páez[1262], quien reconociendo que varias son las fórmulas a tener en cuenta, no cabe asumir *(...) una fórmula genérica de que cada padre asumirá los gastos del hijo/s en los tiempos de permanencia del mismo (...)*, dada cuenta los innumerables incidentes que generaría, dado que si es válida la cláusula para los gastos de alimentación *stricto sensu*, no lo es para los otros gastos generados en cualquier otro momento con independencia de con qué progenitor esté el menor[1263].

Entre otras, las siguientes sentencias adoptan esta fórmula: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[1264], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009[1265], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2002[1266], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1267], la Sentencia de la

[1262] ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*.

[1263] Se refiere expresamente a gastos *(...) de educación, de ocio, de actividades extraescolares, ya sea de mejora de los conocimientos, recuperación o incluso de ocio, como excursiones, actividades culturales... Lo mismo ocurre con la ropa, gastos sanitarios, farmacéuticos, uniformes, libros (...).*

[1264] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008), resuelve un recurso de apelación en el que se discute la custodia compartida fijada en primera instancia, y resuelve manteniendo la custodia compartida. El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valencia, en Sentencia de 21 de febrero de 2008 acordó fijar una custodia compartida y respecto de los alimentos dice: *Cada progenitor asumirá los gastos alimenticios de la menor en los periodos en que se encuentre en su compañía, afrontando el progenitor todos los gastos escolares de la menor, incluido comedor escolar si lo precisase, asumiendo por mitad todos los gastos de carácter extraordinario necesarios para la menor, y aquellos convenientes que se consensúen o en caso de controversia sean autorizados judicialmente.*

[1265] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas contenciosa de un procedimiento tramitado de mutuo acuerdo, en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Torrelavega, en Sentencia de 26 de mayo de 2008 modifica la custodia exclusiva existente por una custodia compartida. Tras recurso de apelación de la madre para que no se modifique la medida y se mantenga la custodia unilateral a su favor anteriormente existente, la Audiencia resuelve desestimando el recurso. El Juzgado de Primera Instancia acordó fijar una custodia compartida en la que respecto de los alimentos dice lo siguiente: *Queda sin efecto la obligación de Jose María de abonar alimentos a su hija Marí Juana, si bien ambos progenitores seguirán obligados a sufragar por mitad los gastos extraordinarios generados por la menor en el modo establecido en el convenio regulador de 20 de Febrero de 2.006.*

[1266] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2002, Sección 22ª, Ponente: José Ángel Chamorro Valdés (EDJ 2002/91937), recoge el sistema de que cada progenitor corre con los gastos del menor durante el periodo que le corresponda.

[1267] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009), acuerda en primera instancia una guarda y custodia compartida y tras recurso de apelación para revocar la misma, la Audiencia mantiene la medida. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 14 de abril del 2008 fijando la custodia compartida acordando lo siguiente respecto a los alimentos: *El establecimiento de un sistema de custodia compartida entre ambos progenitores, elude la necesidad de fijar cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia a cargo de ninguno de los progenitores, ya que a cada uno de ellos corresponde atender y sufragar las necesidades de la niña durante los respectivos períodos en la guarda; teniendo presente, que los gastos extraordinarios, previa comunicación y justificación en caso de desacuerdo, habrán de ser satisfechos por mitad.*

Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009[1268] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006[1269].

2ª.- La segunda opción es exactamente igual a la primera, a excepción de lo referente a los gastos extraordinarios, que en vez de ser abonados al 50%, serán abonados en proporción a las capacidades de cada progenitor.

Parece aludir a este sistema Pérez Vega[1270], y en la jurisprudencia podría incardinarse en este supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[1271].

3ª.- En la tercera solución, se cuantificaría la pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges en caso de desigualdad de la capacidad económica, y sólo se entregaría dicha pensión por el cónyuge con mayor capacidad económica al otro cónyuge en los periodos en los que el menor se encuentre junto él o en todos los meses del año. Consecuencia de ello es que, en caso de igualdad de capacidades no se fijará pensión a favor de ninguno, por tanto en este caso la consecuencia sería la misma que en la fórmula 1ª y 2ª.

[1268] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 186690/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida y la Audiencia confirma la medida, y respecto de los alimentos se fija que: *No ha lugar al abono de una pensión de alimentos de las partes a la menor ya que las obligaciones existentes en este sentido quedan subsumidas por el régimen de custodia compartida establecida. 4.- En cuanto a los gastos extraordinarios, serán por mitad (...).*

[1269] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 225809/2006), no se recurre la Sentencia de instancia en cuanto a la custodia compartida fijada y en la misma se recogía que: *Los gastos alimenticios ordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de forma alterna, de tal manera que cada uno se hará cargo de los causados durante su respectivo periodo de guarda. El coste del centro escolar será abonado por mitad entre los dos padres, al igual que los gastos extraordinarios tales como los consistentes en ropa, sanidad, actividades extraescolares, material escolar, y otros similares.*

[1270] PÉREZ VEGA, *La guarda y custodia de los hijos...*, *op.cit.*, argumenta como cada progenitor puede hacerse cargo de los alimentos ordinarios de forma proporcional al tiempo que los tengan en su compañía. Respecto de los gastos extraordinarios, afirma como pueden los progenitores pactar o el juez acordar que los mismos sean satisfechos por mitad o en proporción a las respectivas capacidades económicas. Para la autora, esta fórmula disminuirá el impago de pensiones alimenticias, y por tanto la litigiosidad, dado que desaparece el deudor de la pensión.

[1271] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009), también fija esta fórmula. En primera instancia se acuerda una custodia compartida por el Juzgador y la Audiencia mantiene la medida y dice respecto de los alimentos: *Cada progenitor hará frente a las atenciones ordinarias de las hijas durante sus estancias con éstas. Ambos litigantes establecerán una cuenta conjunta en la que el Sr. Lucas ingresará trescientos cuarenta y ocho euros (348.-€) mensuales y la Sra. Casilda doscientos cincuenta y dos euros (252.-€) mensuales, lo cuales irán destinados a atender a los gastos extraordinarios de las hijas, incluyendo en tal concepto los de naturaleza sanitaria no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado y los de carácter educativo (libros, material escolar, matrículas, vestuario escolar, clases de repaso, excursiones y viajes escolares, actividades extraescolares, etc.) (...).*

Entre los autores que parecen exponer esta fórmula se encuentran Domínguez Castellano[1272], Pérez Martín[1273], Campo Izquierdo[1274] o Castillo Martínez[1275].

Existen también ejemplos de esta opción en la jurisprudencia: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008[1276], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de 2008[1277], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1278] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009[1279].

4ª.- También se alude a la 3ª fórmula en el supuesto de que sólo uno de los progenitores tuviera capacidad para sustentar al menor.

Defiende el reparto proporcional de la pensión alimenticia atendiendo a las respectivas capacidades económicas de los progenitores, Zarraluqui Navarro[1280], dado que así lo dispone la ley y la jurisprudencia.

Parece que pueden incardinarse en este punto 4º, sentencias como las siguientes: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999[1281] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de Septiembre de 2010[1282].

[1272] DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, considera que únicamente debe fijarse pensión de alimentos caso de descompensación de ingresos de los progenitores, cuando el hijo se encuentre con el progenitor que tenga menor capacidad económica. En caso de que ambos tengan recursos económicos suficientes no es necesario fijar pensión, ocupándose cada uno de los gastos en los periodos que convivan con el hijo.

[1273] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 270 y 271, sostiene como pese a que se acuerde una guarda y custodia compartida, debe obligatoriamente que fijarse una pensión alimenticia. Sin embargo matiza: Cuando ambos progenitores tienen ingresos suficientes para atender sus necesidades y las del hijo durante el periodo en que convivan con él es posible que no sea necesario fijar una pensión alimenticia, sin perjuicio de compartir los posibles gastos extraordinarios. En cambio, cuando la economía de los progenitores es dispar habrá que fijar una pensión alimenticia a favor del hijo, pero ésta estará en función tanto de las necesidades del hijo y de la capacidad económica de los padres como de los periodos en que el hijo conviva con cada uno de los progenitores. Siendo aconsejable en estos casos la realización de pagos directos de los gastos que genera el hijo cuando tienen una periodicidad determinada (por ejemplo colegio).

[1274] CAMPO IZQUIERDO en ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*, considera que únicamente en los supuestos en los que la guarda y custodia sea distribuida al 50% del tiempo, y los ingresos de ambos progenitores sean iguales, se podrá no fijar una cuantía de alimentos en sentido estricto, es decir respecto de la alimentación. Las demás obligaciones que supone la pensión de alimentos, deberán ser distribuidas entre ambos progenitores al 50%, en aras de que la aportación de ambos sea igual. En caso de que los ingresos no sean iguales, se fijará una pensión a favor del que tenga menos emolumentos, a fin de que el nivel de vida de los hijos no sufra disminución cuando están con uno u otro progenitor.

[1275] Por último CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*, plantea que de existir proporción en los ingresos de ambos progenitores y los periodos de alternancia sean igualitarios, cada uno deberá satisfacer los gastos del menor durante su periodo de convivencia. Para el caso de existir desproporción en la capacidad económica, se compensará con la entrega de una cantidad.

[1276] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (EUDER 189588/2008), resuelve un recurso de apelación a una Sentencia que acordaba una custodia compartida, y en la medida referente a la pensión de alimentos, se fijaba una contribución de ambos progenitores al 50%. La madre recurre en apelación para discutir esa contribución al 50%, sustentando su recurso básicamente en que hay una desproporción de salarios entre ella y él, y en que pese a que se acuerda una custodia compartida, lo cierto es que la madre está muchos más días con los menores (todos los días lectivos). La Audiencia tiene en cuenta ambos argumentos para revocar la Sentencia de instancia y acordar que el padre abonará una pensión a la madre. Dice respecto de la desproporción de los salarios: *(...) los gastos corrientes de alimentos, en sentido amplio del art. 142 párrafo segundo del Código Civil si deben adaptarse a las circunstancias expresadas anteriormente, con la debida conjunción de lo establecido en los arts. 145 y 146 del Código Civil, en cuanto a la proporcionalidad de necesidades y aportaciones en función de las posibilidades de cada uno de los obligados. De otra, no debe olvidarse la contribución personal que representa el cuidado directo de las menores, con la desproporción temporal que se ha expresado anteriormente, asumiendo la madre una carga superior en cuanto al tiempo y a la intensidad que representa el cotidiano cuidado de las menores en los días lectivos.* Y acuerda: *Por ello, conforme a las circunstancias antes expresadas resulta necesario establecer una obligación económica de alimentos en favor de la hijas y con cargo al padre, quien además de correr con los gastos ordinarios de alimentación y vivienda en los días de custodia que le corresponden, deberá abonar en concepto de alimentos a la madre la suma de seiscientos euros mensuales (...).*

[1277] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de 2008, Sección 1ª, Ponente: Doña María del Pilar Aguilar Vallino (EUDER 61195/2008): En primera instancia se fija por el Juzgador una guarda y custodia compartida, y en apelación no se recurre dicha medida, sino la pensión alimenticia: *La cuantía de la pensión alimenticia fijada para el hijo menor impuesta al padre, responde a la notable diferencia de ingresos entre ambos progenitores, lo que implica una superior contribución a los gastos por parte de quien tiene mayores posibilidades económicas, siguiendo el criterio de proporcionalidad que debe regir en esta materia conforme a lo dispuesto en los artículos 71.1, 82 y 143 Codi Familia. (...) Su cuantía se presenta adecuada a las circunstancias y no es óbice para tal prestación el régimen de custodia establecido en la sentencia porque, aunque se le designe como custodia compartida, no resulta igual y equivalente para ambos progenitores, asumiendo mayor carga la madre con quien reside el hijo en el domicilio familiar.*

[1278] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban fuera compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida. En el pleito principal se confirma la medida y fija el sistema que nos ocupa respecto de la pensión de alimentos: *En cuanto a los alimentos del menor, cada uno de los progenitores se hará cargo de las necesidades de aquél durante su respectiva estancia, si bien dada la diferencia de ingresos de los litigantes se considera de justicia que el demandado contribuya con la suma de 150 euros mensuales a favor de la actora, para con ello hacer efectivo el mandato del artículo 146 del Código Civil.*

[1279] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009), no revoca la Sentencia de instancia que acordaba una custodia compartida y fijaba respecto de los alimentos que *Ambos progenitores soportarán los gastos ordinarios de sus hijos durante el período que ostenten la custodia de los mismos. Además, D. Martin deberá satisfacer mensualmente, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos, la cantidad de 120 euros (...). Igualmente, ambos progenitores deberán satisfacer por mitad no sólo los gastos extraordinarios (...).*

[1280] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, continúa: Este reparto proporcional puede implicar *(...) que uno de los progenitores se haga cargo de la cobertura total de las necesidades de los hijos, eximiendo al otro de hacerlo.* La jurisprudencia menor viene estableciendo que la dedicación a los hijos es una forma de contribución en especie (alude la autora a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 22ª) de 25 de abril de 2003, 1 de abril de 2003, 7 de noviembre de 2002, 6 de noviembre de 2002, 16 de septiembre de 2002, 13 de septiembre de 2002 y 10 de septiembre de 2002 y las de la misma Audiencia, Sección 24ª de 13 de marzo de 2004) y por tanto Zarraluqui Navarro entiende que no debe existir impedimento para que sea uno el que se encargue en exclusiva de la cobertura de todas las necesidades de los hijos comunes.

[1281] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999, Sección 6ª, Ponente: Vicente Ortega Llorca (1999/25565), recoge el supuesto en el que únicamente uno pueda contribuir al mantenimiento del menor, situación en la que éste deberá abonar la pensión que se fije únicamente en los periodos en los que el hijo se encuentre con el otro progenitor.

[1282] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de Septiembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Doña Arabela Carmen García Espina (SP/SENT/524879): En primera instancia se acuerda la guarda y

5º.- La quinta fórmula, supone la fijación de una pensión de alimentos para cada progenitor en función de sus capacidades económicas, a abonar en los periodos en los que corresponda la guarda y custodia al otro progenitor, y sin posibilidad de ser compensadas.

En el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, se concluye que en los procedimientos contenciosos debe fijarse la pensión de cada uno de los progenitores, fijando su cuantía de forma global. Y para el supuesto de que sean distintas las pensiones de cada progenitor no acordar en la resolución judicial la compensación.[1283]

También acuerdan este sistema las siguientes sentencias: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1284], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1285], de 10 de diciembre de 2008[1286] y de 23 de enero de 2009[1287].

custodia compartida del hijo incapacitado, recurre la madre en apelación solicitando se fije la custodia exclusiva a su favor, y la Audiencia desestima en este punto el recurso manteniendo la custodia compartida. Sin embargo, la Audiencia sí estima el recurso en cuanto a la pensión alimenticia; en este supuesto únicamente el padre tenía ingresos y se fija que debe abonar una pensión alimenticia: *Se fija la pensión alimenticia a favor de Carlos Miguel y a cargo del padre D. Narciso en 350 €/mensuales, con actualización anual conforme al IPC, quien deberá abonar además el 50% de los gastos de estancia del hijo en el Centro Aspanias. Ambos progenitores contribuirán por igual al pago de los gastos extraordinarios de Carlos Miguel .*

[1283] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES..., *op.cit.*.

[1284] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008), aprueba un acuerdo que llegaron los cónyuges en la vista, en el que se establecía una custodia compartida por semestres, excepto en la pensión alimenticia, respecto de la cual la Sentencia dice: *Durante el semestre que los hijos estén con Magdalena, el padre abonará como alimentos para sus hijos la suma mensual de 215 €; y cuando estén con el padre Magdalena abonará como alimentos para sus hijos 224,5 € (sic)al mes.*

[1285] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de la madre en tal sentido, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera Instancia fijaba respecto de los alimentos: *Que cuando la custodia la tenga la madre el padre debería abonar a su hija en concepto de alimentos la suma de 300 € al mes, y cuando la custodia la tenga el padre, la madre debería abonar a la hija en concepto de alimentos la suma de 200 € al mes. (...) Al margen de lo anterior, los gastos extraordinarios de la hija serán abonados al 50 % por ambos progenitores.*

[1286] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008), también sigue este criterio: El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba fijó una custodia compartida, y la Audiencia confirma la medida. La Sentencia de Primera Instancia no revocada acuerda respecto de la contribución al mantenimiento de los menores: *el padre abonará la cantidad mensual de 1200 euros cuando se encuentren bajo la custodia materna (...). Durante el periodo de custodia paterna de los menores, la madre abonará como pensión de alimentos para sus hijos la cantidad mensual de 300 euros...*

6ª.- La sexta fórmula es la misma opción que la 5ª, sin embargo se compensarán las pensiones entre ambos progenitores, y no se entregará de forma directa más que la diferencia de la pensión más alta por el que deba abonarla y en los periodos en que éste no ostente la guarda. La consecuencia práctica de esta fórmula es la misma que en caso de la solución 3ª.

Parece referirse a este sistema Forcada Miranda[1288].

7ª.- Esta solución se concreta en que cada progenitor abonara los gastos de convivencia que genere el menor mientras se encuentre con él, y los gastos fijos como colegio, ropa etc… serán abonados directamente por los padres al 50%, con independencia de si tienen o no igual capacidad económica.

Acogen esta solución la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007[1289], las Sentencias de la Audiencia Provincial de

[1287] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009), se acordaba una custodia compartida con la siguiente previsión respecto de los alimentos: *Que se establezca una pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre en cuantía de 360 euros al mes cuando la custodia la ostente la madre y a cargo de la madre en cuantía de 300 euros al mes cuando la custodia la ostente el padre.* Los extraordinarios se abonan por mitad.

[1288] FORCADA MIRANDA, en la ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*, dice que en caso de guarda y custodia compartida fijada en un procedimiento contencioso, considera que lo normal es imponer el clásico esquema de pago de pensión de uno a otro atendiendo a la estancia temporal con el menor. Y considera que no existe obstáculo para que se compensen las sumas finales debidas por cada parte, *(...) si ello se explica con detalle con la finalidad de facilitar ulteriores modificaciones de medidas.*

[1289] La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007, Juez/Magistrado: Don Carles Tortras Bosch (EUDER 329927/2007), analiza un supuesto en el que había existido un procedimiento penal contra el hombre, y se archivo, y la Sentencia acuerda una custodia compartida, y respecto de la pensión de alimentos fija: *En cuanto a los gastos originados por el menor, que suponen unos 850 euros mensuales, a la vista de las posibilidades de los cónyuges acreditadas en las actuaciones y del régimen de guarda y custodia compartido que se establece por esta resolución, serán de cada progenitor durante el tiempo que esté con el, y las comunes y las extraordinarias a medias.*

Granada de 6 de noviembre de 2009[1290] y de 27 de noviembre de 2009[1291] y la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1292].

8ª.- Sería la misma que la 7ª, pero los gastos fijos los abonarían proporcionalmente a sus respectivas capacidades económicas.

Parece que Viñas Maestre[1293] alude a esta fórmula.

En la jurisprudencia puede incardinarse en esta opción la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009[1294].

9ª.- La fórmula sería igual que la 7ª o la 8ª, pero los gastos fijos se abonarían no directamente por los progenitores, sino mediante ingresos en una cuenta corriente, de la que ambos serían titulares mancomunados, y en la que estarían domiciliados todos esos gastos fijos.

[1290] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272216/2009), revoca la sentencia de instancia que acordaba una custodia compartida, por una custodia exclusiva materna. La sentencia de primera instancia acordaba respecto de los alimentos: *No se fija pensión de alimentos a ninguno de los progenitores, debiendo satisfacer el resto de los gastos que se produzcan en el menor, tales como escolaridad, sanitarios, de vestuario y demás al 50%.*

[1291] No se recurre la medida de la custodia compartida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009), que en primera instancia decía: *No se establece pensión de alimentos por ninguno de los cónyuges, si bien habrán de afrontar al 50% el resto de los gastos que se generen por el menor.*

[1292] La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida, y fija respecto a la contribución a las necesidades alimenticias: Ambos progenitores asumirán los gastos ordinarios que se devenguen durante los períodos en que los hijos estén a su cargo. Asumirán también por mitad los generados por educación (incluidas matrículas, clases particulares que ambos consensúen, libros, material escolar y excursiones también consensuadas) y atención sanitaria no cubierta por la seguridad social ya que la cubierta se entenderá englobada como gasto ordinario a cubrir por cada uno en sus correspondientes períodos de convivencia. Sin embargo sí fija que el resto de gastos extraordinarios sean abonados en una proporción del 80 % por el padre y del 20 % por la madre, en consideración a su diferencia de ingresos salariales.

[1293] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, destaca que no basta con fijar la asunción de ambos progenitores de los gastos de alimentación durante su periodo de convivencia, dado que existen *(...) muchos gastos (escolares, extraescolares, vestido, etc.) cuya distribución entre ambos progenitores conviene determinar.* Añade que la contribución a los alimentos en sentido amplio debe ser proporcional a las capacidades de cada progenitor, lo que supone la fijación de una pensión en ocasiones.

[1294] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), se revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida con la siguiente disposición respecto a los alimentos: *Por lo que se refiere a los gastos, cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de la hija cuando la tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia.*

Esta fórmula parece esgrimirse por autores como Zarraluqui Navarro[1295], Santana Páez[1296], Lázaro Palau[1297], Herrera Puentes[1298], Pérez – Salazar Resano[1299] o Ivars Ruiz[1300].

Aplican esta opción sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de enero de 2010[1301], las Sentencias de la Audiencia Provincial de

[1295] Dado que defiende el reparto proporcional de la pensión alimenticia atendiendo a las respectivas capacidades económicas de los progenitores, ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*, en caso de que ambos progenitores tengan capacidad económica, afirma que *(...) puede establecerse que cada uno de ellos se haga cargo de los gastos de habitación (alquiler, suministros, comida y generales) durante los periodos en que los menores estén en su compañía. Los gastos ordinarios como colegios, sanidad, ropa, etc, y los extraordinarios, deberán ser cubiertos por ambos en proporción a sus respectivas capacidades económicas, pudiendo, por ejemplo, abrir una cuenta corriente conjunta donde ambos ingresen las cantidades acordadas o establecidas por el Juzgado en la que se domicilien los recibos de estos gastos. Cualquier gasto deberá ser autorizado por ambos con carácter previo.*

[1296] También plantea como posible, entre otras, esta fórmula SANTANA PÁEZ, Emelina en ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*, aludiendo al abono de una suma mensual por cada progenitor en una cuenta bancaria cuyo titular sea el menor y los progenitores y donde se carguen los gastos fijos, determinando previamente cuales son dichos gastos fijos. Los gastos extraordinarios se repartirán entre los progenitores y cada uno asumirá los gastos estrictos de alimentación durante sus periodos de convivencia.

[1297] Alude también para el abono de los gastos fijos a la apertura de una cuenta LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia...*, *op.cit.*, pág. 94.

[1298] HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*, no distingue entre los distintos gastos y considera que deberá cada progenitor contribuir de forma individualizada a sus respectivas capacidades, abonando una suma mensual para cubrir las necesidades ordinarias del menor, y estas cantidades, por ejemplo se ingresarán en una cuenta corriente. Pero el matiz además de la no diferenciación de los gastos se encuentra en que el autor matiza que de la cuenta corriente *(...) sólo podrá disponer el progenitor que esté conviviendo con el descendiente común y para sufragar las necesidades alimenticias de éste.*

[1299] Invita al debate sobre la conveniencia de abrir o no una cuenta común gestionada por ambos padres que permita abonar los gastos ordinarios domiciliados, PÉREZ – SALAZAR RESANO, Margarita, "Problemas planteados en ejecución de sentencia", Ponencia en XIV Jornadas de Derecho de Familia, Sevilla, 24 septiembre de 2009, aludiendo a los problemas que en ejecución puede acarrear. Para fijar esta medida el Juez debe valorar la capacidad de gestión conjunta de los progenitores y el nivel de entendimiento. Debe establecerse un sistema que garantice la cobertura de las necesidades del hijo, y a su vez, evite conflictos futuros que lleven a procesos de ejecución. En los supuestos en los que se advierta que los padres pueden tener problemas con la administración de esa cuenta, quizá es más adecuada la fórmula de que uno abone los gastos ordinarios y el otro le abone una cantidad para ellos, o la fórmula de que ambos aporten una cantidad a una cuenta y que uno de ellos la gestione. En estos supuestos deben cuantificarse previamente los gastos para poder repartirlos después entre los padres.

[1300] No se refiere expresamente a una cuenta corriente, pero la filosofía a mi juicio es la misma; IVARS, *La guarda y custodia compartida...*, *op.cit.*, pág. 128, explica como la contribución de cada progenitor no tiene porque ser idéntica, sino que debe ser fijada proporcionalmente en función de la capacidad económica de cada progenitor. Asimismo, en cuanto al sistema a utilizar en la fijación de los alimentos, expone como: *En los casos de establecimiento de custodia compartida y en relación a la distribución de los gastos entre los progenitores está cada vez mas consolidada la idea de fijación de fondo común o una caja única en la que los progenitores ingresarán las cantidades mensuales que fueran oportunas y se fijasen de acuerdo con sus respectivos caudales económicos para cubrir las necesidades periódicas del menor más allá de los gastos alimenticios ordinarios como pago de colegios, actividades extraescolares, gastos médicos extraordinarios y otros.* También CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*, menciona la determinación de un fondo o caja común, y pone como ejemplo de la misma una cuenta corriente como *(...) la solución práctica más aconsejable para canalizar los ingresos periódicos y también las aportaciones extraordinarias de ambos.*

[1301] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio (SP/SENT/511359), resuelve un recurso de apelación

Barcelona de 7 de octubre de 2010[1302] y de 28 de enero de 2010[1303], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009[1304], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007[1305], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009[1306], y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008[1307].

10ª.- Esta fórmula plantea que en caso de desigualdad económica entre los progenitores, cada uno abone los gastos de alimento del menor durante el periodo de convivencia, y de los demás gastos, el progenitor de mayor capacidad económica, entregará al otro, una cantidad para que asuma dichos gastos.

Plantear, entre otras, esta fórmula Santana Páez[1308].

11ª.- Cada progenitor abona los gastos de alimentos mientras residen con el menor, y los progenitores fijan gastos directos, de colegio, ropa etc… para cada uno, es decir, uno abonará el colegio, el otro la ropa etc…

Esta es otra de las fórmulas que plantea Santana Páez[1309].

2.4.2.- Cuestiones a tener en cuenta para fijar la contribución a los alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida

Tras la exposición de algunas de las fórmulas que se van proponiendo y se van aplicando, para plantear mi postura considero deben tenerse en cuenta una serie de cuestiones:

a) Si nos encontramos en un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo.

---

a una Sentencia que acordaba una custodia compartida, y fija en la pensión de alimentos la fórmula que nos ocupa en el presente apartado: Por ello, la medida de aperturar una cuenta en beneficio de la menor, y a nombre de ambos progenitores, con la intención de crear un fondo común, que se nutrirá con aportaciones mensuales de 150 euros por cada progenitor, hasta que la niña llegue a bachillerato, en que las aportaciones de cada uno serán de 300 euros mensuales, en las que cargarán los gastos de colegio y ropa de la niña, es una medida que tutela de forma adecuada el interés de la menor, y que, contrariamente a lo que alega el apelante, evitará problemas entre los progenitores, desde el punto y hora en que la misma clarifica los conceptos alimenticios que se pagarán en dicho fondo común, gastos de colegio y ropa, corriendo, por tanto, de cuenta de cada uno de los progenitores y durante el período en que tengan asumida la guarda de la menor, el resto de gastos alimenticios a que se refiere el artículo 142 del Código civil, entre ellos los de alimentación propiamente dicha, y sometiendo tales gastos al control de ambos progenitores en la medida en que ambos tendrán control sobre la cuenta en la que se harán los ingresos, lo que sin duda evitará los abusos en que uno u otro progenitor pudieran incurrir.

[1302] También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530), se recoge el mismo sistema: *(...) es el padre el que está abonando una pensión periódica a la madre que gestiona los gastos de los hijos menores, a excepción de los de manutención propiamente dicha de los niños cuando están conviviendo con el padre. Habiéndose cuantificado los gastos escolares, extraescolares, y vestido en aproximadamente de 250 a 300 euros por hijo, procede acordar una contribución para ambos hijos de 400 euros por parte del padre y de 200 euros por parte de la madre a ingresar en una cuenta conjunta en la que se procederá a domiciliar todos los gastos fijos de los menores. Las cantidades antes establecidas serán actualizadas anualmente conforme a los índices del IPC.*

[1303] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010): En la Sentencia de primera instancia se acuerda la guarda y custodia compartida. La madre recurre en apelación solicitando la fijación de la exclusiva y la Audiencia Provincial estima el recurso y fija una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera instancia fijaba respecto de los alimentos: *Ambos progenitores deberán ingresar en la cuenta común por mitad el dinero necesario para satisfacer los gastos ordinarios del menor, consistentes en vestido, educación, actividades extraescolares y salud no cubiertos por la Seguridad Social, así como la mitad de la hipoteca de la vivienda común, plaza de aparcamiento, gastos e impuestos sobre los mismos.*

[1304] De igual forma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009, Juez/Magistrado: Don Joaquín María Andrés Joven (EUDER 91994/2009), acuerda una guarda y custodia compartida en un supuesto contencioso, y fija la siguiente contribución a los alimentos: *(...) este Tribunal considera prudente que los gastos que por su periodicidad o naturaleza no puedan satisfacerse por uno u otro, escolares, actividades extraescolares, durante el curso y fuera de él, médicos habituales, etcétera, se satisfagan mediante la apertura de una cuenta corriente a nombre de los dos progenitores y en la cual el Sr. D. Alberto ingresará mensualmente 300 euros mensuales mientras que la Sra. Dña. Jacinta ingresará la cantidad de 200 euros mensuales, (...) asimismo que cada progenitor debe de hacer frente necesariamente a los gastos de alimentación, ocio y vestuario de los tres hijos cuando se encuentren en su compañía.*

[1305] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007), establece una guarda y custodia compartida por semanas alternas y fija respecto de la pensión de alimentos: *En consonancia con el anterior pronunciamiento, entendiendo que en los supuestos de custodia compartida salvo acuerdo de los progenitores, el sistema más conveniente es el que ambos padres ingresen mensualmente en una cuenta mancomunada que al efecto se apertura la cantidad que se estime necesaria; para la atención de los gastos ordinarios y extraordinarios del menor, considerando que en el supuesto enjuiciado, atendidas las circunstancias concurrentes, la cantidad a ingresar por cada uno de los progenitores dentro de los cinco días de cada mes será de 700 euros (350 por cada una de las hijas), actualizándose su importe anualmente da conformidad con las variaciones que experimente el I.P.C, publicado por el I.N.E.*

[1306] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 184951/2009), se resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de instancia que fija la custodia compartida, y la Audiencia no la revoca. La Sentencia de instancia fija una custodia compartida y dice respecto de la pensión de alimentos: *Los gastos ordinarios que tengan su origen en las hijas comunes se satisfarán en la siguiente forma: cada progenitor debe de hacer frente por sí mismo a los gastos de alimentación, ocio y vestuario de Berta y Delfina cuando se encuentren en su compañía, continuando satisfaciéndose los restantes gastos mediante la aportación a una cuenta corriente de titularidad conjunta de la cantidad de 1100 euros mensuales.*

[1307] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008): En primera instancia, en Sentencia de 2 de julio de 2007, se fijó la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando la custodia exclusiva para cada progenitor, y la Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia fijaba que: *En concepto de pensión de alimentos, cada progenitor deberá ingresar en la cartilla del menor 100 euros, que contribuirán a satisfacer los gastos del menor (...). Los gastos extraordinarios se pagarán al 50% por cada progenitor.*

[1308] Esta fórmula la plantea SANTANA PÁEZ en la ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida..., op.cit.*.

[1309] También SANTANA PÁEZ, alude a esta solución en *ibidem*.

Autores como López – Rendo Rodríguez[1310], Forcada Miranda[1311] o Morales Moreno[1312] aluden a si nos encontramos en un supuesto consensual para fijar una u otra forma de contribución a los alimentos.

Por mi parte, considero que el procedimiento consensual o contencioso debe tener la misma repercusión en el caso de custodia exclusiva que en el de compartida. Es decir, en ambos dos deberá garantizarse que ambos progenitores contribuyen a sufragar los alimentos de los menores. En el caso del procedimiento contencioso, es el Juez quien va a determinar la fórmula, por tanto queda garantizada la contribución de ambos a los alimentos. Pero también en el procedimiento de mutuo acuerdo existen mecanismos de control de lo acordado por las partes[1313], tanto por el informe del Ministerio Fiscal, como por lo dispuesto en el 90 CC, en el que se recoge como se aprobarán los acuerdos de los cónyuges *(...) salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.*

b) Los tipos de gastos que tiene un menor.

Desglosa de forma muy gráfica Campo Izquierdo[1314] los distintos gastos de los menores: *1. Gastos de carácter mensual; 2. Gastos sin periodicidad mensual (matrícula escolar, libros, cursos en el extranjero, etc.); 3. Gastos que sólo se generan en algunos meses del año (campamentos de verano, cuotas del colegio que no se abonan en*

[1310] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 31 y 32, distingue las fórmulas de pensión alimenticia que se fijan en los supuestos de custodia compartida en los procedimientos consensuales y en los contenciosos. Aludiendo a los procedimientos consensuales, refiere como en ocasiones se suele recoger el sistema de abrir una cuenta a nombre de los dos progenitores, en la que ambos aportan una cantidad mensual, la misma o la proporcional a su capacidad económica. A su vez, es frecuente que además de esa cantidad fija pacten que cada uno afronte los gastos fijos del hijo en los periodos en los que estén con ellos. En otros convenios reguladores, se fija el habitual sistema del abono de una pensión de alimentos mensual fija, teniendo en cuenta para la cuantía la estancia con el menor. Y por último añade que son frecuentes la fórmulas mixtas, en la que abonará los gastos ordinarios de alimentación el progenitor al que corresponda el periodo, y a su vez cada progenitor abonará una cantidad fija para los gastos fijos del menor, como colegio, comedor, libros etc…

[1311] FORCADA MIRANDA en ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*, defiende que debe supervisarse la pensión de alimentos fijada por los padres, pese a que los jueces no suelen modificar lo estipulado por las partes.

[1312] MORALES MORENO en *ibidem*, considera que en el caso de mutuo acuerdo deberá admitirse cualquier pacto, mientras se garantice el derecho de alimentos de los hijos.

[1313] No debemos olvidar que nos encontramos ante medidas de *ius cogens* que están fuera del poder de disposición de las partes.

[1314] ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*.

verano, etc.); 4. El coste del vestido no es igual en verano que en invierno, etc.

Estas diferenciaciones son sumamente relevantes, dado que si fijamos, por ejemplo, soluciones en las que cada progenitor abone los gastos que se generen durante la estancia con él y viceversa, se pueden crear situaciones complicadas en las que pague uno más de lo que le corresponde.

c) El tiempo de estancia con cada progenitor.

Ya he señalado sucintamente con anterioridad, que la convivencia y por tanto el cuidado y tiempo invertido en el mismo, se considera como contribución a los alimentos. Por tanto, en caso de que se fije una guarda y custodia compartida en la que uno de los progenitores pase más tiempo con el menor, esta circunstancia deberá tener reflejo en la contribución[1315].

Esta circunstancia también tiene reflejo en la jurisprudencia, en sentencias como las siguientes: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008[1316], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de

[1315] Apela a este criterio CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*, así como FORCADA MIRANDA en ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*. También en la ésta Encuesta Jurídica CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, para determinar si se debe o no fijar pensión, entre los datos a tener en cuenta se encuentra: *Si la custodia compartida implica que los hijos estarán al 50 % con cada progenitor; o si van a estar más tiempo con uno que con el otro.*

[1316] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (EUDER 189588/2008), resuelve un recurso de apelación a una Sentencia que acordaba una custodia compartida, y en la medida referente a la pensión de alimentos, se fijaba una contribución de ambos progenitores al 50%. La madre recurre en apelación para discutir esa contribución al 50%, sustentando su recurso básicamente en que hay una desproporción de salarios entre ella y él, y en que pese a que se acuerda una custodia compartida, lo cierto es que la madre está muchos más días con los menores (todos los días lectivos). La Audiencia tiene en cuenta ambos argumentos para revocar la Sentencia de instancia y acordar que el padre abonará una pensión a la madre. Dice respecto del tiempo de estancia mayor con la madre: *Aunque formalmente se habla en el supuesto de autos de una custodia compartida, lo cierto es que la carga de cuidado y guarda en los días lectivos recae en su totalidad sobre la madre, bajo cuya custodia las hijas permanecen, según lo acordado en la sentencia y auto de aclaración, de lunes a viernes y además un fin de semana cada cinco. El padre ejercerá la custodia cada cuatro fines de semana consecutivos, desde la salida del colegio el viernes hasta las veinte horas del domingo. Por tanto la realidad de la guarda compartida no se refleja en un reparto igualitario, pues en cada ciclo completo, cinco semanas, la madre debe ejercer la custodia veintisiete días, mientras el padre solo ocho días.*

2008[1317] y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008[1318].

d) Que ambos deben contribuir a los alimentos proporcionalmente, es decir, hay que tener en cuenta el caudal y medios de quien los da y las necesidades del que los recibe[1319].

La proporcionalidad atendiendo a los respectivos caudales de los progenitores para fijar la contribución a los alimentos es, a mi juicio, exigible también en el caso de la custodia compartida. Es decir, de conformidad con el artículo 146 CC, los progenitores, además de atendiendo a otras variables, deben contribuir a los alimentos en proporción a sus caudales respectivos[1320]. Sin reflejar exactamente esta postura,

[1317] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de 2008, Sección 1ª, Ponente: Doña María del Pilar Aguilar Vallino (EUDER 61195/2008): En primera instancia se fija por el Juzgador una guarda y custodia compartida, y en apelación no se recurre dicha medida, sino la pensión alimenticia y sustenta entre otras cuestiones en el tiempo de estancia la fijación de una pensión al padre: *(...) aunque se le designe como custodia compartida, no resulta igual y equivalente para ambos progenitores, asumiendo mayor carga la madre con quien reside el hijo en el domicilio familiar.*

[1318] Aplicando el Codi de Familia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 31 de julio de 2008, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2009/643), explica como dado que bajo la denominación de custodia compartida pueden hallarse situaciones *(...) que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el 14 horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF) (...).*

[1319] Este enunciado es la prácticamente literal letra del artículo 146 del Código Civil, y sobre este criterio es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia. Entre otros FORCADA MIRANDA en ENCUESTA, *Cuando se acuerda una medida...*, *op.cit.*. También se refiere a los ingresos y capacidad económica de cada progenitor y las necesidades de los hijos CASTILLEJO, *Guardia y Custodia...*, *op.cit.*. Por su parte, SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 740 – 741, alude a que debe *(...) fijarse una contribución individualizada atendiendo a la capacidad económica de cada progenitor y a las necesidades del menor.*

[1320] Aludiendo a la custodia exclusiva pero siendo totalmente aplicable el argumento a la compartida, PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, pág. 576, dice: *(...) como pone de manifiesto constantemente la jurisprudencia, la distribución proporcional de alimentos entre el padre y la madre obligados a prestarlos, conforme al art. 145 del CC, es aplicable a esta situación de crisis familiar. Pese a ello es cierto que las sentencias no hacen mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el que conserva la guarda y custodia del hijo menor; sin embargo no quiere esto decir que quede exonerado de tal obligación, ni que se cargue exclusivamente sobre el otro, ni que el menor deba ser alimentado sólo con lo que este último satisfaga.*
Y entre múltiples Sentencia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de abril de 2002, Sección 7ª, Ponente: José Teófilo Jiménez Morago (EDJ 2002/23100) alude a esta cuestión: *Las situaciones de crisis matrimoniales no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, entre las que precisamente se encuentran las de prestarles alimentos en la extensión prevista en el artículo 142 del citado Código Civil, y cuya pensión alimenticia habrá de ser fijada atendiendo al sistema de proporcionalidad que establecen los artículos 146 y 147, que mencionan el caudal o fortuna del obligado*

Tamayo Haya[1321], en cuanto a la determinación de la cuantía de los alimentos en los supuestos contenciosos, afirma como el acordar una custodia compartida no exime de la aplicación del criterio de proporcionalidad del artículo 146 entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista.

En la jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009[1322], apela a la proporcionalidad del artículo 146 CC: En primera instancia se acuerda una custodia compartida por el Juzgador. La Audiencia mantiene la medida y explica como ésta no impide la aplicación del artículo 146 CC: *Todo ello, sobre la base de que la circunstancia de que se atribuya la guarda y custodia compartida no es óbice para que los alimentos se sigan abonando en proporción a los respectivos ingresos, manteniendo así plena aplicación el art. 146 del Código Civil en el sentido de que la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*

e) La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal.

La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal a alguno de los progenitores, que tal y como se analizará en el presente capítulo es posible también en el supuesto de fijación de custodia compartida, es una cuestión relevante a fin de fijar la contribución a los alimentos por parte de éstos.[1323]

a darlos y las necesidades de los hijos, equilibrando ambos polos según los usos y circunstancias de la familia (...).

[1321] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 682.

[1322] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009).

[1323] Entre otras, aluden a esta cuestión, pese a que en los supuestos enjuiciados se fijaban custodia exclusivas dado que es plenamente válido para la compartida, las siguientes Sentencias: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de marzo de 2002, Ponente: Don Marcial Subirás Roca (EDJ 2002/18088) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de marzo de 2002 dice al respecto: *(...) si tenemos en cuenta que la prestación de alimentos para los hijos se ve incrementada con la atribución del uso de la vivienda familiar que viene conceptuado como de prestación alimenticia tanto en el art.. 142 del Código Civil como en el art. 259 del Código de Familia, lo que obliga al cónyuge desalojado a tener que buscar nuevo domicilio, han de estimarse ajustadas a las prescripciones legales las cuantías establecidas en sentencia para cada una de dichas obligaciones.*
La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 26 de octubre de 1998, Presidenta: Doña Mª. Carmen Araujo García (EDJ 1998/32248) que dice: *Asimismo, la atribución de la vivienda y muebles del domicilio familiar al padre y a los hijos en tanto éstos no alcancen la independencia económica supone desde luego, una cooperación de la madre a la atención de las necesidades de los hijos (...).*
La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de abril de 2003, Presidenta: Doña Mª. Rosario Hernández Hernández (EDJ 2003/66499) La La Rioja de 26 de octubre de 1998 entencia de la Audiencia Provincial de también alude a esta cuestión: *Para concluir, hemos de aludir a la atribución del domicilio familiar a los hijos, lo que sin duda viene a ser una forma mas de contribución del padre a los alimentos de los hijos.*

2.4.3.- Propuesta personal

Por mi parte considero que la fórmula más adecuada, sería la siguiente:

A) Fórmula marco:

Se abrirá una cuenta corriente en la que ambos progenitores serán autorizados mancomunados y de la que se abonarán del siguiente modo los distintos gastos:

- Para los gastos ordinarios que se generen diariamente en la convivencia o gastos de alimentación *stricto sensu*: Ambos progenitores deberán contribuir a los mismos de forma proporcional a su capacidad económica, a tal fin, deberán cuantificarse los gastos ordinarios derivados de la convivencia, tales como alimentación, vestido, gastos de suministros (luz, agua, calefacción…), en su caso asistenta de hogar, pagas de los menores etc... Dos opciones o fórmulas para pagar estos gastos:

1ª.- Si existe igualdad de capacidad económica, cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios de convivencia durante los periodos de convivencia con el menor, y en caso de que exista desigualdad en la capacidad económica, se calculará qué porcentaje debe abonar cada progenitor y la cantidad a la que ascienden dichos gastos ordinarios de convivencia, se compensarán las cantidades que resulten de los porcentajes, y sólo el más pudiente entregará al otro la cantidad resultante tras la compensación, sólo en los periodos de convivencia del menor con éste.

2º.- En la segunda opción, se calcula la cantidad a la que ascienden dichos gastos ordinarios de convivencia. Asimismo se calculan los porcentajes que cada uno debe abonar. Se ingresa en la cuenta corriente común dicha cantidad a la que ascienden dichos gastos en los porcentajes correspondientes, y durante el periodo de guarda que corresponda a cada progenitor, retira esa cantidad de la cuenta corriente para abonarlos. Si alguno de los dos progenitores gasta más cantidad de la calculada para dichos gastos ordinarios derivados de la convivencia, no podrá retirar mayor cantidad de la cuenta corriente, dicho exceso lo abonará dicho progenitor con su patrimonio.

- Respecto de los gastos ordinarios fijos que se producen exista o no convivencia, entre los que se encuentran el colegio, comedor, libros del colegio, material escolar etc…, también deberán abonarse de forma proporcional a la capacidad económica de cada progenitor. Para ello, se determinará su cuantificación aproximada.

Tras obtener una cifra a la que ascienden dichos gastos, la cantidad que corresponda a cada progenitor atendiendo al porcentaje que resulte de forma proporcional a los ingresos de cada uno, será ingresada por éstos en la cuenta corriente a nombre de ambos progenitores. Los gastos fijos tratarán de ser domiciliados en dicha cuenta corriente. Si en alguno o en todos los meses los gastos ascendieren a cantidad superior a la cuantificada en la sentencia o en el convenio regulador, dicha cantidad que supere la cuantificada será abonada en los respectivos porcentajes por cada progenitor.

- Los gastos extraordinarios tendrán la misma forma de contribución y abono que los gastos fijos, con la diferencia de que no se cuantificarán previamente, dado que requerirá autorización previa de ambos progenitores. Sí se tratará de recoger expresamente cuáles serán considerados gastos extraordinarios a tenor de la actual redacción del artículo 776.4º LEC.

Por último, también se recogerá que en caso de que alguno de los progenitores disponga de todo o parte del saldo de dicha cuenta corriente a nombre de ambos progenitores, para otros fines que no sean el abono de los gastos ordinarios de convivencia, gastos fijos independientes de la convivencia o extraordinarios en caso de consenso, el otro progenitor podrá vía ejecución exigir su devolución, con el consiguiente abono de intereses y costas.

B) Otras circunstancias a tener en cuenta:

- En el supuesto de que un progenitor vaya a tener periodos de convivencia más largos que el otro, esta circunstancia, a fin de acordar la contribución proporcional a cada uno de los gastos expuestos, deberá tenerse en cuenta. Deberá, a mi juicio, favorecer al cónyuge que vaya a pasar más tiempo con el menor, dado que, tal y como se ha referido con anterioridad, esa estancia mayor es considerada como contribución a los alimentos de los menores.

- También en caso de que se atribuya el domicilio familiar a uno de los progenitores, deberá tenerse en cuenta, dado que dicha atribución significa una contribución a los alimentos por parte del otro progenitor no adjudicatario del uso (obviamente si éste es propietario, en parte o en todo, de la vivienda familiar).

- Respecto a si nos encontramos en un supuesto de mutuo acuerdo o contencioso, yo creo que tiene esta circunstancia relevancia dado que, en el caso de encontrarnos en un supuesto contencioso debería fijarse la pensión, a mi juicio, con el criterio expuesto. Sin embargo, en caso de que nos encontremos en un supuesto de mutuo acuerdo, considero que deberá existir cierta flexibilidad a la hora de acordar la forma de contribución a los alimentos. Es decir, no debe existir flexibilidad a la hora de que ambos contribuyan a los alimentos, cuestión preceptiva, sino en la forma y cuantía de dicha contribución. Dicha flexibilidad es imprescindible para poder alcanzar soluciones amistosas, dado que lo que sirve para un supuesto, en otro es motivo de paralización de la negociación. Por tanto hay que plantear las distintas opciones a fin de exponer un abanico suficiente para que alguna de éstas permita la obtención de un acuerdo. Sin embargo, esa flexibilidad deberá finalizar en el momento en el que pueda verse seriamente perjudicado el hijo menor o alguno de los progenitores. Es decir, deberá ponderarse, atendiendo a todas las circunstancias del caso, la importancia de la flexibilidad en favorecer la consecución y aprobación de los acuerdos, con la no aprobación de convenios reguladores perjudiciales para los menores o alguno de los cónyuges.

3.- Vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las medidas a adoptar en un procedimiento de familia cuya regulación recibe mayores críticas por la doctrina. Estas críticas vienen motivadas por la preceptiva aplicación del artículo 96 del Código Civil, sin realizar análisis alguno sobre la "automática" atribución del uso de la vivienda familiar.

La guarda y custodia afecta a la vivienda familiar directamente de conformidad con el artículo 96 CC. Asimismo, la fijación de una custodia exclusiva o una compartida tiene, o debería tener, unas consecuencias distintas en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar[1324]. Al hilo de esta cuestión debería haberse modificado o ampliado el artículo 96 CC a fin de regular las consecuencias en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, sin embargo no ha sido

[1324] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 24, menciona como la guarda y custodia no es un pronunciamiento aislado sino que condiciona el resto de medidas. En consecuencia, fijar una custodia compartida supone el cuestionamiento de los criterios tradicionales de atribución del uso de la vivienda.

así. El artículo 96 CC no se ha modificado, nada se regula respecto de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida, circunstancia que considero un error del legislador[1325].

Por tanto, la redacción previa a la reforma del artículo, pensada para la custodia exclusiva, debe dar "cobertura" al supuesto de guarda y custodia compartida[1326]. En el caso de la guarda y custodia compartida, entre otros, pueden acaecer los siguientes supuestos, que pueden ser resueltos aplicando distintos epígrafes del artículo 96 CC:

3.1.- Que los hijos se queden viviendo en el domicilio familiar, y sean los padres quienes entren y salgan del mismo en sus periodos de guarda

En este supuesto existe una postura preponderante, cercana a ser unánime y que lo resuelve aplicando el artículo 96.1 CC. Y existe otra postura minoritaria, podría incluso calificarse de testimonial, que postula la resolución de esta medida aplicando el artículo 96.3 CC.

3.1.1.- Resolución de esta medida aplicando el artículo 96.1 CC

A mi juicio en este supuesto se debería atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar a los menores, y de forma secundaria a cada uno de los progenitores durante sus

[1325] Destaca esta circunstancia HERRERA, "Análisis de las reformas…", *op.cit.*, que dice: *(...) no se ha de olvidar que la Ley 15/05 ninguna reforma ha incluido con el fin de regular el criterio a seguir para la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en los supuestos regidos por un régimen de guarda y custodia compartida.* Por su parte CASTILLO, "La determinación en la guarda y custodia…", *op.cit.*, considera que la Ley 15/2005 ha desaprovechado la ocasión de modificar el artículo 96 CC, añadiendo que la repercusión de la guarda y custodia compartida en el uso y disfrute del domicilio familiar supone un aspecto de suficiente entidad como para haber sido reformado. Por último VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, considera que el legislador ha dejado pasar esta oportunidad de clarificar la regulación del uso de la vivienda familiar, para los supuestos de custodia compartida y exclusiva. Esta falta de alusión a la reforma de la regulación del uso, resulta para el autor *(...) especialmente grave, pues ya antes de la reforma se venía demandando por diversos colectivos una reforma sobre este tema.* GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, págs. 96 – 97, consideran incomprensible la inexistencia de referencia del legislador del 2005 al artículo 96 CC, siendo el de la vivienda familiar uno de los temas más polémicos. Mantiene por tanto su redacción el artículo 96 CC que para las autoras contiene una norma *absolutamente obsoleta* en el ámbito comparado y en muchas ocasiones *profusamente injusta* al otorgar a los hijos y al cónyuge custodio, y no al progenitor titular, el uso de la vivienda familiar. Concluye con la reflexión de que: *Se sigue pensando, pues, que la convivencia será las más de las veces con uno y no con el otro.* MORENO VELASCO y GAUDET, "La problemática del uso…", *op.cit.*, parece que la exclusión del legislador es consciente, dado que *(...) resulta casi imposible regular todas las posibilidades que de la constitución de una custodia compartida pueden resultar.*

[1326] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, págs. 101 y 102, explica como el artículo 96 CC está pensado para la guarda y custodia unilateral, en consecuencia, dado que no se ha reformado, pese a que debería haberse hecho, deberá otorgarse una interpretación a dicho artículo lo suficientemente amplia para posibilitar soluciones alternativas.

periodos de guarda y custodia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 96 CC. Sería el mismo supuesto que cuando se fija una custodia exclusiva, pero con la salvedad de que la figura del progenitor custodio va alternándose. Es mayoritaria la doctrina que parece postularse en este sentido. Entre los autores que aluden a esta cuestión se encuentran Guilarte Martín - Calero[1327], Carreras Maraña[1328], García Rubio y Otero Crespo[1329] o Magro Servet[1330].

En un amplio número de sentencias se atribuye el uso y disfrute de la vivienda a los hijos y al progenitor que corresponda en cada periodo; entre otras en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[1331] y de 23 de enero de 2009[1332], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[1333], en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009[1334] y de 2 de septiembre de 2008[1335], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de

[1327] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 24, considera que si el Juez opta por la alternancia de los progenitores en el domicilio familiar, el uso de la vivienda se atribuye a los hijos.

[1328] También CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel en ENCUESTA JURÍDICA, *¿Es necesario el pronunciamiento judicial sobre el uso y atribución de la vivienda familiar cuando se adopta una medida de guarda y custodia compartida?*, Sepin, SP/DOCT/3202, noviembre de 2006, www.sepin.es, en este supuesto opina que el uso de la vivienda será a favor de los hijos y del progenitor que tenga a los menores en cada periodo.

[1329] Parece que para GARCÍA RUBIO y OTERO, "Apuntes sobre…", *op.cit.*, págs. 96 – 97, en caso de falta de acuerdo y dada la no modificación del texto del artículo 96 CC, el uso de la vivienda corresponderá a los hijos y serán los progenitores quienes deberán alternarse en el domicilio, lo cual no es siempre posible ni desde el plano económico ni en ocasiones desde el plano práctico.

[1330] Según Magro Servet en el FORO ABIERTO Nº 14: *La redacción actual de art. 96 CC ¿es suficiente para otorgar cobertura jurídica a cualquier tipo de solución que deba darse al tema de la vivienda familiar, o sería necesaria su modificación?,* El Derecho, Suplemento BDF núm. 57, Mayo de 2006, la modificación del artículo 92 CC podría haberse aprovechado para modificar el artículo 96 CC en el sentido de que el uso del domicilio conyugal, cuando la custodia se estipule compartida, sea también compartido, evitando que sean los hijos los que abandonen la vivienda

[1331] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba fijó una custodia compartida, y la Audiencia confirmó la medida. El uso y disfrute del domicilio familiar se atribuye en la Sentencia a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía queden en cada período, *(...) de manera que sean los menores quienes permanezcan de manera estable en dicho domicilio.*

[1332] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009), mantiene la Sentencia de instancia que acordó que *(...) el uso y disfrute del domicilio familiar se atribuye a los hijos e indirectamente al progenitor que en cada momento ostente la custodia de los mismos.*

[1333] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007), no revoca la Sentencia de instancia que acordaba una custodia compartida y respecto del uso de la vivienda familiar dice: *El progenitor que ostente en cada momento la custodia tendrá el uso del que fuera hogar conyugal (...).*

[1334] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009), revoca la Sentencia de instancia (fijando una custodia paterna exclusiva) que fijaba una custodia exclusiva y atribuía *(...) a las menores así como al progenitor que le corresponda por periodos de 60 días (...)* el uso y disfrute de la vivienda familiar.

Vizcaya de 31 de octubre de 2008[1336], en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1337], en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1338] o en la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1339].

3.1.2.- Resolución de esta medida aplicando el artículo 96.3 CC: Interés más necesitado de protección

[1335] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008), resuelve un recurso de apelación en el que se discute la custodia compartida fijada en primera instancia, y resuelve manteniendo la misma. El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valencia, en Sentencia de 21 de febrero de 2008 acordó fijar una custodia compartida y atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar *(...) al progenitor, que residirá en dicha vivienda en la compañía de su hija menor en los periodos antes indicados.*

[1336] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008): En primera instancia, en Sentencia de 2 de julio de 2007, se fijó la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando cada uno la custodia exclusiva, y la Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia atribuía el uso y disfrute de la vivienda familiar *(...) al hijo menor y al progenitor que ostente la custodia en ese momento.*

[1337] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban fuera compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida. En el pleito principal se confirma la medida y en el fallo de la Sentencia se *atribuye al hijo menor (...) y al progenitor correspondiente el uso y disfrute de la vivienda familiar (...).*

[1338] En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008), se aprueba un acuerdo, excepto en la pensión alimenticia, que alcanzaron los cónyuges en la vista, y en el que se establecía una custodia compartida por semestres, la vivienda familiar *(...) se atribuye de forma exclusiva a los hijos, y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia. El otro progenitor, podrá residir durante ese semestre, y en tanto en cuanto no se venda la misma, en el piso de Contrueces.*

[1339] Por último, fija un curiosa fórmula la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), que resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida y fija que los menores deben quedarse en el domicilio familiar y que el padre, dado que tiene muy superiores ingresos, deberá arrendar una vivienda en la que vivirá éste y la madre en los periodos que no estén con los menores, abonando siempre el padre la renta. En el fallo de la sentencia dice: *3) En relación a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar se acuerda que sean los hijos quienes permanezcan en dicho inmueble sito en Avda. de Italia, nº 9, casa 2 de Sevilla, al menos mientras que no se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Por consiguiente será el progenitor al que temporalmente no le corresponda estar con ellos con carácter habitual, en el primer período (como se ha dicho) el padre, el que deba abandonar la vivienda en un plazo no superior a un mes. Transcurrido ese plazo de 6 meses, sería éste quien retornará al inmueble para disponer de su uso y disfrute junto a sus hijos. (...) 5) El Sr.xxxxxx que es quien en primer término habrá de abandonar la vivienda familiar en un plazo no superior a un mes (momento en el que comenzaría a regir el primer período de seis meses para la esposa), habrá de alquilar un inmueble que reúna las condiciones idóneas para cubrir las necesidades de sus hijos (mobiliario, dormitorios, servicios) dentro del mismo entorno urbano y, en todo caso, en el lugar más próximo al domicilio de la familia. El Sr. xxxxxx hará frente íntegramente a las rentas de dicho alquiler. Transcurrido el primer período de 6 meses, y siempre que a la Sra.xxxxxxx le corresponda vivir fuera de la vivienda familiar, ésta se trasladará al inmueble alquilado por su marido (a cuyo efecto éste deberá hacer constar tal circunstancia cuando suscriba el contrato de arrendamiento) quien seguirá obligado a seguir pagando las rentas en concepto de contribución a las cargas familiares.*

Ciertamente esta fórmula es utilizada excepcionalmente, dado que implica preponderar la decisión del uso y disfrute del domicilio familiar frente al tipo de guarda y custodia a aplicar. Es decir, en la mayoría de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, primero se decide el criterio (respecto a si son los menores quienes se quedan en el domicilio y los padres entran y salen del mismo, o si son los menores quienes se trasladan a los respectivos domicilios de los padres) y después se resuelve respecto del uso y disfrute del domicilio familiar. Sin embargo, para aplicar el 96.3 CC, es decir, atender al interés más necesitado de protección para atribuir el uso y disfrute del domicilio familiar y acabar manteniendo a los menores en el domicilio familiar, implica preponderar la atribución del uso de la vivienda al tipo de custodia a fijar. Ejemplo de análisis del supuesto atendiendo al artículo 96.3 CC, es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007[1340].

3.2.- Que sean los menores quienes se trasladen de una a otra vivienda de sus progenitores

En este supuesto existen básicamente dos posturas doctrinales, una que se postula "a favor" de la aplicación del párrafo 2º del artículo 96 CC y otra que se postula a favor del párrafo 3º del mismo artículo.

3.2.1.- A favor del párrafo 3º del artículo 96 CC: Interés más necesitado de protección

[1340] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007), establece una guarda y custodia compartida por semanas alternas y dice: *Respecto de la atribución del uso del domicilio familiar cabe indicar que atendiendo a las circunstancias concurrentes, en especial el haberse establecido la Custodia compartida se hace preciso determinar si existe o no un interés susceptible de prioritaria protección en orden a la atribución del uso da la vivienda propiedad de ambos litigantes y atendiendo al Material probatorio obrante en autos, en especial a la documental y a las declaraciones prestadas por ambas partes en el acto del juicio no ha quedado acreditado dicho interés habida cuenta que ambas partes trabajan, cuentan con un nivel aceptable de ingresos, tienen que hacer frente a partes iguales a los gastos de sus hijas, siendo irrelevante a estos fines al que una parte tenga unos ingresos ligeramente superiores a la otra, en consecuencia ante la falta de un interés susceptible de prioritaria protección no resta otra solución a la problemática suscitada que la atribución del derecho de uso de la vivienda por períodos alternativos a cada uno de los litigantes conforme se especificará en el fallo de esta resolución, sin que se pueda calificar este pronunciamiento de incongruente al no haber sido solicitado por ninguna de las partes, toda vez que va implícito en la oposición del Sr. Cristobal a que se atribuya más allá de un año la vivienda familiar a la parte contraria (...).*

Entre los autores que parecen aludir al criterio del interés más necesitado de protección para poder atribuir, cuando menos temporalmente, el uso y disfrute del domicilio familiar se encuentran Domínguez Castellano[1341], Pérez Ureña[1342], Montero Aroca[1343], Guilarte Martín - Calero[1344], Viñas Maestre[1345] y Marín García De Leonardo[1346].

Los siguientes autores comparten la opinión de acudir al interés más necesitado de protección, y además detallan algunos factores relevantes a tener en cuenta:

Herrera Puentes[1347] alude a que, en caso de falta de acuerdo, se atribuirá por el Juez el uso, atendiendo al interés más necesitado de protección. Añade que deberá atenderse a las circunstancias concurrentes, y para ello deberá analizar y valorar los datos fácticos que se hayan acreditado en el procedimiento, con especial importancia: a) la capacidad económica de ambos progenitores; y b) las posibilidad de cada progenitor de contar con una vivienda, con características similares y próxima, distinta a la conyugal. Destaca por último, que no debe desdeñarse la posibilidad de prescindir de la vivienda familiar, mediante su venta, y la adquisición de dos viviendas próximas, dignas y adecuadas.

Deberá también para Hijas Fernández[1348] atenderse al artículo 96.3 CC en este supuesto, es decir deberá tenerse en cuenta el interés preferente, valorando factores como disponer de otras viviendas, apoyos familiares, estado de salud o situación económica.

Refiriéndose a atender al interés más necesitado de protección Moreno

[1341] Para DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 14, no debe aplicarse de manera automática el artículo 96 CC sino el párrafo 3º de dicho artículo, por tanto podrá acordarse el uso temporal a favor de un progenitor siempre que fuera aconsejable y su interés el más necesitado de protección. En caso de no existir interés más necesitado de protección los progenitores propietarios de la vivienda podrá disponer libremente de ésta.

[1342] Considera PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "La incidencia de la custodia compartida en la atribución del uso de la vivienda", *El Derecho*, BDF núm. 57, 2006, págs. 3 – 7, que deberá atenderse al interés más necesitado de protección independientemente de la titularidad del inmueble, y para el caso de que no sea acreditado dicho interés más necesitado de protección, siendo la vivienda propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, el uso, según el autor, deberá ser para el propietario.

[1343] MONTERO, *Separación y divorcio...*, *op.cit.*, pág. 147, también considera que debería estarse a la regla del interés más necesitado de protección.

[1344] En caso de que no sean los padres quienes entren y salgan del domicilio familiar, es decir en este supuesto GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida...", *op.cit.*, pág. 24, considera de aplicación el criterio del interés más necesitado de protección.

[1345] VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, alude a que el criterio que debe predominar es el de mayor necesidad.

[1346] Deberá también para MARÍN, "Consecuencias personales...", *op.cit.*, págs. 101 y 102, atenderse al interés más necesitado de protección para la atribución de la vivienda.

[1347] HERRERA, "Análisis de las reformas...", *op.cit.*.

[1348] HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, en ENCUESTA, *¿Es necesario el pronunciamiento judicial sobre el uso...*, *op.cit.*.

Velasco[1349] alude a varios factores a valorar: el número y edad de los hijos, el patrimonio y medios económicos de los progenitores, la propiedad de la vivienda y la posibilidad de acceso a una vivienda del cónyuge no propietario, posibilidad de trasmitir la vivienda familiar. Añade que es preferible la atribución de la vivienda al titular único. En caso de ser la propiedad compartida entre los progenitores, considera siempre preferible la venta de vivienda familiar, y con lo obtenido la adquisición de una vivienda cada cónyuge.

Otros autores aluden expresamente al supuesto de que la vivienda sea privativa exclusivamente de uno de los progenitores:

Tras referirse al interés más necesitado de protección como primer criterio a atender, añade Tamayo Haya[1350] que ello no implica que no sea posible fijar límites temporales de atribución del uso de la vivienda familiar. En caso de que la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges o propiedad de un tercero, deberían preverse soluciones alternativas a la atribución del uso, siempre garantizando el derecho de habitación del menor.

González Del Pozo[1351] menciona el supuesto de que la vivienda familiar sea privativa de uno de los cónyuges, considerando que *(...) la solución más respetuosa con los derechos dominicales del cónyuge titular es la atribución del uso exclusivo de la misma al cónyuge titular (...)*, no obstante con la salvedad de que quede garantizado el derecho de los hijos a habitar una vivienda digna. En caso de que no se pueda garantizar, puede atribuirse temporalmente el uso exclusivo al no titular o la atribución por periodos alternos a ambos progenitores.

Por último, en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia[1352], se refieren a la incidencia de la guarda y custodia compartida en el uso de la vivienda familiar, concluyendo:

1º.- Que debería haberse reformado el artículo 96 del CC, en el sentido de no atribuir el uso con carácter rígido al progenitor con el que resida el menor, no obstante garantizando siempre el derecho de habitación de éste.

[1349] MORENO VELASCO y GAUDET, "La problemática del uso…", *op.cit.*.
[1350] TAMAYO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 681.
[1351] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*.
[1352] II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES…, *op.cit.*.

2º.- Evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 del CC, y para el supuesto de custodia compartida, aplicar lo dispuesto en el artículo 96.2 CC por analogía, cuando existan varios hijos y unos queden bajo la guarda de un progenitor y otros bajo la del otro.

3º.- Reseña cómo para la atribución de la vivienda debe tenerse en cuenta el interés más necesitado de protección, pudiendo sin embargo fijar límites temporales a la atribución.

4º.- Por último alude al supuesto de que la vivienda familiar sea privativa de uno de los cónyuges o propiedad de un tercero, supuesto en el que se concluye la conveniencia de prever soluciones alternativas a la atribución de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor.

3.2.2.- A favor del párrafo 2º del artículo 96 CC

Sin referirse al modo concreto de atribución de la vivienda familiar, algunos autores aluden al 96.2 CC, para que aplicándolo de manera analógica, resuelva la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida. Entre ellos parecen encontrarse González Del Pozo[1353], Carreras Maraña, Caso Señal, Manzana Laguarda[1354], Utrera Gutiérrez[1355] y Santana Páez[1356].

Un ejemplo de esta postura en la jurisprudencia es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009[1357], que acuerda

[1353] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*, tras referir que no es aplicable el artículo 96.1 CC, considera que debe aplicarse de forma analógica el párrafo 2º del artículo 96 CC. Sin embargo, defiende que dicha aplicación analógica no resuelve la cuestión, dado que dicho apartado del precepto únicamente dice que el Juez "resolverá lo procedente", tratándose por tanto, de un precepto en blanco, indeterminado, que deja todas las posibilidades y que requiere de definir y fijar los criterios objetivos para que el Juez resuelva lo procedente.
[1354] También CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, CASO SEÑAL, Mercedes y MANZANA LAGUARDA, Mª. Pilar en ENCUESTA, *¿Es necesario el pronunciamiento judicial sobre el uso…*, *op.cit.*, aluden a la aplicación analógica del artículo 96.2º CC.
[1355] De igual forma, UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, en *ibidem*, dice: *Por analogía el párrafo del art. 96 que mejor cobertura da a los supuestos de custodia compartida es el segundo, es decir aquel en que quedando hijos bajo la custodia de ambos cónyuges se señala que (...) el Juez resolverá lo procedente.*
[1356] SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia…*, *op.cit.*, pág. 746, defiende que debería eludirse la aplicación automática del art. 96.1 del Código Civil, dado que no hay un progenitor con una guarda exclusiva, sino que ambos progenitores ostentan la guarda, por tanto deviene inoperante el precepto. A su juicio, debe aplicarse en los supuestos de guarda y custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 96.2 del Código Civil cuando se parte la custodia de los hijos.
[1357] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009, Juez/Magistrado: Don Joaquín María Andrés Joven (EUDER 91994/2009) dice: *Por otra parte, y no obstante el régimen de custodia compartida que ahora se establece procede atribuir al Sr. D. Alberto el*

una guarda y custodia compartida en un supuesto contencioso y resuelve en base al artículo 96.2 CC la atribución de la vivienda familiar.

3.3.- Otras fórmulas o posibilidades

3.3.1.- No atribución del uso y disfrute del domicilio familiar

Plantea una posibilidad distinta a las anteriores Gonzalez Del Pozo[1358], que alude al supuesto de que se fije una guarda y custodia compartida sin atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a ninguno de los cónyuges, siendo el domicilio propiedad de ambos. Este supuesto tiene por objeto evitar la conflictividad que provoca la atribución del uso y suponer un acicate de la realización del inmueble. También alude al mismo supuesto de no atribución del uso pero cuando la vivienda es propiedad de un tercero, considerando adecuada la no atribución, dado que en caso de que se atribuya al cónyuge no familiar del tercero, éste ejercitará la acción de desahucio por precario, casi con toda seguridad.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009[1359], no se hace *especial atribución* del uso del domicilio conyugal, y en la

uso y disfrute del domicilio que fue familiar, en razón de que habida cuenta del régimen de custodia que previamente se ha determinado, los niños van a pernoctar una semana con cada progenitor, lo que nos sitúa en una situación semejante a la prevista en el art. 96.2 del Cod. Civil, y no a la prevista en el art. 96.1 del propio texto legal, estableciéndose dicho precepto -el 96.2- que en estos casos "el Juez resolverá lo procedente". En ese contexto no puede ignorarse que la vivienda que constituye todavía en la actualidad el domicilio conyugal fue adquirida por el mencionado Sr. D. Alberto tras producirse la separación conyugal en el mes de marzo de 2005 con lo percibido por la venta del que entonces era domicilio conyugal, y fue intitulada a su exclusivo nombre y desde luego, contrayendo él a su vez un préstamo hipotecario, cuyas cuotas de amortización ascienden a más de 750 euros mensuales siendo él quien afronta y afrontará en lo sucesivo en exclusiva el abono del importe de las indicadas cuotas habiendo durado la nueva convivencia conyugal con la Sra. Dña. Jacinta poco más de tres años, debiendo tenerse presente al resolver esta cuestión de una parte, que la hoy demandante también percibió una cantidad semejante a la de su esposo tras la venta del domicilio común, y si decidió llevar a cabo otros gastos o adquirir otros bienes distintos a una propiedad en la que poder residir (...).

[1358] GONZÁLEZ DEL POZO, "El derecho de uso…", *op.cit.*.

[1359] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), se revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida y dice: *En cuanto a la atribución del uso del domicilio conyugal, dado el régimen de custodia compartida establecido, el régimen de separación de bienes y la propiedad privativa que corresponde al recurrente sobre dicho domicilio, no se hace especial atribución respecto del mismo. Siendo lo lógico que el padre establezca en dicha propiedad su domicilio en Elche, pues es donde actualmente reside la menor.*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009[1360] tampoco se pronuncia sobre el uso de la vivienda.

3.3.2.- Atribución temporal del uso y disfrute de la vivienda familiar

En opinión de López – Rendo Rodríguez[1361] que la regulación, en los supuestos de custodia compartida, del uso y disfrute del domicilio familiar está aún por venir, y que considera necesaria dicha reforma, la cual según la autora debería contemplar:

1.- Que la atribución de uso exclusivo de la vivienda sea un remedio subsidiario, únicamente para los supuestos en los que no se garantice de otro modo el derecho de habitación de los menores.

2.- Que siempre dicho uso exclusivo se atribuirá con carácter temporal, estableciendo el principio de venta extingue uso exclusivo, por tanto no existirá obstáculo para enajenar o disponer de la vivienda familiar.

Existen ejemplos en la jurisprudencia de esta fórmula, tales como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1362], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009[1363] revoca la Sentencia de instancia que fijaba una atribución temporal y posterior venta. También atribuyen temporalmente el uso de la vivienda, la Sentencia de la Audiencia Provincial de

[1360] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida y en apelación se modifica dicha medida por una custodia exclusiva a favor del padre. La Sentencia de Primera Instancia decía en el fallo: *No ha lugar a pronunciarse respecto del uso y disfrute de la vivienda familiar.*

[1361] LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 26.

[1362] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): En la Sentencia de primera instancia que revoca esta Sentencia se acordaba respecto del domicilio familiar: *3º.- Que se proceda a liquidar el domicilio familiar, bien adjudicándoselo una de las partes, o bien vendiéndolo a un tercero, de manera que con el producto de su venta cada uno de ellos compre otro inmueble, o bien se lo alquile, si el importe que les corresponda no le permite comprar otro, ya que, al día de la fecha no es dable mantener la atribución del uso del domicilio familiar a la madre. Ahora bien, hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, o a la liquidación del domicilio familiar, y dado que la menor está actualmente conviviendo con la madre en el que fue domicilio familiar, seguirán ambas ocupando el mismo hasta su efectiva realización, periodo de tiempo durante el cual la madre deberá ir realizando las gestiones oportunas para la búsqueda de un nuevo inmueble donde vivir, para el caso de que no le sea adjudicado a ella.*

[1363] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009) dice: *Atribuyo el uso y disfrute del domicilio familiar (...) con carácter temporal por espacio de tres años contados desde la presente sentencia, a la Sra. María Inés para que la habite junto a sus hijos, momento a partir del cual deberá procederse a su venta.*

Baleares de 14 de julio de 2009[1364], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2010[1365] y de 28 de enero de 2010[1366], o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[1367].

3.4.- Empadronamiento

En relación con la vivienda familiar y la custodia compartida, tal y como se ha referido, se generan considerables incógnitas. Uno de los problemas en los supuestos de custodia compartida en las que el tiempo de convivencia de los menores en los domicilios paterno y materno son muy similares, es el lugar en el que los menores deben estar empadronados. En respuesta a esta disyuntiva, la Fiscalía General del

[1364] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009) dice: *A este respecto, considera la Sala apropiado recordar que, al asignarse la guarda y custodia compartida, no estamos ya en presencia del supuesto tipo del artículo 96 del Código Civil , por cuanto que, como quiera que la guarda y custodia se desdobla, no hay un solo "cónyuge en cuya compañía queden" los menores, como refiere el citado artículo en orden a conceder la vivienda al cónyuge custodio, por cuanto que en este caso ambos lo son. Por lo tanto, y en el bien entendido de que la asignación de la vivienda a uno solo de los cónyuges, cuando hay hijos comunes, lo es en consideración a su condición de cónyuge custodio, y en la medida en que, tras la guarda y custodia compartida ambos cónyuges pasan a ser "custodios", no se justifica la asignación de la vivienda a uno de ellos exclusivamente por tal condición, por lo que es acorde a derecho la petición del Ministerio Fiscal, relativa a la finalización de la atribución del uso y disfrute de la vivienda a favor de quien fuera antes el custodio exclusivo, la madre, al haber dejado de serlo para pasar a ser cónyuge custodio junto con el padre. En consecuencia, con mayor razón será sostenible, en favor de la madre -como ha pretendido el actor-, el pronunciamiento judicial concedido por el Magistrado- Juez de instancia en concordancia con lo pedido por aquél, de mantener a la madre en el uso y disfrute de la vivienda conyugal durante el amplio plazo de cinco años. De modo que, no puede prosperar el recurso en dicho punto al considerar que tal asignación es ya, por si misma, generosa en favor de la madre, al haber sido posible incluso, como pretendía el Ministerio Fiscal, un mayor recorte en dicho derecho.*

[1365] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (SP/SENT/511375), revoca la Sentencia de instancia, en cuyo fallo además de una custodia compartida fijaba la *(...) atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a la hija común hasta que se formalice la venta del inmueble, correspondiendo a ambos cónyuges ostentar su propio domicilio y poner en conocimiento del otro el lugar exacto en el que se ubica.*

[1366] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010): En la Sentencia de primera instancia se acuerda la guarda y custodia compartida. La madre recurre en apelación solicitando la fijación de la exclusiva y la Audiencia Provincial estima el recurso y fija una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera instancia fija respecto de la vivienda familiar: *Se atribuye el uso de la vivienda familiar (...) a la menor Neus en compañía del progenitor que en cada momento tenga la custodia y por un tiempo de un año a contar de la notificación de la presente. Vencido el indicado plazo, se procederá a la venta del inmueble, declarando el cese de la situación de proindiviso y venta de la forma pactada por los titulares y, en su defecto, en pública subasta.*

[1367] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008): En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la Sentencia y se atribuye la custodia a la madre. La Sentencia de Primera Instancia falla respecto de la vivienda familiar: *1) La atribución del uso del domicilio familiar a la demandante doña María Purificación, en tanto que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.*

Estado dictó la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, en la que sienta una serie de conclusiones realmente útiles a fin de resolver este problema:

Primero, centran la exigencia de que los menores deben estar empadronados en un solo domicilio, incluyendo en los casos de custodia compartida.

Como segunda conclusión, se recoge como domicilio preferente el del progenitor con el que pase más tiempo en el cómputo anual.

Para el caso en el que los tiempos estén tan equilibrados que no sea posible determinar en cual de los domicilios pasa mayor tiempo, en principio se apela al mutuo acuerdo de los progenitores en la elección de en cual de ambos domicilios debe ser empadronado. En principio aunque parezca una solución evidente, no cabe duda de que tiene sentido en conexión con la regulación de la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del CC, en el que como hemos comentado, los casos de mutuo acuerdo serán, cuando menos, los más numerosos. En consecuencia si se ha acordado una medida de tan compleja concordia, elegir entre uno u otro domicilio para que el menor se empadrone considero poco probable que genere problemática en modo alguno sustancial. No obstante, seguro que no faltarán los conflictos en los supuestos contenciosos ante esta fórmula elegida.

Por último, los fiscales velarán por que en los Convenios Reguladores, o excepcionalmente en las resoluciones judiciales, se determine en cual de los domicilios deberá empadronarse al menor. Esta recomendación sin duda debe asumirse también por los letrados que redacten los convenios y por supuesto por los jueces cuando redacten sus sentencias.

4.- Régimen de visitas

El artículo 94 CC dice: *El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen.*

Evidentemente, *a priori* aparenta contradicción el planteamiento de la fijación de un régimen de visitas en caso de una guarda y custodia compartida, sin embargo, a excepción de una fórmula de guarda y custodia compartida con periodos de estancia con cada uno de los progenitores muy breves, es necesaria la determinación del referido

régimen de visitas.[1368]

También habrá que tener en cuenta la edad de los menores, dado que cuanto más pequeños sean, menor debería, en principio, ser el tiempo que progenitores e hijo deban estar separados. Pero en principio, la no fijación de visitas se limitaría a mi juicio a las guardas y custodias compartidas en las que se fijaran los tiempos de estancia contados en días, es decir, un día cada progenitor, o los lunes y martes uno y los jueves y viernes otro. También si los hijos menores no son muy pequeños, a mi juicio a partir de edades cercanas a los 12, 13 o 14 años, también podría fijarse por semanas alternas los periodos de convivencia y no fijar un régimen de visitas, aunque a mi juicio también en este supuesto sería más beneficioso para el menor fijar alguna tarde de visita entre semana con el progenitor que no le corresponda el periodo de convivencia. No obstante, habrá de estarse a los acuerdos que los progenitores alcancen, excepto que éstos sean perjudiciales para los menores. Zarraluqui Navarro[1369] afirma como será uno u otro régimen de visitas a fijar en función de los periodos de convivencia pactados, y subraya que debe evitarse los regímenes de visita "tipo" (fines de semana alternos y vacaciones por mitad) y elaborar el "traje a medida" para cada familia.

La fijación de un régimen de visitas para cada uno de los progenitores para los periodos de estancia con el otro progenitor, en modo alguno supone la situación de desproporción de fuerzas que se da entre el progenitor custodio y el progenitor visitador en la custodia exclusiva, habida cuenta de que ambos se encuentran en la misma situación. Guilarte Martín - Calero[1370] explica gráficamente al régimen de visitas en los supuestos de custodia compartida: *(...) en cada periodo el padre o madre es guardador en exclusiva de suerte que será necesario fijar también en aquel sistema este régimen de comunicación y estancia, a no ser que los periodos de alternancia sean muy reducidos en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido; con excepción de este supuesto, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial.*

[1368] Alude a la fijación de visitas DOMÍNGUEZ, "La guarda y custodia compartida…", *op.cit.*, y añade: *Si la custodia es alterna por meses, habrá que fijar el régimen que corresponda de fines de semanas y días intersemanales. Si la custodia se alterna por años, además de este régimen, se deben pactar las visitas durante los periodos vacacionales.*

[1369] ZARRALUQUI NAVARRO, "La guarda y custodia alterna…", *op.cit.*.

[1370] GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida…", *op.cit.*, pág. 9.

Tal y como se observa en nuestra jurisprudencia, excepto en el supuesto de custodia compartida por periodos menores al semanal o en algunas custodia compartidas semanales, en el resto de tiempos de estancia de custodias compartidas se fijan regímenes de visitas[1371]:

a) Custodia compartida por periodos menores al semanal: Ejemplo de este periodo es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996[1372].

b) Custodia compartida por periodos semanales: Se fija régimen de visita en el supuesto de custodia compartida por periodos semanales en Sentencias como las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009[1373] y de 17 de septiembre de 2009[1374], en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009[1375] y de 9 de noviembre de 2009[1376], o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010[1377].

[1371] En caso de periodos de alternancia mensuales, trimestrales, cuatrimestral, semestral, anuales, LÓPEZ–RENDO, "Custodia compartida…", *op.cit.*, págs. 17 y 18, considera que debe fijarse en estos supuestos un régimen de visitas amplio, y lo concreta desde el jueves a la tarde hasta el lunes, a fin de que el hijo y el cónyuge que no le corresponde el periodo de convivencia en ese momento no pierdan el contacto y que éste no esté ausente del día a día de los menores.

[1372] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996, Ponente: Don Jesús María Medrano Durán (EDJ 1996/2950), revoca la Sentencia de primera instancia que acordaba una custodia compartida y fija una custodia exclusiva materna. El Juzgado de primera instancia había fijado una custodia compartida que no requería de fijación de régimen de visitas, consistía en: *a).- Los lunes y martes, el menor estará con su padre. b).- Los miércoles y jueves, dicho menor estará con su madre. c).- Los viernes desde la salida del colegio hasta el domicilio, a las 21 horas, y con carácter alterno, lo pasará con la madre y la siguiente semana con el padre.* Las vacaciones las acuerda por mitad.

[1373] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 17 de octubre de 2008 en la que acordó la custodia compartida y la Audiencia mantuvo la medida. Se fija una custodia compartida por semanas alternas con un régimen de visitas para el que no tenga en su compañía a las menores esa semana de los martes y jueves por la tarde y las vacaciones se repartían por mitad.

[1374] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 17 de octubre de 2008 en la que acordó la custodia compartida y la Audiencia mantuvo la medida. Se fija una custodia compartida por semanas alternas, entregando al menor el domingo, y se fijaba el régimen de visitas de martes y jueves por la tarde y vacaciones por mitad.

[1375] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), se revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida semanal y fijaba una visita para la tarde de los miércoles, además de las vacaciones por mitad.

[1376] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009), confirma la custodia compartida semanal (de domingo a domingo) fijada en primera instancia, así como el régimen de visitas que consistía en los miércoles por la tarde así como el sábado de 11:00 horas a 20:00 horas.

[1377] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010, Sección 12ª, Ponente: Doña Myriam Sambola Cabrer (SP/SENT/531539), no discute la custodia compartida fijada en

Sin embargo, no se acuerda régimen de visitas en una custodia compartida semanal en las sentencias siguientes: En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1378], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009[1379] que tampoco se fija visita intersemanal, pero sí se acuerda el reparto de las vacaciones, y en igual sentido acuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009[1380].

c) Custodia compartida por periodos de dos semanas: Este supuesto se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[1381].

primera instancia por periodos semanales (de lunes a lunes), con un régimen de visitas intersemanales, en concreto los miércoles y los viernes, y las vacaciones se dividen por mitad.

[1378] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban fuera compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida y en el pleito principal se confirma la medida. Se fija una custodia compartida semanal, sin embargo no se aprueba la solicitud, efectuada por el Ministerio Fiscal, de fijación de visitas: *Por último, el Ministerio Fiscal solicitó durante sus conclusiones orales el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio durante la semana correspondiente. Esta pretensión no debe ser aprobada, porque complicaría innecesariamente las relaciones del menor con los progenitores y de éstos entre sí. El periodo semanal establecido para las estancias obedece a que se trata de un lapso temporal lo suficientemente breve como para que cada progenitor soporte la ausencia del hijo sin mayores inconvenientes, haciendo así innecesarios contactos más frecuentes. Todo ello, claro es, sin perjuicio de los pactos que los litigantes puedan alcanzar privadamente en esta materia.*

[1379] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas contenciosa de un procedimiento tramitado de mutuo acuerdo, en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Torrelavega, en Sentencia de 26 de mayo de 2008 modifica la custodia exclusiva existente por una custodia compartida. Tras el recurso de apelación de la madre para que no se modifique la medida y se mantenga la custodia unilateral a su favor anteriormente existente, la Audiencia resuelve desestimando el recurso. El Juzgado de Primera Instancia acordó fijar una custodia compartida semanal y tampoco fijaba un régimen de visitas intersemanal: *2. El régimen de visitas vigente, a desarrollar de conformidad con el de guarda compartida, se circunscribirá a que Mari Juana pasará el día del padre con su padre, y el día de la madre con su madre, en ambos casos desde las 19 horas de la víspera hasta las 19 horas del día señalado, con obligación de recogida y retorno al domicilio materno por parte del padre. Igualmente será el de aplicación dicho régimen a los cumpleaños de la menor, si bien en este caso los años pares los disfrutará el padre y los impares la madre. El régimen de vacaciones queda inalterado respecto al ya vigente en la actualidad. Y queda sin efecto la previsión respecto a los "puentes" vacacionales.*

[1380] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009), no revoca la Sentencia de instancia que fija una custodia compartida semanal (de viernes a viernes) y no fija régimen de visitas durante las semanas, únicamente fija las vacaciones por mitad.

[1381] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ferrol, en Sentencia de fecha 23 de octubre de 2006, estimo la demanda interpuesta por el padre y se acordó una guarda y custodia compartida. Contra dicha resolución se interpone por ambas partes recurso de apelación; en el de la madre se discute la custodia compartida entre otras cuestiones, y en el del padre discute la pensión alimenticia. La Audiencia no revoca la custodia compartida acordada por el Juzgado de primera instancia, que acordó una custodia compartida por periodos de dos semanas con el siguiente régimen de visitas *(...)no se señalan visitas para el progenitor no custodio durante los días de semana, estableciéndose un régimen de visitas de fin de semana para que el progenitor no custodio pueda*

d) Custodia compartida por periodos mensuales: En estos periodos se fijan regímenes de visitas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010[1382], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009[1383], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[1384] o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009[1385].

e) Custodia compartida por periodos de cuatro semanas: Ejemplo de este epígrafe es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[1386].

f) Custodia compartida por periodos de sesenta días: Puede señalarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009[1387].

disfrutar de la compañía de la menor durante un fin de semana de la quincena en el aunque no tenga la custodia de la menor. Las vacaciones se fijan por mitad.

[1382] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (SP/SENT/515134), revoca la Sentencia de instancia en la que se fijaba una custodia compartida mensual, y un régimen de fines de semana alternos, los miércoles por la tarde y las vacaciones por mitad.

[1383] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 186690/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida con periodos mensuales cada progenitor y la Audiencia confirma la medida. El régimen de visitas que se fija en primera instancia y confirma la Audiencia es de fines de semana alternos.

[1384] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba fijó una custodia compartida por meses, y la Audiencia confirma la medida. Se fijaron visitas que se concretan en martes y jueves entre semana, fines de semana alternos y vacaciones por mitad.

[1385] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009): En primera instancia se acuerda una custodia compartida por periodos mensuales y en apelación se modifica dicha medida por una custodia exclusiva a favor del padre. La Sentencia de Primera Instancia fijaba un régimen de visitas de fines de semana alternos, así como los martes y jueves por la tarde y las vacaciones por mitad.

[1386] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008): En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida y en segunda, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la Sentencia y se atribuye la custodia a la madre. La Sentencia de Primera Instancia fijaba una custodia compartida por periodos de cuatro semanas, y fijaba un régimen de visitas de miércoles por la tarde y dos fines de semana de los cuatro correspondientes a la estancia, en concreto el primer y el tercer fin de semana. Las vacaciones se fijaban por mitad.

[1387] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009), revoca y fija una custodia exclusiva paterna. La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Torrent nº 4, de fecha 19 de abril de 2007, fijaba una custodia compartida por periodos de 60 días y un régimen de visitas de martes y jueves por la tarde y fines de semana alternos. Las vacaciones se fijan por mitad.

g) Custodia compartida por periodos de tres meses: En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1388] se fija un régimen de visitas en periodos de estancia de tres meses.

h) Custodia compartida por semestres: Ejemplo de este supuesto son la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1389], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008[1390], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007[1391], o en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1392].

i) Custodia compartida por cursos escolares: Puede citarse en este supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1393].

[1388] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009): Acuerda el Juzgado de Primera Instancia una guarda y custodia compartida y tras recurso de apelación para revocar la misma, la Audiencia mantiene la medida. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 14 de abril del 2008 fijando la custodia compartida por periodos de tres meses, con un régimen de visitas de fines de semana alternos, y los lunes, miércoles y viernes por la tarde, y los martes y jueves recoger a la menor en el colegio y llevarla al domicilio del otro progenitor. Además las vacaciones por mitad.

[1389] En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008), se aprueba un acuerdo, excepto en la pensión alimenticia, que alcanzaron los cónyuges en la vista, y en el que se establecía una custodia compartida por semestres y fijaba un régimen de visitas de fines de semana alternos y dos tardes entre semana, además de las vacaciones escolares por mitad.

[1390] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008): En primera instancia, en Sentencia de 2 de julio de 2007, se fijó la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando la custodia exclusiva para cada progenitor, y la Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Sentencia de Primera Instancia fijaba una custodia compartida por semestres, con un régimen de visitas de fines de semana alternos hasta los lunes y los martes y jueves por la tarde. Las vacaciones se fijaban por mitad.

[1391] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007), confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Torrelavega de fecha 1 de junio de 2006, que acordaba una custodia compartida por periodos de seis meses y un régimen de visitas de fin de semana alternos, la tarde de los miércoles y las vacaciones por mitad.

[1392] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, y el Juzgado acuerda la guarda y custodia compartida por periodos de 6 meses y fija un régimen de visitas de fines de semana alternos, y miércoles a la tarde con pernocta hasta el jueves. Las vacaciones las fija por mitad.

[1393] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de la madre en tal sentido, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna. La Sentencia de Primera Instancia fijaba una custodia compartida por cursos escolares alternos, y recogía respecto de las vacaciones de verano que *(...) si bien los meses de julio y agosto entraran dentro del periodo vacacional de verano, y la menor estará con el progenitor al que le haya correspondido tenerla en su compañía en el curso escolar de que se trate en el mes de julio, y el de agosto, al que haya tenido consigo en el curso escolar de que se trate. Que dado que la menor ha iniciado este curso escolar bajo la custodia de la madre, al padre le corresponderá ostentar*

CAPÍTULO IX.- OTROS ASPECTOS PROCESALES EN RELACIÓN CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1.- Procedimiento en el que puede adoptarse la medida de guarda y custodia compartida

Es importante plantearnos en qué tipo de procedimiento, dentro de los de familia, puede ser acordada la guarda y custodia compartida. Es decir, tenemos claro que esta medida puede adoptarse en el procedimiento principal de separación o divorcio, o de ruptura de pareja de hecho con hijos menores, pero *a priori*, pueden surgir más dudas respecto de si es posible adoptar este tipo de guarda y custodia en unas medidas provisionales previas o coetáneas o en un procedimiento de modificación de medidas.

Por tanto, ¿es posible adoptarse guarda y custodia compartida en medidas provisionales previas o coetáneas?. A mi juicio la respuesta debe ser afirmativa. Ciertamente, en medidas provisionales, previas o coetáneas, el análisis de la cuestión no es tan profundo como en el pleito principal, pero el Juez debe guiarse por el mismo principio en ambos procedimientos, el de beneficio del menor. Atendiendo a esta cuestión, si el Juzgador considera lo más beneficioso para el hijo/s la guarda y custodia compartida, así deberá ser fijada. No obstante, en el artículo 103.1 del Código Civil[1394] no se recoge expresamente la medida, pero ciertamente tampoco la prohíbe, en consecuencia, a mi juicio, este artículo simplemente permite adoptar en dicho procedimiento la guarda y custodia, sin limitar las fórmulas de la misma.

Sí podría generar duda lo dispuesto en dicho artículo sobre la comunicación y visitas, al decir *el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia,* pudiéndolo interpretar como que el artículo se ciñe únicamente a la guarda y custodia exclusiva. Sin embargo,

la custodia a partir de 1 de septiembre de 2008, y por ende en el verano de 2008 disfrutará de la compañía de su hija el mes de julio y la madre en el mes de agosto, conforme a lo expresado en el párrafo precedente. Y sobre el régimen de visitas fijaba el recogido en el convenio regulador aprobado por sentencia de separación.

[1394] Dice el artículo 103.1 CC: *1º.- Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

también en la guarda y custodia compartida, en términos generales, debe fijarse un régimen de visitas para ambos cónyuges para los periodos en los que corresponde la guarda al otro progenitor, por tanto, tampoco esta dicción limita la fijación de una guarda y custodia compartida. Entiendo que dicha redacción se refiere a fijar provisionalmente las comunicaciones y visitas, no ha limitar la forma de guarda. Planes Moreno[1395] analizando el artículo 103 CC parece postularse en este sentido.

Cuestión distinta es la posibilidad a nivel fáctico de conseguir que acuerden la custodia compartida en medidas provisionales, dado que si ya es complicado en el pleito principal, aún más lo es en el caso de las medidas provisionales. A mayor abundamiento, peor perspectiva de estimación de la medida tendrá, entre las coetáneas y las previas, la petición de custodia compartida en las previas.

Corroboran la posibilidad de fijar la guarda y custodia compartida en medidas provisionales Sentencias como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2009[1396], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de septiembre de 2010[1397] o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010[1398].

[1395] Argumenta PLANES MORENO, Mª. Dolores, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 240 , de modo siguiente: *Tampoco hace referencia alguna a la posibilidad de otorgar la guarda y custodia de los hijos de forma compartida a ambos progenitores, lo que si se prevé en el art. 92, sin embargo, no cabe de que en sede de medidas es posible la adopción de un régimen de custodia y guarda compartida, puesto que ello, aun cuando no esta expresamente previsto, desde luego no puede considerarse contrario al tenor literal del precepto, puesto que la referencia a la determinación de con cual de los progenitores han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, añade conforme a las disposiciones de este código que expresamente prevé la posibilidad de otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia en el art. 92, por lo que además una interpretación sistemática del precepto conducirá a la misma solución.*

[1396] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña Ana Moreno Galindo (JUR 2009\344442), resuelve un recurso de apelación manteniendo la custodia exclusiva materna que se había acordado en el pleito principal de primera instancia. Sin embargo, en medidas provisionales se había acordado la custodia compartida: *Comenzando con la cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos, debemos indicar que en el Auto de medidas provisionales se acordó la guarda y custodia compartida...*

[1397] De igual forma que en la Sentencia anterior, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (JUR 2010/409230), únicamente en medidas provisionales se acordaba la custodia compartida, dado que en el pleito principal y en apelación se acordó la custodia exclusiva materna: *La Sentencia recurrida modifica el criterio establecido en el Auto de medidas Provisionales, deja sin efecto la guarda y custodia compartida que se estableció en aquella primera resolución...*

[1398] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban fuera compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida, y en el pleito principal se confirma la medida.

Respecto del procedimiento de modificación de medidas; en mi opinión puede acordarse la modificación de la guarda y custodia exclusiva por la compartida en un procedimiento de modificación de medidas. Obviamente deberán cumplirse los requisitos exigidos para modificar la medida, pero la posibilidad existe.

Respecto de este procedimiento, en el momento en el que entró en vigor la Ley 15/2005 se planteó la duda respecto a si podía alegarse la reforma legislativa, en la que se introducía la guarda y custodia compartida por primera vez, para solicitar la modificación de la guarda y custodia exclusiva por la compartida. Sobre esta disyuntiva Pérez Martín[1399] considera como el único cambio que se ha producido ha sido la propia reforma legislativa, y que en este sentido, la redacción anterior del artículo 92 CC no era obstáculo para que no se concediesen custodias compartidas, de hecho se concedían. Lo que ha cambiado es que actualmente la posibilidad se recoge expresamente y se fijan las pautas y requisitos para su concesión. En consecuencia, según el autor la petición de modificación no podrá basarse exclusivamente en el cambio legislativo, siendo necesario alegar otros hechos nuevos. En este sentido también parece pronunciarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008[1400].

Comparto la opinión del autor, con una excepción: El supuesto en el que se hubiere denegado acordar una guarda y custodia compartida, no aludiendo a motivos de fondo relacionados con interés del menor, sino a la inexistencia de regulación de la figura en nuestro derecho, que también existieron resoluciones denegatorias con esta argumentación. En este caso es discutible si debería poder solicitarse la modificación de la medida apelando a la reforma legislativa, dado que ha variado el hecho que fundamentaba la motivación de la Sentencia denegatoria de la custodia compartida.

También se plantea un Foro Abierto[1401], que se titula *Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya una alteración sustancial de circunstancias,* respondiendo la mayoría de los encuestados negativamente a lo planteado, dado que no puede utilizarse el procedimiento de modificación de medidas como excusa para revisar

[1399] PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 238.

[1400] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 85014/2008) dice: *No puede tomarse en consideración la alegada variación normativa operada por la Ley 15/2.005, de 8 de julio, toda vez que en ningún supuesto el cambio de norma implica alteración de hechos o circunstancias, pero es más, tal variación legislativa no se adujo en la instancia en el momento procesal oportuno, de donde no pudo ser considerada por el Juez "a quo", implicando una alteración inadecuada y extemporánea, en la alzada, del inicial planteamiento.*

[1401] FORO ABIERTO Nº 108: *Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya una alteración sustancial de circunstancias,* El Derecho, BDF núm. 108, Enero de 2011, EDB 2011/11.

lo acordado en el procedimiento anterior, dado que ello conculcaría la seguridad jurídica.

2.- Reconvención

Existe cierta discrepancia doctrinal en cuanto a la necesidad o no de solicitar, por parte del demandado en la contestación a la demanda, mediante reconvención la guarda y custodia compartida. Dicha discrepancia viene motivada por la exigencia recogida en el artículo 92.8 CC de que la custodia compartida se solicite *a instancia de una de las partes*.

El artículo 770.2 LEC regula la reconvención en los procesos matrimoniales del modo siguiente: *Sólo se admitirá la reconvención: d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.*

La reconvención por tanto y hasta ahora debía y debe proponerse cuando se trata de medidas de carácter dispositivo, la más paradigmática era la pensión compensatoria.

Sin embargo, con la regulación dada por la Ley 15/2005 a la guarda y custodia compartida, se plantea una situación insólita en lo que se refiere a la reconvención:

La guarda y custodia compartida es una medida de *ius cogens*, pero con la peculiaridad de que atendiendo al texto literal del artículo 92.8 CC (y sin tener en cuenta la diversidad de opiniones reflejadas en el correspondiente epígrafe en que se analizó esta cuestión), debe ser solicitada por una de las partes, es decir no puede ser acordada de oficio, por tanto dentro de las medidas de *ius cogens* únicamente en ésta se aplica el principio de rogación. El resto de medidas de derecho necesario como la pensión de alimentos, el régimen de visitas etc… solicitadas en la contestación, no deben ser solicitadas en la reconvención dado que no requieren de instancia de parte. Es decir, se ha regulado por primera vez dentro de las medidas de los procedimientos de familia, en concreto dentro de las medidas de *ius cogens*, una medida (la guarda y custodia compartida) de derecho necesario con una característica de las medidas de derecho dispositivo, en concreto, la exigencia de petición de parte y la consecuente imposibilidad para el juzgador de acordar la medida de oficio. Por tanto, *a priori* podríamos estar dentro de lo recogido en el artículo 770.2º d) LEC, debiendo ser necesaria la reconvención, dado que se trata de una medida sobre la que el Tribunal no debe pronunciarse de oficio.

Respecto de la discusión doctrinal sobre la necesidad o no de reconvención en caso de solicitar custodia compartida, se recogen opiniones contradictorias:

Analizando la reconvención Pérez Martín[1402] expone que en las medidas de *ius cogens* (Patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de hijos menores de edad), no es necesaria la reconvención aunque las soliciten en la contestación sin que dicha medida estuviera contenida en la demanda, de hecho, aunque ninguna de las partes la hubiere solicitado el Juez debería adoptarla por imperativo del artículo 91 CC. Sin embargo alude a dos peticiones que generan controversia respecto a su necesidad de solicitarlas mediante reconvención: primero la petición de privación de la patria potestad y por otra parte la custodia compartida. Respecto de la custodia compartida solicitada en la contestación a la demanda el autor sostiene *(...) que si bien es cierto que la custodia de los menores es materia de ius congens, en el art. 92 del CC el legislador ha previsto que esta concreta forma de ejercicio de la custodia se acuerde a instancia de uno o de ambos progenitores, por lo que en principio y a falta de petición de parte el tribunal no podría acordarla de oficio. En consecuencia, si esto es así, a dicha petición ya no le afectaría la restricción que en materia de reconvención se contiene en el art. 770.2ª de la LEC, y por tanto habría que dar traslado de esta al actor para que efectuase las alegaciones que tuviese por conveniente en relación con ficha forma de custodia.*

Por su parte, Santana Páez[1403] opina en sentido contrario considerando que no es necesaria la petición de la custodia compartida en la contestación a la demanda mediante reconvención; tras reconocer que existe algún autor que considera necesaria la reconvención por dicha exigencia del 92.8 CC de que sea solicitada a instancia de parte, no pudiendo acordarla de oficio, la autora defiende que no es necesario formular reconvención, *(...) ya que mediando petición de custodia (sea cual fuere en la demanda) aunque la parte demandada pretenda que se fije un régimen de custodia compartida, estamos hablando de una misma medida (el régimen de custodia) y a efectos de reconvenir, entiendo que habrá de tratarse de una medida distinta y no de la misma pero solicitada de distinto modo y además tratarse de materia indisponible por las partes, lo que no sucede en este caso.*

[1402] PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento contencioso...*, *op.cit.*, págs. 1265 y 1266.
[1403] SANTANA PÁEZ, Emelina, en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, págs. 324 y 325.

En muy pocas sentencias se argumenta sobre esta disyuntiva, es decir en muy pocas sentencias se alude expresamente a la necesidad o no de formular reconvención para solicitar la custodia compartida en la contestación a la demanda. Puede señalarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1404]: La Sentencia de Primera Instancia fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de la madre en tal sentido, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna. La Audiencia alude a la no formulación de reconvención al solicitar la custodia compartida en la contestación a la demanda, aunque no lo considera un defecto procesal.

Sin embargo, sí en varias sentencias, pese a no posicionarse sobre la necesidad o no de hacerlo, se recoge como el demandado ha considerado oportuno formular reconvención para solicitar la custodia compartida, lo que supone que es una duda que se plantea en la práctica, tal y como sucede en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gavá de 24 de julio de 2006[1405], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009[1406], en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006[1407], en la Sentencia de la Audiencia

[1404] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008) dice: *Lo primero que extraña a la Sala es que tal medida haya sido solicitada por el padre al contestar la demanda de divorcio y, por tanto, que no haya tomado la iniciativa procesal que en este caso hubiera propiciado una mayor contenciosidad, bien como demanda autónoma o bien por la vía reconvencional. Pero en este supuesto las posibilidades de contención han quedado reducida al acto de la vista. No obstante, no puede hablarse de defecto procesal porque el tema tiene un amplio componente público con aumento de las posibilidades decisorias y de control del juez encargado, con carácter prioritario de tutelar los intereses del menor.*

[1405] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gavá de 24 de julio de 2006, Juez/Magistrado: Doña Elisa Mediavilla Sánchez (EUDER 293983/2006), resuelve un asunto en el que vía reconvencional se solicitaba por el padre la custodia compartida, acordando el Juzgado una custodia exclusiva para la madre: *Dado traslado de la demanda, en fecha 9 de mayo de dos mil seis, se procede a la contestación de la misma, formulándose demanda reconvencional, interesándose el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida respecto de los dos niños (...).*

[1406] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009): Atribuye la custodia unilateral a la madre el Juez de primera instancia, y confirma la Audiencia, tras la petición de que fuera compartida la custodia por el padre, la custodia exclusiva para la madre. El padre había solicitado por medio de reconvención dicha medida: *se queja la parte apelante de la no adopción de guarda compartida que planteó en su reconvención (...).*

[1407] Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006, Ponente: Don Carlos Javier Álvarez Fernández (EUDER 179539/2006): En primera instancia se acuerda la custodia materna y en segunda instancia se confirma la medida. El padre solicitaba la custodia compartida por medio de reconvención: *desestimando en lo demás la demanda reconvencional formulada por éste en especial en lo relativo a la petición de que se instaurase un régimen de custodia compartida respecto de dichos menores (...).*

Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009[1408] y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 2009[1409];

En mi opinión, por los dos motivos siguientes considero que no es necesario formular reconvención para solicitar la custodia compartida en la contestación a la demanda:

- Compartiendo la opinión de Santana reseñada con anterioridad, la custodia compartida no es más que otra modalidad de la guarda y custodia, es decir, no es una medida no solicitada en la demanda y que se introduce novedosamente en la contestación, sino que simplemente se trata de otra modalidad de la misma medida.
- En coherencia con mi conclusión recogida en el epígrafe en que se analiza el requisito recogido en el artículo 92.8 CC referente a la *instancia de parte*, de que puede acordarse de oficio por el Juzgador la custodia compartida si considera que es lo más beneficioso para el menor, no será necesaria atendiendo al artículo 770.2.d) LEC formular reconvención para solicitar esta medida.[1410]

No obstante, ciertamente este dilema deja en una incómoda posición al abogado que vaya a contestar una demanda y quiera solicitar en la misma la custodia compartida, dado que si no la solicita mediante reconvención porque considera que no es necesaria, podría ocurrir que le desestimasen la petición por no haberla solicitado en forma. Es más, tras la no admisión de la reconvención por el juzgado de primera instancia, y a fin de cubrir totalmente los riesgos, debería interponerse frente a dicha resolución recurso de reposición, para evitar que en una posible apelación considerara la Audiencia Provincial que no ha lugar a fijar la custodia compartida porque no se ha solicitado

[1408] Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009): En primera instancia se acuerda la custodia exclusiva materna, y en apelación, tras recurso del padre solicitando se modificara por la compartida, se mantiene la medida de primera instancia. El padre en primera instancia solicitaba la custodia compartida vía reconvención: *(...) desestima su reconvención en la que solicitaba la atribución de la guarda y custodia compartida durante 6 meses a cada progenitor.*

[1409] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 90314/2009): En primera instancia se acuerda una custodia materna. Recurre el padre solicitando la compartida, y la Audiencia desestima el recurso. En primera instancia el padre había formulado reconvención para solicitar la custodia compartida: *Del cuerpo del escrito de interposición del recurso se desprende suficientemente que entre esos pedimentos se comprenden los formulados con la reconvención, es decir, el establecimiento del régimen de custodia compartida que propone (...).*

[1410] Recordemos que nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias que analizan el artículo 92.8 CC, considera que el Juzgado puede acordar de oficio la custodia compartida, en concreto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009), y en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

mediante reconvención, que es necesaria, y que por la parte demandada no se recurrió la providencia que inadmitía a trámite la misma.

3.- Ejecución de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida es una medida fijada en Sentencia judicial que obviamente puede ser ejecutada en caso de incumplimiento. En principio, son relativamente similares los problemas que pueden plantearse en la ejecución de una guarda y custodia exclusiva, que en el caso de una compartida. En este sentido se postula Pérez – Salazar Resano[1411], que expone como la adopción de una medida de custodia compartida no va a producir muchas novedades en la fase de ejecución. Puede que surjan controversias en orden a los periodos de estancia, a los cambios de convivencia, pero no más que los problemas que surgen con los regímenes de visitas en el caso de la guarda y custodia exclusiva.

Por otra parte, dada cuenta la especialidad de dicha medida, y si la ejecución se refiere a incumplimientos en los tiempos de cuidado que corresponden a uno de los progenitores, cuando menos hay que cuestionar el sentido en este caso de la aplicación automática de la ejecución de las resoluciones por incumplimiento. ¿Vamos a obligar a un progenitor a que ejerza la guarda y custodia?. Ya surgen dudas en el supuesto de exigir que el progenitor visitador cumpla con sus visitas, por tanto en el caso de la custodia compartida aún la disyuntiva es mayor.

Al hilo de esta cuestión, se ha efectuado un Foro abierto entre varios autores que han contestado a la siguiente pregunta: *Ante el incumplimiento de la custodia conjunta, ¿debe ejecutarse la resolución judicial que la acuerda para lograr su cumplimiento o debe sustituirse por una guarda exclusiva? Y en este último caso, ¿puede sustituirse en fase de ejecución o debe accionarse vía modificación de medidas?*[1412], respondiendo algunos de los encuestados lo siguiente:

Según Espinosa Conde, tal y como establece el artículo 18 LOPJ, las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos, por tanto en principio debe ejecutarse la resolución judicial. Si se acordó la guarda y custodia compartida fue porque era la medida más beneficiosa para el menor, consecuentemente *a priori* debe tenderse a la

[1411] PÉREZ – SALAZAR, "Problemas planteados…", *op.cit.*, pág. 16.
[1412] FORO ABIERTO Nº 15: *Ante el incumplimiento de la custodia compartida, ¿debe ejecutarse la resolución judicial que la acuerda para lograr su cumplimiento o debe sustituirse por una guarda exclusiva?,* El Derecho, BDF núm. 59, Julio 2006, EDO 2006/112803.

ejecución de lo acordado. En su opinión si ante el mínimo incumplimiento se realizara un cambio automático a una guarda y custodia exclusiva, abocaría al fracaso del sistema. De hecho si existiera un progenitor reacio al ejercicio compartido de la guarda y custodia, provocaría disfunciones en el sistema para derivarlo al de ejercicio exclusivo. La existencia de algún incumplimiento no supone que el buen entendimiento entre los progenitores desaparezca, debiendo intentarse la vía ejecutiva. Si pese al intento efectuado en ejecución, se torna de imposible cumplimiento, debería acudirse al procedimiento de modificación de medidas. La modificación de la medida no podrá efectuarse en el procedimiento de ejecución que únicamente permitirá cambios puntuales. El propio legislador parece haber tenido la clara voluntad, como no podría ser de otra forma, de que el régimen de guarda y custodia compartida sea, en caso de haberse adoptado, cumplido. Esta voluntad se observa del dictado del artículo 92.5 cuando dice: *el Juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido…*

Galán Cáceres considera que el cumplimiento forzoso podría resultar traumático en el orden personal y familiar. En principio podría afirmarse que no es posible el adecuado ejercicio de la custodia por el progenitor que no quiere dicha función. No obstante, habrán de analizarse los alegatos y razones de la petición de ejecución a fin de mantener la guarda y custodia compartida, dado que formal y procesalmente resulta posible, al amparo del artículo 18 LOPJ, la ejecución forzosa de la Sentencia. Para modificar la medida a un ejercicio exclusivo de la guarda y custodia compartida debería acudirse al procedimiento de modificación de medidas, pudiendo acudir a dicho procedimiento tanto el progenitor que se mantiene en el ejercicio de dicha función, como el que incumple la resolución judicial. No es posible en fase de ejecución modificar el ejercicio compartido de la guarda y custodia por un ejercicio exclusivo, por cuanto se resolvería por auto, en contradicción con lo dispuesto en una Sentencia.

Magro Servet concluye que ante incumplimientos en un régimen de custodia compartida no podrá directamente acordarse la custodia exclusiva, dado que previo a la modificación deberá ejecutarse la Sentencia. Únicamente en el supuesto de que se constate que dicha custodia está siendo perjudicial para el hijo, podrá valorarse la conveniencia de su modificación.

Sacristán Represa considera que lo legalmente establecido sería en principio la ejecución forzosa de la resolución judicial, no obstante si en caso de incumplimiento, o

al margen de él, fuera necesario reconsiderar el interés del menor, por supuesto podría ser aconsejable no ejecutar sino modificar la medida, si bien con una motivación precisa. Sobre el procedimiento a seguir para la modificación de la medida, incluso teniendo en cuenta el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el autor considera que debería ser el procedimiento de modificación de medidas y no vía ejecución.

Según Zarraluqui Sánchez - Eznarriaga en principio los problemas de ejecución son los mismos a los de una guarda exclusiva, por tanto debería procederse a la ejecución judicial. Por otra parte, si existe un cambio de circunstancias se acudirá al trámite de la modificación de medidas por los cauces del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para Jímenez De Parga Gastón, caso de incumplimiento por uno o ambos progenitores de las funciones de la guarda y custodia compartida, podría alterarse la atribución conjunta de la misma, concediendo la custodia a uno u otro de forma exclusiva por la vía del proceso de modificación de medidas definitivas del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el supuesto de que existan razones de urgencia podrá instarse la ejecución de la Sentencia, denunciando la falta de cumplimiento, y pudiendo en sede de ejecución adoptarse las prevenciones que se consideren oportunas en beneficio de los menores, incluso por la vía del artículo 158 del Código Civil derivar la custodia compartida en una atribución exclusiva a favor de uno de los progenitores, a fin de evitar a los menores perturbaciones dañosas o con objeto de apartar a los mismos de situaciones de peligro o perjudiciales a sus intereses. Las medidas del 158 CC pueden adoptarse en cualquier tipo de procedimiento, entre los que debe incluirse la ejecución de las sentencias.

Según Rodilla Rodilla en supuestos de incumplimientos reiterados o constante disparidad de criterios, la vía de la ejecución forzosa haría inviable la efectiva aplicación del sistema de la custodia compartida, dado que ésta no puede ser sustituida por un sistema de "guarda judicial" que reemplace las decisiones paternas por dichas resoluciones, porque en el caso de la custodia compartida no aparecen tasados en la sentencia el ámbito de actuación de cada uno de los progenitores en relación con la vida del menor. En el caso de incumplimiento debería modificarse la medida de conformidad con el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De Asís Serrano Castro considera que si el ejercicio compartido de la guarda y custodia no se cumple, sólo cabría la modificación de la medida fijando una custodia exclusiva y un régimen de visitas para el progenitor no custodio, con consecuencias

también en la pensión alimenticia y la vivienda familiar. Por tanto, en caso de incumplimientos puntuales, los requerimientos podrían ser fórmula eficaz para estabilizar la situación, pero en caso de graves y reiterados incumplimientos, dada la evidente quiebra del buen entendimiento de ambos progenitores, difícilmente se podría exigir el cumplimiento en ejecución de sentencia al fallar el entendimiento recíproco para su éxito. Se trataría de una medida de difícil o imposible ejecución y cumplimiento, debiendo acudir en ese supuesto al procedimiento de modificación de medidas. En cualquier caso, siempre podrían adoptarse, en caso de justificar su necesidad, medidas cautelares urgentes sobre la base del artículo 158.3º CC.

4.- Recurso de apelación

A priori la posibilidad de acceder al recurso de apelación en los supuestos en los que se acuerde o se desestime una petición de guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso no debería tener mayor dificultad, sin embargo, en el supuesto de procedimiento contencioso e informe desfavorable del Ministerio Fiscal la cuestión puede complicarse.

4.1.- Procedimiento de mutuo acuerdo

En caso de que en un convenio regulador se acuerde por los progenitores una guarda y custodia compartida, y dicho convenio haya sido aprobado por el Juez, con informe no favorable a la aprobación del convenio por parte del Ministerio Fiscal[1413], éste podrá recurrir la sentencia referida que aprueba el convenio regulador sin inconveniente alguno, pudiendo discutir el motivo o medida que considere deba modificarse por los progenitores.

Por tanto, en caso de mutuo acuerdo el recurso de apelación no tiene dificultad alguna para el Ministerio Fiscal.

4.2.- Procedimiento contencioso

[1413] Tal y como ya se ha expuesto en el cuerpo del presente trabajo, en el procedimiento de mutuo acuerdo es indudable que no es requerido en modo alguno informe favorable del Ministerio Fiscal.

En caso de procedimiento contencioso la cuestión se puede complicar. El informe favorable o desfavorable del ministerio fiscal es el motivo que puede generar discusión.

4.2.1.- Caso de informe favorable del Ministerio Fiscal

En caso de que alguno de los progenitores haya planteado la guarda y custodia compartida en procedimiento contencioso, el Ministerio Fiscal hubiere informado favorablemente, y la sentencia hubiere desestimado la misma, no existe inconveniente alguno a mi juicio para recurrir en apelación la sentencia.

4.2.2.- Caso de informe desfavorable del Ministerio Fiscal

En este supuesto a mi juicio se plantea un problema en relación con la posibilidad real de tener acceso a una segunda instancia. Tal y como ya se ha desarrollado en el cuerpo del presente trabajo, el informe favorable del Ministerio Fiscal es requisito para acordar la guarda y custodia compartida solicitada unilateralmente en procedimiento contencioso,[1414] por tanto, el informe desfavorable supuestamente impide entrar a valorar la posibilidad de la guarda y custodia compartida.

Ya he adelantado en el epígrafe correspondiente mi crítica, al igual que la de la gran mayoría de la doctrina, a dicha exigencia limitativa de informe favorable, sin embargo, analizando el recurso de apelación la cuestión se torna aún más grave, dado que no sólo no se va poder fijar la guarda y custodia compartida, sino que además, es discutible si neutraliza materialmente la posibilidad de recurrir en apelación, con la pérdida en consecuencia del derecho a la doble instancia, y con la imposibilidad para la Audiencia de valorar qué es lo más beneficioso para el menor.

Ciertamente a nivel formal, el acceso al recurso no se merma. Sin embargo, en numerosas sentencias se observa como se alude al informe desfavorable del Ministerio Fiscal como argumento de gran importancia para acreditar la corrección de la sentencia de instancia y la no procedencia del recurso de apelación. Es decir, en modo alguno en todas, ni siquiera en la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales se alude

[1414] Independientemente de toda la crítica a esa exigencia de informe favorable, opiniones que consideran que puede acordarse la custodia compartida incluso no existiendo informe favorable e incluso la existencia de los recursos de inconstitucionalidad ya interpuestos, lo cierto es que en la gran mayoría de la Sentencias analizadas se exige dicho informe favorable.

a que el informe desfavorable del Ministerio Fiscal de primera instancia se ha ratificado por éste en segunda instancia (bien con un informe específico al efecto, o bien a través de su escrito de oposición al recurso de apelación), sino que las sentencias se refieren directamente al informe de primera instancia.[1415]

Es decir, el informe desfavorable del Ministerio Fiscal puede suponer no sólo un veto en primera instancia, sino también una imposibilidad de acceso al recurso, no a nivel procesal, pero sí a nivel material dado que las posibilidades de éxito en gran parte de los casos serán mínimas. En este sentido, a mi juicio se está perjudicando el derecho a la doble intancia, y en definitiva la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 24 de la CE.

Hay dos razones, derivadas de criterios del Tribunal Constitucional, que en nuestro caso dan una importancia si cabe mayor a la posibilidad de acceder al recurso:

1º.- El objeto del proceso: Cuando el TC ha analizado supuestos de vulneración de derecho al acceso al proceso, ha planteado, en Sentencias como la de 29 de enero de 2001[1416], cómo no es igual, en términos de proporcionalidad, cual sea el objeto del

[1415] A modo de ejemplo: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Teresa Vázquez Pizarro (SP/SENT/531581), deniega la petición de custodia compartida aludiendo a: *(...) es evidente la falta de acuerdo entre los progenitores y tampoco consta el informe favorable del Ministerio Fiscal a dicha medida, de modo que al no concurrir los requisitos legalmente previstos para que pudiera acordarse, no puede accederse a lo solicitado.* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008, Sección 7ª, Ponente: Don Ramón Ibañez de Aldecoa Lorente (EUDER 167649/2008), fundamenta que no puede establecerse un régimen de guarda y custodia compartida *(...) pues cuando dicho régimen no se solicita de común acuerdo por los progenitores, el artículo 92.8 del Código Civil supedita, de forma ineludible, su establecimiento, a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, y en este caso no lo hay.* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/496899), mantiene la custodia materna fijada en primera instancia, y no estima la petición de que sea compartida: *En el caso de autos ni hay acuerdo entre las partes, ni informe favorable del Ministerio Fiscal ni se ha acreditado que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación en este punto.*

[1416] Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2001, Sala Segunda, Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende (EUDER 3061/2001), en su fundamento de derecho cuarto: *En efecto, desde la ya temprana TC S 19/1981 de 8 Jun., hemos declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24.1 CE comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones, oportunamente deducidas por las partes en el proceso, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (TC SS 69/1984 de 11 Jun.; 6/1986 de 21 Ene.; 100/1986 de 31 Ene.; 55/1987 de 13 May.; 57/1988 de 5 Abr.; 124/1988 de 23 Jun.; 42/1992 de 30 Mar.; 37/1995 de 7 Feb.; 63/1999 de 26 Abr., y 108/2000 de 5 May., entre otras muchas). La centralidad de esa vertiente del art. 24.1 CE implica, por consiguiente, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión se realice de forma especialmente intensa cuando aquéllas determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (TC SS 118/1987 de 8 Jul.; 216/1989 de 21 Dic.; 154/1992 de 19*

proceso. En concreto, si se está enjuiciando en el procedimiento cuyo acceso se ha denegado un derecho fundamental, la negativa a su acceso debe ser más restrictiva. En nuestro caso, el interés del menor obviamente no es un derecho fundamental, pero sí es considerado un principio general de derecho, de aplicación prioritaria, y con soporte constitucional en el artículo 39 CE. Y dado que estamos juzgando supuestos en los que el bienestar de menores está en juego, la posibilidad de acceso al recurso debe asegurarse con plenas garantías.

2º.- Supuesto de motivación reforzada: La falta de motivación obviamente también es un supuesto que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. No suele ser un motivo reiteradamente admitido por la jurisprudencia constitucional, dada cuenta los requisitos exigidos para su estimación. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha fijado unos supuestos en los que se exige una motivación reforzada, un plus de motivación. Esos supuestos de motivación reforzada se refieren a casos en los que están en juego derechos fundamentales o principios rectores, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2008[1417]. En esta STC la

Oct.; 55/1995 de 6 Mar.; 104/1997 de 2 Jun.; 112/1997 de 3 Jun.; 8/1998 de 13 Ene.; 38/1998 de 17 Feb.; 130/1998 de 16 Jun.; 207/1998 de 26 Oct.; 16/1999 de 22 Feb.; 84/2000 de 27 Mar., y 205/2000 de 24 Jul., entre otras), pues el principio pro actione proscribe las interpretaciones y aplicaciones que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.
Ese canon, sin embargo, e importa recordarlo ahora, se refuerza todavía y se convierte en un control material más exigente cuando una decisión de archivo se proyecta sobre una causa en la que se invocaban lesiones de derechos fundamentales. Cuando se trata de la protección jurisdiccional de aquéllos, el control del pronunciamiento judicial que deniega la tramitación de la demanda y su resolución de fondo requiere, así pues, un mayor rigor (TC S 112/1996 de 24 Jun.). Acogiendo mutatis mutandis la línea marcada en la TC S 105/1997 de 2 Jun., vale decir que estamos ante decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial --con independencia de que la declaración de la lesión fuera sólo una de las hipótesis--.

[1417] La Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto del 2008, Sala Primera, Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde (EDJ 2008/130769) dice: *Como recordábamos recientemente en nuestra STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 3), constituye doctrina consolidada de este Tribunal que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, "reforzadas" (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71 /2004, de 19 de abril, FJ 4), o en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ*

motivación reforzada implica: *(...) además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca "una argumentación axiológica que sea respetuosa" con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3).*

En este sentido, sino se entra a valorar el interés del menor, se podría discutir ese plus de motivación requerido, dado que no es coherente la motivación con el principio rector de interés del menor, dado que ni siquiera se entra a valorar el mismo.

Campo Izquierdo[1418] pone de relieve esta disyuntiva sobre la discutible merma del recurso de apelación: Explica como no es lo mismo que el fiscal "tenga la última palabra" con respecto al sistema de guarda y custodia, a que la tenga el juez, dado que en el caso del Juez dicha decisión puede ser revisada, modificada o revocada mediante el recurso de apelación y en determinados vía recurso de casación. Por el contrario, el informe no favorable del Ministerio Fiscal *(...) no puede ser revisada por vía de ningún recurso, y la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo, tampoco pueden valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, su función jurisdiccional queda limitada por la actuación del fiscal. Con ello, ¿se está velando realmente por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?, ¿se está garantizando la independencia judicial de los jueces?, ¿se está permitiendo a los jueces de familia o de Primera Instancia, llevar a cabo su función jurisdiccional y adoptar las medidas que realmente protegen a los menores ante la separación, divorcio o cese de convivencia de sus padres?, ¿se está defendiendo realmente el interés de los menores?.*

Algunas sentencias resuelven esta posible "irregularidad", extrayendo la postura (si es favorable o no a la custodia compartida) del Ministerio Fiscal de las alegaciones que efectúe en el escrito de oposición al recurso de apelación o de interposición del mismo para sostener que apoya o no la custodia compartida. Entre ellas se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de junio de 2010[1419], la

2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca "una argumentación axiológica que sea respetuosa" con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3).

[1418] CAMPO, "Guarda y custodia compartida..., *op.cit.*.

[1419] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EDJ 2010/145956), no revoca la Sentencia de instancia que acordaba una custodia exclusiva materna, y dice: *Dichos condicionantes no se cumplen en el caso de autos, ya que, por un lado, si bien una de las partes, el hoy apelante, solicita tal régimen, se da la circunstancia de que, negándose la contraparte, no sólo no existe informe favorable del Ministerio*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009[1420], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010[1421] y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de septiembre de 2008[1422].

Esta opción ciertamente es la única, pero puede no resolver el problema, dado que es muy posible que sea el mismo Fiscal quien informe, por tanto no se revisa si el informe desfavorable era o no acorde al interés del menor.

A mayor abundamiento, si existieren nuevos hechos o nuevas pruebas alegados o practicadas en segunda instancia, ¿sería aún más relevante que el Ministerio Fiscal informara nuevamente respecto de la custodia compartida?.

En numerosas ocasiones, con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia acaece un nuevo hecho o se conoce en tal momento uno pasado, que refuerza y refrenda las pretensiones argüidas en primera instancia, o incluso supone una modificación sustancial de las circunstancias deviniendo caducas las referidas pretensiones.

Es decir, sucede un nuevo hecho o se conoce uno pasado que puede secundar los ya aducidos en primera instancia, o implicar que los hechos que sustentan los pedimentos efectuados por las partes, y que están siendo o van a ser discutidos en dicho recurso de apelación, queden obsoletos.

Esto obviamente puede suceder respecto de la medida referente a la guarda y custodia, y en concreto respecto a la petición de guarda y custodia compartida. En este sentido, puede haber sucedido un hecho que refuerce la petición de custodia compartida

Fiscal, sino que dicho órgano solicita en apelación la confirmación de la sentencia de instancia, que otorga la guarda y custodia a la parte apelada.

[1420] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Francisco Javier Romero Costas (EUDER 47984/2009): En primera instancia se fijó una custodia exclusiva materna y en segunda instancia se mantuvo la medida: *(...) tampoco cabe la excepcionalidad que se defiende en base al apartado 8 de aquél artículo en tanto en cuanto, ni antes en la instancia, ni ahora en la alzada, se emite informe favorable por el Ministerio Fiscal al mostrarse éste en sus Conclusiones (f. 441) favorable a la atribución a la madre de la guarda y custodia de Roi, y defenderse en la alzada (f.489) la corrección y confirmación de la sentencia dictada en tal sentido.*

[1421] También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco Acin Garos (SP/SENT/540019), se recoge como en dicho caso *(...) en el que solo el padre ha solicitado la medida, no ha mediado el preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal, que hay que entender que se opone a ella, pues solicitó la confirmación de la sentencia y puede implícitamente entenderse que se opone a la custodia compartida (...).*

[1422] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de septiembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Doña María José Pueyo Mateo (EUDER 172745/2008): En primera instancia se atribuye la custodia exclusiva a la madre y la Audiencia ratifica dicha custodia materna, y dice: *(...) ninguna de tales circunstancias concurren en el presente caso en el que ni hay acuerdo de las partes, ni como se evidencia por el acta del juicio y el escrito de oposición al recurso, el Ministerio Público apoya tal pretensión (...).*

efectuada en primera instancia, o suceder un hecho nuevo que impida la fijación de dicha guarda y custodia compartida.

En mi opinión, sin duda en caso de existencia de nuevos hechos o de práctica de nuevas pruebas, la emisión de nuevo informe por parte del Ministerio Fiscal debería ser imprescindible, dado que debería informar teniendo en cuenta los nuevos hechos esgrimidos o el resultado de las nuevas pruebas practicadas.

Algunas sentencias, tienen en cuenta los hechos acaecidos durante la aplicación de la sentencia de instancia hasta la resolución de la sentencia de apelación: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010[1423], resuelve un recurso de apelación a una Sentencia de primera instancia que acuerda una custodia compartida. La Audiencia revoca la Sentencia y acuerda una custodia exclusiva a favor del padre, teniendo en cuenta lo que ha sucedido durante la aplicación de la custodia compartida desde la Sentencia de instancia hasta la Sentencia de apelación: *Consta acreditado, como así se pone de manifiesto por la Sra. Psicóloga adscrita a esta Audiencia Provincial, que el vigente régimen de guarda y custodia compartido fijado en la instancia, ha fracasado y no cumple en la actualidad la finalidad y objetivo a que debe responder, consistente en el beneficio e interés de los menores.*

4.3.- Petición de custodia compartida en segunda instancia sin haber sido solicitada en primera instancia

Abundante jurisprudencia analiza la petición de custodia compartida en segunda instancia sin haber sido solicitada en primera, considerando esta circunstancia la mayoría de sentencias como un argumento más para denegar la medida; entre ellas se encuentran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010[1424], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de

[1423] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (SP/SENT/515134).

[1424] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (LA LEY 33543/2010), analiza un supuesto en el que en medidas provisionales se acordó una custodia compartida, y posteriormente en la Sentencia de primera instancia se fijó una custodia exclusiva materna, que fue mantenida en segunda instancia. Respecto a la petición en segunda instancia de fijación de una custodia compartida, la Audiencia dice: *(...) el padre, que ahora pide este régimen de custodia, en ningún momento del procedimiento lo solicitó y lo que siempre pidió fue que se le atribuyera a él la guarda y custodia exclusiva de las dos menores.*

2010[1425], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de febrero de 2010[1426], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008[1427] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de abril de 2009[1428].

[1425] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (SP/SENT/521638), no revoca la custodia materna fijada en primera instancia: *(...) con relación a la presión del demandado apelante, relativa a que se instaure la guarda y custodia compartida; advierte la Sala que se trata de una petición que, además de no haberse solicitado en primera instancia, por lo que no se practicó prueba alguna sobre su conveniencia (...).*

[1426] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de febrero de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (SP/SENT/507504), desestima el recurso de apelación, manteniendo la custodia paterna acordada en primera instancia: *En cuanto al recurso de la Sra. Angelina se solicita en primer lugar el establecimiento de un sistema de guarda compartida que nunca antes se había peticionado y que además de constituir una cuestión nueva, art. 456 LEC, resulta de todo punto inviable dado que los progenitores residen en localidades a considerable distancia entre sí, además de pertenecer a distintos países, España y Francia, lo cual hace en la práctica imposible conciliar el interés de los menores (centro de estudios, amigos, ámbito familiar, idioma ... etc) con un desarrollo integral razonable de los mismos.*

[1427] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 262844/2008): En primera instancia el Juzgador atribuye la custodia de la menor a la madre, y la Audiencia Provincial, tras recurso de apelación del padre solicitando la compartida, desestima dicha petición: *A mayor abundamiento la petición de guarda y custodia compartida o alternativa no fue formulada en primera instancia, por lo que su petición ahora vulnera el principio "pendente apellatione nihil innovetur" recogido en el artículo 456-1 de la L.E.C . y la naturaleza del recurso de apelación al alterar los términos del debate en primera instancia.*

[1428] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de abril de 2009, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 100426/2009), también alude a la petición de la custodia compartida por primera vez en el recurso de apelación: *(...) solicitando a su vez e introduciendo ex novo la posibilidad de una guarda y custodia compartida petición que ya se adelanta no es momento procesal de articularla en base a las razones que seguidamente se dirán, además de que no concurren los requisitos legalmente exigibles para su adopción. (...) Acontece en el caso de autos que la guarda y custodia compartida no se solicitó ni en el escrito de demanda, ni las partes llegaron a dicho acuerdo durante el trascurso del procedimiento dada la contenciosidad existente entre ambos por lo que los requisitos exigidos por la ley aplicable no concurren en el caso de autos.*

CAPÍTULO X.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1.- Introducción

Con anterioridad a la Ley 15/2005 la guarda y custodia compartida era una medida no ajena a nuestro ordenamiento, pero que se adoptaba en contadas ocasiones[1429]. No cabe duda de que existía, y sin duda aún existe, una gran reticencia y suspicacia ante la posibilidad de dicha forma de custodia. La tradicional y ya larga estipulación sistemática de una guarda y custodia exclusiva ha supuesto un recurso conocido que obviamente ha tranquilizado a la hora de ser acordada. No obstante, que sus consecuencias fueran conocidas no implica que siempre y en todos los supuestos fuera la medida más adecuada a tomar, y en atención a dichas voces discordantes con una indiscriminada y casi automática guarda y custodia exclusiva materna, se introduce por medio de esta Ley 15/2005 la custodia compartida.

Es interesante a fin de conocer la situación de la custodia compartida previo a la reforma operada por la Ley 15/2005, una encuesta realizada en diciembre de 2004 titulada: *¿Qué razones jurídicas avalan la concesión de una guarda y custodia compartida por ambos progenitores?.*[1430] De la encuesta se obtienen criterios y opiniones de distintos Magistrados, tanto de Juzgados de Primera Instancia como de Audiencias Provinciales, que eran los utilizados en la motivación de sus resoluciones con la regulación anterior a la Ley 15/2005. Algunos de los Magistrados consultados decían en diciembre de 2004 lo siguiente:

Andrés Joven centra las "razones jurídicas" en el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo, y la ausencia de prohibición expresa de ese régimen

[1429] Explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Luis Javier Capote Pérez (EUDER 116395/2009): *La guarda compartida fue una institución introducida por el legislador durante las reformas del Derecho de Familia del año 2005, en una medida que no estuvo exenta de polémica y que vino justificada, en palabras del Informe del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, por el deseo de superar la fractura familiar de la manera menos traumática posible para los hijos. La introducción de esta posibilidad en una norma positiva se llevo a cabo a consecuencia de la presión orquestada por una parte de los interesados, pero contra la opinión de otro sector de los mismos, de expertos en educación de hijos afectados por la crisis matrimonial de sus progenitores y de una parte de la doctrina civilista.*

[1430] ENCUESTA, *¿Qué razones jurídicas avalan..., op.cit.*.

de custodia en el Código Civil. Y concluye que dado que la custodia compartida ni es la panacea ni objetivamente inadecuada, habrá de analizarse individualmente cada caso[1431].

Hijas Fernández destaca la inexistencia de precepto que contemple la custodia compartida, mas tampoco ninguno que la excluya. Considera que no es posible sustentar tal medida en el artículo 14 de la Constitución. El beneficio del menor es lo que debe prevalecer a fin de adoptar la custodia compartida, aunque considera que serán excepcionales esos casos.

Arroyo Fiestas comienza su opinión diciendo: *Partiendo de que no estoy a favor del régimen de custodia compartida, salvo que las partes lo promuevan de común acuerdo (...),* entiendo que el sustento jurídico se encuentra en el interés del menor. Y continúa manifestando que en la mayoría de los casos el interés del menor no se ampara con la custodia compartida.

Calvé Corbalán también apela al criterio del *favor filii* como sustento de un tipo u otro de custodia.

Campo Izquierdo reseñando la inexistencia de precepto que prohíba la custodia compartida, apoya en el interés del menor la adopción de tal medida. También considera que la custodia compartida al 50% *(...) evidentemente conlleva un claro perjuicio para los menores, incluso para los progenitores y sus economías.*

Martínez González también defiende como razón jurídica principal el beneficio del menor, considerando la custodia compartida como una opción más a valorar.

A continuación, pasamos a analizar tanto la jurisprudencia menor, como las sentencias del Tribunal Supremo dictadas tras la Ley 15/2005 sobre la guarda y custodia compartida.

2.- Análisis de la jurisprudencia menor anterior a la Ley 15/2005

2.1.- Sentencias denegatorias del ejercicio compartido de la guarda y custodia anteriores a la Ley 15/2005

[1431] Continúa Andrés Joven exponiendo como factores importantes a: *(...) el cuidado compartido del menor o menores con anterioridad al cese de la convivencia, unos horarios laborales que lo permitan, domicilios no muy distantes entre sí y sobre todo un régimen de hábitos, horarios y en general de organización muy semejante entre ambos progenitores.*

Las sentencias sobre custodia compartida existentes con anterioridad a la Ley 15/2005, basaban la denegación de su adopción fundamentalmente en la ausencia de previsión legal concreta que regulase tal forma de custodia, y también y sobre todo en el interés del menor.

El primero de los argumentos se ha resuelto tras la reforma; ahora no podrá argüirse la ausencia de previsión legal dada la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil.[1432]

Entre las sentencias denegatorias del ejercicio compartido de la guarda y custodia que esgrimen la falta de previsión legal como argumento para motivar la denegación se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de febrero de 1999[1433], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004[1434], la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 12 de noviembre de 2001[1435] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de abril de 2002[1436].

[1432] IVARS, *La guarda y custodia compartida..., op.cit.*, pág. 40, explica esta postura jurisprudencial: *La inexistencia de precisión legal sobre custodia compartida ha dado lugar a que algunas decisiones judiciales les negasen la posibilidad de atribución de la custodia compartida, amparándose en la circunstancia que el anterior articulo 92 del Código Civil únicamente contemplara como opción expresa el otorgamiento de la custodia a uno u otro progenitor sin mención al posible ejercicio compartido. Así, incluso existen sentencias que curiosamente destacan probadas las cualidades de ambos progenitores para ejercer de forma compartida la custodia, pero tal opción se rechaza al entender el Tribunal que el esquema no puede ser otro que el de atribución exclusiva de la custodia a uno de los padres.* No obstante, en el párrafo posterior plantea que el grueso de la doctrina y jurisprudencia no negaban su concesión por falta de previsión.

[1433] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de febrero de 1999, Ponente: Mauricio Bugidos San José (EDJ 1999/6521), argüía como los artículos 90 y 92 CC cuando regula la guarda y custodia *(...) no prevé en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíbe, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general (...)*, y continúa explicando el porqué de dicha falta de previsión, que según la Sentencia *sin duda* se debe a la problemática que generaría dicha figura, atendiendo a que los progenitores deberían ponerse de acuerdo hasta en la cuestiones más mínimas, por tanto, pese a que la sentencia reconoce *(...) que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida (...)*, cuando se fija la custodia compartida es porque las circunstancias del supuesto no sólo lo permiten sino que de tal modo lo aconsejan.

[1434] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004, Sección 1ª, Ponente: Doña María Victoria Cinto Lapuente (EDJ 2004/161088), argumenta atendiendo al artículo 90 a) y 94 CC, que *(...) no es posible que la guarda y custodia sea compartida por los padres, ni siquiera alternativamente, cuando éstos viven separados (...)* dado que el precepto exige determinar la persona a cuyo cuidado deben quedar los hijos comunes, y el artículo 94 CC establece el derecho de visita del progenitor al que no se le ha atribuido la custodia. Y concluye que el Código Civil *no contempla* la guarda y custodia compartida. En la argumentación la Sentencia explica como la custodia compartida en modo alguno puede ser beneficioso para la estabilidad psíquica del menor.

[1435] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 2001, Sección 22ª, Ponente: Eladio Galán Cáceres (EDJ 2001/59933) dice: *(...) los criterios ya mantenidos por esta Sala en sentencia, entre otras de 31 de octubre de 1995, en la que se señalaba que dentro del Derecho de Familia español la solución de guarda compartida es excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil,*

Es curioso cómo de las tres Sentencias recogidas utilizan el argumento de la excepcionalidad de la medida, incluso las dos últimas califican expresamente como "excepcional" ese tipo de guarda y custodia, y justamente el nuevo artículo 92 del Código Civil comienza el epígrafe de la custodia compartida en los procedimientos contenciosos con la palabra "excepcionalmente".

El segundo de los argumentos para denegar la custodia compartida, el beneficio o interés de los menores, era, como no podía ser de otra forma, el parámetro fundamental, y también el "cajón de sastre", a fin de dilucidar la conveniencia o no de la custodia compartida. Salvo excepciones, con anterioridad a la reforma la postura jurisprudencial generalizada era la de considerar que era más beneficioso para los menores la custodia exclusiva de uno de los progenitores, apelando a la necesidad de estabilidad.

Entre las sentencias que apelan a dicho *favor filii* para denegar la custodia compartida destacamos las siguientes: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2002[1437], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 2006[1438], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 2006[1439].

---

concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores.

[1436] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de abril de 2002, Ponente: Mª Ángeles Martínez Domínguez (EDJ 2002/22706) dice: *(...) este criterio excluyente de la custodia compartida, es el que la Sala considera procedente en consonancia con el criterio que con carácter mayoritario venían sosteniendo las Audiencias al no considerarla conveniente, salvo en supuestos puntuales, destacando el carácter excepcional que tal solución tiene dentro del Derecho de familia al partir la regulación legal del criterio de la atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre y no a ambos conjuntamente (...).*

[1437] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2002, Sección 18ª, Ponente: Esperanza Ginebra Molins (EDJ 2002/18099), rechaza *(...) de entrada la posibilidad de establecer un sistema de guarda y custodia compartida, y ello por cuanto se considera aconsejable, en aras al interés y estabilidad de los menores (interés que debe primar en aquellas medidas que afectan a los hijos: arts. 82 del Codi de Familia y 92 del Código Civil), la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, sin perjuicio que pueda establecerse un régimen de visitas amplio a favor del progenitor no custodio.*

[1438] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 2006, Sección 3, Ponentes: Guillermo Rosello Llaneras (SP/SENT/87382), resuelve un supuesto en el que el padre solicita la custodia compartida, y la Audiencia atribuye a la madre la guarda y custodia exclusiva. En este caso las menores en su exploración manifestaron su voluntad de compartir de forma equitativa y por igual su tiempo con ambos progenitores. No obstante, la Audiencia estima que la guarda y custodia compartida no es el sistema más adecuado, básicamente por: *1º) se considera fuente de continuos conflictos para los menores, dadas las desavenencias y enfrentamientos actualmente existentes entre sus padres, 2º) el periódico cambio de criterio e influencia de uno y otro progenitor al que se pretende somete a los menores, se estima que no contribuye favorablemente a la estabilidad y asentamiento que los mismos precisan, 3º) el sistema seguido hasta ahora y fijado en la sentencia apelada, resulta ser el más beneficioso para los hijos al evitarles un continua trasiego de un domicilio familiar a otro, supliéndose el deseo de los menores de compartir la vida con ambos progenitores con el amplio régimen de visitas establecido en favor del padre no custodio (...).*

[1439] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 2006, Sección 24, Ponente:

Con respecto a la denegación o estimación de la petición de guarda y custodia compartida, existe claramente un mayor número de sentencias que deniegan dicha custodia consolidando nítidamente la excepcionalidad de la medida. No obstante, progresivamente dicha inercia va "desactivándose"; con anterioridad a la reforma era mucho más excepcional que tras la reforma, y en 2005 también era más excepcional que a día de hoy.

Es interesante analizar la situación del momento de la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Por tanto, se recogen a continuación una selección de sentencias del año 2006, aún dictadas con la anterior regulación, denegatorias de la custodia compartida: Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006[1440] y de 8 de marzo de 2006[1441], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2006[1442] y de 20 de febrero de 2006[1443], la Sentencia de la Audiencia

---

María del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/92036), analiza un supuesto en el que el padre solicita una guarda y custodia alternativa por periodos sucesivos de dos años. La Audiencia, sobre la base del informe psicosocial del Juzgado, se decanta por la guarda y custodia exclusiva de la madre, dado que la estancia con ésta no le ha ocasionado perjuicio alguno. La Sentencia finaliza la argumentación de la negativa de la guarda y custodia alternativa, diciendo que considera el mantenimiento de la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre *(...) en este momento, claro está, beneficioso para la estabilidad personal, familiar, escolar y social del menor, no así la propuesta del apelante, en cuanto supone bruscas rupturas periódicas de costumbres y rutinas, lo que se traduce en perturbaciones para los hijos.*

[1440] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006, Sección 22, Ponente: José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/82867), se refiere a un supuesto en el que el Juzgado de Primera Instancia atribuye la guarda y custodia de la hija menor a la madre y del hijo menor al padre. Recurrió la madre la Sentencia, solicitando la atribución de la guarda y custodia del hijo a ella, o alternativamente la guarda y custodia conjunta. Desestima la solicitud de guarda exclusiva por la mayor vinculación emocional con el padre y sobre la compartida, se refiere a la exigencia de fluido entendimiento entre los progenitores, no existiendo éste en ese caso. De hecho el informe psicosocial alude a la nula comunicación entre los progenitores, no existiendo proyecto común en relación con la educación y formación de los hijos.

[1441] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 2006, Sección 24, Ponente: Francisco Javier Correas (SP/SENT/87686), resuelve un supuesto en el que se atribuye la guarda y custodia a la madre y el padre recurre solicitando le sea atribuida la guarda y custodia exclusiva a él, o subsidiariamente la guarda y custodia compartida por seis meses a cada progenitor. La Audiencia desestima la petición principal y la subsidiaria, finalizando su motivación denegatoria de la secundaria explicando que: *(...) de conformidad con la doctrina jurisprudencial existente desde Diciembre de 1.985 hay que evitar que los hijos inicien a partir de la separación de sus padres, una constante peregrinación domiciliaria.*

[1442] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2006, Sección 12, Ponente: Juan Miguel Jiménez De Parga Gaston (SP/SENT/85534), analiza un supuesto en el que el padre solicita la guarda y custodia compartida del hijo. La Audiencia no considera aconsejable dicha fórmula de custodia, habida cuenta la concurrencia entre los cónyuges de profundas y graves desavenencias, no concurriendo en atención a las mismas, *(...) las circunstancias idóneas para que sea aceptada una custodia compartida.*

[1443] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2006, Sección 18, Ponente: Enrique Alavedra Farrando (SP/SENT/85612), resuelve un supuesto de petición de guarda y custodia compartida por el padre, considerando la Audiencia que no procede la misma, sobre la base de que no está acreditado que el padre pueda desarrollarla plenamente dado el horario laboral, siendo la madre quien durante la convivencia se dedicó al cuidado del menor.

Provincial de Valencia de 16 de febrero de 2006[1444], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 21 de marzo de 2006[1445], o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de marzo de 2006[1446].

2.2.- Sentencias estimatorias de la guarda y custodia compartida anteriores a la Ley 15/2005

Hasta la reforma que nos ocupa, la custodia compartida fundamentalmente se otorgaba, aunque no siempre, cuando ambas partes lo solicitaban de mutuo acuerdo. No obstante existen algunas sentencias anteriores a la reforma que concurriendo circunstancias muy concretas acordaban la guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos[1447]: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de octubre

[1444] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de febrero de 2006, Sección 10, Ponente: María Pilar Manzana Laguarda (SP/SENT/87945), resuelve un supuesto en el que se solicita la guarda y custodia compartida por el padre, y la Audiencia desestima la petición atribuyendo la custodia exclusiva a la madre, atendiendo al informe psicosocial, la diferente condición de las viviendas de los progenitores, la mala relación de los padres, y porque el menor encuentra, según el equipo psicosocial, en la madre su principal figura de apego.

[1445] La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 21 de marzo de 2006, Sección 4, Ponente: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández (SP/SENT/88234), analiza un supuesto en el que por el padre se solicita la guarda y custodia alternativa. En este caso, en el informe psicosocial se efectúa el reconocimiento y examen de los menores, de nueve y siete años, quienes manifiestan su deseo de continuar en la alternancia semanal de domicilios de los padres, sistema que los progenitores de mutuo acuerdo extrajudicialmente habían acordado. Sin embargo, pese a dicho deseo, el informe psicosocial considera que *(...) su preferencia no puede entenderse como determinante, y no porque pudiera responder a un capricho, sino porque no es extraño que en esas edades esté matizada por los conflictos de lealtades y la confusión que crea la separación de los padres. Debe por ello ponderarse otros factores a la hora de modificar una custodia, que denomina el recurrente compartida, ya establecida consolidada poco tiempo después de la separación de hecho, en atención a que considera que de adoptarse ahora se le puede causar un mayor perjuicio o conflicto a los menores. Ahora bien, es indudable que los peritos al emitir su parecer al respecto en su informe tuvieron en consideración tal circunstancia, la que no consideran adecuada para los menores, dado el poco tiempo de permanencia en cada domicilio, lo que no favorece su adaptación y repercute negativamente a nivel emocional y en su rendimiento académico, aconsejando en definitiva que los menores tengan un lugar fijo de permanencia, con normas, hábitos y rutinas diarias, y consideran que el progenitor más idóneo para ostentar la guardia y custodia de los menores es la madre, por sus características de personalidad, así como apoyo familiar. El informe emitido es detallado y minucioso, no puede tacharse de parcialidad, por ello no podemos admitir como conveniente la forma alternativa de convivencia de los niños con los padres, con continuos cambios de vivienda, tal como se propone, ya que repercute en ellos negativamente en su desarrollo, adaptación, estudios, etc.*

[1446] Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de marzo de 2006, Sección 1, Ponente: José García Bleda (SP/SENT/92652), se refiere a un supuesto en el que el padre solicita la guarda y custodia compartida sobre la base de la disponibilidad horaria y laboral durante los días laborables, dado que trabaja únicamente los fines de semana pudiendo ocuparse en los días laborables plenamente de sus hijos. La Audiencia en este supuesto destaca las ventajas del modelo compartido de custodia, sin embargo señala la perfecta sintonía entre los progenitores y el entorno común que evitase continuos cambios que sería necesario para adoptarla y que no se cumple. Consecuentemente desestima la petición dado que la propuesta realizada por el padre es difícil de conciliar con el entorno del menor y su vida escolar.

[1447] En este sentido, en septiembre de 2005 GONZÁLVEZ, *La guardia y custodia compartida..., op.cit.*, señala el aumento progresivo en los últimos diez años de la custodia compartida en la práctica habitual de

de 2003[1448], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 1998[1449], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005[1450] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de mayo de 1998[1451].

los Juzgados de familia, destacando no obstante como su desarrollo ha sido muy lento y como aún continúa siendo un porcentaje mínimo de las custodias fijadas en sentencia judicial. Por su parte VIÑAS, "La custodia compartida", *op.cit.*, señala como la introducción por la Ley 15/2005 de la guarda y custodia compartida ha obedecido a la necesidad atisbada a tenor del incremento de las demandas en las que se solicita que la guarda y custodia no sea atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores. Ello no implica, continúa, *(...) que al amparo de la legislación anterior no pudiera acordarse este sistema de custodia, pues el marco legal existente, tanto nacional como internacional, no impedía en absoluto que los progenitores pudieran pactar en un convenio regulador la custodia compartida de sus hijos o hijas, ni que los Juzgados pudieran acordar este sistema en un procedimiento contencioso.* Comparto plenamente la opinión del autor respecto de la posibilidad legal de acordar la guarda y custodia en procedimiento amistoso o contencioso, sin embargo, ésta no era la posición unánime de jurisprudencia y doctrina, lo que *de facto* suponía, que se utilizara el propio argumento de la no regulación de la medida en nuestro derecho para concluir la imposibilidad de acordarla, tal y como se ha expuesto anteriormente.

[1448] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de octubre de 2003, Sección 2ª, Ponente: Mª Luisa Sandar Picado (EDJ 2003/145843), acuerda la guarda y custodia compartida apelando a la excepcional relación de los progenitores con su hija, incluso entre ellos, y a como de forma espontánea habían fijado un régimen de custodia de este tipo. También se refiere a las circunstancias objetivas que favorecen el ejercicio compartido de la guarda y custodia. Dice la Sentencia: C*orresponde a cada litigante una vivienda en Benicarló, cada una perfectamente acomodada a las necesidades escolares de la niña (su habitación, su ordenador, etc.), y los padres han sabido ajustar su horario laboral a su contacto con Pilar, de tal forma que como la madre trabaja por las tardes, su padre se encarga de recogerla del colegio, llevarla a extraescolares, y darle de cenar en su domicilio, acompañando a la niña al domicilio cercano de la madre donde pasa Pilar la noche. (...) La situación de la menor en relación a su madre o padre se muestra tan similar, que en realidad tanto uno como otro merecerán ostentar la guarda y custodia, sin encontrar razón para desequilibrar tal merecimiento sin tener la sensación el Tribunal de afectar al derecho a la igualdad (art. 14 CE) del que resultare, en un eventual albur, perjudicado con las simples visitas con su hija.*

[1449] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 1998, Sección 18ª, Ponente: Ana María García Esquius (EDJ 1998/22218), recoge un supuesto en el que el hijo manifestó su preferencia para ir a vivir con el padre y se acordó la guarda y custodia compartida. También en el presente caso se hace hincapié en que ambos progenitores viven en el mismo edificio. La Audiencia considera que debe mantenerse la guarda y custodia compartida: *(...) no sólo porque ambos progenitores parece que reúnen las condiciones adecuadas para ejercer la guarda y custodia del menor, sino porque en el presente caso se da una circunstancia especialmente relevante a estos efectos y es la de que tanto el padre como la madre vienen ocupando sendas viviendas sitas en el mismo edificio lo que de modo excepcional posibilita que a esa de la ruptura matrimonial el niño no vea además agravada la situación por la modificación de su entorno, y por la perdida de la cercanía del padre y la madre. Al contrario de lo que se expone por el apelante, debe ponderarse como muy adecuado para el desarrollo psicológico y afectivo del niño que éste pueda ver constantemente a su padre y a su madre, y que estos puedan igualmente gozar de independencia el uno respecto al otro conjugándose así de la mejor manera posible los intereses de cada uno y haciendo prevalecer los del menor, lo que lleva a confirmar este extremo de la resolución de instancia.*

[1450] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Juan Ignacio Medrazo Sánchez (SP/SENT/76260), resuelve favorablemente una petición de guarda y custodia en un procedimiento contencioso: *Porque en efecto la sentencia de instancia introduce una medida, que sin ser novedosa no es frecuente o usual: la custodia compartida. Aunque los presupuestos que la permiten no concurren con facilidad, la realidad social e incluso las novedades legislativas nos van a llevar a que esa medida cada vez se adopta con más frecuencia: en la medida en la que el principio jurídico de igualdad tenga reflejo en la realidad social la custodia compartida sólo encontrará como freno la consideración de que, en el caso concreto, aquél régimen sea contrario al interés del menor, que ha de ser y es la idea troncal al resolver las crisis matrimoniales. TERCERO.- En la primera instancia el juez a quo fundó esa medida en el parecer de los Servicios Sociales en el que se*

3.- Análisis de la jurisprudencia menor tras la Ley 15/2005

3.1.- Sentencias denegatorias de la petición de guarda y custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005

Tal y como he aludido con anterioridad, tras la Ley 15/2005, la jurisprudencia en los supuestos contenciosos ha aumentado, aunque no ostensiblemente, en otorgar custodias compartidas en comparación con la situación anterior. Lo que sí ha aumentado considerablemente es la petición de custodia compartida, y asimismo el debate y sensibilidad sobre la figura se ha acrecentado también ostensiblemente, lo que ha supuesto ese tímido aumento de concesiones de custodia compartida en supuestos contenciosos.

La tendencia es de crecimiento en la fijación de estas custodias, no obstante aún hoy en día el reflejo en la realidad jurisprudencial de la regulación como excepcional del artículo 92.8 CC de esta figura es coherente.

Entre las sentencias denegatorias de la petición de custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005 se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de

detallarán los beneficios que aporta la custodia compartida y en él, como se afirma en el recurso de la esposa, se contienen valoraciones genéricas y abstractas, pero también se parte de una situación concreta y real y que sintetizada con la afirmación de que "ambos progenitores están plenamente capacitados para ostentar la custodia de los hijos" (f. 251) y que "ambos dicen tener claros los valores en los que les han de educar, los cuales no se contradicen, incluso se complementan. CUARTO.- Porque en el informe practicado en esta alzada se confirmará este posicionamiento sobre la guarda y custodia. Cierto que en el mencionado informe se destacan los presupuestos que han de justificar la custodia compartida (esfuerzo de los progenitores, ausencia de divergencias parentales, acuerdo de los progenitores, bajo nivel de litigio, colaboración de los cónyuges en la crianza en la etapa previa a la crisis matrimonial). Y que no todos ellos concurren en el supuesto de autos. Pero la previa experiencia existente ha sido, en el criterio profesional de la psicóloga muy positivo y, con todas las cautelas que se quiera, le han llevado a aconsejar mantener ese criterio. Con todos esos presupuestos teóricos merecerán alguna matización y así la mera conflictividad no podrá ser un obstáculo definitivo para la custodia compartida, dado que le bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen que se apunta tan conveniente para los menores.

[1451] Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de mayo de 1998, Sección 3ª, Ponente: Don Juan Piqueras Valls (EDJ 1998/34885): El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián dictó Sentencia el 27 de febrero de 1997 en la que fijaba una custodia compartida. La Audiencia revoca la custodia compartida y acuerda una exclusiva a favor de la madre, dado que atendiendo a los informes de la asistente social y de la psicóloga del Juzgado de Familia efectuados en primera instancia, éstos se inclinan por fijar una custodia exclusiva. La estabilidad del menor requiere la atribución de la custodia a la madre, el menor conoce el contexto socio familiar de San Sebastián, gozando de contacto con la familia materna, y el cambio de residencia del padre supondría un doble trauma debiendo adaptarse al nuevo entorno y sin apoyo externo alguno, el menor esta en edad escolar y requiere de una escolarización continuada.

Barcelona de 28 de enero de 2010[1452], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008[1453], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008[1454], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de junio de 2009[1455], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009[1456], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008[1457], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de

[1452] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010): En la Sentencia de primera instancia se acuerda la guarda y custodia compartida, la madre recurre en apelación solicitando la fijación de la exclusiva y la Audiencia Provincial estima el recurso y fija una custodia unilateral materna. Los argumentos de la Audiencia para revocar la custodia compartida fijada en primera instancia son: La difícil relación de los progenitores y la falta de comunicación entre ambos, que de la exploración de la menor no se desprende que la madre influya negativamente en ésta (era uno de los argumentos de la Sentencia de instancia para acordar la custodia compartida), y menos que exista un S.A.P., y que no se ha realizado informe psicosocial que aconseje la fijación de una custodia compartida.

[1453] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008): En primera instancia se acuerda un régimen de guarda y custodia compartida, y en segunda instancia, tras recurso de apelación de la madre solicitando se modifique la custodia compartida por una exclusiva para ella, la Audiencia revoca la Sentencia y se atribuye la custodia a la madre. Motiva la Sentencia en la inexistencia de informe favorable del Ministerio Fiscal (el Fiscal de hecho en apelación solicita se fije una custodia exclusiva a favor de la madre), y en que en dicho caso no concurre tampoco el requisito de que sólo de esa forma se proteja adecuadamente el interés del menor, dado que existe una mala relación de los progenitores (existiendo procesos penales), y alude también a la corta edad de los menores.

[1454] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008): La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Córdoba fija una custodia compartida, y la Audiencia, tras recurso de la madre en tal sentido, revoca la Sentencia de instancia acordando una custodia unilateral materna. La Audiencia Provincial motiva su Sentencia en la edad de la menor, que tiene cuatro años, y la Sala considera que dicha edad no es suficiente. Además motiva la Sentencia que no queda acreditado que el padre pueda atender suficientemente a la menor, y el régimen de visitas actual funciona adecuadamente.

[1455] Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de junio de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Carlos María Piñol Rodríguez (EUDER 245933/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla, en Sentencia de 1 de octubre de 2008, acuerda la custodia compartida, y en segunda instancia se revoca la medida acordando una custodia exclusiva materna. La Audiencia Provincial revoca la Sentencia dado que la relación entre los padres no es la idónea para desarrollar con normalidad la custodia compartida, no existe informe favorable del Ministerio Fiscal, y tampoco se acredita que sólo con la custodia compartida se proteja el interés del menor, por el contrario el Ministerio Fiscal alude al posible perjuicio que la custodia compartida pudiera redundar en la estabilidad de los menores.

[1456] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Antequera dictó Sentencia en fecha 24 de marzo de 2008, en la que acuerda una custodia compartida. Tras recurso de apelación del padre y del Ministerio Fiscal, la Audiencia modifica dicha medida por una custodia exclusiva a favor del padre. La Audiencia fundamenta su resolución en que los menores quedaron al amparo y cuidados del padre, debiendo en consecuencia dar continuidad a dicha situación fáctica generada, dado que los informes psicológicos periciales existentes en las actuaciones avalan la custodia paterna exclusiva, los menores han manifestado su preferencia por el padre, y durante la convivencia con éste los menores mostraron plena estabilidad, añadiendo que se elige al padre también por la inmadurez emocional de la madre.

[1457] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Bilbao, en Sentencia de 2 de julio de 2007, fijó la custodia compartida del hijo menor. En apelación recurren ambas partes, el padre en el trámite de impugnación, solicitando la custodia exclusiva para cada progenitor. La Audiencia resuelve fijando una custodia exclusiva a favor de la madre. La Audiencia considera que un

enero de 2009[1458] y de 18 de enero de 2006[1459], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009[1460], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2005[1461] y de 4 de abril de 2006[1462], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2005[1463], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de marzo de 2006[1464], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de octubre de 2005[1465] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de marzo de 2006[1466].

presupuesto de singular valoración para la fijación de la custodia compartida es la buena relación entre los progenitores, y del informe del perito judicial y de otro informe proveniente del Juzgado de Violencia sobre la mujer, se trasluce que la relación ha sido y es muy conflictiva, con una incomunicación total de los progenitores, habiendo existido una querella que aperturó un procedimiento aún abierto. Además no concurre informe favorable del Ministerio Fiscal.

[1458] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009): La Sentencia de 19 de abril de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrent acordó la guarda y custodia compartida. La Audiencia Provincial sin embargo, resolvió el recurso de apelación revocando la misma y atribuyendo la custodia exclusiva al padre. Motiva la Audiencia su Sentencia, sintéticamente, con los siguientes argumentos: Solicitan la custodia compartida ambos progenitores de forma subsidiaria, dado que la petición principal de ambos era la exclusiva. No existe informe favorable del Ministerio Fiscal. No existe un informe psicosocial que diga que la custodia compartida es la mejor forma de garantizar el interés de las menores. Por tanto, la Audiencia concluye que *(...) por mucho que quisiera no podría acordar la custodia compartida de ambos progenitores.* No obstante, atribuye la custodia exclusiva al padre pero con un régimen de visitas muy amplio y un reparto de funciones afines lo que hace concluir a la Audiencia que *(...) debe acordar la custodia exclusiva de uno de los progenitores pero con tantas matizaciones que realmente se podría hablar de compartir su custodia.*

[1459] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2006, Sección 10ª, Ponente: Carlos Esparza Olcina (SP/SENT/84550), analiza un supuesto en el que el padre solicitó la guarda y custodia compartida, que había sido acordada de forma exclusiva a favor de la madre en primera instancia. La Audiencia tiene presente a fin de resolver la cuestión, en primer lugar el informe de la psicóloga del Juzgado, que condicionaba la custodia compartida a la existencia de una relación fluida y cordial entre los padres, y que previamente acudan a algunas sesiones de mediación para llegar a acuerdos que propicien la custodia compartida. A tenor del no cumplimiento de ninguna de las dos cuestiones, la Audiencia considera que no es posible establecer ese régimen de custodia. Añade la marcha de la madre y del menor a otra localidad, y el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, aludiendo al nuevo artículo 92.8 del Código Civil.

[1460] Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272216/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Granada, en Sentencia de 14 de noviembre de 2008 fijó una guarda y custodia compartida. La madre recurre dicha medida, y la Audiencia Provincial estima el recurso y modifica la custodia compartida por una exclusiva a favor de ésta. Los motivos de la Audiencia para la estimación del recurso se resumen en que: Pese a que el padre alude a un cambio notorio de sus circunstancias laborales que le permiten mayor disponibilidad de tiempo, no consta en los autos en que momento se produce dicho cambio de circunstancias laborales. Ha estado el menor casi la mitad de su vida con su madre, y en la exploración del menor manifiesta encontrarse satisfecho en su situación y que tiene mejor relación con su madre que con su padre, aunque se lleva estupendamente también con su padre. No obstante, el informe psicosocial aconseja la custodia compartida, sin embargo de sus conclusiones la Audiencia considera que el régimen de custodia exclusiva ha funcionado bien hasta ese momento y ha beneficiado al menor. Asimismo, atendiendo a la edad del menor se debe respetar su deseo manifestado en el procedimiento.

[1461] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2005, Sección 22, Ponente: Eduardo Hijas Fernández (SP/SENT/76498), analiza un supuesto de petición de guarda y custodia compartida por el padre en un procedimiento contencioso, denegando la petición el Juzgado de Primera Instancia, y confirmando la custodia exclusiva la Audiencia. La Sentencia entre otras cosas dice: *Así, tras la reforma operada en el artículo 92 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el ejercicio compartido de la función analizada requiere, en orden a su posible sanción judicial, además de la concurrencia de otros requisitos, el acuerdo de ambos padres. Cierto es que el apartado número 8 de dicho precepto contempla, si bien de modo excepcional, la posibilidad de que los tribunales acuerden un sistema de guarda compartida a petición de una sola de las partes, pero ello requiere la constatación de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, siempre que, además, exista informe favorable del Ministerio Fiscal. No son éstos precisamente los condicionantes que en el caso concurren, pues ni existe una coincidente petición al respecto, ni el abierto enfrentamiento de las partes constituye el entorno adecuado para las instauración de un sistema asentado necesariamente en criterios de flexibilidad, ni, en último término, el Ministerio Público ha apoyado la pretensión al respecto articulada, solicitando, por el contrario y en el trámite del artículo 461 de la repetida Ley rituaria, la confirmación de la sentencia de instancia.*

[1462] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2006, Sección 22, Ponente: Eladio Galán Cáceres (SP/SENT/92802), analiza un supuesto en el que el padre pide en un procedimiento contencioso una custodia compartida. En Primera Instancia el Juzgado atribuye la guarda y custodia a la madre y la Audiencia Provincial mantiene la custodia exclusiva. Esta Sentencia explica como: *La guarda y custodia compartida, en los términos que se interesa por la parte recurrente, es posible admitirla, no solamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, reformado por la Ley 15/2005, 8 de julio, por cuanto que ya se trata de una posibilidad legal expresamente reconocida, sino por que, ya con anterioridad, la doctrina de la jurisprudencia admiten tal opción, una vez acreditadas las circunstancias personales y familiares idóneas en orden a la completa protección de los intereses de los hijos menores, cuestión fundamental que debe primar por encima de las legítimas pretensiones que en este apartado mantengan los progenitores, y ello en razón a lo dispuesto en el precepto antes indicado en relación con los artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica de el Menor, de 15 de enero de 1996.* Para rechazar la custodia compartida la motivación de la Sentencia se centra en el informe del equipo psicosocial, que no detecta indicadores para un cambio de guarda y custodia, y además en la incapacidad actual de los progenitores para comunicarse sin conflictividad. Sin embargo nada menciona sobre el informe favorable del Ministerio Fiscal.

[1463] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Pedro Antonio Pérez García (SP/SENT/77297), resuelve un recurso de apelación a una Sentencia que había acordado la guarda y custodia compartida en primera instancia y dice sobre este punto: *Respecto de la custodia compartida, aún cuando no estuviera en vigor en la fecha de ocurrir los hechos enjuiciados, es necesario recordar que la nueva 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 establece de modo expreso dicha medida, pero abunda en dos notas caracterizadoras, por un lado, su carácter en cierto modo excepcional, y, por otro lado, la necesidad de que así haya sido pedida por ambos padres --sí, artículo 92, 5 y 8--, y no puede ser de otro modo, pues dicha medida siempre debe acordarse en beneficio de los hijos en virtud del principio "Favor filii", y el cambio reiterado de un domicilio a otro, sin causa precisa que de esta manera lo justifique, puede alterar perjudicialmente la normalidad de su vida sometiéndole a un cambio incesante de domicilio y también de hábitos de vida. En el caso, aún cuando criterio sólo orientador, aquellos requisitos no concurren, pues ni los padres han solicitado esa custodia compartida, ni se justifica su aplicación, más aún si se considera que todos ellos viven en una ciudad más bien pequeña, y las visitas pueden realizarse con una cierta facilidad. Por ello, atendiendo al informe que fue emitido por la Sra. Sicóloga adscrita a los Juzgados --Folio 135: "Se encuentra (la niña) muy unida a ambos progenitores, si bien se muestra más identificada con la figura materna, siendo ésta su referente afectivo más fuerte..."-- parece recomendable atribuir a la madre la guarda y custodia de la menor, pero estableciendo un amplio régimen de visitas a favor del padre, como puede ser el referido en el Auto dictado de medidas provisionales, párrafos a) y b) del punto 2º (folio 44), que en definitiva no ha de suponer grave perjuicio para el padre, que podrá estar con su hija con cierta asiduidad.".*

[1464] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de marzo de 2006, Sección 6, Ponente: José Ramón Sánchez Herrero (SP/SENT/87483), se resuelve un asunto en el que propone el padre un régimen de custodia compartida, esgrimiendo su peculiar calendario laboral y su propuesta para el reparto del tiempo de la custodia. La Audiencia considera que más que tratar de que el interés del menor prime, se ha tratado de ajustar, en atención al horario laboral del padre, las estancias del menor con éste. Por tanto la Sentencia, reseñando la preponderancia del interés del menor sobre el resto de cuestiones y dada su corta edad, expone que debe acordarse un régimen estable que le ofrezca cierta seguridad. Considera la Audiencia que no se ha probado que el régimen propuesto vaya a repercutir favorablemente al menor, o cuando menos que va a ser semejante al del marco fijo estipulado por la Sentencia.

[1465] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de octubre de 2005, Sección 2ª, Ponente: Pedro Javier Altares Medina (SP/SENT/77601), resuelve un supuesto en el que se solicitaba la guarda y custodia compartida por el padre. La Sentencia argumenta que el cambio de domicilio de las menores no

3.2.- Sentencias estimatorias de la guarda y custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005

Tal y como he aludido, pese a que aún siguen siendo poco numerosas las sentencias que acuerdan la custodia compartida en comparación con las que acuerdan la exclusiva, progresivamente va aumentando el número de custodias compartidas que se otorgan, y a mi juicio, este es un proceso imparable hacia una presencia, sino mayoritaria, similar de la custodia compartida y de la exclusiva[1467].

Entre las sentencias que acuerdan la custodia compartida posteriores a la Ley 15/2005 se encuentran: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 8 de noviembre de 2005[1468], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de

es beneficioso. Que las menores deberían quedarse en la vivienda familiar y ser los padres quienes entraran y salieran de la misma. Dice textualmente: *Aunque el régimen de guarda y custodia compartida es una figura de surgimiento reciente, y que ha quedado configurada con la máxima amplitud en la previsión que de ella se ha hecho en el Derecho positivo en el art. 92 del Código Civil (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 15/05, de 8 de julio), no parece dudoso que el régimen más adecuado de guarda y custodia compartida es aquel en el que los hijos menores permanecen en todo momento residiendo en el domicilio familiar, y son los progenitores los que se turnan en la estancia en el mismo.*

[1466] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de marzo de 2006, Sección 6, Ponente: Soledad Jurado Rodríguez (SP/SENT/85361), analiza un supuesto de petición de guarda y custodia compartida por uno sólo de los progenitores, el padre, y se apela a la no existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal y a la falta de acreditación de que dicha medida sea la más adecuada para el interés del menor, dado que del interrogatorio de las partes y del informe pericial se observa que es más beneficioso para los menores la custodia exclusiva a favor de la madre.

[1467] En el año 2007, SANTANA PÁEZ, Emelina en HIJAS y otros, *Los procesos de familia...*, *op.cit.*, pág. 755 – 756, explica su experiencia sobre las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, y hasta el año 2007: *Desde mi experiencia, en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley, han aumentado los procedimientos en los que así se pacta, pero no de forma tan significativa como pudiera parecer. Sin embargo, sí se aprecia un notable incremento de las solicitudes en procesos contenciosos de custodia compartida, normalmente por un progenitor, frente al otro, que la rechaza. La respuesta de los Juzgados esta siendo, en general, favorable a la homologación de los acuerdos alcanzados por los progenitores en este sentido. Pero, uno de los logros de la Ley 15/2005 ha sido el efecto propagandístico, que sin duda beneficiara el ejercicio responsable de la paternidad, y contribuirá a erradicar el ejercicio abusivo de la custodia.*

[1468] Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 8 de noviembre de 2005, Sección 1ª, Ponente: Eduardo Salinas Verdeguer (SP/SENT/79692): Se aprueba en primera instancia un convenio regulador, excepto en los puntos 2 y 3 referentes a la guarda y custodia compartida. La Audiencia revoca la Sentencia y aprueba el convenio regulador íntegro, dada cuenta de que tras la Ley 15/2005 se prevé la guarda y custodia compartida y no existe prueba que evidencia causa alguna para excluir la custodia compartida. Argumenta en su Fundamento de Derecho Segundo: *Si bien en el momento en que se dictó sentencia no estaba prevista legalmente la custodia compartida de los hijos, en la actualidad se prevé en el artículo 92.5 del Código Civil (tras su modificación por la ley 15/2005, de 8 julio), que dice "se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...", mientras que, en el número 7 del mismo precepto, se enumeran las causas que impiden la custodia compartida. En el supuesto enjuiciado no se practicado prueba que evidencie una causa para excluir la custodia compartida y sólo la opinión de una hija (que prefiere vivir con la madre, pero que no*

Mallorca de 22 de enero de 2010[1469], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009[1470] y de 9 de noviembre de 2009[1471], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008[1472], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009[1473] y de Cantabria de 3 de

consta haga algún reproche al padre) es insuficiente para impedir lo solicitado por ambos padres, tanto en la primera instancia como en esta apelación.

[1469] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010), analiza un supuesto en el que la madre solicitaba la custodia exclusiva, y el padre y el Ministerio Fiscal solicitaban la compartida. En medidas provisionales se fijó por el Juzgado la guarda y custodia compartida. En el pleito principal se confirma la guarda y custodia compartida por periodos semanales, atendiendo a la idoneidad de ambos progenitores para ostentar la custodia, a la positiva aplicación práctica desde las medidas provisionales, y a los acuerdos que los progenitores han podido llegar durante este tiempo de aplicación.

[1470] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009), se revoca la Sentencia de instancia en la que se recogía la custodia exclusiva materna y se fija una custodia compartida. Alude para revocar la custodia exclusiva a que entiende la Audiencia (recoge expresamente "y este es el criterio de esta Sección 9"), al igual que se expone en la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, que *(...) los beneficios del régimen de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias favorables, son muy superiores a los eventuales inconvenientes (...)*, reseñando los beneficios a continuación. Asimismo en el caso no existen discrepancias relevantes entre los progenitores, y ambos están completamente involucrados en el cuidado y atención de la hija menor y ésta tiene fuertes lazos afectivos con ambos. El Ministerio Fiscal informa favorablemente. Alude por último a que una de las razones fundamentales para otorgar la custodia compartida es el compromiso del padre de que fijaría su domicilio en Elche, por tanto, la custodia compartida se otorga en función de que el padre fije su residencia en la aludida ciudad, pudiendo la otra parte sino no se cumple el requisito, incoar la modificación de medidas correspondiente.

[1471] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche dictó Sentencia el 2 de marzo de 2009 en la que acordaba la guarda y custodia compartida. La Audiencia Provincial confirma la medida, y fundamenta su resolución en que los beneficios, tal y como se postulan también otras Audiencias Provinciales, de la custodia compartida cuando concurren circunstancias favorables son muy superiores a los inconvenientes. En este supuesto ambos están capacitados para asumir la guarda y custodia, y por tanto la presencia de ambos progenitores supone defender mejor el derecho a un desarrollo integral de la personalidad del menor, concluyendo que la máxima protección del interés del menor sólo se obtiene de esta forma. Existe informe favorable del Ministerio Fiscal y el informe psicológico también se postula a favor de la custodia compartida.

[1472] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valencia, en Sentencia de 21 de febrero de 2008, acordó fijar una custodia compartida y la Audiencia consideró que no debía revocarse la medida. Tras el recurso de apelación, la Audiencia desestima el mismo en relación con la custodia compartida atendiendo a que la menor tiene 13 años, ambos progenitores están capacitados para asumir la custodia, el informe psicosocial considera conveniente la custodia compartida, sin que se vislumbre del informe que dicha medida pueda perjudicar de modo negativo a la menor.

[1473] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas contenciosa de un procedimiento tramitado de mutuo acuerdo, en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Torrelavega, en Sentencia de 26 de mayo de 2008, modifica la custodia exclusiva existente por una custodia compartida. Tras recurso de apelación de la madre para que no se modifique la medida y se mantenga la custodia unilateral a su favor anteriormente existente, la Audiencia resuelve desestimando el recurso. La Audiencia considera que el interés de la menor implica facilitar a ésta la relación con ambos progenitores de la manera más intensa y frecuente. El Juez de primera instancia ha acordado la custodia compartida atendiendo al informe psicosocial y a la audiencia de la menor, y sin embargo la parte apelante no señala medio de prueba alguno que acredite objetivamente que dicha medida es perjudicial para la hija de ambos.

abril de 2007[1474], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007[1475], la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008[1476], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2009[1477], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009[1478], la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008[1479], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de

[1474] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007): El Juzgado de Primera Instancia número tres de Torrelavega dictó Sentencia con fecha 1 de junio de 2006 en la que acordaba la guarda y custodia compartida. La madre recurre en apelación solicitando se fije la custodia exclusiva a su favor y la Audiencia desestima el recurso en base a los siguientes argumentos: Ambos progenitores no discuten la respectiva capacidad de asumir la custodia, la petición intempestiva de la custodia compartida no es un argumento relevante, la exploración de la menor se tiene por resuelta al haber sido conocida su opinión a través del equipo psicosocial, y finalmente en que si ambos están capacitados la Audiencia considera que *(...) mejor defendido estará su derecho a un desarrollo integral de su personalidad si pueden los niños contar razonablemente con la presencia por igual de sus progenitores. Desde esta óptica se concluye que la máxima protección del superior interés de los menores, sólo puede obtenerse de esta forma.*

[1475] La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007), establece una guarda y custodia compartida por semanas alternas, tras considerar los beneficios e inconvenientes de la custodia compartida, justificando la medida en la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. Respecto de la prueba practicada en el procedimiento, atendiendo principalmente al informe psicosocial y al interrogatorio de las partes, resulta de su valoración conjunta que la custodia compartida es el sistema más beneficioso para los menores, dado que ambos progenitores se han implicado en el cuidado de las hijas, las viviendas están cercanas, y las menores han expresado el deseo de pasar más tiempo con el padre.

[1476] En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008), se aprueba un acuerdo, excepto en la pensión alimenticia, que alcanzaron los cónyuges en la vista, y en el que se establecía una custodia compartida por semestres.

[1477] Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2009, Sección 6ª, Ponente: Doña María de la Soledad Jurado Rodríguez (EUDER 302700/2009): Se trata de un procedimiento de modificación de medidas que incoa el padre, y en primera instancia se fija una custodia compartida por semanas alternas de viernes a viernes, y la Audiencia desestima el recurso de apelación. La Audiencia basa la desestimación en que de mutuo acuerdo ambos cónyuges acordaron la modificación de la custodia exclusiva por una compartida, siendo esta circunstancia demostrativa de que ambos consideraban beneficioso dicho cambio para las menores. Considera la Audiencia que no es un supuesto de modificación de medidas contencioso en el que se acuerda la custodia compartida de conformidad con el artículo 92.8 CC, sino que más bien se trata de refrendar judicialmente la custodia compartida acordada de forma consensual por las partes. Añade la estabilidad emocional de las menores que se acredita con su exploración, y que para fijar la custodia compartida no es exigible imperativamente la existencia de entendimiento o buenas relaciones entre los progenitores, sobre todo si *(...) los desacuerdos entre los progenitores los plantea y provoca el que se opone a la medida como forma de evitar ésta (...)*

[1478] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009): El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 14 de abril del 2008 fijando una guarda y custodia compartida. Tras recurso de apelación para revocar la misma, la Audiencia mantiene la medida aludiendo a que la visión parcial de la apelante de la prueba pericial no sirve para revocar la Sentencia, dado que la custodia compartida en este supuesto se basa en el informe psicosocial, en el que se observa la capacitación y deseo de ambos para ejercer la custodia, y que la menor esta interesada en ambos progenitores, existiendo informe favorable del Ministerio Fiscal.

[1479] Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ferrol, en Sentencia de fecha 23 de octubre de 2006, estimo la demanda interpuesta por el padre y acordó una guarda y custodia compartida. Contra dicha resolución se interponen por ambas partes recurso de apelación. En el de la madre se discute la custodia compartida entre otras cuestiones, y en el del padre se

2009[1480] y de Baleares de 16 de junio de 2009[1481], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009[1482], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008[1483] y de Córdoba de 23 de enero de 2009[1484], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006[1485],

discute la pensión alimenticia. La Audiencia no revoca la custodia compartida acordada por el Juzgado de Primera Instancia sobre la base de los siguientes argumentos: La proximidad de domicilios del padre y de la madre, la edad de la hija (14 años a fecha de Sentencia de la Audiencia), su voluntad manifestada, el amplio régimen de visitas anterior del padre con la hija, y que no existen discrepancias que impidan la fijación de la custodia compartida dado que con anterioridad no se ha producido ningún problema en las visitas diarias de padre e hija.

[1480] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009): El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 17 de octubre de 2008 en la que acordó la custodia compartida, y la Audiencia mantuvo la medida. La Audiencia motiva su fallo en que ambos progenitores cuidan a los niños, sintiéndose éstos queridos y cuidados por ambos, manteniendo con los dos un buen vínculo afectivo. No se ha acreditado que exista una conflictividad absoluta entre los progenitores, observándose que han logrado acuerdos. Existe una proximidad de los domicilios y horarios laborales que permiten la custodia. La Audiencia alude a que la dedicación, de mucho o poco tiempo, anterior a la separación del padre a sus hijos, no puede ser un factor determinante para otorgar la custodia compartida, dado que desde el inicio del procedimiento viene ocupándose de las menores, concluyendo que la custodia compartida en este caso produce grandes beneficios a las niñas.

[1481] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 184951/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca, en Sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008, acuerda una guarda y custodia compartida. Se recurre en apelación y la Audiencia no revoca la Sentencia. La Sentencia de la Audiencia alude a que en este caso se cumplen las exigencias de instancia de parte, dado que es solicitada por la madre, y existe informe favorable del Ministerio Fiscal, y desde la separación de hecho y las medidas provisionales se ha cumplido con un régimen de visitas muy amplio que *de facto* suponía una custodia compartida y ha funcionado correctamente. Por tanto concluye *(...) el formal otorgamiento de la guarda y custodia compartida no es sino un continuismo en el devenir de la guarda y custodia aplicada "de facto" en la relación familiar que nos ocupa.*

[1482] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 186690/2009): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona acuerda una custodia compartida y la Audiencia confirma la medida. En el recurso de apelación se invoca la nulidad por una serie de motivos que son desestimados por la Audiencia, dada cuenta que los mismos no fueron alegados oportunamente en primera instancia de conformidad con el artículo 459 LEC. Tampoco se admite por la Audiencia la falta de motivación de la Sentencia argüida por el apelante. Y respecto de la custodia compartida se basa en las maduras razones expuestas por la menor y sus manifestaciones respecto a la situación en la que se encuentra, considerando la Audiencia intrascendente la prueba practicada en primera instancia dado que se refiere a hechos alejados en el tiempo y sin influencia en la actualidad, siendo el régimen establecido idóneo.

[1483] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008): El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba fijó una custodia compartida en Sentencia de fecha 14 de mayo de 2008, y la Audiencia confirmó la medida. La Audiencia Provincial fundamenta su Sentencia en el informe psicosocial, que recomienda la guarda y custodia compartida, en la exploración de los menores que se pronuncian expresamente a favor de la medida, y en la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

[1484] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009): En Sentencia de 24 de septiembre de 2008, el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Córdoba acuerda la guarda y custodia compartida. La Audiencia Provincial tras recurso de apelación de la madre mantiene la medida. Los argumentos de la Audiencia para desestimar el recurso son: Que sí se ha documentado la exploración de los menores (la madre sostenía que no, y esgrimía que le había causado indefensión). El segundo argumento de la recurrente se refería a que la juzgadora había aportado tardíamente el informe técnico en el que se concluye que los menores prefieren estar con la madre; la Sala no considera la prueba ante *(...) el evidente riesgo de la influencia de ésta en el ánimo de los niños una vez conocida su opinión sobre el particular (...).*

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009[1486], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008[1487], la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011[1488], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de Septiembre de 2010[1489].

4.- Sentencias sobre guarda y custodia compartida dictadas por el Tribunal Supremo posteriores a la Ley 15/2005

1º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009[1490]:

[1485] Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 225809/2006): La Sentencia de fecha 24 de febrero de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Getxo, acuerda una custodia compartida en el proceso de divorcio por periodos semanales (en el proceso de separación se había acordado la custodia compartida de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador). Recurre la madre, no discutiendo la custodia compartida, sino para modificar dichos periodos semanales por otros más breves y la Audiencia desestima el recurso.

[1486] Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009): El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada en Sentencia de 24 de febrero de 2009 establece un sistema de custodia compartida. Existe recurso de apelación, pero en éste no se discute la guarda y custodia compartida.

[1487] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (EUDER 189588/2008): El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria dictó Sentencia acordando la custodia compartida. El recurso de apelación que resuelve la Audiencia se refiere a la pensión alimenticia, ninguna de las partes recurre la medida de la guarda y custodia compartida.

[1488] En la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), resuelve un caso en el que existen cuatro hijos, y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida. El Juzgado considera que la guarda y custodia compartida es el modelo mejor atendiendo a las circunstancias familiares concurrentes. Los motivos que recoge la Sentencia aluden a la estabilidad de la familia en Sevilla, ambos cónyuges trabajan con horarios similares, y a que el padre se ha dedicado al cuidado de los hijos cubriendo a la madre. En definitiva el Juzgado concluye que ambos progenitores se complementan en el cuidado, educación, manutención y cobertura de las necesidades de los hijos, añadiendo que los hijos son ya adolescentes por lo que tienen cierta autonomía. Asimismo, los hijos manifestaron ante el equipo psicosocial que creían que lo mejor sería una custodia compartida; el propio informe psicosocial concluye que se dan las circunstancias favorables para establecer una custodia compartida, y la madre ante el equipo psicosocial expresó que hubiera sido beneficioso para los hijos fijar dicha medida, postura incongruente con su oposición a dicha forma de custodia en la vista. Por último el Ministerio Fiscal informó favorablemente.

[1489] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de Septiembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Doña Arabela Carmen García Espina (SP/SENT/524879): En primera instancia se acuerda la guarda y custodia compartida del hijo incapacitado. Recurre la madre en apelación solicitando se fije la custodia exclusiva a su favor. En el caso que se enjuicia, el hijo del matrimonio tiene 22 años y se encuentra incapacitado totalmente, habiendo sido rehabilitada en la Sentencia de incapacitación la patria potestad a ambos progenitores. Se encuentra en un Centro internado en Burgos, saliendo de dicho centro un fin de semana al mes, un mes en vacaciones de verano y vacaciones de Navidad. En consecuencia la Audiencia resuelve desestimando respecto de esta medida el recurso de apelación y confirmando la custodia compartida acordada por el Juez *a quo*, dado que: El hijo se encuentra atendido y cuidado desde hace 6 años en la institución en la que está internado, repartiéndose los progenitores al 50% los días que sale de dicho centro, el equipo psicosocial y los profesionales de la institución donde esta internado consideran que los más beneficioso para el hijo es la custodia compartida, dado que así mantiene tanto su referente materno como paterno, así como una relación continuada con el entorno de ambos progenitores.

[1490] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009).

- Primera Instancia: En la demanda se solicita por el padre que la custodia de la menor se otorgue a su favor. En la contestación a la demanda, la madre solicita se le atribuya a ella la guarda y custodia. Con fecha 29 de septiembre de 2004, el Juzgado de Primera Instancia nº 76 de Madrid dicta Sentencia en la que acuerda atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre, sin embargo fija el siguiente régimen de visitas: *(...) fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana dejando a la hija en el colegio, así como martes y jueves desde la salida del colegio hasta la mañana siguiente que igualmente deberá dejara la hija en el colegio.* Y asimismo las vacaciones por mitad.

Es decir, en realidad el Juzgado de Primera Instancia estaba fijando *de facto* una custodia compartida, dado que con el régimen de visitas que acordaba, en el que además de los fines de semana alternos y las vacaciones por mitad, fijaba dos pernoctas intersemanales (los lunes y miércoles dormía en la vivienda familiar con la madre, pero los martes y los jueves dormía con el padre en el domicilio de éste), ambos progenitores pasaban con el menor rigurosamente el 50% del tiempo. En este sentido es interesante, tal y como se recoge en los fundamentos de derecho de la STS que nos ocupa, en los antecedentes de la Sentencia, los argumentos que tenía en cuenta el Juzgado de Primera Instancia para fijar ese régimen de visitas: *(...) las nuevas orientaciones legislativas hacia la instauración de un régimen de guarda y custodia compartida y, tomando como consideración inicial, que con ello se trata de concienciar a los padres de que la crisis matrimonial ha de afectar en la menor medida posible a los hijos menores (...).*

- Segunda Instancia: Recurre la madre la Sentencia, y la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid resuelve la apelación mediante Sentencia de 20 de octubre de 2005, que estima parcialmente el recurso y revoca la Sentencia de instancia, acordando que *(...) las visitas inter semanales de martes y jueves tengan lugar desde la salida del colegio hasta las 20 h. en que el padre llevará a la menor al domicilio familiar (...),* confirmando el resto de pronunciamientos. En los antecedentes recogidos en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia que nos ocupa, se recogen los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Madrid para estimar el recurso de apelación que fueron: *La pernocta de dos días inter semanales viene a suponer una custodia compartida, no acordada por los progenitores ni tampoco aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado (...).*

- Recurso de casación:

Recurre el padre en casación, articulando el mismo en los siguientes motivos:

Primero: Por infracción del art. 2 de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor .

Segundo: Por infracción de los artículos 94 y 91 del Código Civil .

Tercero: Por infracción del art. 92 del Código Civil .

El Tribunal Supremo no admite el primer motivo. Alude a que en este motivo el recurrente esgrime que no se ha primado el interés del menor, pero no recoge las razones que sustentan tal afirmación.

Respecto del interés del menor expone la Sentencia: *Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor . (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).*

El motivo segundo también se desestima.

El tercer motivo, alude a la infracción del artículo 92 tras la reforma de la Ley 15/2005. Se desestima por el Tribunal Supremo el motivo, y lo fundamenta del siguiente modo: *La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a (...) la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe*

completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

En este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92 , vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005

Conclusiones:

- Parece que el interés del menor es el principio guía y superior para el TS respecto de la decisión a tomar sobre la guarda y custodia; dice la STS: *(...) la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores (...).*

- Alude a la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida: *En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8 (...).* Es decir, parece que el Tribunal Supremo sostiene que es requisito imprescindible no sólo el informe del Ministerio Fiscal, sino también que éste sea favorable.

- Parece que se posiciona en favor de una audiencia del menor imperativa cuando tenga suficiente juicio: *(...) se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio (...).*

- Respecto a la exigencia de instancia de parte del artículo 92.8 CC, parece que no considera necesario dicho requisito para que el Juzgado pueda acordar la custodia compartida: *Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv.* Y en el párrafo siguiente continúa: *En este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92 , vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés.*

- También parece que nuestro Tribunal Supremo interpreta el "requisito" recogido en el 92.8 CC de que *(...) sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (...)* de forma no literal sino flexible, dice: *La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8).* Es decir, alude a que se puede acordar la custodia compartida solicitado por uno sólo de los cónyuges cuando se acuerde para proteger el interés del menor "de forma más eficaz (párrafo 8)", no dice que pueda acordarse cuando se acredite que la custodia compartida sea la única forma posible de proteger el interés del menor, sino que alude a la forma más eficaz o más beneficiosa para los menores. A mayor abundamiento, continúa dicho párrafo numerando todos los requisitos y cuestiones a tener en cuenta a fin de acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos y nada más dice respecto de la expresión *(...) sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.* Más adelante dice también: *(...) de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés.* Insiste en que el Tribunal (en este caso se refiere a acordar la custodia compartida de oficio) puede acordarla *(...) si ello hubiera beneficiado dicho interés (...),* no si esa es la única forma de proteger dicho interés.

2.- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009[1491]:

- Primera instancia: En medidas provisionales se dictó Auto en el que se acordaba una guarda y custodia compartida por periodos semanales. Posteriormente en la demanda de medidas paternofiliales la madre solicita la atribución de la guarda y custodia exclusiva de los tres hijos a su favor. En la contestación a la demanda, el padre solicita se establezca con carácter definitivo la custodia compartida fijada en las medidas provisionales. Dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante, Sentencia el 15 de noviembre de 2005, en la que acordó una guarda y custodia compartida por periodos semanales de los tres hijos comunes, fundamentando su decisión, en argumentos de derecho comparado, en el interés del menor, y en que en los procedimientos contenciosos también puede acordarse la custodia compartida en aras de favorecer la necesaria relación del menor con ambos progenitores.

- Segunda instancia: La madre interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia el 8 de mayo de 2006, mediante la que revocaba la de primera instancia y modificaba la custodia compartida por una exclusiva a favor de la madre[1492].

[1491] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 192180/2009).

[1492] Sustentaba la Audiencia Provincial el fallo en los siguientes argumentos: *(...) no procede en el caso presente, acceder o tener por conveniente el sistema de custodia compartida al que se llega en la sentencia, y no lo es porque si bien en el momento de presentación de la demanda existían unas circunstancias que podrían favorecer su establecimiento, no existieron en el transcurso del pleito, y tampoco ahora en la fecha actual. La actora (...) expuso que su domicilio familiar podía serlo el de Alicante (...), donde permanecería con sus hijos menores, y sin embargo con posterioridad, y así se desprende del* auto dictado en las medidas provisionales, en 9 de junio de 2005, *en el mismo se indica que la pareja se trasladaría en julio a Bruselas, por razón de incorporarse al trabajo la madre, siendo que en la actualidad ambos deben residir en la citada localidad, y que incluso, como así se desprende del escrito de interposición del recurso, se desconoce el domicilio de ambos, la proximidad entre ellos, etc. lo que hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales. Precisamente no es esto lo que puede proteger mejor el interés de los menores, como dice el* artículo 92 CC, *sino todo lo contrario, no dándose, a falta de acuerdo de los progenitores, las circunstancias idóneas para que el juez pueda acordar dicha custodia compartida aun a pesar del criterio contrario de la madre.*

- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación: El padre interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, el Ministerio Fiscal recurso de casación por interés casacional, contra la sentencia de apelación.

Los motivos fueron:

"Recurso Extraordinario por Infracción Procesal:

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º de la LEC de 2000, Infracción de los artículos 469.1.2º, en relación con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477. 2.3º de la LEC de 2000, por infracción del artículo 218. 2 de la LEC, en relación con el artículo 469.1.2º.

Tercero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477. 2.3º de la LEC de 2000, infracción del artículo 469.1.3º de la LEC, y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Recurso de Casación:

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2.3º de la LEC de 2000, sobre jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2.3º de la LEC de 2000, infracción del artículo 92 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

La Sala admitió los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el padre. El Ministerio Fiscal solicitó el desistimiento de su recurso, y se le tuvo por desistido.

La Sala comienza examinando el motivo segundo de recurso extraordinario por infracción procesal y estima el mismo. Considera la STS que incurría la Sentencia recurrida en falta de motivación, lo que conlleva la anulación de la Sentencia. Efectúa un análisis de interés: *Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.*

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Códi de Familia de Catalunya).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por

tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia.

Dado que el Juzgado estima el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, no entra a examinar los otros dos motivos, ni procede examinar el recurso de casación.

En el fallo de la STS estima el recurso extraordinario por infracción procesal y en consecuencia anula la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones de segunda instancia al momento anterior al dictado de la sentencia, a fin de que vuelva a dictarse una nueva que argumente sobre la guarda y custodia compartida en base al interés del menor.

Conclusiones:

- Respecto del interés del menor: La STS alude a que en materia de guarda y custodia compartida *(...) el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor*. Habla de "obliga al juez", y de "siempre" en interés del menor. Es decir, refrenda que el interés del menor es el principio guía para resolver sobre guarda y custodia.

- Dentro de los criterios recogidos como relevantes y a tener en cuenta se recoge *(...) el resultado de los informes exigidos legalmente (...)*, por tanto, parece claro que el informe favorable del Ministerio Fiscal es necesario, según el TS, para acordar la custodia compartida.

- Respecto de criterios para acordar o no la custodia compartida, explica la STS: *A diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe en nuestro Código Civil una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.* Sin embargo, el TS da una importancia capital a fundamentar en "criterios fiables" el acordar o no la custodia compartida, porque justamente estima el recurso en base a la no argumentación en criterio fiable alguno. Y enumera los criterios relevantes: *Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la*

práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

3º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010[1493]:

- Primera Instancia: La madre interpuso demanda de divorcio en la que solicitaba se fijara como medidas definitivas, las acordadas en el Auto de medidas provisionales. El padre contesta la demanda y solicita se le otorgue en exclusiva la guarda y custodia a él. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Sebastián de La Gomera dictó Sentencia en la que atribuía la custodia exclusiva de ambos hijos a la madre.

- Segunda Instancia: El padre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 2 de julio de 2007, desestimo el recurso.

- Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación: El padre interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y la Sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal.

Fundamenta la Sala, tras explicar los argumentos del recurso, la estimación del mismo en: *Esta apreciación es errónea porque a) el convenio que rigió las relaciones entre los padres desde las medidas provisionales no se convierte en definitivo en el procedimiento de divorcio, donde deben reconsiderarse las medidas tomadas, b) no es cierta la convivencia de los hijos con la madre en Sta. Cruz de Tenerife. Siendo estas las razones para no entrar a examinar si era más conveniente otro régimen de custodia, debe estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el*

[1493] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5293/2010).

recurrente D. Anton. Y completa el argumento en el fundamento de derecho cuarto recogiendo textualmente parte de la fundamentación de la STS de 8 de octubre de 2009 (la anterior Sentencia analizada), en concreto la referente a los distintos criterios que se utilizan, y finalizando con la siguiente frase: *Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.*

Conclusiones:

- Parece que TS pretende "ordenar" o "situar" la relevancia o la consecuencia en el pleito principal de las medidas provisionales. La STS afirma como las medidas provisionales "deben reconsiderarse" en el procedimiento de divorcio.

- Esta STS confirma lo planteado en la anterior STS de 8 de octubre de 2009 respecto de los criterios a tener en cuenta para fijar o no una custodia compartida. De hecho la STS que nos ocupa se postula en términos imperativos: *Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.* Por tanto parece que es obligado según el TS acudir, para estimar o no la custodia compartida, a estos criterios.

4º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010[1494]:

- Primera Instancia: El padre interpuso demanda de divorcio contra la madre, recayendo la misma en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, y en el suplico de la misma solicitaba que se otorgara a su favor la guarda y custodia exclusiva de los dos menores, dado que éstos permanecían con él en el domicilio familiar, medida de hecho acordada de mutuo acuerdo entre ambos progenitores. Sin embargo, en el resumen de los hechos probados de los fundamentos de derecho de la Sentencia que nos ocupa, se explica como la convivencia de hecho del padre con los menores se debía a que al abandonar la madre la vivienda familiar por desavenencias con el marido, los hijos quedaron en compañía del padre. La madre se marchó del domicilio dado que éste era propiedad de los padres del marido y no era conveniente que los menores se marcharan de su entorno familiar. Pese a haberse marchado de la vivienda, la madre

[1494] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5294/2010).

acudía diariamente a la misma a levantar, dar el desayuno y acompañar al colegio a los menores.

La madre contestó a la demanda y solicitó la custodia exclusiva a su favor, y subsidiariamente la guarda y custodia compartida, que planteaba se llevara a cabo permaneciendo los menores con el padre desde el lunes a la salida del colegio al jueves hasta las 20:00 horas en que los recogería su madre y estarían en su compañía hasta el lunes que los llevará al Colegio.

Tanto el equipo psicosocial como el Ministerio Fiscal informaron favorablemente respecto de la fijación de la guarda y custodia compartida.

El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 19 de abril de 2007, en la que fijó una custodia compartida por trimestres escolares, argumentando como *(...) aun separados, ambos continúan con las atenciones debidas a los hijos (...)*, y por tanto, privarles de esta atención de los dos progenitores sería perjudicial para éstos, mostrando ambos progenitores idéntico interés en cuidar a los menores.

- Segunda instancia: Recurrió en apelación el padre insistiendo en que se fijara la custodia exclusiva a su favor, y la madre vía de la impugnación solicitó la exclusiva de forma subsidiaria. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 2 de noviembre de 2007, estimó parcialmente ambos recursos, y revocó la Sentencia de primera instancia otorgando la custodia de los menores al padre[1495].

[1495] La Audiencia Provincial para revocar la Sentencia de instancia y fijar la custodia exclusiva paterna, argumentó, tal y como se recoge en el "Resumen de los hechos probados" de los fundamentos de serecho de la Sentencia que nos ocupa, partiendo de que la solución al conflicto debía basarse en el interés de los menores, lo siguiente: *a) el padre había venido ejerciendo la guarda y custodia de facto; b) la guarda y custodia compartida es una medida excepcional "que solo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo personal, emocional y afectivo" de los menores, sin producir desequilibrios; c) no se observan especiales ventajas en el caso litigioso, sino al contrario y ello con independencia del sistema de reparto temporal que se acuerde; d) la atribución trimestral "implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional" , lo que se vería afectado si los cambios tuviesen lugar semanalmente; e) sin que ello signifique una descalificación de la madre, abandonó el domicilio, dejando a los hijos al cuidado del padre y así continuó durante un año y medio, sin haber promovido durante este tiempo que se le otorgara la guarda y custodia, por lo que los menores se han acostumbrado a la situación, y f) el tribunal no comparte el análisis efectuado por el informe psico-social, por las evidencias que existen de que la presunta actitud del padre en contra de la madre no ha tenido ninguna consecuencia en la conducta de los hijos.".*

- Recurso de casación: La madre anunció recurso de casación, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º LEC 2000 , por infracción del artículo 92.8 del Código Civil .

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º LEC 2000 , por infracción del artículo 218 de la LEC, concretamente el número 2 de dicho artículo.

La Sala no admite el recurso de casación respecto al motivo segundo, referente a la infracción del artículo 218 de la LEC, pero sí lo admite en relación con el primero de los motivos, referente a la infracción del art. 92.8 del CC, y de hecho estima el motivo.

Nuevamente se cita la STS de la misma Sala y ponente, de 8 de octubre de 2009, en el argumento de la Sentencia para estimar el motivo: *Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 , "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven", criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.*

En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se

ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable.

En consecuencia, el Fallo de la Sentencia estima el recurso de casación, casa y anula la Sentencia recurrida, y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo el 19 de abril de 2007, restituyendo la custodia compartida por trimestres escolares.

Conclusiones:

- Definitivamente, los criterios recogidos por la Sentencia de 8 de octubre de 2009, pese a no ser en modo alguno "numerus clausus", ciertamente son relevantes, tal y como se vuelve a reiterar en la presente Sentencia: *(...) criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar.* Nuevamente vuelve a pronunciarse el TS en términos imperativos: *(...) son los que deben tenerse en cuenta (...).*

En realidad el Supremo está delimitando los argumentos o criterios que pueden utilizarse para hablar de interés del menor, considerando unos "válidos" y otros no, lo que supone "cercar" unos motivos no tasados, pero que influyen en que para argüir otros, requiere de que tengan honda enjundia.

- El TS en esta Sentencia parece que no permite la utilización de la irresoluble "deslocalización" de los niños, es decir el que éstos acudan a una y otra vivienda de sus progenitores, como criterio para desestimar la custodia compartida; dice la STS: *No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda (...).*

- Y parece que relativizaría la situación fáctica acaecida durante la separación de hecho; dice textualmente que no puede admitirse como criterio para resolver el conflicto *(...) la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar (...).*

5º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010[1496]:

- Primera Instancia: El padre interpone demanda de divorcio y de modificación de medidas que se tramitó por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia, y en la que solicita se acuerde la guarda y custodia compartida del hijo menor. La madre contesta a la demanda y se opone a la petición de custodia compartida. El Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia dictó Sentencia, con fecha 26 de junio de 2006, y acordó la guarda y custodia compartida del hijo menor por periodos mensuales[1497].

- Segunda Instancia: La madre interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 15 de enero de 2007, resuelve el recurso estimando el mismo, acordando: *(...) revocamos en el sentido de acordar como medidas las convenidas en la sentencia de separación de fecha 7-1-2002 (...)*[1498]. El padre presentó recurso de nulidad de actuaciones que fue resuelto no admitiendo la nulidad interesada.

[1496] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

[1497] Fundamenta el juzgador de instancia su resolución en el interés del menor y con la siguiente fundamentación: *(...) y teniendo en cuenta el dictamen pericial de fecha 23-5-06 a la vista de la situación socio familiar que acontece en los presentes, iniciándose cada uno de los litigantes nuevas relaciones de pareja que a su vez formaban una unión anterior, con hijos en común, y dado el desarrollo de visitas paterno filiales, siendo éstas amplias y flexibles, así como la relación coparental, estilos educativos y características psicológicas de los progenitores y evaluación que ofrece el menor, estima la proveyente que el sistema de guarda y custodia compartido, puede resultar muy beneficioso para el menor, el cual se encuentra muy bien integrado en cada uno de los entornos familiares de sus progenitores, los cuales respetan el desarrollo de las relaciones familiares de su hijo, tras su ruptura conyugal, y sin interferencias mutuas, mostrando el menor un fuerte y sólido vínculo afectivo con sus progenitores, en los cuales no constatan discrepancias educativas importantes, estimando la proveyente que si bien se aprecia por el perito psicólogo limitaciones en la relación coparental, no obstante también se indica que puede la misma producirse, manteniéndose entre los progenitores una comunicación básica en torno a las cuestiones que afectan a su hijo menor, y por todo ello estimo que el sistema compartido de guarda y custodia puede ofrecer más ventajas y beneficios para el hijo menor de los litigantes, acordándose parcialmente el sistema propuesto por el progenitor (...).*

[1498] La Sentencia estima el recurso en base a, tras exponer los requisitos del artículo 92 CC, los siguientes argumentos: *(...) Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos (...)*; continúa más adelante, *(...) no procede acordar la custodia compartida interesada en el caso de autos habida cuenta que, no obstante los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, es lo cierto que ni ha habido alteración sustancial alguna de lo que los propios cónyuges convinieron hace poco en el procedimiento de separación, de fecha 7-10-2002, ni siquiera el propio gabinete Psicosocial aconseja tal medida; en efecto, basta la simple lectura de las conclusiones del citado informe obrante al folio 162 para claramente comprobar que dicho organismo dice que «no existen aspectos que hagan necesario el cambio de medidas», añadiendo a continuación «que tampoco se observan circunstancias que desaconsejen una custodia compartida».*

- Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación:

El padre interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en base a los siguientes motivos:

Motivos del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal:

Primero.- Infracción del art. 218.2 de la LEC.

Segundo.- Infracción del art. 348 de la LEC.

Tercero.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española.

Motivo del Recurso de Casación:

Primero.- Infracción del art. 92.8 y 9 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

- Recurso extraordinario por Infracción Procesal: La Sentencia que nos ocupa resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal, considerando que existe un único motivo a resolver, consistente en la *(...) falta de valoración de la prueba acordada en segunda instancia.* Es decir, el informe psicosocial solicitado y efectuado en segunda instancia no fue, según el recurso, analizado ni desvirtuado por la Sentencia de la Audiencia Provincial, que no se pronuncia sobre él, lo que genera indefensión[1499].

La Sala estima el motivo, admite la prueba practicada en segunda instancia y acuerda dictar una nueva Sentencia en atención a la aludida prueba y al recurso de casación.

- Recurso de casación: La Sala estima el motivo relativo a la infracción del artículo 92.8 y 9 CC.

Tras exponer argumentos de otras Sentencias anteriores de la Sala, recoge los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial esgrimidos para revocar la

[1499] Expone la STS que nos ocupa: *En segunda instancia se pidió nueva prueba, porque al haberse acordado la guarda y custodia compartida, se pedía que se comprobara cómo funcionaba. La Sala accedió a que se procediera a un nuevo informe de los servicios psicosociales, al haberse ejecutado la sentencia de 1ª instancia y ser efectiva la guarda compartida; dicho informe concluyó que no se habían producido circunstancias que impidieran el desempeño de las funciones familiares y que "se han observado condiciones favorables para la adopción de un sistema de custodia compartida", de modo que se recomendaba mantener el vigente sistema de medidas, "con el fin de favorecer la continuidad del menor en ambos contextos de manera equitativa". A pesar de ello, la sentencia recurrida hace referencia únicamente a las conclusiones del informe pedido en 1ª instancia, pero ni tan solo alude al nuevo.*

custodia compartida acordada en primera instancia: a) que el criterio de la sala sentenciadora no acuerda esta medida excepto supuestos excepcionales; b) que los progenitores no la acordaron en el convenio regulador; c) que el informe del equipo psicosocial emitido en primera instancia no aconsejaba la custodia compartida claramente.

Y el TS recuerda como la Audiencia Provincial olvida lo siguiente: a) que la custodia compartida debe ser acordada siempre en interés del menor, *(...) que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión (...)*, con independencia de la opinión de quien deba adoptar la medida, y la decisión debe basarse en razones objetivas; b) que con independencia de que los progenitores no acordaron la custodia compartida en el convenio regulador, *(...) las circunstancias familiares son siempre cambiantes (...)*, y en los procedimientos en los que el interés del menor debe tenerse presente, no rige el principio dispositivo; c) que el informe psicosocial efectuado en segunda instancia concluye que la custodia compartida funciona correctamente desde la Sentencia de primera instancia y que es aconsejable continuar manteniéndola; d) que el Ministerio Fiscal informó favorablemente a dicha custodia compartida.

Por todo lo dicho, la Sala estima el motivo y confirma y repone la sentencia de primera instancia, acordando la custodia compartida *(...) a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso.*

Conclusiones:

- Preponderancia del interés del menor *(...) que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión (...).*

- Nuevamente se reitera, de igual modo que en la Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2009, que el principio dispositivo no rige cuando el interés del menor "está en juego", con el consiguiente vacío de contenido de la previsión contenida en el artículo 92.8 CC referente a la "instancia de parte" recogida expresamente: *(...) la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo (...).*

- La importancia de la opinión del equipo psicosocial; dice la STS: *(...) teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales (...).*

- La obligatoriedad de que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable; dice la STS: *(...) a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal (...).*

- La resolución debe basarse en razones objetivas, en caso contrario se otorgaría *(...) virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso.*

6º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011[1500]:

- Primera Instancia: La madre interpuso demanda de separación que se turnó al Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca. En el suplico de la misma solicitaba se otorgara a su favor la guarda y custodia exclusiva de los dos menores. El padre contestó a la demanda y reconvino solicitando se le atribuyera a su favor la custodia exclusiva de los menores y subsidiariamente se fijara la custodia compartida. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 7 de julio de 2006 en la que se acordaba la atribución de la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores por periodos de quince días. En el resumen de los hechos probados recogidos en el fundamento de derecho primero de la STS que nos ocupa, se explica como los motivos en que sustentaba el Juzgador de instancia la fijación de una custodia compartida eran, la buena relación de los progenitores con los hijos, la capacidad de ambos progenitores, la aceptación del padre de cambiar su residencia al lugar donde vive la hija y que el Ministerio Fiscal informó favorablemente.

- Segunda instancia: Ambos progenitores recurrieron la Sentencia de primera instancia, y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en Sentencia de 13 de junio de 2008, estimó el recurso de la madre y desestimo el del padre, revocando la Sentencia de instancia y atribuyendo la custodia exclusiva a la madre. Los argumentos de la Audiencia Provincial se sintetizan en el resumen de hechos probados: Existía conflictividad entre los progenitores no consecuencia únicamente de la ruptura, sino respecto a diferentes esquemas educativos, la madre tuvo que instar la ejecución de la pensión alimenticia, la abuela se ocupaba de los niños cuando el padre estaba por

[1500] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/34606).

trabajo en A Coruña, lo que generaba enfrentamientos con la hija mayor, el padre fue condenado por una falta de amenazas y coacciones lo que obligaba a aplicar el artículo 92.7 CC, y no se podía acreditar que fuera el único medio de proteger los intereses de los menores. Todo ello con independencia de que tanto el informe psicosocial como el del Ministerio Fiscal eran favorables.

- Recurso de casación: El padre interpuso recurso de casación contra la Sentencia anterior, en base a tres motivos, el primero es el único que alude a la guarda y custodia, el segundo y tercero aludían al artículo 97 CC y ninguno de estos dos últimos son admitidos. El primer motivo dice: *PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega la vulneración del art. 92, apartados 8º y 9º del Código civil, en relación con el art. 92.7 del mismo Texto Legal, todos ellos en la redacción que les ha dado la 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.*

La Sala no estima el motivo.

Explica como se plantean dos cuestiones en el recurso de casación:

- La primera, se refiere a *(...) la vinculación del juez por los dictámenes emitidos por los servicios psicosociales.*

La Sala reconoce que los informes técnicos *(...) tienen una importancia decisiva (...)* a fin de acordar una custodia compartida. Asimismo, que si existe en el procedimiento *(...) el juez debe valorarlos (...)* a fin de que pueda formar su opinión. Añade que la reforma del año 2005 acordó que estos informes debían figurar en los procedimientos, pero los mismos *(...) en modo alguno vinculantes (...)*, debiendo valorarlos para tomar la mejor decisión pero *(...)a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales (...).*

- La segunda cuestión que se plantea es, que dado que el padre ha sido condenado por un delito que no constituye violencia de género, no pude ser utilizado como argumento para no acordar la custodia compartida.

La Sala analiza primero este argumento y no lo estima dado que, pese a que el delito por el que fue condenado el padre no se incardina en la lista del artículo 92.7 CC,

el párrafo 7º continúa añadiendo que *(...) tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.* Por tanto, en base a esta segunda parte del párrafo la Sala considera que *(...) sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.*

Asimismo añade la Sala que la Audiencia Provincial no utilizó el artículo 92.7 CC como único argumento para revocar la custodia compartida, sino que se utiliza como un criterio más entre otros. De hecho concluye la Sala que el argumento del 92.7 CC no es decisivo *(...) porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.*

Asimismo en el siguiente fundamento de derecho, explica la Sala como respecto a la condena del padre por coacción y amenazas, no puede formular doctrina *(...) porque se trata solo de uno de los argumentos utilizados por la Sala sentenciadora para decidir sobre la medida de guarda y custodia compartida, juntamente con otros relacionados con las relaciones entre los hijos y sus progenitores y todo ello en argumentos relativos a la protección del interés del menor.*

Conclusiones:

- Nuevamente se alude a que los informes psicosociales *(...) tienen una importancia decisiva (...)* a fin de acordar una custodia compartida, el *(...) juez debe valorarlos (...)* a fin de acordar la mejor decisión, pero los mismos *(...) en modo alguno vinculantes.*

- Respecto del artículo 92.7 CC, y aunque no formule doctrina, el TS se ha posicionado aludiendo a que, pese a que se ha condenado al padre por un delito no recogido en la primera parte del 92.7 CC, las coacciones y amenazas pueden constituir *(...) un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges (...)*, por tanto en atención a la última parte de dicho párrafo no puede acordarse la custodia compartida.

7º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011[1501]:

- Primera Instancia: Demandó la madre solicitando la guarda y custodia exclusiva de los tres hijos, turnándose la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante. El padre contestó a la demanda solicitando la custodia compartida. El 15 de noviembre de 2010 dictó Sentencia el Juzgado de Primera Instancia acordando la guarda y custodia compartida por periodos semanales.

- Segunda instancia: Recurrió la Sentencia de instancia la madre, y la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, dictó Sentencia el 8 de mayo de 2006 que estimaba el recurso acordando revocar la sentencia de instancia fijando una custodia exclusiva para la madre de los tres hijos.

- Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: El padre interpuso recursos de casación y de infracción procesal que fueron resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo. El TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y anuló la Sentencia, y reponiendo las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, a fin de que volviera a dictarse una nueva *(...) que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada.*

- Nueva sentencia de segunda instancia: La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6º, dictó nueva Sentencia el 22 de marzo de 2010, en la que acordaban la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre[1502].

[1501] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/146903).

[1502] Según se recoge en el resumen de los hechos recogidos en los fundamentos de derecho de la STS que nos ocupa, la Audiencia resolvió en base a los siguientes argumentos: *a) "La figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional" (FJ 5º in fine); b) a pesar de que el 9 junio 2005 se había dictado ya un auto de medidas provisionales en el que se acordaba la custodia compartida, y que del informe de los servicios psicosociales resultaba el alto nivel de satisfacción de la única hija examinada, los otros dos hijos no pudieron ser examinados debido a su corta edad; c) en autos constaban otros dos informes contradictorios con el anterior aportados en primera instancia por Dª Tarsila; d) concluyó la sentencia recurrida que "lo manifestado nos conduce a no estimar adecuado el establecimiento del sistema de custodia compartida, no ya en relación de la menor Daniela para la que no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores, sino en la de los otros hijos Carlos y Doroteo, dada la corta edad de los mismos que precisan de un hogar más permanente, aunque ambos progenitores vivan actualmente en la ciudad de Bruselas y tengan*

- Recurso extraordinario por infracción procesal: El padre anunció recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, pero formalizó el extraordinario por infracción procesal articulando el mismo en ocho motivos[1503], y el recurso de casación lo artículo en dos motivos[1504].

La madre impugnó el recurso solicitando se declarase no haber lugar al mismo, y el Ministerio Fiscal solicitó la admisión del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y los dos motivos del recurso de casación.

El Tribunal Supremo estimó el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Fundamenta la estimación reseñando la argumentación de la anterior STS de 8 de octubre de 2009 sobre la motivación de las Sentencias[1505]. Y

domicilios próximos, lo que entra de lleno en el último inciso del apartado 5 del art. 92, que el Juez no debe separar a los hermanos, a lo que se llegaría inexorablemente de acordarse la de aquélla y no la de éstos.

[1503] Los motivos fueron: *Primero.- Infracción de las Normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, ex artículo 469.1.1º LEC, infracción del art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: Defecto en la forma de motivar la sentencia, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ex art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 218.2 de la LEC. Tercero.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: errónea valoración de la prueba practicada en el juicio. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ex art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 218.2 de la LEC. Cuarto.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia: Interpretación arbitraria. Interpretación arbitraria o ilógica de la prueba practicada en el juicio. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ex art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 218.2 de la LEC. Quinto.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 752 LEC. Sexto.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 92.7 CC. Séptimo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Octavo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

[1504] Los dos motivos fueron: *Primero.- Interés Casacional. Existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Segundo.- Interés Casacional. Norma en vigor menos de cinco años. Infracción del art. 92 del CC.*

[1505] Recoge textualmente: *La anterior sentencia de esta Sala, 623/2009, de 8 octubre, recaída en el mismo litigio, contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia:*

"La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión(STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art.

aplicando dicha argumentación sobre la motivación, explica como la Audiencia Provincial de Alicante en su primera resolución únicamente alude para motivar la misma a: *(...) los argumentos alegados en la anterior y recogidos de su decisión de 29 de diciembre de 2004 (...)*, que no se aplican a la resolución del caso concreto que les ocupaba. En su segunda resolución se añade el argumento de que *(...) la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional.*

Para el Tribunal Supremo esta motivación no es suficiente para justificar la revocación de la custodia compartida acordada en primera instancia por las siguientes razones: *(...) a) porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona "un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares" y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al*

1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación (...) ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones (...)(STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos(SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el art. 469.1, 2º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (art. 476.2,4 LEC).
Aplicando estos argumentos, la anterior sentencia concluía que se había producido una falta de motivación en la decisión del Tribunal de apelación, que vuelve a repetirse en la ahora recurrida.

no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.

Dada cuenta la estimación de este segundo motivo, se produce el efecto de la exención de examinar el resto de motivos y la anulación de la sentencia recurrida. No obstante, pese a que de acuerdo con el artículo 476.2.4 LEC debería reponer el TS las actuaciones al estado y momento en el que acaeció la vulneración, y dado que se produjo igualmente falta de motivación en la primera sentencia de la Audiencia Provincial, la Sala decide aplicar la Disposición final 16.7ª LEC, y dictar nueva sentencia atendiendo al recurso de casación.

- Recurso de casación: Estima el TS el motivo segundo, aludiendo a que la Sala *(...) ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "el interés del menor", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.* Explica como estos criterios se recogían en la Sentencia de 8 de octubre de 2009 y en las de 10 y 11 de marzo de 2010, anteriormente analizadas en el presente capítulo. Y continúa el Tribunal Supremo: *Por ello la interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.*

Continúa el Tribunal en el Fundamento de Derecho octavo recogiendo los criterios que la Audiencia Provincial recogía en su Sentencia como "condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida"[1506]. Respecto a las mismas explica como

[1506] Dice textualmente la STS: *La sentencia recurrida explicita, como ya había hecho la sentencia anulada, las que denomina "condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida", que son: "muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de la custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres".*

algunas coinciden con los criterios recogidos en la STS de 8 de octubre de 2009, sin embargo, explica como el acuerdo de los progenitores en este sistema de guarda, es justamente contrario al artículo 92 CC, dado que éste permite la custodia compartida en supuestos contenciosos y en consensuales. Lo que hace, dice el TS, la sentencia de la Audiencia Provincial es reseñar una relación de criterios sin que ninguno de ellos prime sobre los demás sino a fin de ser utilizados en conjunto.

Sobre este planteamiento de la Audiencia, el TS considera que *(...) la conclusión a que llega a partir de esta enumeración resulta inconexa con el propio razonamiento.* Y explica como: *En efecto:*

1º Se admite que la guarda compartida resulta beneficiosa para la hermana mayor, por lo que "no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores".

2º A continuación, afirma que los hermanos Carlos y Doroteo, dada "su corta edad", requieren un "hogar más permanente", y ello aunque ambos progenitores vivan en Bruselas "y tengan domicilios próximos". Los criterios que se manejan, se utilizan para evitar la guarda compartida, debiendo recordarse que la STS de esta Sala de 11 marzo 2010 rechazó el criterio de la "deslocalización" de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.

3º A partir de lo anterior, la sentencia recurrida aplica el criterio de no separar a los hermanos, cuando la Audiencia no ha comprobado si este tipo de guarda era o no beneficioso para los hermanos Carlos y Doroteo, de modo que para proteger el hipotético interés de estos dos niños, se perjudica el de la hermana mayor, sin una base para ello.

4º En el procedimiento figuran tres informes: el de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia de Alicante, en relación a las medidas provisionales, y que es favorable a la guarda y custodia compartidas; un segundo, firmado por el Dr. Cosme, con abundantes citas doctrinales, que es contrario a este tipo de guarda, y un tercero, de otro psicólogo, relativo a una serie de crisis sufridas por Dª Tarsila. Asimismo figura el informe del Ministerio Fiscal, de 28 octubre 2005, que considera beneficioso para el interés de los hijos menores de edad la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. Debe recordarse que en la sentencia recurrida solo se han tenido en cuenta los informes presentados a instancia de parte y ni tan solo se ha valorado el

contenido del presentado por el psicólogo del Juzgado de familia.

La estimación del motivo segundo del recurso de casación del padre, supone la estimación en parte de su recurso, e implica anular y casar la Sentencia recurrida y reponer la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia nº 10 de Alicante de 15 de noviembre de 2005 y en consecuencia reponer la custodia compartida fijada en dicha Sentencia.

Conclusiones:

- La Sentencia confirma la exigencia de motivación que requiere la revocación de la custodia compartida, en la que debe expresarse *(...) de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida (...).*

- Vuelve a reiterar la importancia de los criterios, ya recogidos en las STS de 8 de octubre de 2009, y de 10 y 11 de marzo de 2010, *(...) relativos a la interpretación de lo que significa "el interés del menor", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.*

- Vuelve a destacar como principio prioritario en esta materia el interés de los menores; dice la STS: *(...) Por ello la interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar (...).*

- Respecto a si la guarda y custodia compartida es una medida excepcional o no, el TS en la presente Sentencia se pronuncia en términos contundentes considerando la misma no sólo no excepcional, sino que alude a que debería considerarse la medida "más normal". Expresamente dice: *(...) la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.*

- La Sentencia nuevamente, tal y como ya argumentó en la STS de 11 de marzo de 2010, rechaza el argumento de la "deslocalización" como válido para no fijar la custodia compartida, dada cuenta de que son *(...) los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.*

8º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011[1507]:

- Primera Instancia: En medidas provisionales se acordó la guarda y custodia compartida. Sin embargo, dichas medidas fueron declaradas nulas y se dictó nuevo auto que atribuía la custodia exclusiva al padre. Posteriormente, la madre interpuso demanda de divorcio solicitando la custodia exclusiva de los dos hijos menores, que recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Miranda de Ebro. El padre contestó solicitando la custodia compartida o subsidiariamente la custodia exclusiva a su favor. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Miranda de Ebro, dictó Sentencia en fecha 25 de octubre de 2007 en la que acordó la custodia compartida por periodos de cuatro semanas.

- Segunda instancia: La madre interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, en Sentencia de 21 de noviembre de 2008, y que estimo parcialmente el recurso revocando la custodia compartida acordada en primera instancia y atribuyo la custodia exclusiva a la madre[1508].

- Recurso de casación: El padre interpone recurso de casación esgrimiendo dos motivos:

Primero.- Infracción por aplicación indebida, del art. 92, 8 y 9 del Código Civil y, al propio tiempo en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias

[1507] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (SP/SENT/639180).

[1508] Los argumentos utilizados, tal y como se recoge en el resumen de los hechos probados de la STS, por la Audiencia Provincial fueron, entre otros, los siguientes: *a) el informe desfavorable del ministerio Fiscal, que solicitó de forma expresa que se atribuyese la guarda y custodia a la madre; b) no concurría interés del menor porque: 1º de la prueba practicada se deducía una mala relación entre los padres desde 2005, con procesos y denuncias penales; 2º aunque existían algunos elementos favorables en el informe psicosocial, el Ministerio Fiscal puso de relieve que dada la edad de los hijos era una "grandísima equivocación llevar a los niños a ser oídos en primera instancia", porque a su edad solo grandes expertos pueden llegar a obtener en este caso "un testimonio susceptible de consideración"; 3º no podía desvirtuarse todo ello con el informe pericial porque la perito no había entrevistado a la madre, no había analizado las circunstancias de la coparentalidad, ni las económicas, laborales ni de otro tipo de la familia. Concluyó la sentencia que la guarda y custodia debía ser atribuida a la madre, "pues dada la edad de los menores cuando se inicia el presente divorcio y en la actualidad es lo más adecuado para su estabilidad y para fijar parámetros convivenciales más estables y sólidos", porque además concurrían dos circunstancias de las que se deducía que no se podían aceptar con plenitud la atribución de la guarda compartida: 1ª "que los niños no permanecieran en el domicilio familiar donde nacieron y tuvieran que rotar y cambiarse entre el domicilio familiar y el nuevo domicilio del padre"; 2ª que se privó a la madre de algún tipo de custodia con sus hijos sin haber sido oída"; a lo que debe unirse una 3ª circunstancia como es que "el beneficio del menor no se consigue residiendo fuera de su casa y con un cambio y trasiego domiciliario mensual, contrario a su adecuada estabilidad como medio necesario para favorecer su desarrollo personal y educativo". Añadió la sentencia que "[...] los niños debieron de estar en régimen de custodia con la madre y en su casa, y debe reponerse esta situación para que residan de forma estable en su domicilio".*

Provinciales sobre la atribución de la guarda y custodia compartida.

Segundo.- Aplicación de una norma jurídica con vigencia inferior a cinco años, cual es, el art. 92.8 y 9 del Código Civil , redacción dada por la Ley 15/05, de 8 de julio, publicada en el BOE de 9 de julio de 2005, núm. 163 .

El primer motivo no se estima. La STS motiva como las sentencias que argüía el recurrente, excepto en la STSJC 31/2008, *(...) han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el Art. 92. CC.* Y finaliza la STS considerando las sentencias aportadas como un *(...) pretexto para poder presentar el recurso (...).*

Respecto del análisis de la prueba del recurrente, que discrepa de la efectuada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, explica la STS como el recurso no denuncia el criterio mal aplicado por la Audiencia, o que no se haya aplicado un criterio objetivo, sino que valora de forma subjetiva el supuesto. Sobre esta cuestión la STS explica como *(...) solo puede entrar a examinar si el criterio aplicado para acordar o no la guarda compartida es un criterio jurídico (STS 614/2009, de 28 septiembre). En este caso, la resolución resulta amparada por los informes psicosociales en los que la Sala no puede entrar, porque se trata de una cuestión de hecho, que no puede ser revisada en casación.* Y alude a la argumentación de la STS de 7 de abril de 2011 respecto de la "importancia decisiva" de los informes psicosociales[1509].

[1509] Argumenta textualmente la STS: *En la STS 252/2011, de 7 abril , se dijo que "En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009 ", argumentación que debe ser aplicada al presente recurso.*
Los criterios utilizados por la sentencia recurrida responden a las valoraciones efectuadas en los informes que se emitieron al haberse pedido que se acordase la medida de la guarda compartida. El recurrente pretende que se valore de nuevo esta prueba, cuando quien debe efectuarlo es el juzgador de instancia y solo tendrán acceso a este Tribunal por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que pretende el recurrente cae de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión y se desvía, por tanto, del interés casacional, que llega a interpretar como "interés propio".
De todos modos, es conveniente recordar que en esta materia, las decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas, siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor.

Respecto del motivo segundo, el TS considera que con lo dicho en la desestimación del anterior motivo se argumenta la desestimación de este motivo.

Conclusiones:

- En esta STS considero que la conclusión fundamental es la confirmación de la relevancia decisiva, no vinculante, que para el TS tienen los informes psicosociales, que deben ser valorados, en caso de que existan, por el juez para acordar sobre la custodia compartida.

9º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011[1510]:

- Primera Instancia: El padre interpuso demanda de divorcio que recayó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en la que solicitaba la custodia compartida. Contestó la madre solicitando la guarda y custodia exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 20 de mayo de 2008 en la que acordaba atribuir la custodia exclusiva a la madre. Con anterioridad se habían resuelto las medidas provisionales previas, por Auto de 27 de diciembre de 2008, en el que se atribuía a la madre la custodia exclusiva.

- Segunda Instancia: Recurrieron en apelación el padre, la madre y el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial de Ourense dictó Sentencia el 20 de febrero de 2009, por la que estimó parcialmente el recurso de la madre y desestimó los del padre y Ministerio Fiscal, y modificó el régimen de visitas a favor del padre fijando que éste podrá estar los martes y jueves hasta las 20 horas.[1511]

[1510] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/155183).

[1511] Tal y como se expone en el resumen de los hechos recogido en los fundamentos de derecho de la STS que nos ocupa, los motivos en los que fundamentó la Audiencia Provincial su Sentencia fueron: *a) las malas relaciones entre los progenitores, "indiscutibles e indiscutidas hasta el punto de que la comunicación entre ellos se limita al intercambio de notas (...)"; b) el resultado del informe pericial, que desaconsejó abiertamente la custodia compartida por ser incompatible con la situación actual; c) la inestabilidad de los menores resultante de estas diferencias, "especialmente de la pernocta en días laborables en diferentes domicilios, como vienen haciendo en la actualidad", como se pone de relieve en el propio informe; d) la inestabilidad puesta de relieve por la cuidadora de los menores que manifestó que "los niños se encuentran desubicados, que las normas son distintas en cada casa, que en una obedecen y en otra no y que los niños no se acaban de estabilizar". Añade la sentencia que " no se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes".*

- Recurso de casación: El padre formalizó recurso de casación, que se admitió, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, fundamentando el mismo en un único motivo: *Único.- Al amparo del art. 477.2.3ª, por aplicación indebida y/o incorrecta del art. 92, apartado 8, arts. 93, 94 y 96 del CC, subdividiéndose este motivo en los siguientes apartados:*

A) Aplicación de una norma de vigencia inferior a 5 años y que se concreta en el apartado 8º del art. 92 del CC.

B) Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el art. 92.8 del CC.

El TS desestima el motivo y confirma la sentencia recurrida en base a los siguientes argumentos: *El texto actualmente vigente del art. 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor".*

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Las situaciones que prevé el art. 92 CC son:

1º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el art. 92.6 CC.

2º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés.

CUARTO.- En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

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

QUINTO.- El catálogo de sentencias de contraste aportado por el recurrente no sirve para afirmar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Como se dice en la STS 578/2011, de 21 de julio, en un caso semejante, las Audiencias "han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque en el fondo, podría asegurarse lo contrario, ya que todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92. CC. En definitiva, las sentencias que aportan son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados".

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho de visitas amplio de que gozan. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011).

Conclusiones:

- Alude el TS en esta Sentencia a la "excepcionalidad" a que se refiere el artículo 92.8 CC, reseñando como *(...) no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.* Parece que el TS no le da ninguna relevancia práctica al término con el que inicia el párrafo 8º del artículo 92 CC, "excepcionalmente", cuestión coherente con la anterior STS de 7 de julio de 2011.

- Reitera la importancia del interés del menor; dice la STS: *(...) lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor (...).*

- Respecto de la relación entre los cónyuges, dice la STS que *(...) por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.*

10º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2011[1512]:

- Primera Instancia: La madre interpuso demanda de divorcio, habiendo existido previamente procedimiento de separación, que recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcalá de Henares. El padre contestó y formuló reconvención solicitando la custodia exclusiva para sí y subsidariamente la compartida. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el día 15 de mayo de 2008 en la que atribuía a la madre la guarda y custodia del hijo.

- Segunda Instancia: Ambos progenitores interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, en Sentencia de 21 de julio de 2009 resolvió los recursos de apelación manteniendo la guarda y custodia exclusiva materna fijada en primera instancia[1513].

[1512] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/222411).

[1513] La Audiencia Provincial en su Sentencia *(...) fija los criterios en que debe basarse la sentencia para acordar o no la guarda compartida. Dice: a) "(...) la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psiquica y física, teniendo presente los elementos*

- Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación: El padre interpuso ambos recursos, articulando el extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos:

1.- Falta de motivación de la desestimación de la guarda y custodia compartida por no fundamentarse en preceptos legales y ser los argumentos incompletos.

2.- Errónea valoración de la prueba.

3.- Falta de motivacion en la sentencia recurrida.

El recurso de casación lo articuló en los siguientes motivos

1.- Apartado A) Existir jurisprudencia contradictoria en relación con los arts. 92.1 y 8 del CC.

Apartado B) Sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores.

Apartado C) Sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

El Tribunal Supremo desestima los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal en base a los siguientes argumentos:

1º.- Respecto de la falta de motivación: La Sentencia recoge expresamente parte de la STS de 8 de octubre de 2009, la parte referente al argumento de la motivación (al

individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc."; b) "En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital del menor, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, al pretenderse en la contestación a la demanda períodos alternativos de cursos escolares, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida", y c) finalmente, "Es claro que tal clima de enfrentamiento impide establecer en los términos señalados una custodia compartida tal y como se propugna, no existiendo por otra parte razones que aconsejen un cambio en la medida solicitada, habida cuenta los antecedentes del caso, la propia sentencia de mutuo acuerdo establecido por las partes en el que se otorgaba la custodia a la madre, y valorando especialmente, que en modo alguno ha quedado acreditado, en los términos que exige el artículo 217 de la LEC que custodia paterna sea una opción más beneficiosa o favorable para el desarrollo armónico y estable del menor, razones todas que en su conjunta valoración conducen a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación".

igual que en la STS de 7 de julio de 2011), y concluye que la sentencia recurrida se encuentra adecuadamente motivada[1514].

2º.- Respecto de la errónea valoración de la prueba: El TS considera que en el recurso se confunde este defecto con el tipo de documentos utilizados para obtener las conclusiones. No obstante, el TS explica como fueron utilizados informes posteriores a los que no alude el demandado. Por tanto, los informes existentes han sido valorados correctamente, y la Sala no incurre en arbitrariedad ni son ilógicas sus conclusiones.

Respecto al único motivo, que contiene tres submotivos que el TS los analiza por separado, del recurso de casación, la STS desestima los tres submotivos:

Respecto a las sentencias contradictorias esgrimidas por el recurrente, y tras exponer en qué consiste el interés casacional, y aludiendo a que ya se recogía en la STS de 20 de julio de 2011, explica como *(...) resulta complejo determinar la contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia compartida cuando, en realidad, éstas están resolviendo sobre el punto concreto planteado y en relación con los informes aportados en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto. Deciden sobre situaciones fácticas y, por consiguiente, no existe el previo antagonismo a que antes nos referíamos. Las resoluciones no pueden utilizarse como elementos de comparación, por resolver cuestiones de hecho.* Concluye el TS que en el recurso no se ha demostrado la existencia de contradicción entre las sentencias aportadas.

Continúa, respecto de este primer submotivo, la STS en el fundamento jurídico quinto, esgrimiendo como en realidad se está impugnando la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, pero no insiste en el tema dado que fue resuelto en el análisis del recurso por infracción procesal.

Respecto de la expresión "excepcionalmente", la STS explica como ya ha dictado diversas sentencias *(...) estableciendo los criterios que deben regir la decisión judicial en la atribución de la guarda y custodia compartida, sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", utilizada en el art. 92.8 CC, concretamente la STS*

[1514] Textualmente dice la STS sobre la falta de motivación: *Aplicando estos argumentos al presente recurso, debe concluirse que la sentencia recurrida contiene una motivación que va más allá de la mera argumentación, porque contiene una valoración de la prueba, que adapta a las circunstancias del supuesto planteado, como puede comprobarse del extracto de los razonamientos resumidos en el FJ 1º de esta sentencia. Se analiza el supuesto de hecho, de acuerdo con la norma aplicable que aunque no se cite directamente, el recurrente conoce, y establece expresamente las causas que concurren y que impiden acceder a la petición del recurrente respecto a la guarda y custodia compartida. Con esta argumentación se da respuesta a los motivos primero y tercero del recurso por infracción procesal.*

579/2011, de 22 julio, cuyo contenido se incorpora por remisión.

Como tercer punto, esgrime el TS que no puede *(...) entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio.* Y para el TS se resuelve por la Audiencia atendiendo al mismo de forma objetiva.

Conclusiones:

- Reitera la STS la conclusión expuesta respecto al término excepcionalmente en la STS de 22 de julio de 2011.

- Y alude nuevamente a la importancia del principio de interés del menor.

11º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2011[1515]:

- Primera Instancia: El padre interpone demanda de modificación de medidas definitivas solicitando la modificación de la custodia exclusiva materna por una custodia compartida. La madre contestó solicitando la desestimación de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid dictó Sentencia el día 21 de julio de 2008 desestimando íntegramente la demanda.

- Segunda Instancia: El padre interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, en Sentencia de 29 de mayo de 2009, estimó parcialmente el recurso de apelación en el único sentido de no imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes.

- Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: El padre interpuso ambos recursos, articulando el de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del motivo 3º del apartado segundo del art. 477 LEC , al existir jurisprudencia contradictora de las Audiencias Provinciales en relación al art. 92.1 y 8 del Código Civil .

Segundo.- Al amparo del motivo 3º del apartado segundo del art. 477 LEC , en razón del interés casacional por aplicación de normas de menos de cinco años de vigencia, como es la modificación del art. 92 del Código Civil operada por la Ley

[1515] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de noviembre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (www.aeafa.es).

15/2005 .

El recurso extraordinario por infracción procesal lo articuló en los siguientes motivos

Primero.- (tercero en el escrito) Por desestimación de la interposición del incidente de prejudicialidad europea (art. 469.1.3 LEC en relación al 234 del Tratado de la Unión Europea y el art. 96.1.CE).

Segundo.- (cuarto en el escrito) Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia (art. 469.1.2 LEC): Motivación de las Sentencias (art. 24.1 , art. 11.1 y 3 y 248.3 LOPJ Y 208.2 LEC); valoración de la prueba (752.2 LEC).

El Tribunal Supremo desestima los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal en base a los siguientes argumentos:

1º.- Respecto del motivo tercero, primero del recurso extraordinario por infracción procesal: El TS considera que no se trata de derecho comunitario y por tanto es imposible acceder a la petición de prejudicialidad. Añade que el principio de igualdad entre hombre y mujer no necesita interposición de cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo, dado que nuesto ordenamiento ya lo prevé en el artículo 14 CE y se impone a los progenitores en el artículo 39 CE, determinando que es derecho interno el que debe ser aplicado para resolver la cuestión. Añade que requiere que la cuestión prejudicial sea imprescindible para la solución del caso.

2º.- Respecto de la falta de motivación y errónea valoración de la prueba recogida en el motivo segundo, cuarto del recurso: La STS desestima ambos submotivos aludiendo a que en la motivación de la Sentencia recurrida no alude al informe del Ministerio Fiscal, sino que basa su argumentación en el informe psicosocial. Y respecto a la valoración de la prueba, alude a que la valoración del informe psicosocial sólo podrá impugnarse cuando no respete "las reglas de la sana crítica".

Respecto al recurso de casación:

- El primer motivo se divide en tres submotivos: *1º) la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid y dos de la AP de Valencia, que entienden que la guarda*

compartida es compatible con el ordenamiento jurídico español; 2º) sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3º) sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

El TS desestima los tres submotivos apelando a los argumentos de la STS de 3 de octubre de 2011, dado que el recurso de casación es prácticamente idéntico según el TS, que los resume[1516].

El segundo motivo del recurso de casación también se desestima. El TS motiva como el recurrente no alude en ningún momento a la vulneración del principio del interés del menor, lo que en exclusividad supone la desestimación de este motivo. La STS explica como *(...) este sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 496/2011, de 7 julio ; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo).*

Conclusiones:

- Se vuelve a poner de manifiesto la relevancia del principio de interés del menor.

12º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2012[1517]:

- Primera Instancia: El padre interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas en la que solicitaba la custodia de la hija menor, y subsidiariamente la custodia compartida. El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pozuelo de Alarcón, dictó

[1516] Dice la STS: *Se resumen a continuación los argumentos principales, aplicables en este recurso: 1º El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino "la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales" que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar. 2º Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de lo que constituye "interés del menor" en sentencias sobre guarda y custodia, porque en la mayoría de los casos lo que se decide es el asunto concreto de acuerdo con los informes aportados en cada uno de ellos (STS 578/2011, de 20 julio). 3º No se ha demostrado la contradicción entre las sentencias aportadas. 4º El TS debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general cuando no existe contradicción entre las sentencias aportadas como discordantes.*

[1517] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de enero de 2012, Ponente: Don Juan Antonio Xiol Rios (www.aeafa.es).

Sentencia el día 30 de abril de 2008, en la declaraba disuelto el matrimonio por divorcio y mantenía las medidas acordadas en convenio regulador de separación suscrito el 28 de julio de 2004, y aprobado por Sentencia de separación de 19 de octubre de 2004.

- Segunda Instancia: Ambos progenitores interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, en Sentencia de 6 de julio de 2009 desestimó ambos recursos.

- Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación: El padre interpuso ambos recursos, y mediante Auto de 23 de marzo de 2010 no se admitió el extraordinario por infracción procesal, y sí el de casación.

El recurso de casación lo articuló en el siguiente motivo:

Al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3.o de la LEC por presentar la resolución de este interés casacional al aplicar la sentencia recurrida normas que no llevan más de cinco años en vigor, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

En el fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo expone la "Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida", en la que básicamente alude, recogiendo extractos de las mismas, a la interpretación del artículo 92 CC que efectúa la STS de 28 de septiembre de 2009, y a los criterios, entre otros, no recogidos en dicho artículo que pueden ser utilizados para justificar el interés del menor, que son expuestos en la STS de 8 de octubre de 2009. Por su relevancia se recoge expresamente: *Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia compartida, en todos aquellos asuntos en los que se ha justificado el interés casacional. Así, en la sentencia de 28 septiembre 2009, se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo*

91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1 , 2 LECiv . Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, se señaló que " [...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" .

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

Y en el fundamento de derecho cuarto, aplicando la doctrina expuesta en el hecho anterior al supuesto enjuiciado alude a que: *A) La revisión en casación de los*

casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 22 julio 2011 y STS de 21 julio de 2011), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

Y continúa motivando como en el caso concreto el recurrente alude a la primacía y conveniencia general de la custodia compartida, pero sin referencia alguna concreta al interés del menor, a excepción de la alusión a un posible síndrome de alienación parental que el TS considera, es derrocada por la prueba pericial practicada.

Añade la STS que la custodia exclusiva y la compartida tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y que no debe existir primacía de ninguno de los dos sistemas, debiendo acordarse el sistema que mejor se adapte al menor en cada caso[1518].

Conclusiones:

- Esta Sentencia reseña expresamente cual es la "Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida". Básicamente alude a la interpretación del artículo 92 CC que efectúa la STS de 28 de septiembre de 2009, y a los criterios, entre otros, no recogidos en dicho artículo que pueden ser utilizados para justificar el interés del menor, que son expuestos en la STS de 8 de octubre de 2009.

[1518] Argumenta textualmente la STS: *B) El recurso de casación interpuesto debe de ser desestimado por las siguientes razones: El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida. Del planteamiento del recurso puede deducirse que la parte recurrente considera que el interés del menor se protegería más eficazmente con el régimen de guarda y custodia compartida por los beneficios de este sistema. Este planteamiento hubiera hecho necesario, por parte de la parte recurrente, un examen de las circunstancias concretas del caso que permitieran afirmar que el interés del menor resultaba mejor protegido con este sistema. Sin embargo, el recurrente cuestiona los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero no contiene ninguna referencia concreta al interés de la menor. Las únicas referencias que realiza, en relación al posible padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor, contradicen el resultado de la prueba pericial practicada. En el recurso interpuesto se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (STS de 11 de marzo de 2010; STS de 7 de julio de 2011; STS de 21 de febrero de 2011, entre otras). Al no haberse justificado en el recurso que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés de la menor, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.*

- Debe aludirse y acreditarse para la revisión en casación la vulneración del principio de interés del menor.

- Pone en plano de igualdad las ventajas e inconvenientes de la custodia exclusiva y compartida, debiendo aplicar la una o la otra dependiendo de cual se adapte mejor al caso concreto: *"(...) todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés (...)"*.

13º.- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012[1519]:

- Primera Instancia: La madre interpuso demanda de divorcio, y el padre por su parte formuló demanda de divorcio y de modificación de medidas. Ambas demandas se acumularon. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Vicente del Raspeig, dictó Sentencia el día 23 de diciembre de 2008, en la que atribuía la guarda y custodia de la hija menor a la madre.

- Segunda Instancia: El padre interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 23 de septiembre de 2009.

- Recurso de casación: El padre interpuso recurso de casación, y lo articuló en tres motivos, de los cuales se admitió el primero. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el motivo del recurso de casación.

En el fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo expone la "Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida", recogiendo literalmente el mismo texto extractado en la Sentencia anterior comentada (texto al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias).

En el fundamento de derecho cuarto, aplica la doctrina expuesta en el hecho anterior al supuesto enjuiciado, y en el punto A, expone en términos idénticos a la anterior Sentencia comentada (a la que nos remitimos para no volver a reproducir el texto), cuando puede revisarse la guarda y custodia en casación.

[1519] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 9 de marzo de 2012, Ponente: Don Juan Antonio Xiol Rios (www.aeafa.es).

Continúa la STS exponiendo que el recurrente no alega la vulneración del principio de interés del menor, y éste es el único modo en el que procede revisar en casación una Sentencia en relación con la guarda y custodia. No obstante, rebate los argumentos que el recurrente esgrime en su recurso a la Sentencia de la Audiencia Provincial:

1º.- La falta de requisitos del artículo 92.5 CC (acuerdo de las partes). El recurrente alude a que la custodia compartida puede acordarse a instancia de una sola de las partes, y que la Sentencia recurrida no se ha referido a tal supuesto. El TS dice como esta posibilidad se encuentra en el artículo 92.8 CC, y que la Sentencia recurrida no ha realizado una interpretación contraria a este precepto, dado que por remisión a la normativa, recoge en sus fundamentos los dos supuestos (el de petición conjunta y el de petición por una de las partes).

2º..- La falta de requisitos del artículo 92.8 CC (informe favorable del Ministerio Fiscal). Señala el recurrente que el informe del Ministerio Fiscal no puede vincular al Juez. El TS tras exponer que esta disyuntiva ha sido objeto de cuestiones de inconstitucionalidad que no han sido aún resueltas, expone como esta circunstancia no resulta condicionante para decidir el recurso, dado que no es el único motivo para la desestimación del mismo, dado que atendió a la conflictividad entre los cónyuges.

3º.- Existencia de relación conflictiva entre los progenitores. La STS alude a la anterior STS comentada de 22 de julio de 2011, en el sentido de que son relevantes las relaciones entre los cónyuges *(...) cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (...)*. Y ésta, según la STS, ha sido la situación valorada en el caso, dado que una valoración conjunta de la prueba supuso que el Juzgado de primera instancia y la Audiencia Provincial consideraran más conveniente para la menor la custodia exclusiva materna, estando por tanto basada la decisión en el interés de la menor.

Por último, aludiendo a la STS de 3 de octubre de 2011, la Sentencia expone como no puede entrar a valorar de nuevo la prueba, sino sólo comprobar que la decisión ha tenido en cuenta el interés del menor. Por tanto, dado que así se ha hecho por la Audiencia Provincial el motivo ha de ser desestimado.

Conclusiones:

- Al igual que en la STS anterior, esta Sentencia reseña expresamente cual es la "Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida".

- También alude nuevamente a que para la revisión en casación debe acreditarse la vulneración del principio de interés del menor.

- No resuelve la disyuntiva sobre si el informe desfavorable del Ministerio Fiscal impide la fijación de la custodia compartida, pero tampoco afirma que es así. No se posiciona al respecto.

- Reitera lo expuesto en anteriores Sentencias sobre la conflictiva relación de los progenitores y la valoración de nuevo de la prueba.

En definitiva, tal y como se observa del análisis jurisprudencia, no sólo efectuado en el presente capítulo sino también durante todo el trabajo de investigación, la custodia compartida en supuestos contenciosos aún en la actualidad sigue acordándose de forma muy inferior a la exclusiva. De igual modo, continúa existiendo una preponderancia muy superior de la custodia exclusiva materna frente a la paterna.

Respecto de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, lo cierto es que las Sentencias dictadas desde la Ley 15/2005 sobre custodia compartida, expuestas en el presente capítulo, interpretan y desarrollan el artículo 92 CC de forma sumamente útil y aclaratoria. Las conclusiones que en mi opinión se obtienen de las mismas (recogidas en cada una de las Sentencias) ayudan a decantar la balanza, hacia una postura u otra, en algunas de las numerosas disyuntivas que plantea el artículo, siendo un recurso valioso para los agentes jurídicos.

CAPÍTULO XI.- REGULACIÓN AUTONÓMICA

1.- Aragón

Aragón ha sido la primera Comunidad Autónoma que ha legislado modificando la regulación de la custodia compartida recogida en el artículo 92 CC tras la Ley 15/2005. La modificación, actual legislación vigente en Aragón, ha supuesto una transformación cualitativa de la custodia compartida respecto de la exclusiva en comparación con la regulación existente en el artículo 92 CC. Dicha mayor relevancia de la figura no ha sido nimia o testimonial, sino que de una custodia compartida que en los supuestos contenciosos, a tenor del artículo 92.8 CC, su fijación es complicada, pasa la regulación en Aragón a una custodia compartida que se adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Es decir, se trata de un giro a la preferencia de la custodia exclusiva regulada en el artículo 92 CC, a favor de la custodia compartida.

1.1.- Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres[1520]

La actual regulación de la custodia compartida en Aragón, tiene su origen en la Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, presentada por el grupo parlamentario del Partido Aragonés (PAR), el 23 de octubre de 2009, y calificada por las Cortes de Aragón el 27 de octubre de 2009. En esta Proposición de Ley ya se establecían las líneas generales que iba a seguir finalmente la Ley 2/2010 de 26 de mayo.

1.2.- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres[1521]

Partiendo de esta Proposición de Ley (que tuvo un número considerable de

[1520] B.O.C.A, núm. 172, de 3 de noviembre de 2009, pp. 10098-11003.
[1521] B.O.C.A., núm. 111, de 8 de junio de 2010

enmiendas; 25 presentó el grupo parlamentario de Izquierda Unida), y tras las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria, las Cortes de Aragón en sesión plenaria celebrada los días 20 y 21 de mayo de 2010, aprobó el texto definitivo de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Dicha Ley fue aprobada con los votos a favor de Partido Socialista (PSOE), Partido Popular (PP), Partido Aragonés (PAR) y Chunta Aragonesista (CHA).

La Ley 2/2010 entró en vigor el día 8 de septiembre del 2010, dado que entraba en vigor al de tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón (8 de junio de 2010), de conformidad con la Disposición Final Tercera.

La Ley se compone de un total de diez artículos, distribuidos en cinco Capítulos, dos disposiciones transitorias, cuatro adicionales, una derogatoria y tres finales.

1.3.- Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA)

Por otra parte, desde el día 29 de marzo de 2011, Aragón es la segunda Comunidad Autónoma tras Cataluña en tener un Código propio. El mismo se aprueba mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas[1522].

Este Decreto Legislativo refunde, entre otras, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en la que se regula la custodia compartida. En adelante el Código Civil será supletorio del CDFA.

En el nuevo CDFA, los artículos introducidos por la Ley 2/2010 refundida mediante el aludido Decreto Legislativo se recogen en el Libro I, Título II, Capítulo II, Sección III titulada "Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo", en concreto en los artículos 75 al 84, y que tienen relevancia en relación con la guarda y custodia compartida; analicemos sucintamente el contenido de algunos de ellos:

1.3.1.- Relación de los hijos con ambos progenitores

[1522] B.O.C.A., de 29 de marzo de 2011.

En varios artículos del CDFA, tales como el 75.2[1523], 76.3[1524] o 79[1525], se alude a esta cuestión, y parece que en los mismos se pretende que existan unas relaciones continuadas o de modo regular de progenitores e hijos y que haya una participación igualitaria en la educación y crianza de éstos:

1.3.2.- Interés del menor

El artículo 76.2 CDFA[1526](el artículo 76 se titula "Derechos y principios") ordena que: *Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.* Es decir, el CDFA también regula expresamente el principio de beneficio o interés del menor como principio fundamental o principal para adoptar las decisiones que afectan a los menores. También el Preámbulo del CDFA, en el punto 10[1527], dispone como estos artículos 75 a 84 recogen y refuerzan el principio de interés superior de los menores.

1.3.3.- Audiencia del menor

[1523] El artículo 75.2 CDFA alude a que la finalidad de esta Sección *(...) es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.* Este artículo era el antiguo artículo 1.2 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, con la única diferencia de recoger al inicio "Sección" en lugar de "ley".

[1524] El artículo 76. 3 CDFA (el artículo 76 se titula "Derechos y principios") dice: *3. En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos: a. Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar. b. Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.* Este artículo era el antiguo artículo 2.3 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1525] El artículo 79 CDFA en su apartado 2.a) recoge como: *El Juez, de oficio o a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias a fin de: a. Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.* Este artículo era el antiguo artículo 2.2 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1526] Este artículo era el antiguo artículo 2.2 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1527] El punto 10 del preámbulo dice sobre esta cuestión: *La Sección III (artículos 75 a 84), que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores.*

El artículo 76. 2 CDFA[1528] dice a este respecto: *El derecho del hijo menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se rige por lo dispuesto en el artículo 6.*

Por su parte, el artículo 6 CDFA, titulado "Derecho del menor a ser oído" dice: *Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.*

Tal y como se observa de ambos artículos, el nuevo CDFA, otorga sustancial trascendencia a la audiencia del menor y considera la misma como un derecho de éste. Sin embargo, alude a que *(...) se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (...)*, a diferencia de lo recogido en el artículo 92.6 CC, que tal y como se ha recogido en el epígrafe de "Audiencia del menor", incluido en el capítulo VI del presente trabajo, recoge que deberá oír a los menores *(...) que tengan suficiente juicio y cuando se estime necesario (...)*. Consecuentemente, se diferencia del artículo 92 CC en que:

- Primero, recoge que "se debe oír al menor siempre", es decir no se recoge que debe oírse al menor "cuando se estime necesario", por tanto, la interpretación literal supone imperatividad de tal audiencia en todos los casos: Mutuo acuerdo, contencioso, sea o no necesario.

- Segundo, se recoge *(...) siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (...)*, cuestión que había sido modificada por la Ley 15/2005 no recogiendo edad, y aludiendo únicamente al suficiente juicio.

La alusión a los mayores de 12 años, y la discusión sobre la obligatoriedad de escuchar a los menores en todo caso, fue una discusión que ya se generó tras la Ley 15/2005, dada cuenta la incoherencia o desconexión que existía y existe entre lo recogido en el artículo 92 CC y en el 770.4 LEC. Sin embargo, el nuevo CDFA parece decantarse por la audiencia imperativa a los 12 años, decisión que no comparto.

1.3.4.- El pacto de relaciones familiares

[1528] Este artículo se remite al artículo 6 de la CDFA, que es practicamente igual al antiguo artículo 2.4 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, que decía: *4. Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se deberá oír al hijo menor de edad siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.*

En la Subsección II se regula el pacto de relaciones familiares, que parece asimilarse, es el equivalente o lo más parecido en la nueva regulación aragonesa, al convenio regulador del Código Civil. Esta equivalencia con el convenio regulador viene refrendada por lo recogido en la Disposición Adicional Segunda, en su punto 2: *Las referencias realizadas al convenio regulador se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares.*

El pacto de relaciones familiares se recoge en el artículo 77 CDFA[1529]:

1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a. El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

b. El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

c. El destino de la vivienda y el ajuar familiar.[1530]

d. La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

e. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.

[1529] Este artículo es literalmente el artículo 3 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1530] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, nº 7529, 16 de diciembre de 2010, Año XXXI, LA LEY 14038/2010, analizando la Ley 2/2010, y respecto de este punto c), "El destino de la vivienda y el ajuar familiar", considera técnicamente correcta la redacción del art. 3.2 c) (actual art. 77.2.c) del CDFA), en el que se refiere al destino de la vivienda familiar, y no exclusivamente a la atribución del uso de la misma, que según el autor parece pretender cohonestar este art. 3.2 c) con el artículo 7 de la misma Ley 2/2010, que permite adoptar además de la atribución del uso, otras medidas en sus números 4 y 5 como la venta de la vivienda y el reparto del ajuar. Por tanto, pese a que el concepto de destino es *(...)jurídicamente ambiguo y tiene un significado más bien económico, comprende todos los usos, utilidades o rendimientos que pueden extraerse de las cosas, por lo que, aplicado el concepto a la vivienda y ajuar familiar, tanto puede comprender su adscripción al uso exclusivo de una de las partes, o al uso sucesivo de ambas en periodos alternos, como su predestinación a ser objeto de actos de enajenación o disposición, o a ser administrados para obtener de ellos los rendimientos que le son propios, arrendándolos, por ejemplo, a un tercero, o inclusive, en lo concerniente al ajuar familiar, en acordar su reparto entre los padres cuando ninguno de ellos vaya a continuar en la vivienda familiar. Y ello porque resulta indiscutible que las partes pueden convenir en el pacto de relaciones familiares, respecto de la vivienda y el ajuar familiar, al menos, las mismas medidas que el Juez puede establecer, conforme al art. 5.1 en relación con el 7 de la Ley, en defecto de pacto.*

f. La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

Tal y como se observa en el artículo, no se utilizan "tradicionales denominaciones" como convenio regulador, patria potestad, guarda y custodia, o pensión de alimentos etc… Sí por el contrario se alude al término visitas, lo que sorprende si atendemos a la concurrente y razonable crítica que se ha efectuado por doctrina y jurisprudencia a dicho término, tal y como se expone en el cuerpo del presente trabajo.

1.3.5.- Mediación

En el nuevo CDFA se otorga una considerable importancia a la mediación. Dedica la Subsección III, en concreto el artículo 78 CDFA[1531] a la regulación de la misma.

1.3.6.- Medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares

Las medidas a adoptar en los procedimientos contenciosos se regulan en la Subsección IV.

- Guarda y custodia de los hijos: Se regula en el artículo 80 CDFA[1532].

El apartado nº 1 del artículo dice: *1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.*

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación

[1531] Como principal novedad, se recoge en el apartado 2 del artículo, que: *En caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.* Este artículo es idéntico al antiguo artículo 5.2.a) Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1532] Este artículo es idéntico al antiguo artículo 6 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

El párrafo primero, centra como de mutuo acuerdo o a instancia de una de las partes, puede solicitarse la custodia compartida o la exclusiva. Es llamativo que se recoge en primer lugar la compartida que la exclusiva: *(...) sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos*. No obstante, es plenamente coherente con la preferencia que la Ley otorga a dicha forma de guarda y custodia en el epígrafe siguiente.

En el párrafo segundo, dice que en caso de custodia compartida *(...) se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres (...)* y continúa más adelante *(...) que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.* Es decir, el nuevo Código Aragonés parece que considera que cuando se fija una custodia compartida, ésta requiere de períodos de convivencia con cada uno suficientes. Ello no significa que tenga que ser al 50% los tiempos de estancia, pero tampoco, que sea cual sea el tiempo de convivencia con cada progenitor pueda considerarse que existe una custodia compartida. Refrenda esta idea el Preámbulo del CDFA, en el punto 10 dice: *La custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida.*

En el párrafo tercero, dispone que cuando se fije una custodia exclusiva se fijará un régimen de estancias, pero matiza que *(...) le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.* Primero, decir que parece que autoridad familiar es la denominación que sustituye a la patria potestad del Código Civil, y segundo, que este apartado parece que implica regular un ejercicio conjunto de la autoridad familiar como criterio general.

En su apartado 2, el artículo 80 dice: *El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

a. La edad de los hijos.

b. El arraigo social y familiar de los hijos.

c. La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d. La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

A mi juicio esta es la mayor "innovación" o novedad de las recogidas en el nuevo CDFA, y en comparación con la regulación de la custodia compartida en el artículo 92 CC. En este apartado 2, el artículo 80 CDFA recoge una guarda y custodia compartida de adopción preferente frente a la custodia individual, que únicamente deberá adoptarse en caso de sea más conveniente que la compartida.

En el Preámbulo del CDFA, en el punto 10, dice sobre la custodia compartida como opción preferente lo siguiente: *La presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.*

Respecto de la custodia compartida como opción preferente, Gonzalo Valgañón[1533] explica que no debe eludirse que menos del 10% de los convenios reguladores acuerdan la custodia compartida, por tanto, si en la mayoría de los casos se acuerda la atribución a uno de los progenitores de la custodia, generalmente a la madre, *(...) ¿qué sentido tiene que el Juez deba acordar preferentemente la guarda y custodia compartida? Mal pronóstico tienen esas resoluciones.* Más adelante, afirma que a su juicio no era necesaria la Ley 2/2010, dado que la posibilidad de acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos ya se recogía en el artículo 92.8 CC. Y continúa:

[1533] GONZALO VALGAÑÓN, Altamira, *Aragón: Prevalecen los derechos de los padres sobre los de los hijos,* Revista del Consejo General de la Abogacía Española, Núm. 63, noviembre de 2010, págs. 22 a 24, pág. 24.

Esta Ley de Aragón introduce la inequidad entre los españoles, porque no hay razón de peso para que en esta materia a los aragoneses se les aplique una ley y a los riojanos otra diferente. En Cataluña se han dotado de otra ley al respecto mucho más meditada y ponderada. Por último, reseñar que para la autora la Ley de Aragón incurre en inconstitucionalidad, dado que modifica los artículos 92, 96 y 97 CC, cuando en principio no tiene competencia para ello de conformidad con el artículo 149.1.8 CE y 71 del Estatuto de Autonomía.

Para acordar el tipo de custodia, el artículo 80.2 CDFA especifica que deberá tenerse en cuenta el plan de relaciones familiares que cada progenitor presentará y asimismo atender a una serie de factores:

- Respecto del plan de relaciones familiares: Entiendo se trata de una planificación de cada uno de los progenitores de cómo pretenden poner en práctica la custodia compartida.

Al respecto en la Disposición Adicional Segunda del CDFA, en su punto 3, se recoge como: *La demanda y la reconvención deberán ir acompañadas de un plan de relaciones familiares.* Es llamativo que la Disposición Adicional Segunda aluda a la demanda y a la reconvención como los escritos que deben acompañar un plan de relaciones familiares dado que:

- Parece que el CDFA considera que la custodia compartida requiere para su petición por el demandado de reconvención, dado que en otro caso hubiera aludido a la contestación a la demanda.

- Asimismo, dicho plan de parentalidad hay que hay que acompañarlo a la demanda, tanto si se solicita una custodia compartida, como si se solicita una exclusiva, por tanto, esto supondría que también para solicitar la custodia exclusiva, según dicha disposición adicional, se requeriría reconvención, dado que nada se dice sobre la contestación a la demanda. Esta conclusión considero que no puede estar en la intención del legislador, por tanto, creo que éste en esta Disposición Adicional, está pensando en la petición de la custodia compartida, sin recaer en la consecuencia que supone para la petición de la exclusiva.

También es novedoso este apartado en cuanto a recoger dichos factores a tener en cuenta dado que, tal y como se ha recogido en el cuerpo del presente trabajo, en el artículo 92 CC no se recogen concretas circunstancias que hayan de ser valoradas para acordar o no la custodia compartida. El TS ya se ha postulado, tal y como se analiza en el capítulo dedicado al análisis jurisprudencial, en varias sentencias que resolvían

supuestos de solicitud de custodia compartida, sobre la necesidad de tener en cuenta circunstancias o factores (algunos de ellos concordantes con los recogidos en el presente apartado 2) a fin de acordar o no la custodia compartida.

El apartado 3 del artículo 80 CDFA dice: *Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

Este apartado es prácticamente igual al artículo 92.9 CC, con la diferencia de que en lugar de aludir a "dictamen de especialistas debidamente cualificados" recoge "informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes".

El apartado 4 del artículo 80 CDFA alude al principio de no separación de hermanos, también recogido en el artículo 92.5: *Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.* Sin embargo el Código Aragonés podría parecer que pretende dar mayor relevancia a dicho principio dado que lo recoge en un epígrafe independiente. No obstante, el recogerlo en epígrafe independiente podría deberse a zanjar que dicho principio se aplica tanto a los supuestos consensuales como contenciosos, que, pese a endeble, alguna duda había suscitado en la regulación del artículo 92 CC al recogerlo en su apartado 5 que regula los supuestos de mutuo acuerdo.

El artículo 80 CDFA, en su apartado 5 dice: *La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.*

Con este apartado a mi modo de ver se refuerza la petición en procedimiento contencioso de la custodia compartida. *A priori* podría entenderse que es reiterativo al haber recogido en el apartado 1 que cualquiera de los progenitores puede pedir por separado la guarda y custodia compartida, sin embargo, es posible, y yo considero que podría interpretarse en tal sentido, que el legislador haya querido "poner en cuarentena"

posibles alegaciones respecto de la mala relación de los progenitores, que pretendan evitar la fijación de una custodia compartida.

El apartado 6 del artículo 80 CDFA dice: *No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Este apartado es en su mayoría igual al artículo 92.7 CC, pero tiene diferencias de importancia:

- Impide la atribución de la custodia compartida y de la custodia exclusiva a favor del progenitor "incurso en un proceso penal".

- Resuelve la discusión doctrinal y jurisprudencial que ha supuesto la interpretación del significado de "incurso en un proceso penal" recogiendo la siguiente frase final: *(...) y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.*

Añade la Disposición Adicional Cuarta una cuestión relevante respecto de lo recogido en este artículo: *Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria.*

Por último, sobre este apartado, en el Preámbulo del CDFA, en el punto 10 dice: *Por otra parte, una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.*

1.3.7.- Vivienda y ajuar familiar

Debe destacarse, también de forma comparativa con el artículo 92 CC, que en el CDFA sí se modifican el resto de medidas que vienen directamente afectadas por la

fórmula de custodia adoptada, como la vivienda familiar y la pensión alimenticia, diferenciando si se acuerda una custodia exclusiva o una compartida.

El artículo 81 CDFA[1534] se dedica a la vivienda familiar.

En su apartado 1[1535], el CDFA parece decantarse por una opción similar a la del "interés más necesitado de protección" recogido en el párrafo 3 del artículo 96 CC. En defecto de dichas razones objetivas, se recoge que se decidirá el destino de la vivienda atendiendo al "mejor interés para las relaciones familiares", que entiendo significa que ya no tiene porque atribuirse el uso a alguno de los progenitores, dado que habla el artículo de "destino de la vivienda" (anteriormente se recogía a pie de página la reflexión de González del Pozo sobre esta referencia al "destino de la vivienda"), por tanto podrá suponer acordar la venta, la atribución del uso a favor del propietario o cualquier otra solución. En el Preámbulo del CDFA, en el punto 10 dice al respecto: *En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia.*

En su apartado 2[1536] el artículo 81 recoge la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge custodio en el supuesto de custodia exclusiva, no obstante, pese a que posiblemente no vaya a tener una significativa repercusión en la práctica, sí se diferencia del artículo 96.1 CC en que permite la excepción a dicha norma general: *(...) salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.* Pese a la poca repercusión práctica que creo va a suponer, sí es un reconocimiento expreso de la no omnipotencia del principio de atribución automática e imperativa del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge custodio, y en consecuencia una "grieta" a la casi "impenetrable" regulación que recoge el artículo 96.1 CC, más aún teniendo en cuenta el apartado siguiente del artículo 81 CDFA.

[1534] Este artículo es idéntico al antiguo artículo 7 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1535] Dice el artículo 81.1 CDFA: *En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.*

[1536] En su apartado 2 el artículo 81 CDFA dice: *Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.*

El artículo 81.3[1537] recoge una exigencia de limitación temporal que sí es una novedad sumamente trascendente del nuevo CDFA, dado que a través de este apartado podrá tenerse en cuenta las circunstancias del caso para acordar uno u otro periodo. Ciertamente ningún criterio se estipula a fin de que el Juzgador pueda tener unas "coordenadas" para fijar un tiempo mayor o menor, por tanto, podría quedar vacío de contenido el apartado si se fijarán duraciones tan largas que supusieran atribuciones hasta que los hijos fueran independientes económicamente. Sin embargo, lo recogido en el apartado es claro y habrá de estarse a lo que vayan resolviendo los Juzgados y Tribunales para conocer el alcance del mismo.

El apartado 4[1538] del artículo 81 CDFA plantea una posibilidad más, la venta de la vivienda familiar, que exige el cumplimiento del requisito de la copropiedad de la vivienda y que se considere por el Juez necesaria la venta para las adecuadas relaciones familiares, previsión de desconocido significado o límite. Parece aplicable el apartado tanto a los supuestos de custodia exclusiva y como a la de compartida, lo que puede suponer que se trata de un apartado complementario al 1 y 2 apartado del mismo artículo 81 CDFA. En el Preámbulo del CDFA, en el punto 10[1539] también se alude a esta cuestión: *Una posibilidad que admite el artículo 81 es que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar cuando ello fuera necesario para unas adecuadas relaciones familiares.*

El apartado 5[1540] se refiere al ajuar familiar.

1.3.8.- Gastos de asistencia a los hijos

El artículo 82 CDFA[1541] recoge los gastos de asistencia a los hijos.

[1537] En el artículo 81.3 CDFA dice: *La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.*

[1538] El artículo 81.4 CDFA dice: *Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.*

[1539] El punto 10 del preámbulo se titula "Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo."

[1540] El artículo 81.5 dice: *El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.*

[1541] El artículo 82 CDFA dice: *1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o*

Este artículo consolida expresamente la contribución proporcional de los progenitores a los gastos de sus hijos (apartado 1) y que habrá de tenerse en cuenta para la contribución: Las necesidades de los hijos, los recursos de éstos y los recursos de los padres.

Respecto del apartado 3º, creo que para la complejidad que se deriva de la pensión alimenticia o gastos de asistencia en supuestos de custodia compartida, además de estar regulado el mismo, a mi juicio, de forma poco clara, no zanja ni resuelve los interrogantes que se plantean en la materia, y debe acudirse nuevamente a la interpretación para poder descifrar cuales son las opciones de abono de la pensión alimenticia que pretende el legislador.

En el apartado 4 la novedad se recoge en que los gastos extraordinarios serán abonados en proporción a los recursos económicos disponibles de los progenitores, cuestión que, pese a que en ocasiones se recogía en la práctica, era habitual sufragar los mismos al 50%. Además parece que el artículo no permite discrecionalidad al Juzgador en este punto, dado que habla de "serán sufragados", pareciendo que es imperativa la fijación por el Juzgador del pago de dichos gastos de forma proporcional.

Subraya González Del Pozo[1542] tres cuestiones interesantes comentando el artículo 8 de la Ley 2/2010, que en el CDFA se ha refundido con idéntica redacción en el artículo 82 que nos ocupa:

a) Es el primer texto legal que establece la distinción entre gastos de asistencia a los hijos ordinarios y extraordinarios.

b) Es también el primero que establece un tratamiento jurídico diferenciado para los gastos extraordinarios necesarios y los no necesarios o convenientes.

c) Es el primero que contempla la posibilidad de satisfacer los alimentos en forma distinta al pago periódico de una pensión en dinero[1543].

separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. 4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Este artículo es idéntico al antiguo artículo 8 Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

[1542] GONZÁLEZ DEL POZO, "Comentarios sobre el ámbito…", *op.cit.*.

[1543] Según el autor, el artícuo 8.3 de la Ley 2/2010, actual 83.3 CDFA, en el supuesto de custodia compartida, contempla el legislador de forma implícita que la contribución a los gastos de los menores por cada progenitor *no consista en una obligación pecuniaria o pago de una pensión en dinero a satisfacer periódicamente por uno al otro progenitor, sino en otro tipo de aportación, en especie o in natura, o en la asunción directa frente a los terceros del pago de determinados gastos ordinarios de los hijos.* Mas adelante continúa: *Asignar a los padres la realización compartida o separada de los gastos*

1.3.9.- Disposición Transitoria Sexta

La Disposición Transitoria, titulada "Revisión de convenios reguladores y de medidas judiciales"[1544], supone que puede esgrimirse la modificación legislativa para modificar el convenio regulador aprobado por sentencia en el procedimiento de mutuo acuerdo o la sentencia dictada en el procedimiento contencioso, para solicitar la custodia compartida.

Las consecuencias de esta Disposición Transitoria podría haber sido cuantiosas, sin embargo parece que no lo ha sido tanto.

1.4.- Jurisprudencia

Debido a la reciente aprobación de la Ley 2/2010, y por supuesto del Código del Derecho Foral de Aragón en la que se refunde, apenas hay pronunciamientos de nuestros Juzgados y Tribunales que apliquen los nuevos criterios de la legislación aragonesa. No obstante, se recoge alguna de las sentencias dictadas en la Comunidad

ordinarios de los hijos es tanto como permitir al Juez establecer que determinados gastos ordinarios fijos de los hijos (v. gr., los gastos de escolaridad en sentido amplio) sean satisfechos por uno o por ambos progenitores en la proporción que se fije, o bien distribuir entre ellos el pago de tales gastos ordinarios (el padre los gastos de comedor y transporte escolar; y la madre, los de enseñanza, libros, matrículas y material escolar). Y combinar tal posibilidad con el establecimiento de un pago periódico entre los mismos, recíproco o tan solo de uno a otro. Y concluye afirmando que dicho artículo 8.3 de la Ley 2/2010, en el caso de custodia compartida, permite fijar como modalidad de abono de la pensión alimenticia, cualquiera de las opciones recogidas en las conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009. La Conclusión Novena de este Encuentro recogía lo siguiente: *Novena.- Es obligatorio establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el quantum de la obligación alimenticia. Las formulas para su pago pueden consistir en alguna o algunas de las siguientes: a) Pago reciproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonado por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes. b) Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos. c) Pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos. d) Combinación de cualquiera de las formulas anteriores.*

[1544] La Disposición Transitoria Sexta dice: *1. Las normas de la Sección III del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. 2. La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde el 8 de septiembre de 2010.*

Autónoma de Aragón que aplican la nueva regulación, tales como: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de marzo de 2011[1545], la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 11 enero 2011[1546].

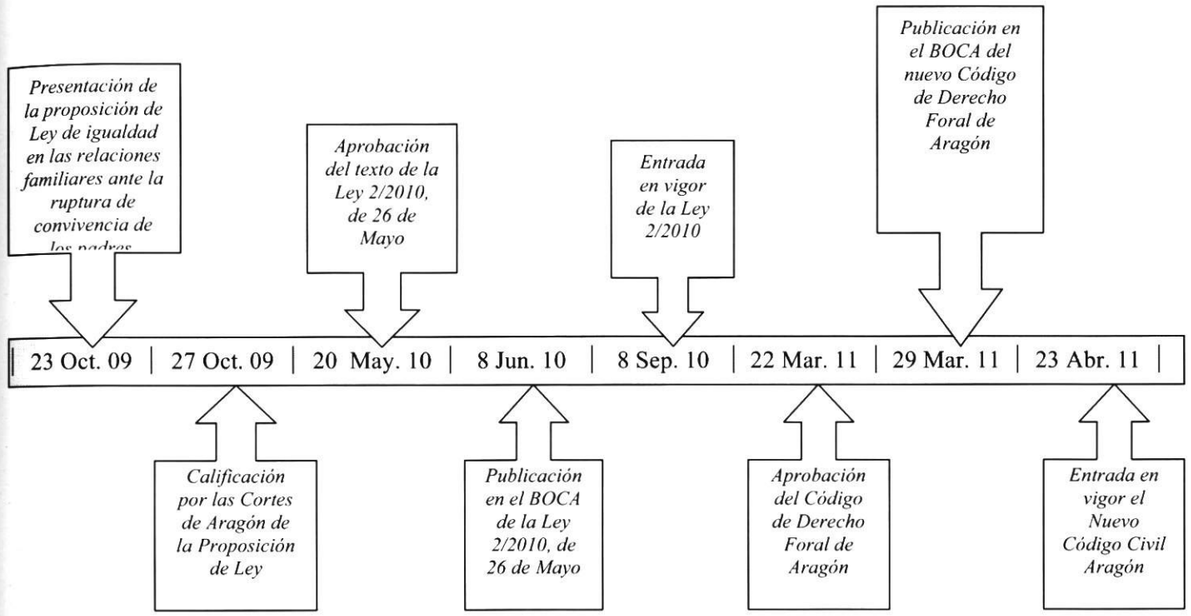
Otros Juzgados y Tribunales de otras Comunidades Autónomas también aluden a la legislación aragonesa en la fundamentación de sus sentencias: La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de 28 de enero de 2011[1547], o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de diciembre de 2010[1548].

[1545] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de marzo de 2011, Sección 2ª, Ponente: María Elia Mata Albert (LA LEY 6259/2011), en su fundamento de derecho cuarto dice: *(...) la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, presidida por el principio básico del interés superior del menor, establece un sistema de preferencia legal por la custodia compartida de los hijos por ambos progenitores (art. 6.2), opción de política legislativa que cede a favor de la custodia individual cuando ésta se estime más conveniente para los mismos. Ello determina la exclusión de la aplicación automática de tal medida, y el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.*

[1546] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 11 de Enero de 2011, Ponente: Fermín Francisco Hernández Gironella (LA LEY 13257/2011) resuelve un recurso de apelación, a una Sentencia de instancia que acordaba la custodia exclusiva materna, que interpone el padre solicitando se establezca un sistema de custodia compartida por ser lo que resulta más conveniente, tanto para el interés del menor como de sus propios progenitores, basándose en lo establecido por la Ley 2/2010, de 26 de Mayo. La primera cuestión que resuelve la Sentencia, en el fundamento de derecho primero, se refiere a que efectivamente, al momento de dictarse la resolución de instancia, la citada Ley 2/2010 no estaba en vigor, sin embargo *(...) no es menos cierto que la Disposición Transitoria Primera de la misma establece que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la presente ley, por lo que, al momento de dictarse la presente resolución se esta en momento hábil para proceder a la revisión de la sentencia con arreglo a los criterios que establece la Ley, sin necesidad de abocar a los litigantes a un nuevo proceso de revisión.* Entrando ya en la discusión sobre la fijación o no de la custodia compartida, en el fundamento de derecho segundo, explica como *(...) hay que partir de que el Art. 6 de la Ley 2/2010 establece como criterio preferente para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores la custodia compartida, que el Juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, atendiendo, además, a los siguientes factores: La edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.* En el fundamento de derecho tercero dice que la Sentencia de instancia sustenta la atribución a la madre de la custodia exclusiva en el informe pericial psicológico, donde se recomienda la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor, *(...) sin embargo hay otros aspectos de dicho informe que merecen ser destacados: en primer lugar, el hecho de que, desde que se produjo la separación "de facto" de los cónyuges, estos han mantenido la custodia del hijo menor en forma compartida (un día con cada progenitor), "demostrando ambos su preocupación por el bienestar del hijo común, existiendo una vinculación afectiva del menor con ambos, siendo muy importante una continuidad como figuras de referencia estables y continuas en la vida del niño"; en segundo lugar, la previsión de que tanto el padre como la madre, no puedan atender en solitario a todas las necesidades del menor, precisando del apoyo de la familia extensa; razones estas que vienen a avalar el establecimiento del criterio legal preferente de la custodia compartida, a lo que no se opone el hecho de que los litigantes no hayan presentado un plan de relaciones familiares.* En definitiva, y en atención a la preferencia establecida por la Ley 2/2010, la Audiencia estima el recurso, revoca la resolución recurrida, y establece una guarda y custodia compartida.

[1547] La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927), que resuelve un caso en el que existen cuatro hijos y se discute si fijar una custodia exclusiva o una compartida, acordando el Juzgado finalmente la guarda y custodia compartida dado que considera que es el régimen que mejor responde a las necesidades de los menores, alude a la legislación de Aragón en su fundamentación del siguiente modo: *(...) resulta lamentable y manifiestamente discriminatoria la actual*

1.5.- Evolución temporal de la legislación de la guarda y custodia compartida en Aragón



situación legislativa que se produce en España, donde coexisten normativas francamente contradictorias, dependiendo en definitiva, de la vecindad civil del justiciable la aplicación de una u otra en relación a la concepción de la guarda y custodia de los hijos. Añade que *(...) las diferencias y desigualdades que se producen son manifiestos y notorios, y que pese a que el legislador siempre pretenda garantizar el interés de los menores, lo cierto es que el patrón escogido del que se va a hacer depender el requisito de idoneidad para el cuidado habitual de los hijos, viene predeterminado por planteamientos ideológicos: unos de carácter trasnochado, que sigue valorando la figura materna como referente de apego principal, y a la figura paterna como referente periférico, y otras que habiendo superado esa mentalidad apuestan por planteamientos de auténtica igualdad y paridad en el cumplimiento de las obligaciones domésticas, siempre que ambos progenitores durante la convivencia familiar hubieran hecho frente común y corresponsable en el compromiso de asumir esas obligaciones, mostrando una idoneidad y predisposición a seguir asumiéndolas al margen de cualquier consideración por razón de sexo. Ese segundo planteamiento y concepción es el que ha prevalecido y del que se han hecho partícipes los Parlamentos Autonómicos de Aragón (Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, BOA Ley 2/2010 de 26 de Mayo) y de Cataluña.*

[1548] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de Diciembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Francisco Salinero Román (LA LEY 259028/2010), mantiene la custodia compartida fijada por la Sentencia de instancia, y entre los argumentos que fundamentan su Sentencia dice: *El motivo debe ser desestimado. El informe del equipo psicosocial aprecia en ambos progenitores capacidades suficientes para ocuparse del cuidado y crianza del menor habiendo participado durante su convivencia en su atención y educación, condiciones en las que manifiestan querer seguirse involucrando. Tales características casan con los principios que deben informar el establecimiento del régimen de custodia compartida basada en el principio de igualdad de los padres para fomentar su corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad familiar distribuyendo de manera igualitaria los roles sociales entre hombres y mujeres como se dice en el Preámbulo de la nueva Ley aragonesa de 2/2010 de 26 de mayo sobre la igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.*

2.- Cataluña

Para comenzar con el estudio de la legislación Catalana sobre guarda y custodia compartida, es necesario encuadrarla dentro del largo proceso de creación de la definitiva Ley 25/2010, de 29 de julio.

2.1.- Proyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 13 de junio de 2006

El 15 de junio de 2006 se publicó en el Boletín Oficial del Parlamento Catalán, el Proyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 13 de junio de 2006[1549] que parece ser que fue retirado por los múltiples errores en los que incurría[1550].

2.2.- Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, de 29 de agosto de 2008

El 3 de septiembre de 2008 se publicó en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya el Edicto, de fecha 29 de agosto de 2008, por el que se somete a información pública el Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[1551].

Marín García de Leonardo[1552] sintetizaba las principales notas del Anteproyecto de Ley de reforma del Código de Familia Catalán en relación con la custodia compartida en los siguientes puntos:

1º.- No exige que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable.

[1549] BOPC, VII legislatura, número 353, 15 de junio de 2006, pág. 53 a 353.
[1550] PÉREZ MAYOR, Adrián, *Notas acerca del anteproyecto de Ley del Código Civil Catalán en materia de familia – Efectos de la ruptura-* en http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/civil/notas-anteproyecto-codigo-civil-catalan-adrian-perez-mayor.
[1551] DOGC, número 5208, 3 de septiembre de 2008, pág. 66508.
[1552] MARÍN, "Consecuencias personales…", *op.cit.*, pág. 99, y concluía la autora: *En definitiva, se pretende superar el esquema clásico de que a la mujer se le venía atribuyendo la guarda y custodia de los hijos y al hombre se le imponía el pago de la prestación de alimentos y un régimen de visitas a los hijos. Se intenta favorecer una mayor implicación del hombre en el cuidado de los hijos, ofreciendo una serie de fórmulas legales que velando por el interés del menor, favorezcan a la vez el desarrollo personal y profesional de la madre. También se pretende acabar con el automatismo que se viene produciendo en los convenios de divorcio respecto de la custodia, la vivienda familiar y el régimen de alimentos.*

2º.- Permite fijar la custodia compartida aunque no exista petición de parte.

3º.- Permite fijarla como medida de carácter preferente cuando no haya acuerdo de los cónyuges.

4º.- El Juez acordará la guarda y custodia compartida o exclusiva atendiendo a los siguientes criterios:

a) Aptitud y capacidad de cada progenitor para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la estabilidad del hijo/a.

b) Los deseos expresados por el hijo mayor de 12 años o menor con suficiente juicio.

c) La viabilidad de la guarda compartida, atendiendo a la ubicación de los domicilios de los progenitores, los horarios y actividades de los menores y de los progenitores, y sus medios económicos.

5º.- El Juez fijará los periodos temporales para cada uno de los progenitores, pudiendo confiar la guarda excepcionalmente a abuelos, parientes u otras personas.

6º.- Recoge el denominado "plan de parentalidad".

Garriga[1553] considera que el anteproyecto configura la guarda conjunta como la fórmula que el Juez debe acordar en caso de falta de acuerdo "con carácter preferente", a excepción de que valore que la guarda exclusiva es más adecuada atendiendo al interés del menor.

Por su parte, Fernández Garrido[1554], refiere respecto del Anteproyecto, en concreto respecto de lo regulado sobre la custodia compartida: *La legislación va en el sentido de intentar alcanzar una igualdad real en muchos terrenos, de la que estamos lejísimos. Y sin embargo en el tema que nos ocupa (la custodia compartida/alterna) se pretende la equiparación, como si estuviéramos en una sociedad utópica, irreal, situación que todos desearíamos disfrutar. Lamentablemente, tan sólo una minoría de los padres (hombres) realmente se hacen cargo de los hijos, compartiendo con su ex mujer el cuidado y educación de los hijos. Y tan sólo un pequeño porcentaje pacta o solicita la custodia compartida. Y de esa pequeña parte que la pide algunos pretenden resultados que nada tienen que ver con el bienestar y las necesidades de los hijos/as (forzar la venta del domicilio familiar, aunque no haya otro al que llevar a los hijos, pactar una pensión baja ante el miedo de la madre a que los hijos no estén bien*

[1553] GARRIGA, "El criterio de la continuidad…", *op.cit.*.
[1554] FERNÁNDEZ – GARRIDO, Montse, *La custodia compartida: Ventajas e inconvenientes,* extraído de www.aeafa.es, págs. 1 – 21, pág. 11.

atendidos si se comparte la custodia, no reclamar pensión compensatoria por el mismo temor (...).

2.3.- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[1555]

Por medio de la Ley 25/2010, de 29 de julio, se ha aprobado el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y la familia, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2011, y que deroga la Ley 9/1998, de 15 julio, del Código de Familia, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Tal y como reseña el Preámbulo, la finalidad de la Ley 25/2010 es aprobar dicho Libro Segundo del CCCat y *(...) construir otra de las partes del nuevo sistema jurídico privado que debe ir completando el Código general.*

La Ley 25/2010 contiene un artículo único que aprueba el Libro Segundo del CCCat, nueve disposiciones adicionales, ocho transitorias, una derogatoria y cinco finales.

El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, está dividido en cuatro títulos, regulando el Título I, la persona física, el Título II, las instituciones de protección de la persona, el Título III, la familia, y el Título IV, las demás relaciones de convivencia.

2.3.1.- Medidas definitivas propuestas por convenio regulador

Las medidas acordadas por los progenitores en un convenio regulador se regulan en el artículo 233-2 que se titula "Medidas definitivas propuestas por convenio regulador", recogido en la Sección Primera del Capítulo III, titulada "Disposiciones generales", y que comento sucintamente:

El primer apartado[1556] del artículo 233-2, no contiene ninguna novedad destacable respecto del artículo 92 CC.

[1555] D.O.G.C., de 5 de agosto de 2010 Núm: 5686, p. 61162-61260.

[1556] Dice el apartado 1: *Si los cónyuges instan de común acuerdo al divorcio, a la separación judicial o a la adopción o modificación de medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, o si lo hace uno de ellos con el consentimiento del otro, deben acompañar el escrito inicial con un convenio regulador.*

En los apartados 2[1557], 3[1558] y 4[1559] del artículo sí pueden destarse algunas cuestiones:

- Se contempla como el convenio regulador deberá contener un plan de parentalidad (se analizará más adelante), de conformidad con lo establecido en el artículo 233-9. Plan que deberá plantearse tanto en los procedimientos contenciosos como en los consensuales.

- La idea de fijar el contenido mínimo del convenio regulador es similar a la del artículo 90 del Código Civil, sin embargo diferencia unas medidas de otras en los epígrafes 2º y 3º. Dicha diferenciación puede plantearse que se debe a:

- Se separan las medidas que obligatoriamente deberá contener el convenio (punto 2º) y las que sólo sí proceden deberá contener (punto 3º). Sin embargo, esta tesis puede quebrar atendiendo al punto c del epígrafe 2º, referente a las relaciones de los abuelos y hermanos, dado que dice que se fijará la medida "si procede", y atendiendo al punto b del epígrafe 3º, dado que cuando menos es discutible que pueda no decirse nada en el convenio regulador sobre la vivienda familiar.

- Parece que al hilo del anterior argumento, se separan las medidas de *ius cogens* y las de derecho dispositivo, sin embargo, atendiendo al punto b del epígrafe 3º, nuevamente tambalea este planteamiento dado que la atribución o distribución de la vivienda familiar existiendo hijos menores de edad, también es más que discutible que no se considere una medida de *ius cogens.*

Sin embargo, es posible que ambas teorías sean válidas, atendiendo a que parece que en el nuevo Libro Segundo, se regula la atribución del uso de la vivienda familiar como una medida que está afectada el principio de rogación, principio que sólo afecta a las medidas dispositivas, tal y como se observa de artículo 233-4.2: *Si alguno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial debe adoptar las medidas pertinentes*

[1557] El artículo 233.2.2 dice: *2. Si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, el convenio regulador debe contener: a) Un plan de parentalidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-9. b) Los alimentos que deben prestarles, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías. c) Si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio.*

[1558] El artículo 233.2.3 dice: *3. Además de lo establecido por el apartado 2, el convenio regulador también debe contener, si procede: a) La prestación compensatoria que se atribuye a uno de los cónyuges, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías. b) La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar. c) La compensación económica por razón de trabajo. d) La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.*

[1559] El artículo 233.2.4 dice: *4. Además de lo establecido por los apartados 2 y 3, en el convenio regulador los cónyuges también pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios.*

respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar, la prestación compensatoria, la compensación económica por razón del trabajo si el régimen económico es el de separación de bienes, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes o en comunidad ordinaria indivisa.

- En el epígrafe 4º se hace alusión a los alimentos a hijos mayores de edad que no tengan recursos económicos propios, cuestión que no se recoge en el artículo 90 CC, lo que obviamente no impide su acuerdo en el convenio regulador.

2.3.2.- Medidas a acordar por el Juez en defecto de pacto

El artículo 233-4[1560], encuadrado en la Sección Primera del Capítulo III, regula el supuesto del procedimiento contencioso.

Ciertamente de este artículo, me sorprende que no se establezca en el punto primero nada sobre el ejercicio de la guarda recogido en el artículo 233-10, sino que debe presentarse el plan de parentalidad. Es cierto que en un procedimiento contencioso de separación o divorcio debe presentarse por las partes el plan de parentalidad, en el que se recogen la forma de ejercicio de la guarda y custodia de los menores, sin embargo, ni en el apartado 1 ni en el 2 de este artículo, que supuestamente recoge las medidas que debe acordar en todo caso y a instancia de parte el juez, se recoge el ejercicio de la guarda lo que considero es una omisión, que se solventa con el artículo 233-10 que sí exige al Juez en su punto 2º determinar la forma de ejercer la guarda en los supuestos contenciosos.

Al igual que en el artículo 233-2, el artículo que nos ocupa separa las medidas de *ius cogens* que el Juez debe adoptar (apartado 1), de las medidas que exigen petición de parte (apartado 2).

[1560] El artículo 233-4 dice: *1. Si un cónyuge solicita la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial sin consentimiento del otro, o si ambos cónyuges no llegan a un acuerdo sobre el contenido del convenio regulador, la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos. Asimismo, la autoridad judicial, a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, puede acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 237-1, y que estos alimentos se mantengan hasta que dichos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos.*
2. Si alguno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial debe adoptar las medidas pertinentes respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar, la prestación compensatoria, la compensación económica por razón del trabajo si el régimen económico es el de separación de bienes, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes o en comunidad ordinaria indivisa.

2.3.3.- Mediación familiar

La Ley 25/2010 también apuesta por la mediación dedicando el artículo 233-6 CCCat, recogido en la Sección Primera del Capítulo III, a su regulación. En este artículo se facilita a los cónyuges el acudir al procedimiento de mediación, pudiendo hacerlo en cualquier momento del procedimiento. También la autoridad judicial *(...) puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, dadas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo* (233-6.3). Podrán las partes solicitar la suspensión del proceso durante la mediación.

2.3.4.- Cuidado de los hijos

En la Sección Segunda, titulada "Cuidado de los hijos", dentro del Capitulo III, del Libro II, se recoge, tal y como su nombre indica, los artículos referentes al cuidado de los hijos.

a) Responsabilidad parental

En el artículo 233.8 titulado "Responsabilidad parental" dice: *1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.*

Tratando de intentar conocer qué puede ser o a qué puede referirse el legislador catalán con "responsabilidad parental" considero lo siguiente: En el nuevo Libro Segundo del CCCat, se manejan respecto de los hijos tres conceptos interrelacionados: La responsabilidad parental, la guarda de los hijos y la potestad parental (capítulo VI). A mi juicio, y atendiendo a lo recogido en los diversos artículos, la guarda puede referirse a la guarda y custodia del CC, la potestad parental puede ser la patria potestad del CC, y la responsabilidad parental puede tratarse de un concepto más genérico y/o

más amplio pero cercano del de potestad parental, atendiendo a la remisión del propio artículo 233-8.1 al 236-17.1. Es decir, el artículo 233-8.1 regula la responsabilidad parental y alude a que la nulidad, divorcio y separación judicial no alteran dicha responsabilidad parental *(...) que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1 (...).* Es decir, el artículo estipula que las responsabilidades de los padres para con los hijos son las recogidas en el artículo 236-17.1, y dicho artículo recoge el contenido de la potestad parental, que se trata de una serie de facultades/deberes que los padres tienen para con sus hijos, en una redacción más amplia pero similar a la del artículo 154 CC.

Sin embargo, el legislador catalán parece, de conformidad con el preámbulo y con la regulación de cada figura en distintos artículos, pretender que las tres sean figuras diferentes, de conformidad con lo siguiente:

- Se regulan en artículos diferentes.

- En el préambulo, el legislador reseña como la autoridad judicial deberá acordar en el procedimiento contencioso *(...) cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor (...),* es decir parece que la guarda sería parte de la responsabilidad parental (no obstante, ya en el artículo 236.17 se habla como derecho/deber el de convivir con los hijos, que sería el mismo que el de "tenerlos en su compañía" del artículo 154 CC, por tanto también estaría la guarda y custodia dentro de la potestad parental). Y más adelante también en el preámbulo dice: *El capítulo VI tiene por objeto la potestad parental, que es uno de los elementos integrantes de las responsabilidades parentales que los progenitores asumen como resultado del vínculo de filiación.*

Por tanto, el legislador catalán considera la responsabilidad parental como un concepto más amplio que la potestad parental, desconozco en que cuestiones concretas, que en principio engloba la potestad parental y la guarda. Quizá la responsabilidad parental sea un concepto que engloba todas las responsabilidades derivadas de la filiación, que tal y como se ha expuesto en el capítulo de este trabajo dedicado al concepto, es un concepto más amplio que el de patria potestad.

Sobre que *(...) estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente (...)*, contemplado en la parte final del apartado 1 del artículo 233-8, tiene una repercusión sumamente importante, si consideramos incluídos en el concepto de la responsabilidad parental a la potestad parental y a la guarda y custodia, en ambas medidas:

Respecto de la potestad parental (que en principio sería lo más parecido a la patria potestad del CC); se comentará el alcance de esta afirmación en el comentario a los artículos del Capítulo IV, sin embargo adelanto, que esta afirmación es sumamente relevante para zanjar la polémica existente en el CC respecto del ejercicio conjunto o individual de la patria potestad como norma general. En este artículo se sienta que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental será la regla general, por tanto, es coherente que el ejercicio de la potestad parental conjunto también sea la regla general.

En relación a la guarda; también supone que si se engloba la guarda dentro de la responsabilidad parental, y ésta como norma general es compartida, la guarda también tendrá, en coherencia, carácter compartido. No obstante, esta cuestión se reiterara cuando se analice el ejercicio de la guarda.

En el punto 2º se alude a la exigencia de los progenitores de presentar sus propuestas respecto de la responsabilidad parental en el plan de parentalidad. Y en el punto 3º alude a la prioridad del interés del menor al decidir el Juez sobre la responsabilidad parental.

b) Plan de parentalidad

El plan de parentalidad se regula en el artículo 233-9[1561]. Se refiere también al plan de parentalidad el preámbulo[1562] de la Ley 25/2010.

[1561] El artículo 233-9 dice: *1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. 2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos. 3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.*

[1562] Sobre el plan de parentalidad en el Preámbulo de la Ley 25/2010 se recoge como toda propuesta sobre responsabilidad parental sobre los hijos en los supuestos de separación o divorcio, debe incorporarse al procedimiento en forma de plan de parentalidad, que según el preámbulo es: *(...) un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es*

El plan de parentalidad deberá plantearse tanto en los supuestos de mutuo acuerdo, integrado en el convenio regulador, como en las demandas contenciosas, entiendo que integrado en la misma demanda, y quizá además de en los hechos, en el propio Suplico de forma sintética.

Dicho plan deberá contener todas las cuestiones recogidas en el artículo 233.9.2 CCCat.

Respecto al plan de parentalidad, Tamborero[1563] considera que lo que el legislador pretende con el plan de parentalidad *(...) es evitar la multiplicidad de problemas que hasta este momento llenaban los juzgados de ejecuciones sin fin, por razón de la falta de diálogo entre los progenitores, pero que sin embargo, en la mayoría de convenios ya se incluían para evitar los posibles conflictos interpersonales.* Y continúa explicando como a la hora de redactar un convenio y también en el caso de una demanda contenciosa, *(...) se deberán exponer y proponer todos estos puntos, los cuales, en su mayoría no plantearán excesivos problemas, si bien la misión del Juzgador será incluir de una forma bien clara en su resolución todos estos extremos, por cuanto en definitiva, y para el futuro, le va a evitar los mil y un problemas (...).*

Al hilo de esta cuestión, Maza Domingo[1564] opina respecto del plan de parentalidad, que *(...) puede ser fácilmente predecible que la exhaustiva pormenorización de la norma pueda, entre otras cosas, tener un efecto contrario y conducir a una disminución de los procedimientos de mutuo acuerdo, si deben contener el plan (...),* dado que los progenitores deberán coincidir en muchos extremos, cuando ya están enfrentados por las medidas más importantes. De igual modo considera predecible que en los procedimientos contenciosos *(...) dicha exhaustividad pueda hacer mucho más difícil tanto su conversión en un procedimiento de mutuo acuerdo como arduo y dificultoso el desarrollo del juicio y reglamentista la propia resolución judicial, avanzando y multiplicando, a la postre, conflictos donde no los había, visto el*

de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.

[1563] TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón, *Guarda y custodia. Plan de parentalidad,* en PÉREZ MARTÍN y otros, *La nueva regulación del derecho de familia, Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,* AEAFA, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 145.

[1564] MAZA DOMINGO, Jorge, *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia (II)*, Boletín de Derecho de Familia, Año XI, número 112, mayo 2011, EDO 2011/17478, pág. 3.

escaso número de procedimientos que hasta ahora se instaban para dirimir controversias en el ejercicio de la patria potestad.

c) Ejercicio de la guarda. Discrepancia sobre la guarda y custodia compartida

Los artículos 233-10 y 233-11 regulan la guarda. El 233-10 se titula "Ejercicio de la guarda" y consta de cuatro apartados:

El primero de ellos dice: *1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.* El punto primero alude al procedimiento de mutuo acuerdo, manteniendo la preeminencia de lo acordado por los progenitores, pero excepcionando, como no podía de ser de otro modo, la aprobación de lo acordado por los progenitores en el supuesto de que "resulte perjudicial para los hijos".

En el apartado segundo se prevé la guarda y custodia en los supuestos contenciosos; dice así: *2. La 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.*

Por mi parte considero que, pese a lo confuso de la redacción del punto 2º del artículo 233-10, el legislador Catalán plantea un sistema en el que la guarda y custodia compartida y la exclusiva, a nivel de exigencias o requisitos jurídicos, se encuentran en igualdad de condiciones, pero se atisba una "tendencia favorable" a la custodia compartida por las siguientes razones:

- Tal y como he referido en el comentario al artículo 233-8.1, la responsabilidad parental parece que es una figura más amplia que la de la potestad parental, que puede englobar la potestad parental y la guarda, por tanto, aunque forzadamente, con el 233-8.1 podría entenderse que el legislador muestra su tendencia a favor de una custodia compartida. Esta lectura parece que puede venir ratificada por lo dispuesto en el 233-10, cuando alude a que el Juez determinará la forma de ejercer la guarda *(...) ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1.*

- Asimismo creo que esta "tendencia favorable" del legislador por la custodia

compartida, también se atisba en la parte final del artículo 233-10.2: *Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.* Es decir, pese a que el Juzgador puede acordar la custodia exclusiva, también es cierto que la forma de redactar esta última parte, "Sin embargo", a mi juicio parece recoger la formulación de una excepción a la regla general.

- También del preámbulo parece atisbarse tibiamente la voluntad del legislador: *La segunda novedad es que se 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 este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.*

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores.

Pese a esa posible "tendencia favorable" que puede dimanar de los aludidos artículos, lo cierto es que a mi modo de ver, de forma práctica, poca repercusión práctica tendrá a efectos de tratar de lograr la custodia compartida en procedimiento contencioso, excepto que jurisprudencialmente comiencen a interpretarse estos artículos en sentido de que la custodia compartida es la opción principal.

Sobre la regulación de la guarda compartida en el nuevo Libro II del CCCat, algunos autores opinan lo siguiente:

Para Maza Domingo[1565] y aludiendo a nueva regulación de la guarda tras la Ley 25/2010, considera que *(...) es harto sabido que el camino escogido nada tiene que ver con el régimen de custodia compartida establecido en el art. 6 de la Ley de Custodia Compartida de Aragón (...).*

[1565] MAZA DOMINGO, Jorge, *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia (II)*, Boletín de Derecho de Familia, Año XI, número 112, mayo 2011, EDO 2011/17478, pág. 3.

Forcada Miranda[1566] tras analizar la custodia compartida en la Ley 2/2010 de Aragón, afirma respecto de la Ley 25/2010: *(...) no sigue esta línea y opta de manera preferente, pero no discriminada, por la guarda conjunta.*

Tamborero[1567] opina respecto del resultado decepcionante de la Ley atendiendo a la mayor cobertura que se había dado a la custodia compartida en los anteproyectos y proyectos. El autor considera que *(...) el legislador ha tenido miedo, que no se ha atrevido a dar un paso de tanta importancia, y por eso, el análisis del Art. 233.10, nos deja con un sabor de boca ciertamente agridulce.* Respecto de este artículo continúa, que existen algunos autores que plantean que el legislador regula una custodia compartida o alternativa general, *ya que al remitir al carácter conjunto de las responsabilidades establecidas en el Art. 233.8.1, podría estar refiriéndose a que deba ser compartida también esa guarda.* Sin embargo, el autor no opina así, considera que la ley en caso de discrepancia establece que *(...) el Juez acuerda lo que considera más adecuado para el caso que tenga en sus manos, pero sin preferencias de guarda compartida ni monoparental. En otras palabras, nos hemos quedado como estábamos antes de la Ley.* No obstante, ya en las conclusiones de su trabajo, sí considera que puede constatarse *(...) una cierta preferencia del legislador catalán hacia el sistema de guarda compartida, a tenor del redactado del Art. 233.8.1, en relación con el Art. 233.10.2...* Y concluye que la redacción dada *(...) contiene sin duda una preferncia del régimen de guarda compartida sobre la individual o parental que solo tendrá cabida cuando lo exija el interés superior del menor, de manera que solo el tiempo, la jurisprudencia y la propia Sociedad, nos dará una auténtica visión realista del alcance de la reforma.*

Por último, Soriano Martínez[1568] afirma que la Ley 25/2010, a diferencia de la aragonesa, *(...) no establece de forma expresa la prioridad de la custodia compartida, pero puede deducirse esta intención de la redacción de este artículo, que parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, así como del resto del articulado.*

[1566] FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, *El derecho de familia del código civil catalán –ley 15/2010 de 29 de julio- y ley 2/2010, de 26 de mayo, de las cortes de aragón, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable,* en PÉREZ MARTÍN y otros, *La nueva regulación..., op.cit.*, pág. 73.

[1567] TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón, *Guarda y custodia. Plan de parentalidad,* en PÉREZ MARTÍN y otros, *La nueva regulación..., op.cit.*, pág. 145.

[1568] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

Las pocas sentencias que han resuelto aplicando la nueva regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 25/2010, parecen decantarse por erigir la compartida como la fórmula preferente de guarda:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 10 Mar. 2011[1569] dice: *(...) tanto la nueva legislación como ya anteriormente la doctrina jurisprudencial del TSJC realizan una apuesta clara y decidida por la custodia compartida y por la adopción de soluciones judiciales similares a las que se vienen propiciando por las legislaciones extranjeras de nuestro entorno (STSJC de 3-3-2010).* Sin embargo suaviza esta afirmación en la parte final de fundamento de derecho: *Por tanto, el criterio preferente sigue siendo el interés superior de los hijos, procurándose la implantación de la guarda y custodia compartida cuando resulte beneficiosa para los menores, de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra, pues es el interés del menor el criterio preferente.*

El Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Barcelona de 5 abril de 2011[1570], por su parte dice tras recoger el artículo 233-10: *No consagra el anterior precepto la guarda y custodia monoparental como única posible, sino todo lo contrario, el régimen preferente es el de custodia compartida por tratarse del régimen que en mayor medida permite atender al "carácter conjunto de las responsabilidades parentales". Sólo cuando la guarda y custodia monoparental sea el régimen que "conviene más al interés del hijo" deberá acordarse.*

Refrenda la idea de que no existe una fórmula de guarda preferente (aunque sí creo, tal y como he referido, que del articulado dimana una tendencia favorable a favor de la custodia compartida) el artículo siguiente, el 233-11[1571], titulado "Criterios para

[1569] Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 10 Marzo de 2011, Sección 2ª, Ponente: Doña Ana Cristina Sainz Pereda (LA LEY 49000/2011).

[1570] Auto del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Barcelona de 5 Abril de 2011, Ponente: Don Albert Ejarque Pavía (LA LEY 10311/2011).

[1571] El artículo 233-11 dice: *1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares. b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad. c) 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. d) 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. e) La opinión expresada por los hijos. f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.*

determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda".

Esto criterios están para ser analizados y determinar el Juzgador cual es el sistema más adecuado de guarda: la guarda compartida o la exclusiva. La legislación Catalana utiliza la fórmula de recoger criterios a fin de fijar el tipo de guarda, tal y como el TS viene posicionándose en sus sentencias posteriores a la Ley 15/2005 y referentes a la custodia compartida, tal y como se ha desarrollado en el capítulo de análisis jurisprudencial.

En el punto segundo del presente artículo se reitera el principio de no separación de hermanos como norma general.

Por último, en el apartado 3[1572], y al hilo de lo dispuesto en el artículo 92.7 CC, se recogen los supuestos en los que no se puede atribuir a uno de los progenitores la guarda, ni la guarda y custodia compartida.

2.3.5.- Vivienda familiar

Los aspectos referentes a la vivienda familiar se regulan en los artículos 233-20 a 233-25 CCCat. Las reglas recogidas en dichos artículos que más afectan a la custodia compartida, en mi opinión, respecto de la vivienda familiar son:

- En los supuestos contenciosos, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar *(...) preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.* (art. 233-20.2 CCCat). Sin embargo, matiza en el artículo 233.20.3, que no obstante lo establecido en el apartado 2, *(...) la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores, b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad, c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.* Y en el punto 4º del artículo 233-20, permitirá excepcionalmente que la autoridad judicial atribuya el uso al cónyuge no custodio "si es el más necesitado de protección" y el cónyuge custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la

[1572] El artículo 233-11.3 dice: *En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.*

de los hijos.

- En el punto 5 del artículo 233-20 CCCat se recoge como la atribución del uso de los apartados 3 y 4 del mismo artículo "deberá hacerse con carácter temporal", y será susceptible de prórroga, "si se mantienen las circunstancias que la motivaron". Esta prorroga deberá solicitarse 6 meses antes, por medio del procedimiento de modificación de medidas.
- En el punto 6 del artículo 233-20 CCCat, se recoge como el Juez puede sustituir el uso de la vivienda familiar por la de otras residencias.
- Y en el 7, recoge una cuestión ya consolidada a nivel doctrinal y jurisprudencial, pero de muy relevante constatación, que es considerar la atribución del uso del cónyuge no beneficiario, en caso de que éste sea en todo o en parte propietario, como una contribución en especie a los alimentos y a la prestación compensatoria en su caso.

Por su parte, el artículo 233-21 complementa el artículo anterior, recogiendo la "exclusión o límites de la atribución del uso de la vivienda". El artículo recoge como la autoridad judicial podrá excluir, a instancia de parte, la atribución del uso: En caso de medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda del cónyuge que sería beneficiario, y en caso de que el cónyuge que debería ceder el uso pudiera asumir y garantizar la pensión alimenticia, y en su caso la compensatoria, en cuantía suficiente para cubrir las necesidades de vivienda.

2.3.6.- Convivencia estable en pareja

Simplemente aludir como en el Capítulo IV del Libro Segundo del CCCat, se regula la convivencia estable en pareja, y testimonialmente se recoge como se equipara las parejas al matrimonio en relación con la guarda y custodia, como en mi opinión no podía ser de otro modo.

2.3.7.- Potestad Parental

Se regula la potestad parental en el Capítulo VI del Libro Segundo del CCCat.

Tal y como he adelantado al analizar la responsabilidad parental, a mi juicio la potestad parental, con la figura del Código Civil que más puede equipararse o asimilarse es con la patria potestad del CC.

El CCCat, al igual que en el CC en la patria potestad, diferencia la titularidad y el ejercicio de la potestad parental. En el artículo 236-1 recoge la titularidad conjunta de dicha potestad parental, cuestión que no novedosa. Sin embargo, en el artículo 236.8, se recoge como los progenitores *(...) ejercen la potestad parental respecto a los hijos conjuntamente (...)*, es decir, la norma general es indiscutible que será el ejercicio conjunto de la potestad parental. Esta previsión del CCCat sí que supone zanjar en la legislación Catalana una discusión existente en nuestro CC: Tal y como se ha desarrollado en el apartado del presente trabajo dedicado al "concepto", en el Código Civil sí ha existido discrepancia respecto a si el ejercicio exclusivo o conjunto de la patria potestad es la norma general (156.5 y 92 CC etc…). Por tanto el legislador catalán zanja en este artículo lo referente al ejercicio de la potestad parental (en coherencia con lo que se recogía también para la responsabilidad parental), planteando el ejercicio conjunto como norma general, en coherencia con la actual postura doctrinal, y practica de los Juzgados y Tribunales generalizada. El desarrollo de esta norma general se recoge en los artículos siguientes, con determinaciones importantes.

Alude a la potestad parental Forcada Miranda[1573], que explica como la Ley 25/2010 *(...) no utiliza ya el término custodia ni el de patria potestad, pero acuña la nueva expresión relativa a la potestad parental, que bien parece una mezcla del concepto internacional de la responsabilidad parental y de la patria potestad propia del derecho común (...).*

2.3.8.- Disposición Transitoria Tercera

En la Disposición Transitoria Tercera, en su primer y segundo punto, recoge la irretroactividad de la Ley 25/2005. Sin embargo, en el punto tercero, aludiendo al segundo, reseña que podrá solicitarse una revisión de las medidas adoptadas *(...) con relación al cuidado y guarda de los hijos comunes (...) de acuerdo con lo establecido por los artículos 233-10 (...)*, debiendo tramitarse la revisión por el procedimiento de modificación de medidas. Por tanto, no alcanzo a prever la interpretación que podrá darse a dicho punto tercero de la disposición transitoria en cuanto a la petición de custodias compartidas en procedimientos de modificación de medidas.

[1573] FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, *El derecho de familia del código civil catalán –ley 15/2010 de 29 de julio- y ley 2/2010, de 26 de mayo, de las cortes de aragón, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable,* en PÉREZ MARTÍN y otros, *La nueva regulación..., op.cit.*, pág. 89.

2.4.- Jurisprudencia

Con anterioridad a la Ley 25/2010 ya se otorgaban guardas y custodias compartidas, sentando de forma mayoritaria la no aplicación del artículo 92 CC, y por tanto la no exigibilidad de sus difícilmente soslayables requisitos (92.8 CC), y sí la legislación catalana del momento. Como ejemplo de lo planteado, se encuentra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008[1574], que pese a mantener la custodia exclusiva fijada en primera instancia tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia, argumenta como: *De todas formas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.2, 14.1 y 107.2 C.C., teniendo en cuenta que la vecindad civil de las partes del presente procedimiento es la catalana, no hubiera sido posible tampoco atribuirle ninguna virtualidad en la cuestión debatida en el recurso al precepto del Código civil citado como infringido (art. 92.8 C.C.), ni siquiera al amparo del art. 111-5 C.C.Cat., puesto que si bien es cierto que en dicho precepto de Derecho civil común se contiene una concreción de la regla universal relativa al interés superior de los hijos, que rige en materia de guarda y custodia y de otros efectos de la nulidad, de la separación y del divorcio, como norma de resolución de conflictos familiares, también lo es que ya existe en nuestro propio sistema normativo de familia una concreción de dicha regla suficientemente respetuosa con el correspondiente precepto constitucional (art. 39 CE) y con las normas y convenciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos el Niño de 1989, Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de 27 noviembre, etc.): el art. 82.2 CF, con base en el cual, en relación según los casos con los arts. 76.1.a), 78.1 y 79.2 CF, ha sido posible y sigue siéndolo disponer la guarda y custodia "compartida ", sin atenerse a los requisitos establecidos en el art. 92 C.C. reformado por la ley 15/2005, de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (véase la STC 4/2001 de 15 enero).* Continuando en la misma línea argumentativa, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de septiembre de 2008[1575].

[1574] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 31 de julio de 2008, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2009/643).

[1575] La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 5 de septiembre de 2008, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (RJ 2009/1449), que mantiene la custodia exclusiva fijada en primera instancia y no revocada en apelación dice: *Centrada así la problemática del*

Las Audiencias Provinciales han seguido la postura fijada por el TSJC en las sentencias reseñadas anteriormente. Entre ellas, pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2009[1576] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009[1577].

Ya con la nueva Ley 25/2010 aprobada, pero aún sin entrar en vigor, comenzaron las Audiencias Provinciales ha referirse al texto de los artículos de la misma; pueden señalarse sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010[1578] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 10 de marzo de 2011[1579].

presente recurso de casación, es de reseñar, ante todo y desde un prisma genérico, al referirse la recurrente al artículo 92 del Código Civil, tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 18 de julio –cuando hace mención a los efectos de la guarda y custodia compartida-, que tal disposicion no podría ser recurrible ante este TSJ, al tratarse de una norma propia y específica al Derecho civil común. Y continúa la Sentencia con la misma fundamentación recogida en la Sentencia anterior, que no se reproduce para evitar reiteraciones innecesarias.

[1576] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 166436/2009), que resuelve un recurso de apelación a un procedimiento de modificación de medidas en el que se solicitaba la fijación de una custodia compartida en lugar de la exclusiva existente, decidiéndose por la compartida; dice: *Respecto de la custodia compartida la sentencia parte del régimen introducido en el CC por la reforma de su artículo 92 por la Ley 15/2005, de 8 de julio, régimen invocado por la demanda y mantenido en la apelación, que también se ampare en la sentencia del TSJC de 31 de julio de 2008, fundamentación que conduce a la puntualización contenida en la referida resolución, que rechaza la aplicación del artículo del CC cuando se trata de personas que, por su vecindad civil catalana, tienen un régimen propio que regula la institución, y así la referida sentencia señala respecto del artículo 92 del CC que (...),* reproduciendo la fundamentación de la Sentencia recogida anteriormente.

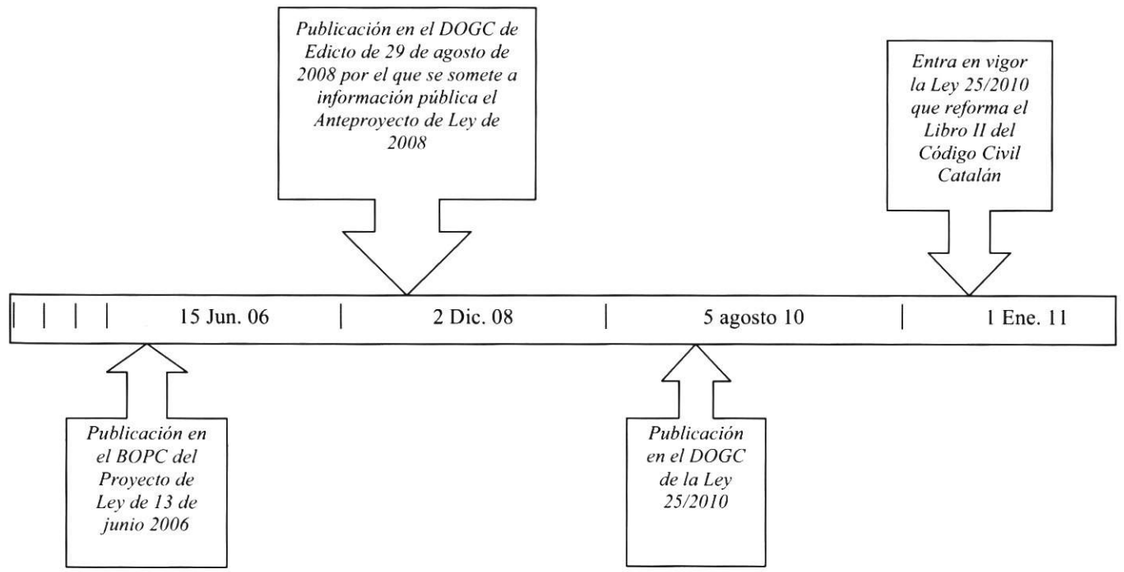
[1577] En similares términos se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EUDER 271716/2009), en la que se modifica de exclusiva a compartida la custodia del menor, apela la madre la Sentencia, y la Audiencia confirma la custodia compartida, con, entre otros, el siguiente fundamento: *Dicho argumento impugnatorio debe ser rechazado porque lo cierto es que no existe obstáculo legal para poder acordar una guarda y custodia compartida en Catalunya sin necesidad de atenerse a los requisitos establecidos en el art. 92 del Código Civil, reformado por la Ley 15/2005 de 8 de julio, pues existiendo en nuestro sistema normativo de familia de Cataluña, con pleno respeto al correspondiente precepto constitucional (art.39 CE) y a las normas y convenciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Reglamento (CE) nº 2001/2003, de 27 de noviembre, etc.), el art. 82.2 del Codi de Família, en relación según los casos, con los arts. 76.1a), 78.1 y 79.2 del mismo Codi sustantivo catalán, ha sido posible y sigue siéndolo acordar la guarda y custodia compartida, sin atenerse a los requisitos establecidos en el art. 92 del Código Civil, reformado por la Ley 15/2005, de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada de la nueva regulación (vide. sentencia del TC 4/2001 de 15 de enero). Este criterio que constituye jurisprudencia consolidada del TSJ de Catalunya en sentencias de 31 de julio y 5 de septiembre de 2008 (...).*

[1578] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530) dice: *El Libro segundo del CCC aprobado por Llei 25/2010 de 29 de julio, sí establece en su artículo 233-11 los criterios que deben valorarse y si bien dicha normativa no ha entrado en vigor y en consecuencia no resulta aplicable al supuesto de autos, si puede ser objeto de consideración como orientativa. Así los criterios establecidos son los siguientes: (...).* Tras recoger textualmente los criterios (a) al g)) regulados en el artículo 233-11 CCCat, continúa la Sentencia: *Tal como se señaló en la sentencia antes referida de 11 de marzo de este año, debe igualmente concluirse que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la*

Ya aplicando el nuevo Libro II del CCCat, tras la Ley 25/2010, el Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Barcelona de 5 abril de 2011[1580], en el que se acuerda una custodia unilateral materna, dice: *El art. 233-10 párrafo segundo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia dispone que "La 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".*

No consagra el anterior precepto la guarda y custodia monoparental como única posible, sino todo lo contrario, el régimen preferente es el de custodia compartida por tratarse del régimen que en mayor medida permite atender al "carácter conjunto de las responsabilidades parentales". Sólo cuando la guarda y custodia monoparental sea el régimen que "conviene más al interés del hijo" deberá acordarse.

2.5.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Cataluña



menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo mas similar posible, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos.

[1579] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 10 marzo de 2011, Sección 2ª, Ponente: Doña Ana Cristina Sainz Pereda (LA LEY 49000/2011), cuando se resuelve el recurso ya ha entrado en vigor la Ley 25/2010, sin embargo, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera -1 no es de aplicación la nueva normativa a la resolución del recurso. No obstante, se alude en la Sentencia a la nueva regulación. En este asunto, en primera instancia se acuerda la custodia exclusiva a favor de la madre, y la Audiencia Provincial estima el recurso del padre y acuerda una custodia compartida con una alternancia mensual: *Aunque en esta alzada no se reproduce expresamente la controversia planteada en primera instancia (especialmente por el Ministerio Fiscal) en cuanto a la aplicación o no de los requisitos que establece el art. 92 C.C. para poder acordar el régimen de custodia compartida, no está de más destacar que según criterio pacífico del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencias 29/2008, de 31 de julio, 31/2008, de 5 de septiembre 24/2009, de 25 de junio, 9/2010, de 3 de marzo y 10 /2010, de 8 de marzo, entre las más recientes) dicho precepto no es de aplicación en territorio de Derecho Civil catalán, en el que con arreglo a lo previsto en el art. 111-5 C.C.Cat. rige en esta materia lo dispuesto en el art. 82.2 C.F. en relación con el 76.1.a) del mismo cuerpo legal, conforme a los que ha sido posible y sigue siéndolo disponer, aún sin acuerdo, la guarda y custodia compartida, ponderando en su aplicación las circunstancias de cada caso atenientes a la cuestión. A lo anterior cabe añadir que, en cualquier caso, durante la sustanciación del recurso ha entrado en vigor (desde el 1-1-2011) el Libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (Llei 25/2010, de 29 de julio) de modo que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera -1 ha de estarse en el presente caso a la normativa vigente en el momento de iniciarse el procedimiento matrimonial; No obstante, ello no sería obstáculo -en caso de sentencia firme- para poder acordar la revisión de las medidas acordadas en relación con el cuidado y la guarda de los hijos, según lo dispuesto en el apartado 3 de esa misma Disposición Transitoria Tercera. Y en este sentido ha de destacarse que tal como indica la Exposición de Motivos de la referida Ley 25/2010 una de las dos novedades de esta ley en lo que se refiere a la responsabilidad de los progenitores sobre los hijos con ocasión de la separación o divorcio es ".... que se 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. (....)* Continúa reproduciendo varios de los párrafos siguientes al recogido de la exposición de motivos de la Ley 25/2010, y en los párrafos siguientes recoge la doctrina del TSJC y de la AP de Barcelona anteriores a la entrada en vigor de la Ley 25/2010 sobre los ventajas de adoptar la custodia compartida y concluye el fundamento de derecho: *De lo anterior se deriva que tanto la nueva legislación como ya anteriormente la doctrina jurisprudencial del TSJC realizan una apuesta clara y decidida por la custodia compartida y por la adopción de soluciones judiciales similares a las que se vienen propiciando por las legislaciones extranjeras de nuestro entorno (STSJC de 3-3-2010).*

[1580] Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Barcelona de 5 Abril de 2011, Ponente: Don Albert Ejarque Pavía (LA LEY 10311/2011).

3.- Navarra

En Navarra también han legislado sobre la materia que nos ocupa, con el resultado que se expone en las páginas siguientes.

3.1.- Proposición de Ley Foral sobre custodia compartida[1581]

La Proposición de Ley Foral sobre custodia compartida presentada por Doña Ana Figueras Castellano, de Izquierda Unida de Navarra (IUN), fue publicada en el BOPN el 8 de junio de 2010.

En dicha proposición se recogía, en su artículo 5.2[1582], la guarda y custodia compartida como fórmula preferente.

Sin embargo, los grupos parlamentarios presentaron en el parlamento de Navarra múltiples enmiendas a dicha Proposición de Ley[1583]. En concreto Convergencia de Demócratas Navarros (CDN) presentaron 14 enmiendas, Nafarroa Bai (NafBai) presentó 30 enmiendas y UPN (Unión del Pueblo Navarro) y SPN (Socialistas del Pueblo Navarro) presentaron 11 enmiendas.

Tras las enmiendas planteadas, en lo concerniente a la guarda y custodia compartida el texto final de la Ley quedó cualitativamente reducido, dado que de la custodia compartida preferente propuesta en la proposición de la Ley, finalizó en la definitiva Ley regulando una custodia compartida y una exclusiva en igualdad de condiciones. Ejemplo claro del sustancial cambio en la Ley es el propio cambio de título, también derivado de las enmiendas presentadas, pasando de ser *Proposición de Ley Foral sobre custodia compartida*, a *Ley Foral 3/2011, de 17 de Marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*[1584].

[1581] BOPN, VII Legislatura, número 64, de 8 de junio de 2010.

[1582] El artículo 5.2 decía: *El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

[1583] BOPN, VII Legislatura, número 13, de 21 de febrero de 2011.

[1584] Al hilo de la modificación de calado de la Proposición de Ley tras la enmiendas presentadas, y la definitiva Ley 3/2011 resultante, la Asociación Navarra de Madres y Padres Divorciados (ANAPASE), emitió un comunicado de prensa después de la votación en el pleno de la Ley el 11 de marzo de 2011, en el que criticaban la Ley aprobada, en http://anapase.blogspot.com/2011/03/comunicado-de-prensa-

3.2.- Ley Foral 3/2011, de 17 de Marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres[1585]

La Ley fue aprobada por el pleno del Parlamento el día 10 de marzo de 2011, con los votos a favor del GP UPN y del GP SPN, y con los votos en contra del GP NafBai y IUN-NEB, y la abstención de CDN.

El 28 de marzo de 2011, se publicó en el BON, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Posteriormente fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 12 de Abril de 2011[1586].

La Ley consta de la exposición de motivos, tres Capítulos, con un artículo en cada uno, es decir, la Ley tiene tres artículos, una Disposición Adicional Única, y tres Disposiciones Finales.

3.2.1.- Objeto y finalidad de la Ley

En el artículo 1.1 de la Ley 3/2011 se recoge el objeto de la Ley Foral y en el apartado 2 del mismo artículo 1 se recoge la finalidad de la Ley. En este apartado segundo se alude al interés de los menores, y asimismo a la "igualdad de los progenitores", siendo llamativa esta referencia dado que razonablemente puede entenderse como un "guiño" a la custodia compartida.

3.2.2.- Mediación familiar

despues-de-la.html. ANAPASE consideraba, en el comunicado de prensa, que PSN y UPN *(...) no han escuchado a a las asociaciones Navarras que piden la custodia compartida como modelo preferente, ni a los partidos que la impulsan IU, CDN, NAFARROA BAI, sino que han profundizado en la desigualdad, manteniendo la custodia monoparental como hasta ahora obligatoria, alejando a los progenitores no custodios de su responsabilidad parental y a los menores de su derecho a ser atendidos, cuidados y educados por ambos progenitores. Navarra con los votos de PSN y UPN ha perdido la oportunidad de ser una sociedad más justa e igualitaria, una sociedad moderna que demandan las familias del siglo XXI. Han aprobado: 1º- Una ley que no sirve para nada; 2º- Una ley de corto recorrido pues debe ser modificada en un año; 3º- Una ley que discrimina a Navarra y a los/las navarras; 4º- Sin los apoyos políticos y sociales necesarios; 5º- Subordinando los intereses de los menores y del avance de la igualdad en Navarra a otros de tipo político y de presiones profesionales e ideológicas.*

[1585] BON, núm. 60, de 28 de marzo de 2011, pág. 4998.

[1586] BOE, núm. 87, de 12 de abril de 2011, pág. 3753.

Al igual que en las Leyes de Aragón y Cataluña, se recoge un artículo completo, el artículo 2 de la Ley 3/2011, dedicado a la mediación familiar, consolidándose la apuesta que toda las leyes están realizando, cuando menos por mencionar en la legislación la mediación de forma más palmaria.

3.2.3.- Medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares

De esta forma se titula el Capítulo III de la Ley 3/2011, que contiene un único artículo, el nº 3, titulado "Guarda y custodia de los hijos", último artículo de la Ley, en el que se regula por supuesto la custodia compartida:

En el primer apartado del artículo 3[1587] se recoge la posibilidad de solicitar en procedimiento contencioso y en el mutuo acuerdo al Juez, tanto la guarda y custodia exclusiva como la compartida. No hay novedad reseñable en este primer apartado.

El apartado 2 del artículo 3 dice: *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.*

El punto segundo regula el procedimiento contencioso: la solicitud "por uno sólo de los padres". En este caso, el artículo faculta al Juez ("podrá") para acordar la custodia compartida o la exclusiva en plano de igualdad. Entre las exigencias que recoge se encuentran:

- Oír al Ministerio Fiscal. Esta previsión atendiendo al artículo 749.2 LEC es innecesaria, no obstante, dado el enorme dilema que el informe "favorable del Ministerio Fiscal" (92.8 CC) ha supuesto, no está de más, dar palmaria nitidez a que la única exigencia recogida en este artículo se refiere simplemente a oír al Ministerio Fiscal, sin que dicha escucha vincule en modo alguno la decisión del Juzgador (tal y como ha sucedido en nuestra legislación hasta la introducción por la Ley 15/2005 del preceptivo y polémico, con razón, informe favorable del Ministerio Fiscal).

[1587] Dice el artículo 3.1: *En el caso de ruptura de la convivencia, 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.*

- "Previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos":

Como primera cuestión, debo aludir a lo recogido de que "estime necesarios recabar"; ante esta redacción parece que el artículo regula que debe ser el Juzgador quien recabe, acuerde dichas pruebas, es decir, en momento alguno alude a que puedan solicitarlo las partes, el Ministerio Fiscal, incluso el propio menor en relación con su audiencia. No obstante, considero que esta redacción jamás supondría impedimento para solicitar por las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor (en relación con la audiencia) el dictamen o audiencia pertinente y útil. A mayor abundamiento, en el caso de la audiencia del menor, esta interpretación choca con el punto 3º d) del mismo artículo 3 de la Ley que nos ocupa, dado que en el mismo, que se recoge como circunstancia a tener en cuenta para acordar el tipo de custodia, la opinión de los hijos, dice: *(...) siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años (...)*, es decir, la audiencia de los menores que tengan suficiente juicio y de los mayores de 12 años es preceptiva no facultativa del Juez.

En esta parte del artículo, en principio, sin impedir otros dictámenes o audiencias que el Juzgador estime necesarios recabar, el dictamen más paradigmático será el informe del equipo psicosocial, que será el más solicitado y el más acordado.

En el apartado 3[1588], al igual que en el artículo 80.2 CDFA y en el artículo 233-11 CCCat, la Ley Foral Navarra recoge una serie de factores a tener en cuenta a fin decidir la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los menores.

Respecto del punto d), que regula la opinión/audiencia de los hijos, aludir a que, completando lo dicho en el anterior punto, se regula una audiencia del menor preceptiva para el supuesto de suficiente juicio del menor, y en todo caso para los mayores de 12

[1588] Dice el artículo 3.3: *El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas. c) El arraigo social y familiar de los hijos. d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado. h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

años, añadiendo que tendrá especial consideración la opinión de los mayores de 14 años.

En el apartado nº 4[1589] del artículo 3, tal y como sucedía en el artículo 1.2 de la Ley que nos ocupa, a mi modo de ver parece que el legislador efectúa un sutil "guiño" a la custodia compartida frente a la exclusiva, que como he recogido en el apartado anterior se regulan de forma igualitaria. Dice el punto 4º que tratará de conciliar el Juez el interés del menor y "la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos"; esta "igualdad de los padres" en la relación con sus hijos ha sido un argumento utilizado en innumerables ocasiones para defender la custodia compartida, por tanto, dedicar un punto completo del artículo 3 para aludir a esta conciliación de intereses, a mi juicio puede entenderse como un "guiño" que el legislador quiere hacer a la custodia compartida. No obstante, a excepción de que por la jurisprudencia empiece a entenderse en ese sentido, dicha previsión tendrá posiblemente nimia repercusión práctica.

En el apartado nº 5[1590] parece que la Ley parte de la base de que una custodia compartida requiere de unos tiempos de convivencia suficientes que garanticen el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

En el apartado nº 6[1591] alude a la custodia individual y al régimen de comunicación, estancias o visitas.

En el apartado nº 7[1592], al igual que en el CC, en la CDFA y en el CCCat, se recoge expresamente el principio de no separación de hermanos excepto circunstancias excepcionales.

[1589] Dice el artículo 3.4: *En cualquier caso, 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 estos.*

[1590] El artículo 3.5 dice: *Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.*

[1591] El apartado nº 6 dice: *Si decide la custodia individual, el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.*

El apartado 8[1593] desarrolla lo recogido en el artículo 97 CC, también recogido de forma parcialmente distinta en las dos Leyes aprobadas con anterioridad en Aragón y Cataluña.

Primero, en este apartado en los supuestos que recoge, se impide la atribución no sólo de la custodia exclusiva sino también de la compartida.

Además, en este artículo ya no basta con "estar incurso", sino que expresamente exige una segunda condición, que se haya dictado resolución motivada que acredite dichos indicios.

Sí se mantiene, para no proceder la atribución de la guarda, la referencia a los "indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género" advertidos por el Juez, de las alegaciones de las partes o pruebas practicadas.

Recoge la posibilidad de revisar estas decisiones tras el procedimiento penal.

Y por último, expresamente recoge un criterio extendido ya en la jurisprudencia y doctrina que interpreta el artículo 92.7 CC, y que se concreta en que la denuncia únicamente no es suficiente para la aplicación de la consecuencia de este artículo.

En definitiva, en este artículo 3, a mi juicio, la Ley Foral Navarra sitúa en un plano de igualdad a la custodia exclusiva y a la compartida, con la única liviana salvedad de lo reseñado respecto a la alusión a la igualdad de los progenitores en las relaciones con sus hijos.

Esta igualdad entre ambas formas de custodia, pese a que pueda ser criticada por ser una reforma que se ha quedado corta, por quien pretendía que fuera más amplia, supone una regulación más favorable para la custodia compartida que la regulación que la Ley 15/2005 dio al actual artículo 92.8 del CC. En el Código Civil la custodia

[1592] En el artículo 3.7 dice: *Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.*

[1593] Dice el artículo 3.8: *8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.*

compartida en supuestos contenciosos se recoge como una fórmula en la que deben concurrir "rocosos" requisitos para su fijación, por el contrario en el Ley Foral Navarra se ha regulado en un plano de igualdad la custodia exclusiva y la compartida.

En la exposición de motivos de la Ley se recoge explica del siguiente modo: *En los supuestos de ruptura de la convivencia, la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver. La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal.*

La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.

Soriano Martínez[1594] reseña que si bien la Ley Foral 3/2011 regula *(...) las dos modalidades de custodia no acaba de decantarse por ninguna de modo especial, por ello se la ha criticado de ser una norma vacía de contenido.*

3.2.4.- Disposición Final Primera

La Disposición Final Primera dice: *El Gobierno de Navarra, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley Foral y previo informe del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral, presentará ante el Parlamento de Navarra un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia.*

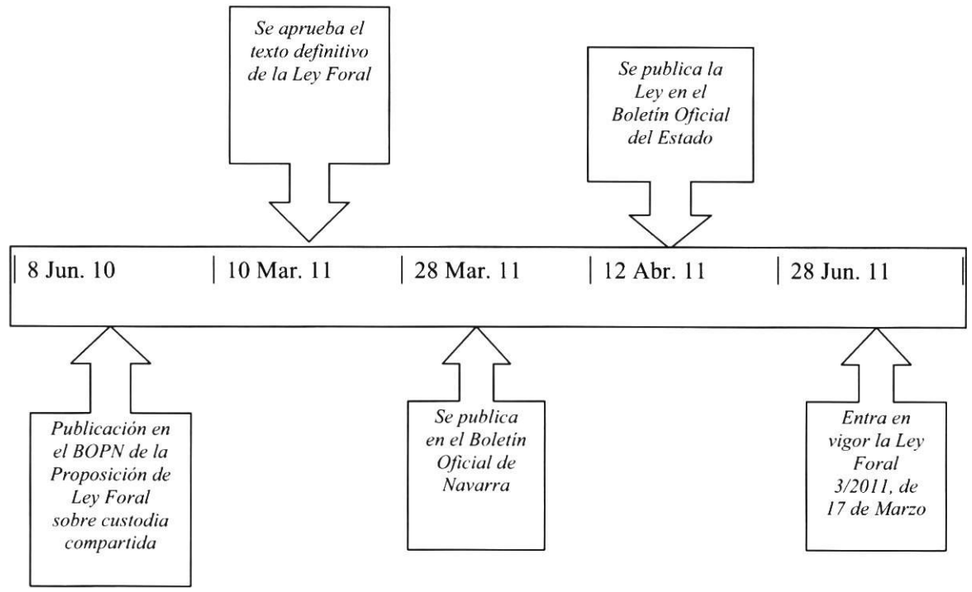
Justifica la exposición de motivos esta Disposición Final en que el Fuero Nuevo de Navarra es la *(...) sede natural de una reforma de este tipo, integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente.*

Es decir, se ha promulgado una Ley expresamente para regular la guarda de los menores, pero se ha dejado en la "recámara" una posterior modificación legislativa, cuyo proyecto debe estar presentado en un año desde la entrada en vigor de esta Ley. Por mi parte, no alcanzo a comprender que se haya elaborado una Ley y en un año se

[1594] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

prevea volver a legislar sobre lo mismo, sobre todo atendiendo a que se trata de una materia de tan hondo calado.

3.3.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Navarra



4.- Valencia

La siguiente Comunidad Autónoma que emprendió el camino de creación legislativa, y que finalizó con una nueva Ley que regula las relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, fue la Comunidad Valenciana.

4.1.- Anteproyecto de 30 de julio de 2010

El 30 de julio de 2010 se aprobó en el pleno del Consell el anteproyecto de Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven —Ley de custodia compartida—, a propuesta de la Federación Valenciana por la Igualdad y la Coparentalidad a las Cortes Valencianas.

4.2.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven[1595]

La Mesa de Les Corts, en la reunión del día 26 de octubre de 2010, acordó tramitar el Proyecto de ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, con un plazo de 15 días para la presentación de enmiendas.

4.3.- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven[1596]

El pasado 5 de mayo entró en vigor la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que fue publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV) el día 5 de abril de 2011, y en el BOE el 25 de abril de 2011.

La Ley se estructura en siete artículos, una Disposición Adicional, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales.

Tal y como sucede en algunas de las anteriores leyes autonómicas estudiadas, la

[1595] BOC, núm. 265, 5 de noviembre de 2010, Pág. 33.772.
[1596] DOCV, núm. 6.495, 5 de abril de 2011 y BOE, núm. 98, 25 de abril de 2011, Sec. I., pág. 41.873 a 41.879.

Ley Valenciana introduce cambios a nivel terminológico relevantes:

- Alude en la exposición de motivos, en el artículo 1 y en el 2 a la "autoridad parental".

- Se denomina "régimen de convivencia" a la guarda y custodia. De hecho en la exposición de motivos se recoge: *En cuanto al concepto de custodia, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor.*

- Denomina "pacto de convivencia familiar" al instrumento que puede identificarse con el convenio regulador. Al respecto en la Disposición Adicional Única se recoge como: *El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y su extinción se tramitarán en los términos previstos por la legislación procesal civil para el convenio regulador en procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.*

4.3.1.- Objeto de la Ley

En el artículo 1 se explica como el objeto de la Ley es *(...) regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas.*

4.3.2.- Procedimientos consensuales: Pacto de convivencia familiar

El apartado 1 del artículo 4 de la Ley 5/2011 dice: *Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.*

En el apartado 2[1597] se recoge los extremos que deberá establecer el pacto de

[1597] El apartado 2 dice: *El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación. c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así*

convivencia familiar.

El pacto de convivencia familiar regulado por la Ley Valenciana, tiene gran similitud con el pacto de relaciones familiares del CDFA, y parece sustituir el convenio regulador del Código Civil.

En el artículo 3, en el que se recogen una serie de definiciones, en el epígrafe d), se recoge la definición de pacto de convivencia familiar y dice: *(...) el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley.*

Los puntos 3º y 4º del artículo 4 recogen las causas de modificación y extinción del pacto de convivencia familiar.

4.3.3.- Procedimientos contenciosos

En el artículo 5 de la Ley 5/2011, regula las medidas judiciales:

El párrafo 1 y 2 dicen: *A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley.*

Como regla general, 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.

En el párrafo 2 se recoge que el régimen general será el de convivencia compartida, el de custodia compartida en términos de la Ley 5/2011. Es decir, en mi opinión el apartado 2 del artículo 5 es claro respecto a que el régimen general en la Ley 5/2011 es el de convivencia compartida, en consecuencia el régimen de convivencia excepcional será el individual. Abona el argumento, el artículo 3 que define el régimen de convivencia individual[1598] como *(...) una modalidad excepcional de régimen de convivencia (...).* Es decir, el legislador aprovecha la definición del régimen de convivencia individual para destacar que se trata de una modalidad excepcional.

como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

[1598] La definición completa del régimen de convivencia individual es: *(...) una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.*

Por otra parte, la Ley Valenciana expresamente "reniega" del argumento de la "mala relación de los progenitores", tan sumamente argüido por doctrina y jurisprudencia en la aplicación del artículo 92.8 CC para denegar la custodia compartida en supuestos contenciosos, recogiendo expresamente que no es obstáculo para fijar la convivencia compartida *(...) la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.* Respecto de esta cuestión, parece que el legislador considera que dichas malas relaciones no sólo no son obstáculo para fijar la custodia compartida, sino que la fijación de dicho sistema va a reducir la litigiosidad. En la exposición de motivos de la Ley dice: *El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.*

Al respecto Soriano Martínez[1599] considera cuestionable que esta atribución genérica en este artículo de la custodia compartida, *(...) con independencia de las malas relaciones entre los padres sea acorde con la protección del interés superior del menor consagrada por el art. 39 de nuestra Constitución.* Para el autor debería estarse al caso concreto, dado que considera que en supuesto de gran conflictividad entre los progenitores *(...) puede ser psicológicamente contraproducente para los hijos someterles a este régimen. Habrá que ver la interpretación que hacen los tribunales de este punto.*

Define el artículo 3 lo que se entiende por "régimen de convivencia compartida" como *(...) el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.* Es destacable tal y como sucedía la referencia a que este sistema está "caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación", es decir parece que pese que esto no suponga una exigencia inamovible

[1599] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

de que cada progenitor esté el 50% con cada hijo, sí que requerirá esta fórmula que exista un reparto similar o no muy desproporcionado de tiempos de estancia de cada progenitor con los hijos comunes.

En el apartado 3[1600], de forma similar al artículo 80.2 CDFA, al artículo 233-11 CCCat, y al artículo 3.3 de la Ley Foral 3/2011 Navarra, se recogen una serie de factores a tener en cuenta por el Juez a fin de acordar el régimen de convivencia concreto. Asimismo, tal y como se observa de *(...) y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar (...)*, se debe presentar la propuesta de pacto de convivencia familiar también en los supuestos contenciosos.

El párrafo 4[1601] parece reforzar aún más la preferencia de la Ley Valenciana por la custodia compartida. Dice el párrafo cuarto que podrá acordar la convivencia individual:

- *(...) cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior.* Esta afirmación recuerda sutilmente, con menor exigencia en su redacción literal, la "exigencia" recogida en el artículo 92.8 CC que dice: *(...) fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

- *(...) y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.* ¿Significa que será preceptiva la existencia de informes sociales, médicos y/o psicológicos y que las conclusiones de los mismos sean favorables a la custodia exclusiva?.

Respecto al régimen de relaciones familiares, el artículo 3 lo define como *(...) el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y*

[1600] Dice el artículo 5.3: *Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores: a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.*

[1601] Dice el artículo 5.4: *La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.*

comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.

La previsión recogida en el apartado 5[1602] parece aplicable a los supuestos de custodia exclusiva y a los de compartida. Asimismo, este parrafo 5 recuerda a la previsión recogida en el artículo 92.5 CC de que el Juez *(...) adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido (...).*

Respecto del párrafo 6[1603], tanto en el CC, como en la Ley Aragonesa, Catalana y Navarra se recoge determinaciones similares a la recogida en el presente párrafo.

En la Ley Valenciana que nos ocupa, exige en el primer supuesto que "esté incurso en un proceso penal" de los recogidos a continuación, "se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad" y por último que el régimen de convivencia pueda suponer un riesgo objetivo para los hijos o para el otro progenitor. La segunda prevision se refiere a los indicios fundados advertidos por la autoridad judicial. Por último se recoge la posibilidad de revisar lo acordado en caso de resolución absolutoria.

En el Preámbulo, respecto del artículo 5 dice: *El artículo 5 establece el principio general de atribución compartida a ambos progenitores del régimen de convivencia y los criterios que deben tenerse en cuenta a tal efecto, habilitando a la autoridad judicial para decidir la convivencia individual atendiendo a las circunstancias de cada caso. Además, se establecen una serie de garantías y precauciones para velar por el interés superior de cada menor, como la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido y la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia en caso de que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal contra el otro, incluyendo las situaciones*

[1602] Dice el párrafo 5: *La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.*

[1603] Dice el párrafo 6: *Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.*

de violencia doméstica y de género.

4.3.4.- Vivienda familiar

Se regula en el artículo 6 de la Ley 5/2011[1604] titulado "Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar". En dicho artículo se estipula, entre otras, las siguientes novedades relevantes:

- Que a falta de pacto, en los supuestos de custodia compartida, *(...) la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.* Y continúa, aludiendo a que si se atribuye la vivienda al no propietario o al copropietario, se fijará una compensación para el no adjudicatario. Para el caso de custodia exclusiva se fijará el mismo régimen. Es decir, equipara absolutamente la atribución del uso y disfrute a uno de los progenitores en el supuesto de custodia compartida y exclusiva (art. 6.1).

[1604] El texto completo del artículo 6 de la Ley 5/2011 es: *1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores. 2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso. 3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario. 4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias. 5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial. 6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.*

- El punto 2º del artículo 6, impide la atribución del uso al progenitor no propietario o copropietario que *(...) fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar.*

- Siempre será temporal la atribución de la vivienda debiendo el juez fijar el periodo máximo de uso (art. 6.3).

Parece claro que con la regulación del actual artículo 6 de la Ley 5/2011, se ha desterrado por completo de la legislación valenciana las consolidadas y criticadas normas derivadas del artículo 96 CC.

4.3.5.- Gastos de atención a los hijos e hijas

Respecto de la tradicional pensión de alimentos, "gastos de atención a los hijos e hijas" de la nueva legislación Valenciana, la Ley los regula en su artículo 7[1605], que entre otras cuestiones dispone:

- Que en caso de que no exista pacto de convivencia familiar, el juez determinará la cantidad que cada uno deberá satisfacer en el abono de los gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores, sobre la base de los recursos económicos de los progenitores y las necesidades de los hijos e hijas menores (art. 7.1 y 7.2).

- En el punto 3º regula los gastos extraordinarios.

- En el punto 4º dispone como la autoridad judicial *(...) decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores (...)*, en función de si se fija un régimen de convivencia compartida o individual.

Es decir, en este artículo 7 ciertamente parece utilizarse una fórmula abierta, que otorga discrecionalidad al juzgador para fijar la forma y cuantía de contribuir a los

[1605] El artículo 7 de la Ley 5/2011 dice: *1. En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. 2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores. 3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. 4. En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores.*

gastos por los progenitores, planteando únicamente los parámetros del artículo 148 CC en su punto 1 y 2.

4.3.6.- Disposición Transitoria Primera y Segunda

La disposición Transitoria Primera prevé la posibilidad de, a través del procedimiento de modificación de medidas, modificar las medidas acordadas con la legislación anterior en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio, a partir de la entrada en vigor de la ley, cuando *(...) alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma.*

Respecto de esta Disposición Transitoria Primera, Soriano[1606] teme que *pueda derivarse un colapso de los juzgados.*

Completa la Disposicion Transitoria Segunda a la Primera, aludiendo a que esta Ley será aplicable a los procedimientos pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor.

El mismo autor[1607] se pregunta, respecto a la Disposición Transitoria Segunda, *(...) si la nueva ley será de aplicación sólo en los procesos pendientes de sentencia en primera instancia o también en los que hayan en fase de apelación, solución ésta dudosa.*

Estas disposiciones transitorias recogen el más amplio, de entre las Leyes autonómicas estudiadas, derecho transitorio en favor de la aplicación de la nueva Ley. En similares términos se postulaba la Disposición Transitoria Sexta del CDFA, sin embargo en dicha disposición se fijaba un límite de un año para incoar los procedimientos de modificación de medidas, mientras que en la Ley Valenciana no se fija límite temporal.

Se han pronunciado sobre la Ley Valenciana autores como Niñerola Giménez[1608], que considera que esta Ley responde a un cambio cultural y generacional, ya que, según dice en la actualidad es difícil encontrar personas de mediana edad, sea hombre o mujer, *(...) que diga que la custodia compartida no es buena para los hijos, y si se intenta buscar una justificación por los detractores de ésta, no existe ningún argumento válido salvo que la custodia se utilice como elemento de poder contra el otro progenitor, o se utilice como ariete de su propia frustración, pero éstas serían personas que rozarían lo patológico*. También Soriano Martínez[1609], en las conclusiones de su artículo en el que analiza, entre otras, la Ley 5/2011, considera que *(...) la apuesta por la custodia o convivencia compartida como la opción que en general es más conveniente para proteger el interés superior del menor es ya una tendencia imparable en nuestro país. Debe procurase no caer en errores del pasado y evitar la aplicación automática del precepto, resultando necesario el análisis de las circunstancias de cada caso. De otro modo la norma se estaría volviendo en contra de su fin último pretendido.*

4.4.- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2011

Se publicó en el BOE el 26 de julio de 2011[1610], como el Presidente del Gobierno promovió recurso de recurso de inconstitucionalidad nº 3859/201, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. El Pleno del TC, por providencia de 19 de julio de 2011, acordó admitir a trámite el recurso. Asimismo, dado que el Presidente del Gobierno invocó el artículo 161.2 CE, el TC hizo constar que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso, el 4 de julio de 2011.

El 3 de diciembre de 2011, se ha publicado en el BOE[1611], como mediante Auto de 22 de noviembre de 2011, el Pleno del TC ha acordado levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[1606] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

[1607] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

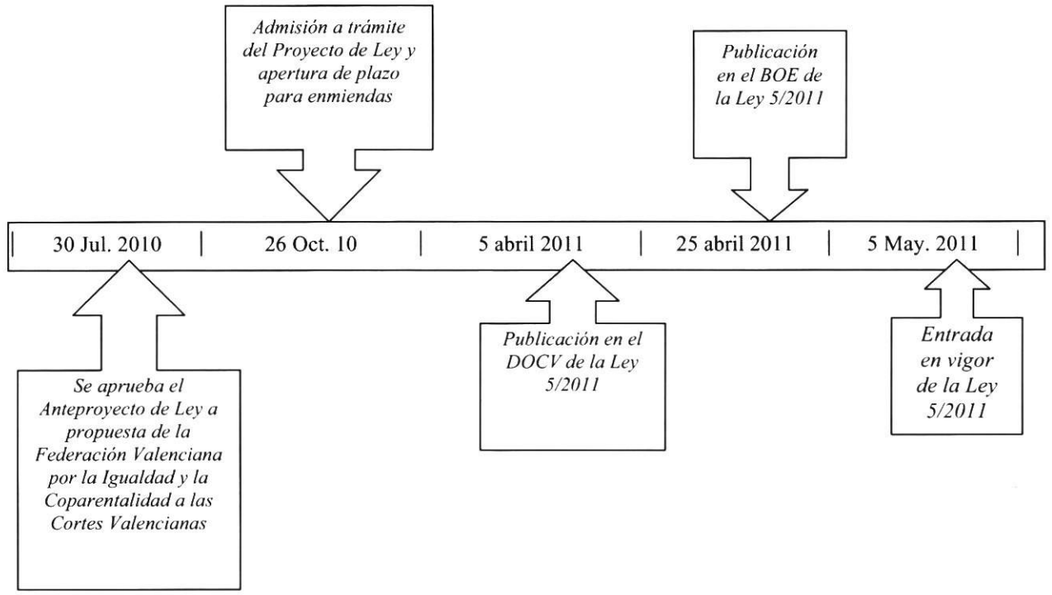
[1608] http://www.lasprovincias.es/v/20110324/opinion/valenciana-custodia-compartida-20110324.html.

[1609] SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia*, 16 de May de 2011 en http://www.derechocivilvalenciano.com/index2.php?option=co_content&do_pdf=1&id=78.

[1610] BOE, núm. 178, 26 de julio de 2011, Sec. I., pág. 83695.

[1611] BOE, núm. 291, 3 de diciembre de 2011, Sec. I., pág. 128786.

4.5.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en Valencia



5.- País Vasco

En la actualidad la guarda y custodia compartida en el País Vasco se regula por lo dispuesto en el artículo 92 CC. No se ha legislado como sí ha sucedido en Aragón, Cataluña, Navarra o Valencia, sobre esta materia. Sin embargo, ciertamente a lo largo de estos últimos años, han surgido diversos movimientos por parte de ciertos grupos parlamentarios y extraparlamentarios, en aras a implementar una regulación sobre custodia compartida que le otorgue mayor cobertura.

5.1.- Propuesta de la Federación de Padres y Madres Separados, "Kidetza"

El 22 de octubre 2009[1612], la Mesa de la Comisión de Derechos Humanos y Solicitudes Ciudadanas del Parlamento Vasco, acordó acceder a la solicitud de comparecencia de los representantes de la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados, formulada por el grupo parlamentario Mixto-Ezker Batua Berdeak, al objeto de conocer el análisis y las reivindicaciones sobre las peticiones de guarda y custodia compartida en Euskadi.

En este sentido, la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados dirigió una Propuesta de fecha 17 de noviembre de 2009 a la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Vasco para su estudio y debate.

En la exposición de motivos de la Propuesta[1613], los miembros de Kidetza consideran que las ventajas de la custodia compartida son evidentes[1614]. Asimismo, en la misma consideran que: *La Guarda y Custodia compartida se debe regular de forma preferente, recogiendo su desarrollo en un plan de cooparentalidad que los cónyuges, bien de mutuo acuerdo, bien a instancia de parte deben presentar con la demanda de divorcio.*

[1612] BOPV, núm. 31, 30 de octubre de 2009, pág. 5641.

[1613] Informe de Kidetza. Exposición de motivos VII, epígrafe 3º, párrafo 5º

[1614] Dice sobre las ventajas de la custodia compartida en la exposición de motivos: *(...) los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.*

El día 18 de noviembre de 2009[1615] se celebró la "Comparecencia de representantes de la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados, a petición de la comisión, de conformidad con la solicitud formulada por Don Mikel Arana Etxezarreta, parlamentario del grupo Mixto-EB, al objeto de que den a conocer su análisis y reivindicaciones sobre las peticiones de guarda y custodia compartida en Euskadi". Asistieron a la misma miembros de diversos grupos parlamentarios como Mikel Arana Etxezarreta (GP Mixto-EB), Aintzane Ezenarro Egurbide (GP Aralar), Carlos Mª De Urquijo Valdivielso (GP PV), Miren Gallastegui Oyarzábal (GP SV), Amaia Arregi Romarate (GP NV), así como los representantes de la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados, Justo Sáenz Íñiguez, Marta Blanco Palacios y Julia Rodríguez Bárcena.

5.2.- Juntas Generales

5.2.1.- Juntas Generales de Vizcaya

El Grupo Mixto, el Grupo Popular Vizcaíno y el Grupo Nacionalistas Vascos, presentaron el 16 de febrero de 2010[1616], una proposición no de norma, para su debate en pleno, relativa a la Ley 15/2005 de Separación y Divorcio. Los Grupos Parlamentarios firmantes instaban a que las JJGG de Bizkaia mostraran su apoyo a la custodia compartida como norma preferente tras los divorcios y a que presentaran en las Cortes Generales de forma urgente, *(...) el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley del Divorcio, incluyendo la Custodia Compartida como norma preferente tras un divorcio, así como a la utilización de la mediación familiar en los procesos de divorcio cuando fuera necesaria.*

El 25 de febrero de 2010[1617] la Mesa de las Juntas Generales de Vizcaya, acordó admitir a trámite la Proposición no de norma, ordenando su tramitación ante el Pleno de la Cámara por el procedimiento ordinario.

El día 20 de mayo de 2010[1618], las Juntas Generales de Bizkaia, en su Junta General Ordinaria, acordaron aprobar la Proposición No de Norma, con el siguiente texto:

[1615] http://www.parlamento.euskadi.net. IX Leg., Comisión de Derechos Humanos y Solicitudes Ciudadanas, 18 de noviembre de 2009, expte. nº 09\06\07\03\0010.
[1616] BOJGB, VIII Mandato, Serie B, núm. 556 (a), 3 de marzo de 2010.
[1617] DSJGB, 20 de mayo de 2010.

1. Las Juntas Generales de Bizkaia muestran su apoyo a la Custodia Compartida como norma preferente tras los divorcios.

2. Las Juntas Generales de Bizkaia instan a que se presente en las Cortes Generales de forma urgente, el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Divorcio, incluyendo la Custodia Compartida como norma preferente tras un divorcio, así como a la utilización de la mediación familiar en los procesos de divorcio cuando fuera necesaria.

5.2.2.- Juntas Generales de Álava

Los portavoces de los Grupos Junteros EAJ-PNV, Eusko Alkartasuna y Popular, presentaron en las Juntas Generales de Álava el día 13 de octubre de 2010[1619], moción para debate en Pleno por la que se proponía *(...) instar al Gobierno del Estado a modificar la Ley del Divorcio contemplando, en las situaciones de separación/divorcio, la custodia compartida como modelo preferente.*

Las Juntas Generales de Álava, en su Sesión Plenaria celebrada el día 15 de noviembre de 2010[1620], aprobaron la "Moción 23/2010, de 15 de noviembre, sobre la guardia y custodia compartida en situaciones de separación y divorcio", mostrando así su apoyo a que se contemple la figura de la guarda y custodia compartida como modelo preferente, e instan al Gobierno del Estado a que, con carácter urgente, presente en las Cortes Generales Proyecto de Ley de modificación de la Ley del divorcio, contemplando la custodia compartida como modelo preferente.

5.2.3.- Juntas Generales de Guipúzcoa

La Resolución 77/2010 sobre la guardia y custodia compartida en la situaciones de separación y divorcio, fue emitida por las Juntas Generales de Guipúzcoa el 20 de octubre de 2010[1621]. Mediante dicha resolución las Juntas Generales de Guipúzcoa también muestran su apoyo a que se contemple la figura de la guarda y custodia compartida como modelo preferente, e *(...) instan al Gobierno del Estado a que con*

[1618] BOJGB, VIII Mandato, Serie B, núm. 556 (c), 26 de mayo de 2010.
[1619] SBOTHA, JJGGA, núm. 120, 20 de octubre de 2010, pág. 117.
[1620] SBOTHA, JJGGA, núm. 134, 24 de noviembre de 2010, págs. 143 y 144.
[1621] Resolución 77/2010, sobre la guardia y custodia compartida en las situaciones de separación y divorcio (VIII legislatura).

carácter urgente presente en las Cortes Generales proyecto de ley de Modificación de la Ley de divorcio contemplando la custodia compartida como modelo preferente.

5.3.- Proposición no de Ley del Parlamento Vasco

El 23 de noviembre de 2010, la Mesa del Parlamento Vasco acuerda admitir a trámite[1622], para su debate en pleno, la Proposición no de ley de 19 de noviembre de 2010[1623], relativa a la guarda y custodia compartida en situaciones de separación y divorcio, formulada por los grupos parlamentarios Nacionalistas Vascos, Popular Vasco, Aralar, Mixto-Eusko Alkartasuna y Mixto-UPyD, y ordena su remisión al Gobierno Vasco y su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco.

Tras la justificación de la Proposición no de Ley[1624], los grupos presentan la siguiente Proposición no de Ley:

1. El Parlamento Vasco muestra su apoyo a la custodia compartida como norma preferente tras las separaciones y divorcios, por entender que puede ser la figura más adecuada para los intereses del o la menor.

2. El Parlamento Vasco insta al Gobierno de España a que presente en las Cortes Generales de forma urgente el proyecto de ley de modificación de la Ley del Divorcio, incluyendo la custodia compartida como norma preferente.

Este texto recogido en el punto 1º y 2º, es exactamente el texto que finalmente fue aprobado por el Parlamento Vasco.

El 29 de noviembre de 2010, Don Mikel Arana Etxezarreta, Parlamentario del grupo Mixto-Ezker Batua Berdeak, formula pregunta para respuesta oral en pleno al Lehendakari, relativa a la custodia compartida, acordando la Mesa del Parlamento Vasco, en su reunión del día 30 de noviembre de 2010, su admisión a trámite,

[1622] BOPV, núm. 88, 26 de noviembre de 2010, pág. 17.929.
[1623] BOPV, núm. 88, 26 de noviembre de 2010, pág. 17.930.
[1624] BOPV, núm. 88, 26 de noviembre de 2010, pág. 17.930. Los grupos parlamentarios justificaban la proposición no de ley del siguiente modo: *La igualdad sustancial entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida es una constante en las democracias más desarrolladas y un objetivo primordial en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior de los y las menores. Tras años de vigencia de la actual Ley de Divorcio, no se ha solucionado la conflictividad en esta materia, sino que se ha incrementado ya que produce situaciones de clara injusticia y desigualdad entre hombres y mujeres.*

ordenando su remisión al Gobierno Vasco y su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco.[1625]

Plantea la siguiente pregunta para su respuesta oral en pleno: *¿Qué valoración hace el Gobierno Vasco de la propuesta de establecer legalmente la custodia compartida como opción preferente en los procesos de separación o divorcio?*

La Consejera de Justicia y Administración Pública contesta a la pregunta[1626] efectuada por Don Mikel Arana, y tras aludir a la no competencia de la Comunidad Autónoma para regular sobre esta materia, respecto al fondo, el Gobierno Vasco, a través de su Consejera responde de forma algo vaga, pero desde luego no posicionandose expresamente a favor de una custodia compartida preferente. En su primera intervención la Consejera dice[1627]: *El Gobierno Vasco, aún no teniendo competencias en Derecho de familia, abogamos por afrontar esta cuestión desde tres pilares básicos: la responsabilidad, el consenso, y sobre todo desde la absoluta prevalencia del interés de los menores. Gracias.* Ciertamente esta primera intervención, a mi juicio, prácticamente es no responder nada.

Sin embargo, tras la intervención del Sr. Arana, la Consejera sí que se explaya en mayor medida y en la última parte de su intervención dice[1628]: *Y la sociedad avanza muy deprisa. Y es verdad que hay un cierto sector de opinión que se está posicionando en la necesidad de cambiar la legislación y establecer, como opción preferente en todos los casos, es decir, sea contencioso o sea de mutuo acuerdo la separación y divorcio, la guarda y custodia compartida. Realmente lo que no tenemos a día de hoy es un estudio; desde el año 2005 hasta la actualidad, 2010, apenas han pasado cinco años y no tenemos un estudio realizado que nos dé el input de cómo han ido afectando de manera favorable la guarda y custodia compartida entre ambos cónyuges en el interés del menor. Sería muy interesante tener un informe en ese sentido, para tomar una decisión*

[1625] BOPV nº 89, de 3 de diciembre de 2010, pág. 18.076. La pregunta para respuesta oral en pleno, tiene la siguiente justificación: *En distintas comunidades autónomas, y a nivel estatal, se está debatiendo sobre la custodia compartida como fórmula legal preferente a la hora de determinar las relaciones familiares entre progenitores y descendientes en los procesos de separación o divorcio. La modificación legal de esta cuestión tendría consecuencias muy importantes en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, cuestión que incide en materia de vivienda, en la estructuración de los puntos de mediación familiar, dependiente de Asuntos Sociales, o en la existencia de eventuales servicios de conciliación familiar previos a la vía judicial, competencia de Justicia, así como en el impacto económico de estas políticas en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma vasca. Por ello, y debido al carácter interdepartamental de esta materia, interesa plantear al lehendakari la siguiente pregunta, con el objeto de conocer la postura del Gobierno Vasco.*
[1626] DSPV nº 78, 3 de diciembre de 2010, pág. 28.
[1627] *Ibidem.*
[1628] *Ibidem,* págs. 30 y 31.

que valorarse en su conjunto. (...) Desde luego, desde el Gobierno Vasco, como le he dicho, lo que abogamos es atender desde la responsabilidad de todos aquellos que tienen capacidad de decisión el consenso, la prevalencia del interés del menor. No nos podemos olvidar de los sacrificios que este tipo de régimen establece sobre los padres, es decir, en un caso de divorcio contencioso sería tremendo.

Posteriormente, el 14 de diciembre de 2010, la Mesa del Parlamento Vasco, acuerda admitir a trámite la siguiente Enmienda a la totalidad presentada a la proposición no de ley que nos ocupa, enmienda presentada por los grupos parlamentarios Socialistas Vascos y Mixto Ezker Batua Berdeak, y se ordena su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco[1629]. La Enmienda a la totalidad tiene el siguiente texto:

El Parlamento Vasco insta a las Cortes Generales a que, en el ámbito de sus competencias:

1. Estudien el impacto de la reforma del contenido del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de ampliación del régimen de custodia compartida de hijos menores, teniendo en cuenta que en el ámbito de la atribución de la guardia y custodia de hijos menores por ruptura o cese de la convivencia entre los progenitores se ha de atender, en todo caso, al principio de interés superior de los menores.

2. Potencien mecanismos de mediación familiar, tanto antes de iniciado el proceso de separación o divorcio como una vez judicializado éste, que faciliten el régimen de custodia compartida, así como las condiciones que deban concurrir para que se garantice la viabilidad y eficacia del sistema de custodia compartida, tales como la proximidad domiciliaria, la capacidad de comunicación de los progenitores, la compatibilidad horaria, el tiempo de dedicación..., de tal manera que se establezca un régimen que, en todos los casos, prime el interés superior de los menores.

Parece que la pregunta efectuada por Don Mikel Arana, y respondida por la Consejera de Justicia y Administración Pública recogida con anterioridad, fue un acicate para el planteamiento de la Enmienda, dado que la respuesta de la Consejera y el texto de la Enmienda tienen una considerable coincidencia.

Finalmente, en la sesión celebrada el día 3 de febrero de 2011[1630] en el Parlamento Vasco, quedó aprobada la Proposición no de ley 3/2011, de acuerdo con el

[1629] BOPV, núm. 90, 17 de diciembre de 2010, pág. 18.307
[1630] DSPV, núm. 84, 3 de febrero de 2011, págs. 140 a 156.

texto propuesto por los grupos parlamentarios que la propusieron el 19 de noviembre de 2010[1631].

Las votaciones de los grupos parlamentarios quedaron de la siguiente manera: Votos emitidos, 70; a favor, 48; en contra, 22; en blanco, 0; abstenciones, 0.

El 11 de febrero de 2011 fue publicado en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco.[1632]

5.4.- Recomendación general del Ararteko 1/2010, de 15 de octubre: *Corresponsabilidad parental en parejas separadas: el papel de los poderes públicos*[1633]

Por último, es importante hacer alusión, en el ámbito del País Vasco, a la Recomendación general del Ararteko 1/2010, de 15 de octubre. Dicha Recomendación, que lleva por título *Corresponsabilidad parental en parejas separadas: el papel de los poderes públicos*, se resume en los siguientes epígrafes:

En la introducción, el Ararteko comienza el informe aludiendo a que: *Los cambios sociales demandan cambios en las leyes.*

Este informe continúa en los párrafos siguientes el Ararteko, viene motivado por las crecientes reclamaciones en las que se sostienen, que *(...) en los términos en que está regulada esta materia, en la práctica es suficiente con que uno de los progenitores separados se niegue a compartir la custodia de los hijos e hijas comunes para que, sin necesidad de otra argumentación, y con independencia de que ambos hayan estado desde siempre implicados por igual en el cuidado de la prole, el juez se vea casi obligado a desestimar esta posibilidad, atribuyendo tan solo a uno de ellos su custodia exclusiva.*

Los reclamantes explican como la custodia recae en la madre en 9 de cada 10 casos, atribuyéndolo *(...) en los términos en que está regulada esta materia, en la práctica es suficiente con que uno de los progenitores separados se niegue a compartir la custodia de los hijos e hijas comunes para que, sin necesidad de otra argumentación, y con independencia de que ambos hayan estado desde siempre implicados por igual en*

[1631] BOPV, núm. 88, 26 de noviembre de 2010, pág. 17.930.
[1632] BOPV, núm. 98, 11 de febrero de 2011, págs. 19.831 y 19.832.
[1633] En http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_2059_3.pdf.

el cuidado de la prole, el juez se vea casi obligado a desestimar esta posibilidad, atribuyendo tan solo a uno de ellos su custodia exclusiva.

Para elArarteko su deber en esta materia es doble: Primero contribuir a la *(...) superación de patrones sexistas en todos los órdenes*; y segundo contribuir a que se apliquen y sean efectivas las previsiones recogidas en la Carta Europea de los Derechos del Niño (Res. Parlamento Europeo del 8 de julio de 1992), en concreto cuando la misma dispone que: *Todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación (...)*; *En caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones (arts. 8.11º y 13º).*

Respecto de la situación legal, y tras transcribir el texto del artículo 92 CC actual, concluye como la redacción del párrafo 8º de dicho artículo *(...) explica el escaso uso que nuestros tribunales hacen de esta posibilidad.*

Por último, considera que todo lo expuesto *(...) supone un obstáculo de primer orden para la igualdad (...)*, además de que incide negativamente en los derechos de los y las menores. Superar esta situación, no requiere, dice el Ararteko, de obligar a asumir la guarda al que no lo quiera, sino en que cuando uno de los progenitores solicite la custodia compartida y el otro solicite la exclusiva, el progenitor que pida la exclusiva no pueda imponer su voluntad, en perjuicio de soluciones que el Juez pueda considerar más beneficiosas para los menores en la línea de la corresponsabilidad familiar.

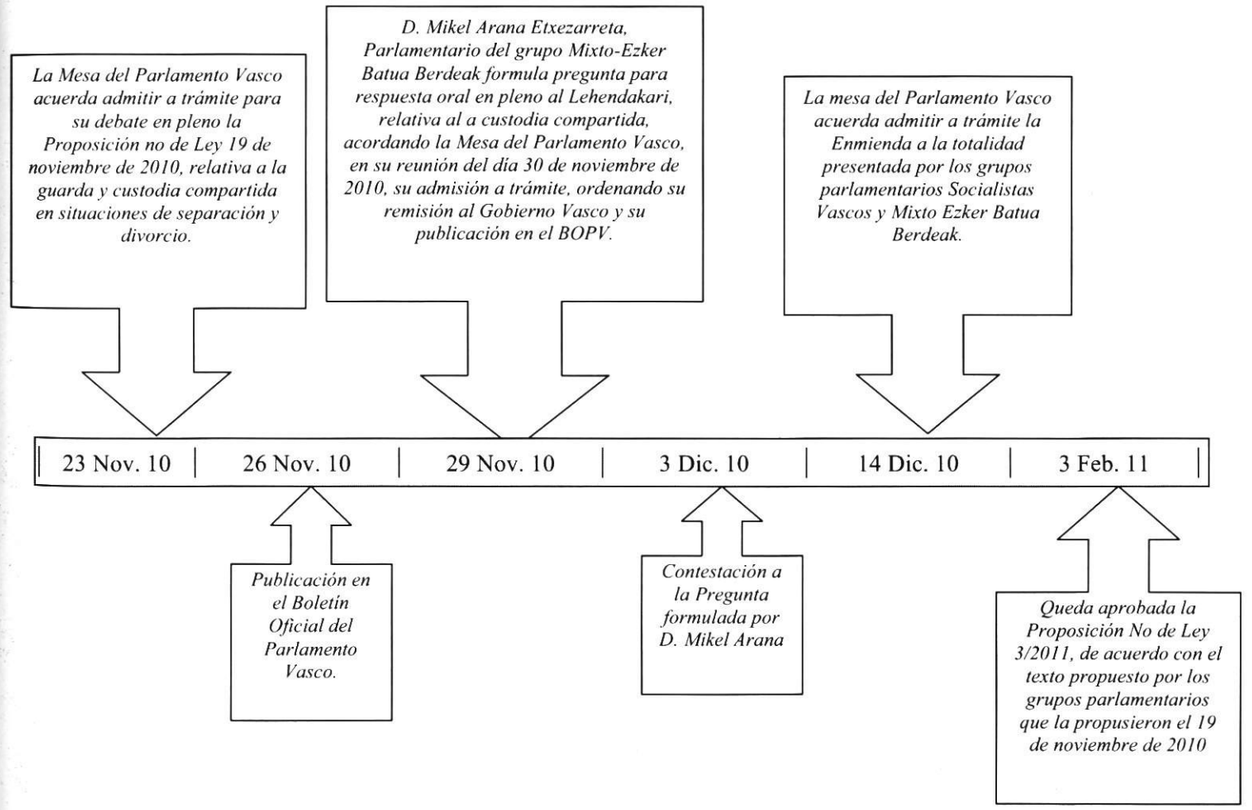
Añade que considera que es necesario un cambio de mentalidad, que llegará solo con el tiempo a ser efectivo.

Y finaliza con la Recomendación siguiente: *Que los poderes públicos, cada cual en la medida de sus competencias, insten las modificaciones legislativas necesarias para favorecer como opción más deseable, en casos de separación y divorcio, que el cuidado de los hijos e hijas comunes sea ejercido por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los y las menores.*

5.5.- Proposición de Ley de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a su cargo o parejas sin hijos/as, presentada por la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados (Kidetza)

Por último el pasado 12 de abril de 2011, la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados (Kidetza) presentó en el Parlamento Vasco la "Proposición de Ley de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a su cargo o parejas sin hijos/as". La mesa del Parlamento Vasco el día 19 de abril de 2011 acordó admitir a trámite la proposición de Ley reseñada.

5.6.- Evolución temporal de la Legislación de la Guarda y Custodia Compartida en el País Vasco



Como conclusión a la legislación autonómica analizada, debo decir que no comparto o cuando menos me genera notables dudas, el agolpado nacimiento de leyes autonómicas sobre la misma materia. Parece que no deviene de un interés centrado en los menores y sus progenitores, sino en atender al tema de actualidad por motivos políticos.

A mi juicio la creación de Leyes autonómicas sobre la custodia de los menores, planteando las figuras en distintos planos (de igualdad o como opción preferente), con distintas denominaciones, puede suponer un riesgo de retroceso en la intención de aunar el entendimiento sobre los límites de cada figura (ej: patria potestad y guarda y custodia), no sólo a nivel nacional sino también internacional.

Creo que hubiera sido mejor, en caso de considerar que el Código Civil regulaba la custodia compartida y la exclusiva de forma incorrecta, defectuosa, excesivamente limitativa o aperturista, modificar nuevamente el Código Civil, antes de crear una amalgama de legislaciones autonómicas en un tema de tan honda importancia.

ESTUDIO DE CAMPO

ENCUESTA A JUECES/MAGISTRADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y A ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA DEL PAÍS VASCO

1.- Justificación

La motivación para realizar un trabajo de campo en esta tesis doctoral, responde a que diariamente tanto los jueces como los abogados se enfrentan con frecuencia a los dilemas jurídicos expuestos en el cuerpo del presente trabajo, por tanto el poder cotejar el criterio de ambos de forma directa tiene un gran interés a mi juicio, dado que va a permitir observar qué grado de conformidad o disparidad de opiniones existen en la práctica respecto de los puntos discutibles.

El motivo de enviar la encuesta a los Juzgados de Primera Instancia que posteriormente se reseñarán, se centra en que el análisis jurisprudencial que se ha efectuado en la presente investigación recoge las opiniones de las Audiencias Provinciales o del Tribunal Supremo, sin embargo, las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia son menos analizadas y estudiadas, y su criterio indudablemente tiene una relevancia sustancial.

Con respecto a los abogados asociados a la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), los motivos de enviarlo a sólo este grupo de abogados, es tratar de asegurar que sean abogados que se dediquen a asuntos de familia.

2.- Razón de ser del estudio de campo: Objetivos

Los objetivos que pretende el estudio de campo son, sintéticamente:

1.- Conocer el criterio de los Jueces/Magistrados de Primera Instancia que resuelven sobre temas de familia.

2.- Conocer el criterio de abogados que se dedican a asuntos de familia (aunque

no sea su único ámbito de actuación).

3.- Contrastar las respuestas de unos y otros a fin de observar las coincidencias y discrepancias entre ellos.

4.- Comparar los resultados de las distintas preguntas con la literatura científica y con la jurisprudencia de las AP y del TS, recogida en el cuerpo de la presente tesis doctoral.

3.- Muestra elegida

Desde el punto de vista territorial o espacial, la encuesta se ha circunscrito al ámbito territorial del País Vasco. Se han encuestado a Jueces/Magistrados y abogados de la AEAFA únicamente del País Vasco. Esta delimitación territorial viene motivada por la dificultad logística que suponía ampliar el ámbito territorial.

Segundo, respecto a los colectivos a los que se dirige; la encuesta se dirige a dos colectivos:

- Los Jueces/Magistrados de Primera Instancia que resuelven asuntos de Derecho de familia. En consecuencia, se dirigen a los siguientes juzgados:

  - En los partidos judiciales en los que no existen Juzgados de Primera Instancia especializados en Derecho de familia, a todos los Juzgados de dicho partido.
  - En los partidos judiciales en los que sí existen Juzgados especializados en Derecho de familia, a todos éstos.
  - A todos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los partidos judiciales allí donde existen.

Por tanto, el universo lo constituyen todos los Jueces/Magistrados de Primera Instancia (titulares o en sustitución) con competencia en materia de familia del País Vasco, que son 46. La muestra coincide con el universo, dado que se ha enviado la encuesta a los 46 Juzgados.

La encuesta ha sido respondida por 28 de los 46 Juzgados, es decir el 60,87% de los Juzgados han respondido la encuesta, en consecuencia el nivel de confianza de la muestra es relevante.

En concreto la encuesta se ha enviado a los siguientes partidos judiciales y juzgados:

En VIZCAYA:

- En el partido judicial de Bilbao: A los Juzgados de Primera Instancia nº 5, 6 y 14 y a los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer nº 1 y 2.
- En el partido judicial de Durango: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 4.
- En el partido judicial de Getxo: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 6.
- En el partido judicial de Baracaldo: Al Juzgado de Primera Instancia nº 5 y al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1.
- En el partido judicial de Gernika: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 3.
- En el partido judicial de Balmaseda: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 y 2.

En ALAVA:

- En el partido judicial de Vitoria: A los Juzgados de Primera Instancia nº 4 y 8 y al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1.
- En el partido judicial de Amurrio: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 y 2.

En GUIPÚZCOA:

- En el partido judicial de San Sebastián: A los Juzgados de Primera Instancia nº 3 y 8 y al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1.
- En el partido judicial de Azpeitia: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 y 2.
- En el partido judicial de Bergara: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 4.
- En el partido judicial de Eibar: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 y 2.
- En el partido judicial de Tolosa: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 3.
- En el partido judicial de Irún: A los Juzgados de Primera Instancia nº 1 al 5.

Respecto a los abogados, el universo lo constituyen los abogados asociados a la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) del País Vasco, que son 55. La muestra coincide con el universo, dado que el número de abogados asociados a la AEAFA del País Vasco a los que se remitió la encuesta fueron los 55.

La encuesta ha sido respondida por 15 de los 55 abogados, es decir el 27,27% han contestado a la encuesta, en consecuencia el nivel de confianza de la muestra es

poco relevante, sin embargo considero que es de interés mostrar los resultados obtenidos, pese a ser menos representativa que en el caso de los Jueces/Magistrados.

Puede verse en el Anexo 2 de la presente tesis doctoral, la encuesta enviada a los dos colectivos. La encuesta fue idéntica para ambos colectivos, a excepción de la pregunta número 12 que simplemente varía en la adaptación correspondiente.

4.- Metodología empleada

Distingo a continuación entre la metodología empleada con el colectivo judicial y el letrado:

a) La encuesta a los jueces/magistrados se efectuó comunicándome telefónicamente con cada uno de los Jueces Decanos, de cada uno de los partidos judiciales, a fin de solicitar a éstos autorización para realizar la encuesta. Tras obtener la autorización, que se concedió en todos los partidos judiciales, se remitió vía e-mail la encuesta. El Juez Decano remitió a su vez a todos los Juzgados correspondientes del partido judicial la encuesta para que la cumplimentaran si lo deseaban. En alguno de los partidos judiciales, siguiendo instrucciones del Juez Decano correspondiente, se remitió vía e-mail la encuesta directamente a cada uno de los Juzgados del partido judicial correspondiente. La encuesta se realizó la segunda quincena de junio de 2011 y las encuestas se recogieron acudiendo a los juzgados correspondientes, entre finales de julio a principios de septiembre de 2011.

b) En el caso de los abogados de la AEAFA, tras la autorización de la Junta de la AEAFA para realizar la encuesta, se incorporó la misma en la página web de la asociación y se remitió por la persona encargada de la misma, varios e-mails a los abogados explicándoles el motivo de la encuesta. El envío de las encuestas se realizó en el mismo mes de junio de 2011 y se cerró el plazo de respuestas a finales de julio de 2011.

5.- Resultados obtenidos

5.1.- Encuesta a Jueces/Magistrados

De los 46 Juzgados a los que se remitió la encuesta, respondieron a la misma 28, por tanto, respondieron a la encuesta el 60,86% de los Jueces/Magistrados encuestados.

De estas encuestas cumplimentadas se obtienen los siguientes resultados en cada una de las preguntas formuladas:

- PREGUNTA Nº 1: *¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	19	67,9%
Negativas	9	32,1%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente pregunta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Este comentario no está completo dado que no logro entender la letra manuscrita del Juez/magistrado correspondiente: *Sí en cuanto a que (NO SE COMPRENDE). De estancia con los niños acaba siendo equitativo en la pareja pero no, en cuento a que en la compartida tales tiempos los establecen los padres, mientras que en la guarda exclusiva con (NO SE COMPRENDE) visitas, los tiempos de estancia vienen tasados judicialmente y por tanto hay menos flexibilidad para los progenitores.*

- Entiendo que no hay un único modelo de guarda y custodia compartida, por lo que dentro de dicho concepto tienen cabida regímenes en los que formalmente se atribuye la guarda a uno de los progenitores.

- Máxime teniendo en cuenta que no existe una definición legal de la custodia compartida.

- Si bien queda pendiente el agudo problema del uso de la vivienda familiar, mal regulado en el Código Civil. Y también la deficiente compresión por los destinatarios de que las visitas/estancias son.

- Realmente ambas cosas son lo mismo. Es cuesitón de dividir el tiempo de los hijos entre los progenitores y darle uno u otro nombre. La g y c la ejerce el que tiene a los hijos en su compañía en cualquier momento.

En las respuestas negativas:

- No, pues tal como dice el propio nombre visitas no es lo mismo, pues si bien en un régimen de visitas amplio puede favorecer la relación con el progenitor no custodio, no se puede equivaler en modo alguno con la custodia compartida, pues esa equivale el compartir en igualdad de condiciones el cuidado del menor.

- Aunque en la práctica el resultado puede ser parecido, conceptualmente no se pueden equiparar. No es lo mismo custodia compartida que atribución de custodia a uno de los progenitores y visitas para el otro.

- No estaríamos debatiendo cambio alguno, pues la posibilidad de más amplias visitas es algo que ya ofrece la ley que no pone restricción alguna en una situación de normalidad.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 2: *¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	21	75%
Negativas	6	21,4%
En blanco	1	3,6%

Los comentarios que han realizado en la presente pregunta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Este comentario no está completo dado que no logro entender la letra manuscrita del Juez/magistrado correspondiente: *Siempre que se observe una nota (NO SE ENTIENDE) por mucho que hayan llegado a un acuerdo en tal sentido no veo (NO SE ENTIENDE) la compartida porque (NO SE ENTIENDE) aboca a los niños a ser testigos de múltiples conflictos entres sus padres.*

- Prima el interés del menor.

- El criterio a considerar en los casos de mutuo acuerdo para la aprobación del convenio regulador es el de que el mismo no perjudique el interés del menor y pueden existir casos en que, aún pactada, la guarda y custodia compartida perjudique el interés del menor por diversas circunstancias (personales, de vivienda, distancia ...).

- Siempre que en atención a las circunstancias que concurran, pueda resultar perjudicial para el menor.

- Si bien, yo habitualmente no suelo impedirlo, existiendo un informe desfavorable (sin duda) y con informe favorable, pero se observa que por el interes del menor es perjudicial, si podría ser denegada.

- Siempre y cuando dicho convenio no garantice la estabilidad y el bienestar del menor o menores.

- El Ministerio Fiscal y el Juez tienen la obligación de velar por el interés de los menores por encima de los deseos de los padres. En cualquier caso, sería un supuesto muy extraño, dado que el hecho de que los progenitores estén de acuerdo demuestra una voluntad de preocuparse por los hijos y de anteponer el bienestar de estos a sus propios intereses.

- Lo fundamental es el interés del menor, no el de los progenitores, aunque si los progenitores están de acuerdo sólo si existiese una causa grave, justificada y relevante para el interés del menor y su protección rechazaría el convenio acordado entre los progenitores, asimismo habría que tener en cuenta al Ministerio Fiscal.

- Sólo si puede ir en perjuicio del menor por algún motivo objetivo o si fuera impracticable.

- Cuando conste que puede resultar dañosa para los hijos (art. 90 del CC). Muchos convenios presentan una regulación de la custodia compartida totalmente deficiente (P. Ej: Custodia compartida a criterio del hijo, sin distribución de periodos de alternancia, sin previsión sobre cobertura de alimentos hijos....).

- El convenio se ha de presentar ante el Juzgado, debe ser informado por el Ministerio Fiscal, y se debe dictar una Sentencia, en su caso, aprobándolo. El favor filii preside la resolución.

- Desde luego que sí, como cualquier otra medida, siempre que no quede evidenciado/garantizado el interés de los menores o el planteamiento de los

progenitores no resulte viable, a cuyo objeto el Juez puede practicar la prueba que considere oportuna.

En las respuestas negativas:

- Sin perjuicio de ello, considero que sí puede requerir, al amparo del artículo 777.7 LEC, para que se precisen o concreten algunos extremos relativos a su desenvolvimiento, como los referidos a los tiempos de estancia con uno u otro progenitor o los días y horas de las entregas, la forma de atender a las necesidades económicas de los hijos, etc…

- El acuerdo de los progenitores siempre debe prevalecer sobre la opinión del Juez. Los padres saben (por lo general) qué necesidades tienen los hijos mejor que nadie y el acuerdo entre ellos es fundamental para el desarrollo de los niños.

En blanco:

- Depende del informe del Ministerio Fiscal.

- PREGUNTA Nº 3: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	12	42,9%
Negativas	16	57,1%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente pregunta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Los informes no son vinculantes hasta tal punto.

- El informe del Ministerio Fiscal no vincula la decisión judicial, es una parte más del procedimiento; en caso de darse las circunstancias que favorezcan su decisión, se otorgaría.

- Si el interés del menor lo justifica y hay interés de los progenitores en llevar a buen fin el referido régimen.

- Es una parte más, que interviene en razón a la existencia de intereses de menores que se han de salvaguardar y proceden, pero la valoración de la prueba, es del Juez.

- Esta cuestión pende de decisión del Tribunal Constitucional. Aún así, viene entendiéndose que el informe del Ministerio Fiscal no vincula a la función jurisdiccional. La cuestión es dudosa y se está resolviendo en forma diversa por los tribunales.

- Alguna vez se ha hecho, pero ha sido precedido de un informe favorable del equipo técnico y de situaciones un poco excepcionales. La regla general, sin embargo, es que no.

En las respuestas negativas:

- El Código Civil, en su redacción actual no da cabida a la guarda y custodia compartida en caso de informe desfavorable.

- Seguramente el M.F. se habrá apoyado en informe de especialistas que no lo aconsejen.

- No, pues la ley conforme al artículo 92.8º del CC exige en los casos contenciosos que el fiscal informe favorablemente, dejando en manos del Fiscal la decisión de atribuir o no la custodia compartida.

- Por imperativo del art. 92.8 CC. No obstante, comparto el criterio mantenido por las diversas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas frente a dicho precepto y que se encuentran pendientes de resolución ante el TC.

- El art. 92.8 del Código Civil no lo permite.

- El párrafo octavo del artículo 92 del Código Civil, exige informe favorable.

- Muchos jueces pedimos que esto se modifique porque es un disparate, pero la regulación es la que es y habrá que esperar a ver qué resuelve el Tribunal Constitucional.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 4: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal en primera instancia, se podría recurrir la sentencia en apelación y solicitar un nuevo informe en segunda instancia?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	16	57,1%
Negativas	8	28,6%
En blanco	4	14,3%

Los comentarios que han realizado en la presente pregunta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Por pedir...

- Esta pregunta, no sabría contestarla con seguridad, pero entiendo que con la aportación de prueba documental pertinente, al dar traslado a las partes, a fin de que realicen sus alegaciones, tal vez el fiscal podría cambiar su informe.

- Obviamente, sí. En la resolución del recurso de apelación el Ministerio Fiscal es parte y deberá otorgarse posibilidad de informar, tanto en la tramitación del recurso ante el Juzgado de Primera Instancia, como ante la Sección de la Audiencia Provincial, si ésta lo considera oportuno.

- No veo inconveniente, dado que en el curso de la apelación podrían concurrir las circunstancias para una custodia compartida y conseguir un cambio de criterio del Ministerio Fiscal.

En las respuestas negativas:

- La excepción sería que hubiese habido un cambio sustancial de las circunstancias que aconsejasen obtener un nuevo informe.

- Para solicitar un nuevo informe habría que acreditar que las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento han cambiado. Y ello debería hacerse valer en un procedimiento de modificación de medidas. Además, un fiscal no va a variar el criterio de su compañero en un mismo procedimiento.

- La posición del Ministerio Fiscal no tiene porqué cambiar porque se recurra la resolución.

- Que se puede recurrir es indudable, pero el apelante no puede pretender un segundo informe del Mª Fiscal. La segunda instancia resuelve sobre los hechos en principio ya introducidos en el proceso en la 1ª instancia y sobre el derecho. El Mº Fiscal mantendrá su informe o, dado el caso, él mismo lo modificará.

En las respuestas en blanco:

- Entiendo que solo en caso de que se hayan acordado en segunda instancia pruebas distintas a las de primera instancia.

- La pregunta está mal formulada, porque el Ministerio Fiscal en todo caso debería efectuar alegaciones al recurso de apelación, de forma que si se practicara nueva prueba en la segunda instancia haría la correspondiente valoración.

- El Ministerio Fiscal, cuando hay menores, siempre informa nuevamente ante la Audiencia.

- No tengo ni idea.

- PREGUNTA Nº 5: *¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	3	10,7%
Negativas	24	85,7%
En blanco	1	3,6%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Si es lo mejor para los menores.

- Aún cuando no lo hayan interesado las partes ni lo haya dejado solicitado el Ministerio Fiscal en su informe tras la práctica de la prueba, el Juez puede acordarla, e incluso la Audiencia Provincial confirmarlo, como se ha mantenido en Bizkaia.

En las respuestas negativas:

- No sin informe favorable del M. Fiscal

- Entiendo que no resultaría conveniente acordarla de oficio sin que haya conformidad por las partes. Cosa distinta sería que en los asuntos de alegaciones iniciales no se hubiera planteado por ninguna de las partes y en las posteriores fases procesales se planteara, pero que no acordarla de oficio en Sentencia/auto.

- Considero que no. Lo que no se puede hacer es imponer a una pareja una custodia que ellos no quieren, provocando de esa manera un problema más en su situación. Aún así tengo entendido que algún compañero la ha estimado.

- No sin solicitud de alguna de las partes, también por imperativo del artículo 92. En este caso sí comparto el criterio del legislador, pues imponer este sistema de guarda a ambas partes es contrario a la propia esencia de la institución.

- Creo que no se puede otorgar de oficio, aunque sí concurrieran las circunstancias, debería poder hacerse. En todo caso sería preciso una modificación legislativa al respecto.

- Lo tiene que solicitar al menos una de las partes. Aunque yo no estoy de acuerdo con este sistema. No veo problema en acordar una guarda y custodia compartida cuando cada uno de los cónyuges la reclama para sí y los dos están capacitados para cuidar al menor. No procedería cuando los dos progenitores estén conformes en atribuirla a uno de ellos. Carece de sentido obligar a un progenitor a encargarse de su hijo.

- Siempre ha de informar favorablemente el Ministerio Fiscal.

- Para acordar la guarda y custodia compartida tiene que tenerse en cuenta las posiciones de los progenitores ya que el buen funcionamiento de este régimen va a depender en gran medida de su actuación, lo contrario sería abocar la situación a un procedimiento de modificación de medidas, constantes ejecuciones y en el peor de los casos denuncias penales. Igualmente el Ministerio Fiscal debe manifestar su posición.

- De momento y con el art. 92 CC entiendo que no cabe; el apartado 8 es claro al establecer que sólo cabe "a instancia de una de las partes".

- No. Así se desprende del texto legal (art. 92.5 y 8 CC), sin perjuicio del derecho foral al que no me esoy refiriendo. Además, no funcionaría en la práctica.

- Soy de la opinión que en derecho de familia de oficio se deben hacer pocas cosas. Nunca puedes obligar a una guarda y custodia compartida si no hay voluntad de los progenitores, saldría mal seguro.

En las respuestas en blanco:

- Aunque del tenor literal del Código Civil, parece que no, que siempre debe partir de la iniciativa de uno de los cónyuges, entiendo que si el Juez ve, que en ese caso, es conveniente la compartida, podría acordarla, siempre que los cónyuges no hayan mostrado un desacuerdo expreso.

- PREGUNTA Nº 6: *¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	8	28,6%
Negativas	19	67,9%
En blanco	1	3,6%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Aunque en familia no es necesario ser tan formalista.

- Si, de esa manera la contraparte tiene la posibilidad de preparar la defensa en cuanto a una cuestión tan controvertida como ésta, impidiendo de esa manera la indefensión en la cual se encontraría al llegar a juicio y alegar la demandada dicha pretensión.

- Hay que dar opción a la otra parte para contestar ese hecho nuevo y poder proponer prueba.

En las respuestas negativas:

- Este comentario no está completo dado que no logro entender la letra manuscrita del Juez/magistrado correspondiente: *Considero que no, porque lo veo como una fórmula más de estructurar la guarda y custodia y los (NO ENTIENDO).*

- Pues se trata de una de las medidas sobre las que el Tribunal ha de pronunciarse necesariamente.

- No está entre los supuestos del 770 LEC. En la demanda se habrá solicitado ya un régimen de guarda y custodia del menor y, aunque el Juez no puede acordar la guarda y custodia compartida de oficio, sí que ha de pronunciarse necesariamente sobre la persona a cuyo cuidado queda el menor.

- Yo no lo exijo, aunque puede ser conveniente que los profesionales la formulen, por si algún Juez considera que es necesaria. En puridad sí que habría que formularla conforme al art. 770 regla 2ª LEC dado que es una medida que el Tribunal no puede adoptar de oficio, pero me parece algo excesivo.

- A mi modo de ver, no (art. 770.2ª d) LEC), pues si en la demanda se plantea la custodia (en cualquiera de sus modalidades) ya no es precisa la reconvención. El Tribunal ha de pronunciarse de oficio.

En las respuestas en blanco:

- Depende del petitum de la demanda principal. Si en ésta se solicita como hecho litigioso la determinación de la custodia, no. Si no se incluye la custodia como hecho litigioso, sí, al ser un hecho nuevo.

- PREGUNTA Nº 7: *¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medidas Provisionales Coetáneas? Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	27	96,4%
Negativas	1	3,6%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Creo que si porque en el objeto de ambos está la determinación de régimen de guarda y custodia y en su caso, régimen de visitas, y la guarda y custodia compartida no es sino una modalidad.

- Si, y además, considero que es una buena ocasión para ver hasta la vista principal si dicha opción resulta realmente positiva o por el contrario, debe ser modificada.

- Creo que ello favorece la adopción de este sistema en la Sentencia definitiva, al permitir analizar su evolución y cómo se van adaptando los menores a la nueva situación.

- Lo que se puede resolver en Sentencia, se puede resolver cautelarmente.

- No veo inconveniente y la he acordado en algunos casos concurriendo los presupuestos del art. 92 CC. El art. 103 CC no lo impide.

- Cuestión de orden público, la decisión presidida por el interés de los menores, y depende del resultado de la prueba practicada.

- Desde luego que sí, en ambos casos, a pesar del tenor literal del art. 103.1ª CC (las normas se interpretan con los criterior del art. 3 CC).

- Siempre que exista acuerdo por las partes. En caso contrario, la prudencia no aconseja hacerlo porque la resolución final, no lejana en el tiempo puede ser contraria a una guarda y custodia compartida.

En las respuestas negativas:

- La razón es que en estos procedimientos, por su tramitación urgente, no se solicita informe psico-social y la guarda y custodia compartida conviene que se emita dicho informe de forma favorable.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 8: *¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	7	25%
Negativas	21	75%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- *Sí, la custodia compartida tiene por objeto el bienestar del menor. Es condición sine qua non.*

- *Siempre prima el interés de los menores.*

En las respuestas negativas:

- *Entiendo que la guarda y custodia compartida se acuerda cuando resulte favorable el interés superior del menor y siempre que las circunstancias concurrentes así lo aconsejen y permitan.*

- *No, de forma literal no debería aplicarse, pues una interpretación literal del apartado 8º nos llevaría a la extraña conclusión de que se debe partir de que si se atribuyera la custodia a uno de los padres, el hijo quedaría desprotegido totalmente y únicamente si se concede a los dos, quedaría protegido, lo que no es del todo cierto, por lo que el juez podrá acordar la custodia compartida aún sin esta aseveración categórica con informe del fiscal favorable, eso sí y razonando los motivos por los que la concede, que podrían dimanar también de los ofrecidos por los equipos técnicos.*

- *Basta con que se considere que es forma de ejercicio de la guarda y custodia más favorable para el menor, aunque no sea la única con la que se proteja su interés.*

- *Toda norma debe aplicarse descendiendo a cada supuesto concreto.*

- *En familia hay que ser un poco flexibles y a que cada caso es distinto y las circunstancias también, en todo caso cualquier decisión deber ser adoptada conforme a la ley.*

- *La expresión es clara y creo que no admite interpretaciones, pero supondría un criterio tan restrictivo (dentro de una regulación de por si restrictiva), que impediría aplicarla en todos los casos, dado que resulta difícil fundamentar que sólo una custodia*

compartida va a proteger adecuadamente el interés de los menores, cuando ni tan siquiera existe una definición legal de la custodia compartida.

- *Ya no, a tenor de las recientes Sentencias del T.S. (que no cito por ser conocidas).*

- *Nadie debe aplicar literalmente este tipo de normas, los errores del legislador son muy abundantes y aplicar las normas de manera literal causa consecuencias de difícil solución.*

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 9: *¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	19	67,9%
Negativas	9	32,1%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Este comentario no está completo dado que no logro entender la letra manuscrita del Juez/magistrado correspondiente: *En la custodia compartida los progenitores cuentan con más libertad para (NO ENTIENDO) y que no hay una resolución judicial que les marque los tiempos de estancia con los niños y (NO ENTIENDO) exige una buena comunicación entre los mismos lo que no suele suceder cuando la relación entre (NO ENTIENDO), es mala.*

- *Considero que sí porque implica una necesidad de colaboración y comunicación por ambos progenitores mayor que en regímenes habituales.*

- Por mi experiencia si, pues ya de por si, la separación supone un foco de problemas y si en consecuencia, si la relación entre la pareja es conflictiva, dicha situación todavía se complica más.

- Aunque el concepto de "buena relación" es un concepto jurídico muy indeterminado, habrá que estar al informe técnico y al del Ministerio Fiscal.

- La buena relación o en su defecto una buena predisposición para llevar a buen término el régimen.

- Matizando que no es imprescindible en su estricto sentido literal, sino más bien conveniente.

- Es evidente.

En las respuestas negativas:

- La relación basta con que sea cordial. Si no es buena se acuerda un régimen de visitas amplio que no se denomina custodia compartida pero está equiparado.

- Es muy conveniente y debe ser valorada, pero no considero que sea un requisito "sine qua non".

- Pero sería lo más deseable.

- Creo que bastaría una "buena relación" en lo estrictamente necesario para compartir la responsabilidad de los hijos. La respuesta depende, por tanto, de qué entendamos por "buena relación", pero a mi entender basta con unos progenitores que mantengan una relacion adecuada y una comunicación mínima en lo relativo al cuidado y educación de sus hijos que facilite una continuidad a pesar de la alternancia.

- No lo estimo necesario. Ya de por si un procedimiento contencioso es un desacuerdo y en casi todas las ocasiones, si el juicio se celebra tras haber intentado sin éxito conciliar a las partes, denota una situación enconada entre los progenitores, con reclamaciones de custodia exclusiva por cada parte, pero si la prueba pone de relieve que el menor o menores está mejor conviviendo con cada progenitor por temporadas, adelante con la custodia compartida.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 10: *¿Debería haberse modificado la regulación del resto de medidas relacionadas con la guarda y custodia, como es el uso y disfrute del domicilio conyugal y la pensión de alimentos en la Ley 15/2005?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	19	67,9%
Negativas	9	32,1%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Sobre todo el uso de la vivienda familiar (art. 96), que está totalmente obsoleto y no responde ya a la realidad de estos tiempos, máxime con la actual situación de crisis.

- Así es y lo reclama "a voces" la doctrina y buena parte de los jueces "especializados" en lo que hace el art. 96 CC. La pensión no era preciso, pero se regula (o se conmina a regular) en todas las custodias compartidas, claro es.

- Es un vacío legal importante lo que queda ahí, pero por el contrario esa ausencia de norma permite a las partes dentro del respeto a los principios fundamentales llegar a los acuerdos más convenientes para ellos y sus hijos.

En las respuestas negativas:

- El disfrute de la vivienda debe ser para el interés más necesitado de protección.

- No es necesario. En la medida en que esas otras medidas están relacionadas con la atribución de la guarda y custodia las decisiones a adoptar pueden tomarse sin problemas con la regulación actual.

- Ya está suficientemente regulado, dejando un abanico amplio a partes, y a Juzgados y Tribunales.

- No lo considero necesario. Lo realtivo al uso y disfrute de la vivienda familiar, a los alimentos de los hijos comunes, etc, partiendo de la jurisprudencia denominada

menor, e incluso las recientes sentencias del T. Supremo lo van amoldando a cada caso en concreto. Quizá regulando excesivamente, sería contraproducente, como estimo ha acontecido con la custodia compartida.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 11: *¿Considera que en nuestro Código Civil debería regularse menos restrictivamente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	14	50%
Negativas	13	46,4%
En blanco	1	3,6%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- En materia de familia cuanto menos rígida es la regulación, mejor. Ello permite al Juez analizar las circunstancias que concurran en cada caso para adoptar la decisión más acertada.

*- Creo que lo he dejado claro en mis respuestas. Creo que no debió ni siquiera introducirse el termino "custodia" y menos el de "custodia compartida", sino atender a las demandas del colectivo de Jueces de Familia para regular un "reparto de la convivencia de los hijos con sus progenitores", superando los términos "visitas" y "custodia", y reformar el art. 96 CC flexibilizándolo y evitando la rigidez y automatismo en su aplicación. (*Seminario de Jueces y Magistrados de Familia celebrado en Madrid en mayo de 2004, donde se hizo hincapié en potenciar la "responsabilidad parental" en lugar de la "custodia", a través de la figura de la "patria potestad" que habitualmente se ejerce de forma conjunta, de forma que la regla general ya era el principio de corresponsabilidad parental. Pudo evitarse todo este*

"lío" potenciando la "patria potestad" y no regulando la "custodia" que ni siquiera tenía una definición legal.).

- De hecho ya existen sentencias con diferentes interpretaciones sobre el artículo 92 y los requisitos para establecer o no establecer un sistema de guarda compartida.

- Sí, al modo de las legislaciones forales, como lo hizo Aragón, por ejemplo.

En las respuestas negativas:

- No, por el momento, pues la pretensión es muy importante en cuanto a los menores y al menos por ahora debe actuarse con mucho cuidado.

- Está debidamente regulada.

- Lo único que eliminaría sería el informe favorable del Ministerio Fiscal.

- Es que si la posición de los litigantes es contenciosa es muy difícil dar luz verde a un modo de vida en el que es necesario hablar y resolver muchas cuestiones y problemas de modo conjunto.

En blanco:

- Este comentario no está completo dado que no logro entender la letra manuscrita del Juez/magistrado correspondiente: *La regulación vigente no excluye (NO ENTIENDO) que se producen muchas veces durante el curso de procesos contenciosos, con lo que tampoco se trata de una regulación tan restrictiva.*

- PREGUNTA Nº 12: *¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida en su Juzgado/Tribunal?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	12	42,9%
Negativas	16	57,1%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos jueces y magistrados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Si, pero a veces creo que solo una estrategia de los abogados. Es verdad, que ya en muchos casos el hombre, sobre todo, solicita la custodia compartida, pero pienso que se debe más, al hecho de solicitar lo más, a fin de obtener otros beneficios, pero no porque realmente lo quieran.

- Han aumentado las peticiones en mutuo acuerdo, aunque no de forma importante, y más en los contenciosos, aunque muchas veces como simple estrategia de defensa letrada para obtener medidas más favorables en visitas, vivienda o pensiones de alimentos.

- Como petición subsidiaria, sobre todo.

- Si, sin duda, si bien a veces da la impresión de que se realiza de modo un tanto retórico o –peor aún- por pura estrategia procesal o sin convicción, o sin proponer seriamente los términos concretos (ya que hay muchas formas de establecerlas).

- Ha aumentado considerablemente este tipo de peticiones.

En las respuestas negativas:

- Solo he visto un caso, de una medidas provisionales, que no prosperó en las definitivas.

- La mayoría de los solicitados encubren la finalidad de obtener el uso de la vivienda, no el beneficio del menor.

- Sí que es cierto que los hombres optan cada vez más por este sistema o, al menos, por un régimen de custodia exclusiva con visitas muy amplias. Sin embargo, las mujeres son más reticentes a su adopción. Tienden a considerar a los hijos como propios y a mirar al padre con recelo. Es éste un asunto en el que aún debe avanzar mucho la sociedad.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

5.2.- Encuesta a abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia del País Vasco

De los 55 abogados de la AEAFA a los que se remitió la encuesta, respondieron a la misma 15, por tanto, respondieron a la encuesta el 27,27% de los abogados

encuestados. Ciertamente el número de encuestas cumplimentadas es insuficiente para que los resultados obtenidos, en el caso de los abogados (dado que en el caso de los jueces es suficiente), puedan ser concluyentes, no obstante, he considerado interesante incluir en cualquier caso los mismos, efectuando la presente advertencia como punto de partida.

De estas encuestas cumplimentadas se obtienen los siguientes resultados en cada una de las preguntas formuladas:

- PREGUNTA Nº 1: *¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	10	66,7%
Negativas	5	33,3%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Yo creo que en la mayor parte de los casos satisface el interés de los menores y de los progenitores.

- El problema reside la patria potestad es muy limitada y no se ejerce efectivamente, en cambio con la guarda y custodia compartida nadie arrogaría más atribuciones que el otro.

- Sí en cuanto al reparto de los tiempos de estancia con el menor pero no, en cuanto al resto de medidas: Pensión de alimentos y uso de la vivienda.

- Si, en lo referente a la comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio. No así en cuanto a los efectos derivados del art. 96 CC, uso y disfrute de la vivienda familiar.

- El problema está en el uso de la palabra ya que los progenitores comparten parecido tiempo con los hijos pero bajo una cobertura legal diferente, uno el que tiene la custodia y el otro el que disfruta de las visitas.

En las respuestas negativas:

- Sí parece que es una línea poco perceptible pero estimo que la pernocta es realmente fundamental.

- La custodia compartida implica mucho más que la compañía del menor, obligando a los progenitores a tomar en común muchas más decisiones cotidianas, y al menor a vivir en dos casas diferentes de forma alterna (en la mayor parte de casos), con todo lo que conlleva. El concepto es muy diferente.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 2: *¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	6	40%
Negativas	9	60%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Si ve que no es lo mejor para los hijos o porque haya existido alguna forma de presión para que el otro la acepte.

- SÍ en teoría, aunque sería excepcional. Desde el punto de vista de la legislación actual desde luego, porque del 92.6 del Código Civil se deduce que el juez podrá tomar su propia decisión en función del resultado de los informes y, en cualquier

caso, podría hacerlo si considera que el acuerdo es gravemente perjudicial para el menor o para uno de los progenitores.

En las respuestas negativas:

- Salvo que los planteamientos del convenio sean claramente inviables.

- Excepto que se demuestre que uno o ambos cónyuges tienen problemas de percepción graves.

- No, de la misma forma que, en principio, no puede denegar (y de hecho usualmente no lo hace) la atribución de la guarda y custodia exclusiva a uno de los cónyuges fijada de mutuo acuerdo.

- Considero que no debe ser así. Pero me temo que de la lectura del precepto literal, el Juez podría hacerlo si encontrara motivos. Claro que no veo como puede ver causas para denegarla en mutuo acuerdo, salvo que la estructuta fuera muy descabellada.

- Evidentemente salvo un par de progenitores no muy cuerdos

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 3: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	10	66,7%
Negativas	5	33,3%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Sobre todo si existe informe del equipo psicosocial que avale la conveniencia de la guarda y custodia compartida.

- No es frecuente pero hay Jurisprudencia que lo admite.

- Entiendo que a pasar de que la ley exija informe favorable del Ministerio Fiscal, en definitiva, y por poder, el Juez al dictar Sentencia es soberano. Por poder, podría.

- Yo entiendo que sí. No obstante habrá que esperar a la resolución del recurso planteado por la sección 2ª de la Audiencia de Pamplona.

- En general no sería deseable, pero según su "sana crítica" y viendo a algunos fiscales...

En las respuestas negativas:

- Tal y como está la ley resulta preceptivo el informe del Fiscal. Si no existiera ese requisito sería el Juez quien tendría la facultad de decidir libremente.

- Con la legislación actual sería contra legem.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 4: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal en primera instancia, se podría recurrir la sentencia en apelación y solicitar un nuevo informe en segunda instancia?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	11	73,3%
Negativas	3	20%
En blanco	1	6,7%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Sí, aunque entiendo que, por coherencia, sería el Ministerio Fiscal el primero que debe recurrir esa Sentencia, en interés del menor.

- En teoría al menos, la parte puede pedir lo que crea conveniente en su defensa. Pero dada la estructura del Ministerio Fiscal sería muy dudoso que un miembro del cuerpo contradijera lo afirmado por otro (e incluso que la Sala aceptara la solicitud de nuevo informe). Ahora, por pedir (...).

En las respuestas negativas:

- No entiendo la pregunta. Se puede recurrir pero no creo proceda nuevo informe del MF.

- Vía artículo 752 de la LEC.

- Sería como volver a juzgar lo juzgado.

- Si el Ministerio fiscal se pronunciara en contra ya no cabe cambio después.

En las respuestas en blanco:

- Pues la verdad es que no veo porqué no, si puede combatirse el informe de 1ª instancia con base y fundamento.

- PREGUNTA Nº 5: *¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	4	26,7%
Negativas	10	66,7%
En blanco	1	6,7%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- En teoría, la decisión sobre la guarda y custodia no responde a justicia rogada y el juez puede recabar las pruebas que considere oportunas (art. 752.1, párrafo 2º

LEC), con lo cual supongo que podría solicitar el informe del equipo técnico y del Ministerio fiscal y, si fueran favorables, acordarla de oficio.

En las respuestas negativas:

- Sin embargo existe alguna sentencia que el Juez concede custodia compartida y las partes no lo solicitaron en sus respectivos escrito de demanda y contestación.

- Tal y como está la ley en la actualidad es imposible. Pero no me resulta sensata esa posibilidad cuando puede ocurrir que no la quieran los progenitores o no sea buena para el menor.

En las respuestas en blanco:

- De la lectura del art. 92.5 y 8 parece que no. Sin embargo, del examen del apartado 9, que ocurriría si el Juez solicita de oficio informe pericial y los peritos aconsejan guarda compartida? Parece que el apartado 8, facilita esa posibilidad, y en todo caso conforme al 103.1º CC puede encomendar la guarda a los abuelos, no veo porqué no puede decretar compartida.

- PREGUNTA Nº 6: *¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	2	13,3%
Negativas	13	86,7%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Sería lo correcto, aunque si el juez considerara que a pesar de no haberla solicitado propiamente resulta la única forma de proteger el interés del menor, podría acordarla de oficio.

En las respuestas negativas:

- Estimo que siendo una medida de ius cogens, sobre la que el Tribunal ha de pronunciarse, no es necesario. De lo contrario, es una forma reencarecer el proceso, y desde luego, de prolongarse extraordinariamente en el tiempo.

- Si en la demanda el actor pide la custodia para si mismo o para el otro no procede reconvenir. Si en la demanda no se pidiese la custodia si procede reconvención pidiéndola.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 7: *¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medias Provisionales Coetáneas? Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	14	93,3%
Negativas	1	6,7%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Sí, si existe informe favorable del equipo psicosocial o acuerdo de las partes.

- Sin embargo, considero que no lo va a poder hacer en las Medidas Provisionales Previas, dada cuenta que no va a ser posible practicar la prueba pericial del Equipo Técnico Judicial.

- Aunque en teoría sería posible (imaginemos informe favorable del Ministerio Fiscal y convencimiento del Juez de que es la mejor forma de salvaguardar el interés del menor) en la práctica lo veo poco menos que imposible.

- Es igual que en el proceso principal, si bien se necesita informe psicosocial, aunque la ley no lo exige expresamente pero en la práctica los jueces no se atreven a resolver sin escuchar al equipo psicosocial.

- *Igual que atribuir a uno solo la custodia provisional.*

En las respuestas negativas y en las respuestas en blanco

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 8: *¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	5	33,3%
Negativas	9	60%
En blanco	1	6,7%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- *Aunque "las interpretaciones" son en la mayor parte de las ocasiones subjetivas, y por consiguiente objeto de debate y de recurso.*

- *SI, para respetar la voluntad del legislador, que quiso establecer ese estricto requisito. Otra cosa es que estemos o no de acuerdo con el rigorismo de la expresión.*

En las respuestas negativas:

- *Opino que en materia de Familia la Ley ha de interpretarse y aplicarse de forma flexible, nunca de forma literal o rígida.*

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 9: *¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	9	60%
Negativas	6	40%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- *Buena relación dentro de un margen razonable y siempre sin olvidar que existe una base de desacuerdo y de no buena relación, son cónyuges que se divorcian.*

- *Para fijarla no, pero para que funcione evidentemente sí, y eso es el interés prevalente del menor.*

- *Resulta recomendable la buena relación porque en caso contrario se va a utilizar al hijo para perjudicar al otro, o los hijos van a ser testigos de la mala relación y eso les perjudica en su desarrollo personal.*

En las respuestas negativas:

- *Pero en la práctica si es conveniente para mantener un régimen de custodia compartida.*

- *Es muy conveniente pero no imprescindible.*

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 10: *¿Debería haberse modificado la regulación del resto de medidas relacionadas con la guarda y custodia, como es el uso y disfrute del domicilio conyugal y la pensión de alimentos en la Ley 15/2005?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	14	93,3%

Negativas	1	6,7%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Al menos el art. 96.

- Sobre todo en lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar.

- Se hubiera completado de esa manera los criterios para poder decidir mejor.

En las respuestas negativas:

- El juez tiene margen para tomar decisiones adaptadas a la realidad de la guarda y custodia compartida.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 11: *¿Considera que en nuestro Código Civil debería regularse menos restrictivamente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	10	66,7%
Negativas	5	33,3%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- Debería regularse de modo más flexible con atención al supuesto concreto.

- Creo que la expresión "la única forma" es excesivamente restrictiva.

En las respuestas negativas:

- Tiene que haber un cambio de mentalidad en la sociedad que vaya minorando la custodia individual, pero siempre analizando cada caso para saber si es lo mejor para los hijos.

En las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

- PREGUNTA Nº 12: *¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida por parte de clientes y abogados?*

RESPUESTAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJES
Afirmativas	15	100%
Negativas	0	0%
En blanco	0	0%

Los comentarios que han realizado en la presente encuesta los distintos abogados son los siguientes:

En las respuestas afirmativas:

- En mi experiencia puedo decir que, incluso, se está utilizando tal solicitud como moneda de cambio para establecer las medidas económicas, es decir, "si solicitas mayores importes en pensiones, pediré la custodia compartida.".

- En muchas ocasiones con fines de negociación no de deseo de una guarda y custodia compartida real, aunque he hecho compartidas de mutuo acuerdo.

- Se intenta la custodia compartida en aquellos clientes varones que han participado en el cuidado y educación de sus hijos y a veces el Juzgado no atiende sus peticiones por la mentalidad social, en otros porque no se dan las condiciones de cuidado y en otros porque lo han pedido por pedir, por el uso del domicilio.

- Pero se siguen concediendo con cuentagotas, en parte por el rigor de los requisitos, y en parte porque la realidad social aún no es de cuidado al 50% de los

progenitores, que sería el supuesto en el que la guarda y custodia compartida tendría más sentido. La mayor parte del trabajo de cuidado de los menores sigue estando a cargo de la madre, lo que en parte justifica que se siga concediendo la guarda y custodia a ella, es decir, que se intente mantener una situación que para el menor suponga una mayor continuidad. No obstante, supongo que según vaya cambiando esta realidad habrá más peticiones y más concesiones de este tipo de guarda y custodia compartida o alterna.

En las respuestas negativas y en las respuestas en blanco:

- Ningún comentario

6.- Análisis de resultados en comparación con el estudio doctrinal y jurisprudencial

- **PREGUNTA Nº 1**: *¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 67,9%, negativamente el 32,1% y no respondieron el 0%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 66,7%, negativamente el 33,3% y no respondieron el 0%.

Esta pregunta trata de la discusión analizada en el epígrafe 3.1.3 del Capítulo II, titulado "distinción cualitativa o cuantitativa entre la guarda y custodia exclusiva y la compartida". En dicho epígrafe se recoge como hay, en mi opinión, dos posturas respecto de la diferencia entre la custodia exclusiva y la compartida:

1º.- La que se concreta en entender la guarda y custodia compartida como diferente cualitativamente y no necesariamente cuantitativamente a la guarda y custodia exclusiva.

2º.- La que entiende la guarda y custodia compartida como diferente fundamentalmente desde una perspectiva cuantitativa a la guarda y custodia exclusiva.

Tal y como se recogía en el epígrafe 3.1.3 del Capítulo II, la segunda postura parece seguida por mayor número de autores y sentencias.

En este sentido, tanto los Jueces como los abogados apoyan mayoritariamente esta segunda postura, dado que responden afirmativamente un 67,9% y un 66,7%

respectivamente a la pregunta formulada. Por tanto, el análisis que efectúa la doctrina y la jurisprudencia coincide con los resultados de la encuesta.

- **PREGUNTA Nº 2**: *¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 75%, negativamente el 21,4% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 40%, negativamente el 60% y no respondieron el 0%..

Esta pregunta plantea la disyuntiva jurídica analizada en el epígrafe 2.3 del Capítulo VI, titulado "Obligatoriedad de aprobar por el Juez el convenio regulador". En el desarrollo de dicho epígrafe se recogía que la opinión doctrinal era unánime, en cuanto a responder afirmativamente sobre la posibilidad de no aprobar el convenio regulador en el que se plantea una custodia compartida.

Sin embargo, la encuesta no obtiene unos resultados tan palmarios. En el caso de los Jueces, la respuesta es mayoritariamente afirmativa, sin embargo, aún un 21,4% responden negativamente. En el caso de los abogados la cuestión se torna aún más discutida, respondiendo hasta un 60% negativamente, lo que ciertamente se aleja de dicha unanimidad doctrinal y jurisprudencial, y de la opinión de los Jueces encuestados.

- **PREGUNTA Nº 3**: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 42,9%, negativamente el 57,1% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 66,7%, negativamente el 33,3% y no respondieron el 0%.

Se analiza la opinión doctrinal y jurisprudencial sobre la exigencia de informe favorable para acordar una custodia compartida en el epígrafe 3.4.2 del Capítulo VI. En el mismo se reseña cómo básicamente existen, a mi modo de ver, tres posturas al respecto: La que considera imperativo dicho informe favorable para acordar la custodia compartida; la que considera no imperativo el informe favorable; y por último la postura intermedia en la que se critica abiertamente la exigencia del informe favorable del

Ministerio Fiscal, pero sin embargo parece que aceptan, o no queda del todo claro, que no puede acordarse la custodia compartida sin informe favorable. La postura mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencialmente es la primera.

En la encuesta, en el caso de los jueces sí tiene un resultado de apoyo mayoritario a la primera postura, pero con una mayoría escasa, responden negativamente el 57,1%. Pero responden afirmativamente el 42,9, es decir, más de 4 de cada 10 Jueces sostienen que pueden acordar la custodia compartida pese a existir informe desfavorable del Ministerio Fiscal.

En el caso de los abogados los resultados distan de forma relevante de la opinión doctrinal y jurisprudencial, dado que el 66,7% responden afirmativamente, en consecuencia apoyan la segunda postura, y sólo un 33,3% apoyan la primera.

- **PREGUNTA Nº 4**: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal en primera instancia, se podría recurrir la sentencia en apelación y solicitar un nuevo informe en segunda instancia?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 57,1%, negativamente el 28,6% y no respondieron el 14,3%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 73,3%, negativamente el 20% y no respondieron el 6,7%.

Esta pregunta plantea la disyuntiva jurídica analizada en el epígrafe 4.2.2 del Capítulo IX. Como se observa de los resultados, primero es de las preguntas con más respuestas en blanco. Segundo, tanto los jueces como los abogados mayoritariamente responden afirmativamente, aunque con mayor contundencia los abogados (73,3%) que los jueces (57,1%).

- **PREGUNTA Nº 5**: *¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 10,7%, negativamente el 85,7% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 26,7%, negativamente el 66,7% y no respondieron el 6,7%.

Esta cuestión es estudiada en el epígrafe 3.3 del Capítulo VI, titulado "instancia de parte". En este epígrafe se expone como existe discrepancia de opiniones doctrinales entre la postura que defiende la imposibilidad de acordar la custodia compartida de

oficio por el Juez, postura que es mayoritaria en la jurisprudencia menor y en la doctrina, y la postura que defiende una interpretación más flexible, que defiende que el Juez podrá acordar la custodia compartida en procedimiento contencioso aunque ninguna de las partes lo haya solicitado, postura defendida por un número menor de autores y por nuestro Tribunal Supremo.

Los resultados de la encuesta siguen la primera postura, es decir, la defendida por la doctrina y jurisprudencia menor mayoritaria, pero no la defendida por nuestro Tribunal Supremo. Los resultados son palmarios, el 85,7% de los Jueces responden negativamente. Y en el caso de los abogados no es un resultado tan abrumador pero sí consistente, responden negativamente un 66,7%.

- **PREGUNTA Nº 6**: *¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 28,6%, negativamente el 67,9% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 13,3%, negativamente el 86,7% y no respondieron el 0%..

El análisis sobre esta pregunta se efectúa en el capitulo X, apartado 2. En el mismo se expone la discrepancia doctrinal respecto a la necesidad o no de interponer reconvención, que viene motivada por la exigencia recogida en el artículo 92.8 CC de que la custodia compartida se solicite *a instancia de una de las partes*.

En la encuesta los resultados son favorables a que no es necesario interponer reconvención en un supuesto de custodia compartida. Un 67,9% de los Jueces responden considerando innecesaria la reconvención, y en el caso de los abogados es más contundente el porcentaje, un 86,7% responden negativamente. Por el contrario el 28,6% de los jueces y el 13,3% de los abogados, responden afirmativamente. Esta circunstancia supone que se contestarán demandas solicitando custodias compartidas sin reconvención, que en el caso del 28,6% de los casos, en principio según la encuesta, serán rechazadas por los Jueces por dicha cuestión procesal.

- **PREGUNTA Nº 7**: *¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medias Provisionales Coetáneas? ¿Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 96,4%, negativamente el 3,6% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 93,3%, negativamente el 6,7% y no respondieron el 0%.

Esta pregunta plantea la disyuntiva jurídica analizada en el apartado 1 del Capítulo X, titulado "Procedimiento en el que puede adoptarse la medida de guarda y custodia compartida".

La respuesta en este supuesto es una de las más consensuadas, respondiendo afirmativamente un 96,4% de los Jueces y un 93,3% de los abogados.

- **PREGUNTA Nº 8**: *¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 25%, negativamente el 75% y no respondieron el 0%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 33,3%, negativamente el 60% y no respondieron el 6,7%.

El análisis de la interrogante planteada se efectúa en el Capítulo VI, epígrafe 3.5, que se titula "Fundamentar su decisión en que sólo con la guarda y custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor".

En el análisis de dicho epígrafe, se recogía como la interpretación rígida de la letra del artículo 92.8 CC parecía que tenía más seguimiento en la jurisprudencia menor. Sin embargo, la interpretación flexible parece que la defendía el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina.

En la encuesta los resultados apoyan, tanto en el caso de los jueces, respondiendo afirmativamente el 75%, como en el de los abogados, con el 60% de respuestas afirmativas, la interpretación flexible. No obstante, uno de cada cuatro jueces y uno de cada tres abogados, es decir un número considerable, defienden que o se acredita que sólo con la custodia compartida se protege adecuadamente el interés del menor, o no podrá acordarse la custodia compartida.

- **PREGUNTA Nº 9**: *¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 67,9%, negativamente el 32,1% y no respondieron el 0%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 60%, negativamente el 40% y no respondieron el 0%.

Esta pregunta plantea la disyuntiva jurídica analizada en el epígrafe 5.6 del Capítulo VI, titulado "relación de los padres entre sí y con sus hijos". En dicho epígrafe se exponía que, en mi opinión, la doctrina y la jurisprudencia podían dividirse en dos posturas: La que considera imprescindible la buena relación de los progenitores para la fijación de la guarda y custodia compartida, que ha sido y es seguida por abundante jurisprudencia y doctrina. Y la que considera importante, o una circunstancia más a tener en cuenta, pero no imprescindible, la buena relación de los progenitores para la fijación de la guarda y custodia compartida, y que es seguida también por cuantiosa jurisprudencia y doctrina, y que además parece que va cobrando fuerza progresivamente.

En la encuesta, pese a que no son porcentajes aplastantes, tanto la mayoría de jueces (responden el 67,9% afirmativamente) como de abogados (responden afirmativamente el 60%), responden considerando imprescindible la buena relación de los progenitores para fijar la custodia compartida, es decir, siguen la primera postura planteada.

- **PREGUNTA Nº 10**: *¿Debería haberse modificado la regulación del resto de medidas relacionadas con la guarda y custodia, como es el uso y disfrute del domicilio conyugal y la pensión de alimentos en la Ley 15/2005?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 67,9%, negativamente el 32,1% y no respondieron el 0%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 93,3%, negativamente el 6,7% y no respondieron el 0%.

Se alude a esta cuestión en la introducción del capítulo VIII de la tesis, reseñando la opinión doctrinal unánime respecto a que debería haberse aprovechado la modificación legislativa para regular también, y en consecuencia, respecto de la pensión alimenticia y la vivienda familiar.

En la encuesta los resultados son coherentes con lo expuesto en el caso de los abogados, que responden afirmativamente el 93,3%. Sin embargo, en el caso de los Jueces/Magistrados, los resultados son más llamativos, dado que responden afirmativamente un 67,9%, pero un 32,1% responden negativamente. Sorprende sobre todo dado que justamente el juzgador es quien finalmente debe resolver con la letra de

ley, y en mi opinión, es claro que la vivienda familiar y la pensión alimenticia no están reguladas para los supuestos de custodia compartida.

- **PREGUNTA Nº 11**: *¿Considera que en nuestro Código Civil debería regularse menos restrictivamente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 50%, negativamente el 46,4% y no respondieron el 3,6%.

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 66,7%, negativamente el 33,3% y no respondieron el 0%.

Tal y como se ha expuesto en el cuerpo de la presente tesis doctoral, la Ley 15/2005 ha regulado la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos de forma restrictiva. Los resultados de la encuesta en este sentido son interesantes:

En el caso de los jueces, atestigua la equilibrada contradicción de posturas existentes, considerando justamente el 50% que sí debe regularse menos restrictivamente la custodia compartida en supuestos contenciosos, y el 46,4% que no debería regularse en tal sentido. Es decir, no hay duda de que la polémica no tiene un claro vencedor.

En el caso de los abogados, la balanza se inclina más por la respuesta afirmativa a la regulación menos restrictiva (66,7%), sin embargo, un tercio de los abogados (33,3%), número considerable, responde negativamente.

- **PREGUNTA Nº 12**[1634]: *¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida en su Juzgado/Tribunal?*

En el caso de los Jueces/Magistrados respondieron afirmativamente el 42,9%, negativamente el 57,1% y no respondieron el 0%.

Son llamativos los resultados dado que pareciera, y sin duda del análisis jurisprudencial efectuado así se desprende, que sí ha existido un aumento sustancial de peticiones de custodia compartida en los Juzgados y Tribunales. Sin embargo, de la encuesta, pese a que sí se desprende dicho aumento, un 42,9% responden afirmativamente, aún un 57,1% de los Jueces no han notado aumento de petición de custodia compartida en su Juzgado.

[1634] La pregunta número 12 es la única que cambia en el caso de la encuesta a los Jueces/Magistrados y en el caso de los abogados. Esta primera pregunta número 12 es la efectuada a los Jueces/Magistrados.

- **PREGUNTA Nº 12**[1635]: *¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida por parte de clientes y abogados?*

En el caso de los abogados respondieron afirmativamente el 100%, negativamente el 0% y no respondieron el 0%.

Por el contrario, a diferencia de la pregunta número 12 respondida por los Jueces, en el caso de los abogados existe unanimidad (única respuesta en la que sucede de toda la encuesta) en afirmar que han percibido un aumento de petición de guarda y custodia compartida por parte de sus clientes y otros abogados. De ambas preguntas número 12, puede concluirse que es indudable que la custodia compartida ha calado en la ciudadanía, sin embargo, dichas peticiones o planteamientos del ciudadano, por las circunstancias que sean, llegan al Juzgado, pero no de forma tan masiva.

7.- Conclusión general del estudio de campo

La conclusión más relevante, y preocupante a la vez, del presente estudio de campo a mi juicio consiste en que no se obtienen diferencias muy definidas en los porcentajes de las respuestas a las preguntas. Tanto en el caso de los Jueces/Magistrados, como en el caso de los abogados, sólo en cuatro preguntas responden afirmativa o negativamente con un porcentaje igual o superior al 75%. En las otras ocho preguntas los porcentajes son más reducidos, por tanto existe mayor discrepacia entre los Jueces/Magistrados y los abogados en dichas preguntas.

Considero llamativo que en preguntas con disyuntivas claras y específicas que afectan a la práctica diaria, en ocho de las doce efectuadas, se obtengan porcentajes menores al 75% de respuestas afirmativas o negativas, lo que, a mi modo de ver, denota:

- Las relevantes dudas interpretativas que el artículo 92 CC genera.
- La falta de unanimidad en la resolución o posicionamiento ante dichas dudas.
- La inseguridad jurídica que ha creado la Ley 15/2005 ante una nueva y polémica figura.
- La discrepancia en algunas importantes preguntas entre la literatura científica y los resultados de la encuesta.

[1635] La pregunta número 12 es la única que cambia en el caso de la encuesta a los Jueces/Magistrados y en el caso de los abogados. Esta segunda pregunta número 12 es la efectuada a los abogados.

CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación tiene como objeto estudiar integralmente la guarda y custodia compartida, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2005, a fin de discernir sobre los siguientes aspectos, tal y como se avanzó en la introducción:

I.- La delimitación conceptual de la guarda y custodia compartida, y su diferenciación y encaje junto a las figuras ya existentes: la patria potestad y la guarda y custodia.

II.- La regulación de la figura en nuestro ordenamiento desde el punto de vista sustantivo y procesal.

III.- Los motivos que generan posturas radicalmente opuestas respecto a la custodia compartida.

IV.- La evolución de la figura desde antes de la Ley 15/2005 hasta el momento actual, y sobre cual puede ser la deriva de la misma.

Para tal objeto, se han estudiado los antecedentes históricos y la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, se ha ahondado en la aproximación conceptual, se ha acometido un detallado estudio de la doctrina y de la jurisprudencia relativa a cada uno de los puntos sobre la custodia compartida cuestionados a nivel sustantivo y procesal, se han analizado las Leyes que se han dictado en distintas autonomías sobre esta materia y se ha llevado a cabo un estudio de campo entre Jueces/Magistrados y Abogados del País Vasco.

De todo ello se han obtenido las siguientes conclusiones:

I.- Respecto a la delimitación conceptual de la guarda y custodia compartida, y su diferenciación y encaje junto a las figuras ya existentes: la patria potestad y la guarda y custodia, las conclusiones destacables son las siguientes:

1.- Del estudio efectuado observo que para tratar de acercarse a los conceptos de guarda y custodia y patria potestad, es importante atender a la "elasticidad" del concepto de ambas figuras. Es decir, estas figuras tienen una "holgura" conceptual que permite

que sean interpretadas, atendiendo a la situación social y a las dinámicas familiares de cada época, con mayor o menor extensión (art. 3.1 CC). Esto tiene relevancia porque la mayor o menor extensión de su contenido, interpretado desde una óptica temporal determinada, afecta directamente a su definición, tal y como se desarrolla en la conclusión cuarta.

Por tanto, no podemos continuar definiendo en el año 2012 dichos conceptos atendiendo a la óptica de 1981. La situación social y familiar de 1981 dista ostensiblemente de la actual, lo que supone que la guarda y custodia y el régimen de visitas de tal momento eran diferentes a la custodia y visitas actuales. Con anterioridad a 1981 las visitas eran acordes a lo que su nombre indica, es decir, una tarde del fin de semana, un día completo etc… Sin embargo, la inercia interpretativa ha ralentizado el cambio, que aún no se ha producido del todo, de la perspectiva de las figuras que se tenía en 1981.

2.- La norma general en nuestro Derecho es el ejercicio conjunto de la patria potestad. En coherencia con esta afirmación, considero que la interpretación del artículo 156.5 CC debería ser lo más limitada y acotada posible. Debería ceñirse exclusivamente a los supuestos de separaciones de hecho, y ni siquiera a todas, sino únicamente a las separaciones de hecho en que, por cualquier circunstancia, uno de los progenitores no cumpla (se haya desentendido del menor), o no pueda cumplir (por alguna circunstancia excepcional, tal como estar con alguna imposibilidad de salud transitoria, tenga alguna circunstancia laboral que durante la separación de hecho le impida ejercer la patria potestad etc…), con el ejercicio de la patria potestad.

No obstante, pese a ser mayoritaria la opinión doctrinal y la práctica de los Juzgados y Tribunales, respecto a que la norma general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, un problema importante se concreta en que no tenemos aún del todo integrada, ni en la sociedad ni en los operadores jurídicos, la idea de que es el ejercicio de la patria potestad el que otorga a los progenitores el derecho/deber de decidir las cuestiones relevantes de los menores. Hasta hace pocos años, no se hacía especial hincapié ni doctrinal, ni jurisprudencialmente, sobre esta cuestión dada la falta de demanda social al respecto. Por el contrario, en la actualidad, a tenor del cambio que se está produciendo, la delimitación de las decisiones que pertenecen a la patria potestad y que por tanto, deben acordarse conjuntamente, ha devenido relevante y se ha

comenzado a reivindicar notablemente por los progenitores, lo que resuelve notables problemas prácticos.

Sin embargo, esta mayor conciencia viene obstaculizada por la inexistencia de recursos procesales claros y contundentes que sancionen el incumplimiento de la toma de decisiones conjunta. Es decir, son precarias, endebles y poco utilizadas las fórmulas que la ley prevé para sancionar estos incumplimientos. No existen claras y sencillas medidas coercitivas que impidan la actuación unilateral de uno de los progenitores, normalmente el custodio, que incumple el derecho a la toma unánime de decisiones (por ejemplo trasladando al menor a otro lugar de residencia, sin ni siquiera comunicar esta circunstancia al progenitor no custodio hasta después de llevarla a cabo).

En consecuencia, sostengo que tanto la plasmación clara de la imposibilidad de actuación unilateral en caso de ejercicio conjunto de la patria potestad, como la creación de recursos procesales para su eficaz cumplimiento, sean objeto de desarrollo legislativo. Creo que es necesario para resituar en el lugar adecuado el papel que corresponde a cada progenitor respecto a sus hijos. Ello acarrearía beneficios tanto a éste como a aquellos, dado que derrocaría la consideración de cada cónyuge como "vencedor" y "vencido", como "progenitor de primera" y "de segunda", impulsaría la implicación de ambos progenitores y conceptualmente ayudaría a situar la guarda y custodia y la patria potestad. En definitiva, serviría para resolver problemas de interpretación.

3.- En este trabajo se ha evidenciado la discusión y confusión existente para discernir nítidamente los límites de los conceptos de guarda y custodia por un lado, y patria potestad por otro. Mi conclusión al respecto es que la guarda y custodia forma parte de la patria potestad, y en su contenido no se integra más derecho/deber de los que componen la patria potestad, que el circunscrito a la función de tener a los hijos en su compañía. La titularidad y ejercicio del resto de deberes/derechos que engloban la patria potestad, continúan perteneciendo, excepto circunstancias concretas, a ambos progenitores.

Asimismo, durante los periodos de visita-convivencia el progenitor no custodio ejerce la guarda y custodia de igual modo que el progenitor custodio durante sus periodos de convivencia. El progenitor no custodio tiene el mismo derecho para actuar de igual forma que lo hace el progenitor custodio en dichos periodos de convivencia, tomando unilateralmente las decisiones de menor calado que por su cotidianeidad e

inmediatez deba tomar, y por supuesto educando y formando al menor. Es decir, la guarda y custodia y el régimen de visita no son, en la actualidad, sino tiempos de estancia con el menor con distintas denominaciones pero con idéntico contenido en derechos y obligaciones.

No obstante, pese a que mi conclusión a nivel estrictamente jurídico es la expuesta en el párrafo anterior, no debe obviarse la dimensión práctica. Es decir, lo que sí conlleva la guarda y custodia es que el progenitor custodio tiene *de facto* más influencia en el menor, lo que en modo alguno supone, tal y como se ha expuesto, supremacía jurídica o mejor derecho del progenitor custodio frente al no custodio.

Dicha influencia *de facto* vendrá de que el progenitor custodio al disfrutar de más tiempo junto al menor, influirá más en la educación y formación de éste. Consecuentemente, la influencia será mayor o menor dependiendo de que el régimen de visitas sea más o menos extenso. Es decir, cuanto mayor sea el régimen de visitas más igualitaria será dicha influencia de ambos progenitores, y cuanto menor sea, más influencia *de facto* tendrá el cónyuge guardador.

En definitiva, hay un reparto igualitario de derechos y deberes derivado de la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, con la única excepción de que uno de los progenitores, el custodio, normalmente tiene a los hijos más tiempo en su compañía, tiene más tiempo de convivencia, y por tanto, también toma más decisiones cotidianas y de poca relevancia que el no custodio, lo que genera una posición de mayor influencia *de facto* sobre los menores.

4.- La distinción entre una guarda y custodia exclusiva con un régimen de visitas amplio y una guarda y custodia compartida, depende directamente del concepto de guarda y custodia exclusiva y compartida que adoptemos: Si ponemos el acento en el elemento cuantitativo (en el tiempo de estancia con los menores), o si por el contrario, consideramos que la custodia compartida es diferente cualitativamente a los periodos de estancia en caso de custodia exclusiva y régimen de visita.

Mi conclusión al respecto es que la custodia exclusiva con un régimen de visitas que suponga unos tiempos iguales de estancia de cada progenitor con el menor, es lo mismo que una custodia compartida. Por tanto, considero que la guarda y custodia compartida se diferencia de la exclusiva por la variable cuantitativa, no cualitativa, dado que ni la custodia exclusiva, ni la compartida, ni el régimen de visitas son más que tiempos de estancia con el menor con igual contenido en derechos y deberes.

En este sentido, la introducción de la custodia compartida en nuestro ordenamiento por la Ley 15/2005, ha generado confusión al considerar que debe ser algo diferente de la exclusiva, que debe haber una diferencia cualitativa, sin embargo, atendiendo a nuestra regulación de la patria potestad y de la guarda y custodia concluyo, tal y como he expuesto, que no hay tal diferencia.

Consecuentemente una guarda y custodia exclusiva en que el cónyuge visitador tiene un régimen de visitas amplio y está con el menor el 40 por ciento del tiempo y con el cónyuge custodio el 60 por ciento, y una guarda y custodia compartida en la que uno de los progenitores está el 40 por ciento del tiempo y el otro el 60 por ciento, se tratan del mismo supuesto, simplemente variará la terminología.

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se postula en este mismo sentido. Asimismo, de la encuesta jurídica efectuada se obtiene también esta conclusión, respondiendo afirmativamente a la primera pregunta[1636] el 67,9 por ciento de los jueces y el 66,7 por ciento de los abogados. No obstante, pese a la mayoría de respuestas afirmativas, aún un 32,1 por ciento de los jueces y un 33,3 por ciento de los abogados responden negativamente, es decir, consideran que la custodia exclusiva y la compartida son diferentes cualitativamente.

Añadir que, uniendo esta conclusión con la conclusión primera y tercera, a mi juicio el elemento cuantitativo también es fundamental en el sentido de que, si existe una desproporción en los tiempos de estancia muy relevante, la guarda y custodia puede mutar a un concepto cualitativamente diferente.

Es decir, cuando el tiempo de estancia del progenitor custodio es muy superior al tiempo de estancia del progenitor guardador, su influencia *de facto*, reseñada en la conclusión tercera, es de tal calibre que ciertamente el elemento cuantitativo genera o puede generar un cambio a nivel cualitativo, dado que el cónyuge custodio adopta decisiones relativas a la patria potestad, porque el cónyuge custodio ni cree que le corresponden ni ejerce en gran parte de los supuestos. Pero esa mutación de la variable cuantitativa a la cualitativa es una cuestión meramente fáctica, no jurídica, excepto que suceda en la sociedad de forma generalizada, tal y como acaecía con anterioridad a 1981.

[1636] Dice la pregunta nº 1 de la encuesta: *¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?.*

5.- El problema semántico no es intrascendente, dado que por llamar a supuestos iguales de uno u otro modo (custodia compartida o exclusiva) se considera apriorísticamente como una opción positiva o negativa, o parece una medida negociable o innegociable para los cónyuges.

Además la semántica tiene consecuencias muy relevantes en el resto de medidas del procedimiento de separación o divorcio, dado que la denominación utilizada afecta directamente a la pensión alimenticia y al uso y disfrute del domicilio familiar. Ésta es la verdadera diferencia entre la guarda y custodia compartida y exclusiva cuando en ambas se fijan tiempos de estancia iguales o similares. En este sentido, no es jurídicamente aceptable que por una cuestión meramente semántica, pueda existir una sentencia en la que compartiendo los progenitores práctica o exactamente al 50 por ciento el tiempo con los menores, pero denominando dicha situación como custodia exclusiva, el cónyuge custodio goce de unos privilegios legales en las antedichas medidas, que en caso de que se denominara custodia compartida no se acordarían de tal forma.

6.- Por tanto, en coherencia con lo expuesto, y para diferenciar la custodia exclusiva y la compartida, es necesario que la definición de guarda y custodia compartida otorgue importancia a los tiempos de estancia con cada progenitor. Éstos son fundamentales para considerar si existe o no custodia compartida. No es imprescindible que sea un reparto estrictamente al 50 por ciento, sin embargo, es relevante que se equiparen lo más posible los tiempos de estancia, dado que cuanta más desproporción, más diferencia existe entre ambos progenitores custodios únicamente por la aludida influencia *de facto*.

Consecuentemente, lo que en mi opinión la custodia compartida trata de igualar en mayor medida es el tiempo de estancia, lo que supondrá igualar la influencia *de facto* de ambos progenitores.

También son relevantes las noches de pernocta con cada progenitor. Considero que es un elemento trascendente más a tener en cuenta para considerar si se trata de un tipo u otro de custodia.

II.- Respecto de la regulación de la figura en nuestro ordenamiento desde el punto de vista sustantivo y procesal, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1.- La inclusión de la guarda y custodia compartida en el Código Civil tras la Ley 15/2005, supone que se trata de una figura regulada en nuestro ordenamiento. Por tanto, es importante reseñar que el Juzgado no puede denegar la custodia compartida, motivando su resolución en la no regulación de la figura en nuestra legislación.

2.- Respecto a la concreta regulación de la custodia compartida en el artículo 92 CC tras la Ley 15/2005, concluyo que la misma es criticable, dado que plantea numerosas interrogantes interpretativas.

Es muy discutible la técnica legislativa empleada por este artículo que genera notable inseguridad jurídica. Ello se observa nítidamente en las distintas, incluso contradictorias, opiniones doctrinales y jurisprudenciales que se esgrimen en los dilemas jurídicos que se plantean, tal y como se ha expuesto en la tesis.

También del trabajo de campo realizado resulta la misma conclusión, dado que no se obtienen diferencias contundentes en los porcentajes de las respuestas a las preguntas formuladas. En ocho de las doce preguntas con disyuntivas claras y específicas que afectan a la práctica diaria, se obtienen porcentajes menores al 75 por ciento de respuestas afirmativas o negativas. Esta conclusión obtenida del trabajo de campo supone la inquietante consecuencia de que cuando acudamos al Juzgado que corresponda, no podremos saber si el Juzgador se posiciona afirmativa o negativamente respecto a concretas y muy relevantes cuestiones controvertidas, que afectarán directamente al planteamiento de la defensa del letrado.

3.- Las conclusiones respecto de los principales dilemas que genera dicho artículo son las siguientes:

3.1.- Como cuestión previa, es importante reseñar que la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria no siempre apoya la interpretación literal o gramatical de la letra del artículo 92 CC. En algunas dudas interpretativas se utiliza la interpretación literal y en otras la sistemática. A modo de ejemplo, tal y como se ha expuesto en la presente tesis, en el punto 5º del artículo 92 CC, la mayor parte de la doctrina considera que no debe interpretarse de forma literal la expresión "se acordará" con la que comienza el apartado, dado que no debe ser preceptiva la aprobación del convenio regulador para el Juzgador. Pero por el contrario, el argumento principal de la imposibilidad de acordar de oficio una guarda y custodia compartida es la letra literal

del apartado 8º del artículo 92 CC. ¿Por qué la primera disyuntiva se interpreta de forma sistemática y la segunda de forma literal?. Ciertamente éste es un cuestionamiento que podemos plantearlo en gran parte de los dilemas, que no son pocos, que genera el artículo 92 CC. El criterio de interpretación que yo postulo es el sistemático.

3.2.- Respecto de la obligatoriedad o no de aprobar por el Juez el convenio regulador que recoge una custodia compartida en el procedimiento de mutuo acuerdo (art. 92.5 CC):

Concluyo que el Juzgador no está obligado a aprobar el convenio regulador en el que se plantea la custodia compartida.

Esta postura es la que apoya la unanimidad de la doctrina. Sin embargo, la encuesta efectuada obtiene resultados no tan rotundos en el caso de los jueces (el 75 por ciento responden afirmativamente y 21,4 por ciento negativamente a la pregunta nº 2[1637]). En el caso de los abogados los resultados son contrarios, la mayoría, el 60 por ciento, responden negativamente, y el 40 por ciento afirmativamente.

En coherencia, lo correcto sería que el comienzo del artículo 92.5 CC se modificase en términos no imperativos.

3.3.- Con relación al comienzo del artículo 92.8 CC con la palabra "excepcionalmente":

Entiendo que su eficacia práctica es escasa pero no nula. El Juez no puede desestimar la custodia compartida solicitada, motivando la desestimación únicamente en que dicha fórmula debe ser excepcional. Sin embargo sí puede utilizar dicho comienzo del artículo 92.8 CC como un argumento más, un argumento "de apoyo" o "de refuerzo" al resto de razonamientos esgrimidos para denegar la custodia compartida.

Pese a dicha referencia ("excepcionalmente"), no debe ser calificada la medida apriorísticamente como excepcional, tal y como concluye el TS, para quien debería considerarse la medida "más normal".

Este comienzo del artículo 92.8 CC, atendiendo a la tramitación parlamentaria, no fue más que un "adorno" (al igual que sucede con la exigencia de fundamentar la custodia compartida en que sólo con la misma se protege el interés del menor) para, junto al resto de la redacción, lograr un apoyo parlamentario suficiente para aprobar la

[1637] Dice la pregunta nº 2: *¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?.*

reforma en la que se incluyera la posibilidad de acordar la custodia compartida en procedimiento contencioso.

Por tanto, propongo que se elimine dicho término, "excepcionalmente", con el que comienza el artículo 92.8 CC.

3.4.- Respecto de la exigencia de instancia de parte para acordar la custodia compartida en supuestos contenciosos (92.8 CC):

Pueden existir supuestos, poco habituales, en el que el Juzgador considere que, aunque ninguno de los progenitores lo haya solicitado, la solución más beneficiosa para el menor sea la adopción de la guarda y custodia compartida. Por tanto, a tenor del principio de interés del menor, principio fundamental y rector de los procesos de familia, el Juez puede adoptar de oficio dicha medida. Es más, tendría obligación de hacerlo.

Esta postura es defendida por nuestro Tribunal Supremo. Sin embargo la opinión doctrinal y de la jurisprudencia menor en su mayoría es contraria a la posibilidad de acordar de oficio la medida. También la encuesta arroja resultados favorables a la necesidad de instancia de parte (el 85,7 y el 66,7 por ciento de los Jueces y de los abogados respectivamente responden negativamente a la pregunta 5[1638]).

Asimismo, esta exigencia de "instancia de parte" supone que la guarda y custodia compartida se trate de una medida inédita en los procedimientos de familia, dado que es una medida de *ius cogens* "teñida" o "tintada" con características de las medidas dispositivas, en concreto la aplicación con plenitud del principio de rogación. Es decir, se exige a una medida de derecho necesario el cumplimiento de un requisito procesal no aplicable a las mismas.

Consecuentemente propongo que se elimine la referencia a la instancia de parte del artículo 92.8 CC.

3.5.- Respecto a la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal del artículo 92.8 CC:

No es acorde con nuestro Derecho de familia que el Ministerio Fiscal tenga la "llave" para denegar la fijación de la guarda y custodia compartida, limitando la capacidad decisoria del Juez. Se trata de una medida insólita en nuestro Derecho de

[1638] Dice la pregunta nº 5 de la encuesta: *¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?.*

familia. Por tanto, entiendo que el Juzgador puede acordar la guarda y custodia compartida pese a que el informe del Ministerio Fiscal sea desfavorable, en caso de que el Juzgador considere que se trata de la medida más beneficiosa para el menor.

La doctrina y la jurisprudencia se postulan mayoritariamente a favor de considerar imperativo dicho informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida. En la encuesta los resultados son llamativos: Los jueces siguen la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y doctrina, pero con una mayoría muy escasa (57,1 por ciento responden negativamente a la pregunta 3[1639], y afirmativamente el 42,9 por ciento). En el caso de los abogados considera el 66,7 por ciento que sí puede acordarse la custodia compartida pese a que el informe del Ministerio Fiscal sea desfavorable.

Propongo que se elimine la referencia a que dicho informe sea "favorable".

3.6.- Respecto a la exigencia recogida en el artículo 92.8 CC de fundamentar el Juzgador la fijación de la custodia compartida *(...) en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*:

Concluyo que no es posible efectuar una interpretación literal del precepto, dado que en tal caso jamás podría acordarse la custodia compartida, habida cuenta la imposibilidad palmaria de acreditar que sólo (única y exclusivamente) con la custodia compartida se protege adecuadamente el interés del menor. Por tanto debe interpretarse dicha frase del artículo 92.8 CC en el sentido de que para acordar la custodia compartida, deberá fundamentarse que dicha fórmula es la más beneficiosa para el menor, no la única, sino la más acorde al interés del menor.

Del análisis efectuado en la tesis, resulta que la jurisprudencia menor ha tenido un mayor seguimiento de la interpretación literal del precepto, sin embargo el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina siguen una interpretación flexible; interpretación que considera que la custodia compartida no tiene porque ser la única forma de proteger el interés del menor, sino que la custodia compartida tiene que ser la fórmula más beneficiosa para el interés del menor. En la encuesta los resultados favorecen a la

[1639] Dice la pregunta nº 3 de la encuesta: *¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?.*

interpretación flexible (un 75 y un 60 por ciento de los Jueces y abogados respectivamente responden afirmativamente a la pregunta 8[1640]).

3.7.- Respecto de la referencia a *"(...) la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"*, dispuesto en el artículo 92.6 CC:

La mala relación de los progenitores se ha utilizado por la jurisprudencia como "requisito" impeditivo de fijación de la custodia compartida. Es decir, se parte de la premisa de que es más relevante la buena relación de los progenitores en caso de custodia compartida que de exclusiva. Esa premisa no la comparto plenamente, dado que atendiendo a que la diferencia entre una custodia exclusiva y una compartida se encuentra en el elemento cuantitativo, en el tiempo de estancia, dependerá del régimen de visitas que se fije en la exclusiva el otorgar más o menos relevancia a dicha buena relación de los progenitores.

Asimismo, dicha apelación a la mala relación de los progenitores tiene riesgo de utilización espuria, dado que puede generarse tal "clima" por el progenitor que pretenda evitar o neutralizar la fijación de la custodia compartida.

Tanto la postura que considera imprescindible la buena relación de los progenitores para acordar la custodia compartida, como la que la considera importante pero no imprescindible, son seguidas por numerosa jurisprudencia y doctrina. No obstante, parece que la segunda va cobrando fuerza progresivamente. De la encuesta se desprenden, pese a no ser aplastantes, resultados mayoritarios a favor de que es imprescindible la buena relación (el 67,9 y el 60 por ciento de los jueces y abogados respectivamente responden afirmativamente a la pregunta 9[1641]).

3.8.- También existen otras circunstancias o cuestiones que no se recogen expresamente en nuestro Código Civil, tales como la cercanía de los domicilios, la edad de los menores, la situación anterior a la ruptura, la disponibilidad horaria de los progenitores o la voluntad de los menores, que son tenidos en cuenta por la jurisprudencia, reiteradamente por nuestro Tribunal Supremo, a fin de acordar el sistema de guarda y custodia.

[1640] Dice la pregunta nº 8 de la encuesta: *¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?.*
[1641] Dice la pregunta nº 9 de la encuesta: *¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?.*

Estas cuestiones deben tratarse de forma equilibrada, es decir, no deben ser consideradas como cuestiones de obligatorio examen por el juzgador, pero tampoco debe evitarse su total referencia, sobre todo en los supuestos en los que no exista más argumento que sustente la concreta decisión del Juzgador. Su utilización es necesaria a fin de evitar resoluciones no motivadas o motivadas en argumentos endebles o no suficientemente potentes como para derrocar la fórmula de guarda solicitada. Tienen interés para valorar el caso concreto y elaborar ese "traje a medida" para la familia.

Pero en cualquier caso, dichas cuestiones deberán considerarse para la fijación no sólo de la custodia compartida, sino para acordar la custodia compartida o la exclusiva, es decir para optar por una de ellas. Por tanto, no deben utilizarse dichas circunstancias como nuevas "barreras" o "exigencias" para la fijación de la custodia compartida.

3.9.- Sobre cuestiones procesales concretas concluyo lo siguiente:

La custodia compartida podrá acordarse en medidas provisionales previas y coetáneas. El resultado de la encuesta es claro en este sentido (el 96,4 y el 93,3 por ciento de los Jueces y abogados respectivamente responden afirmativamente a la pregunta 7[1642]).

A nivel jurídico estrictamente, mi conclusión es que no es necesaria interponer reconvención para acordar la custodia compartida.

Los resultados de la encuesta son favorables a que no es necesario interponer reconvención: El 67,9 y el 86,7 por ciento de los jueces y abogados respectivamente, responden negativamente a la pregunta 6[1643]. Sin embargo, el 28,6 por ciento de los jueces consideran que sí es necesaria la reconvención (más de 1 de cada cuatro Jueces). Por ello sostengo que por prudencia el letrado debería plantear la reconvención, a fin de evitar la denegación de la custodia compartida por no interponer la misma.

4.- Atendiendo a la letra del artículo 92 CC, la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 parecería más restringida que con anterioridad a la reforma. Previo a la Ley 15/2005 (excepto en los supuestos en los que el Juzgador considerara imposible acordar la custodia compartida por ser una figura no regulada en

[1642] Dice la pregunta nº 7 de la encuesta: *¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medias Provisionales Coetáneas? Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?*.
[1643] Dice la pregunta nº 6 de la encuesta: *¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?*.

nuestro ordenamiento) el Juzgador podía fijar la custodia compartida en un supuesto contencioso de oficio, sin informe favorable del Ministerio Fiscal, apelando al beneficio del menor. En la actualidad por el contrario, según el texto del artículo 92 CC, deben cumplirse, entre otras, dichas exigencias.

Sin embargo, la actual situación ha favorecido sustancialmente a la fijación de la custodia compartida. Primero, por haber incorporado a nuestro Código Civil la custodia compartida, y segundo, y más importante, por la consecuencia que acarrea dicha inclusión, que es la considerable repercusión pública en los agentes jurídicos y en la ciudadanía. De ahí que en la actualidad se solicite en innumerables ocasiones más que antes, y tenga un diagnóstico de éxito más probable que antes de la reforma.

5º.- Por último, concluyo que es necesario un cambio de óptica respecto a las rupturas matrimoniales y de pareja. No podemos afrontar, tal y como se hacía hace escasos cincuenta años, las rupturas matrimoniales o de pareja como un problema marginal, y por tanto de relevancia menor por la incidencia liviana en la sociedad.

El número de rupturas matrimoniales y de pareja con hijos ha aumentado de forma tan relevante, que lo que en otra época era una excepción, se ha convertido en algo habitual. Considero que este problema debe situarse en una posición prioritaria en la agenda política, social y jurídica.

El gran reto que deberá afrontarse será la reforma de los procedimientos matrimoniales, porque lo cierto es, que el procedimiento de separación y divorcio, sobre todo el contencioso, está muy alejado de un planteamiento complejo de una ruptura matrimonial o de pareja con menores, en la que se desbordan emociones que deben ayudarse a contener y encauzar. Debe crearse un procedimiento que suponga el menor daño posible a los intereses en juego.

III.- En relación a los motivos que generan posturas radicalmente opuestas respecto a la custodia compartida:

1.- Considero que en cierto sentido se ha comenzado en esta materia por el final. La primera cuestión que debería haberse planteado es si la guarda y custodia compartida y la exclusiva son o no beneficiosas para los menores, en qué supuestos, y bajo qué circunstancias o requisitos. Tal como se ha expuesto en el cuerpo de la tesis, existen estudios, doctrina y jurisprudencia que reseñan lo beneficioso de la guarda y custodia

compartida, como los que defienden conclusiones contrarias. De igual modo, también es intensa la crítica por algunos y la alabanza por otros, del sistema de custodia exclusiva.

Por tanto, a mi modo de ver debería haberse realizado un mayor esfuerzo investigador a fin de ir clarificando más las consecuencias de los distintos tipos de guarda y custodia, o más bien de la duración de los periodos de estancia con cada progenitor. Sin embargo, la Ley 15/2005 no vino sustentada en ninguna investigación concreta llevada a cabo para su elaboración, que hubiera estado justificada en lo importante de la materia regulada.

Esta circunstancia permite que existan opiniones contradictorias respecto a la figura, dado que ambas posturas vienen refrendadas por un sector doctrinal y jurisprudencial.

2.- Denominar a la guarda y custodia como "exclusiva" o "compartida" tiene directa repercusión en la pensión alimentos y en el uso y disfrute del domicilio conyugal. Esta es una circunstancia que puede ser determinante para pedir o defender la custodia compartida o para negarla de forma taxativa. En ocasiones la discusión sobre la denominación puede encerrar únicamente el interés en dichas medidas.

Al hilo de esta cuestión, la Ley 15/2005 no ha modificado los artículos dedicados a la regulación de la pensión alimenticia y del uso y disfrute de la vivienda familiar. Por tanto, debe obtenerse respuesta para dichas medidas en los supuestos de custodia compartida, con los artículos creados única y exclusivamente para la existencia de una custodia exclusiva.

En este sentido, concluyo que deberían haberse modificado los artículos referentes a la pensión alimenticia y al uso y disfrute de la vivienda familiar para prever cual debe ser la solución legal en los supuestos de custodia compartida. Ciertamente si estas medidas se regularan más adecuadamente en ambos supuestos, por lo menos extraeríamos de la disputa los posibles intereses espurios relativos a los alimentos o al uso de la vivienda familiar, en determinadas peticiones de custodia exclusiva o compartida.

Por tanto, propongo que se efectúe una modificación de la regulación de la pensión alimenticia y del uso y disfrute del domicilio conyugal a fin de que existan respuestas legales en el supuesto de custodia compartida, y se evite la utilización torticera de dichas medidas para defender la custodia compartida o la exclusiva.

3.- Otro motivo es la utilización de la petición de la custodia compartida como instrumento de presión en la negociación. Con la anterior regulación, la abrumadora mayoría de custodias maternas que se acordaban implicaban un inerte acicate negociador para la madre. Sin embargo, en la actualidad el temor de algunos progenitores a que se fije una custodia compartida, puede ser utilizado por el otro progenitor, pese a no desear dicha forma de custodia, para presionar en la negociación.

4.- Concluyo que también el aspecto adaptativo de la sociedad a las modificaciones legislativas sobre todo en materias tan sensibles, es motivo generador de posturas antagónicas respecto a la custodia compartida. Es decir, en el año 1981, momento de la anterior reforma de derecho de familia, en determinadas familias el planteamiento de un régimen de visitas de fines de semana alternos hasta el lunes, dos días intersemanales, y vacaciones por mitad (régimen admitido y habitual en la actualidad), se consideraba un escandaloso galimatías al que someter al menor, y por supuesto, una circunstancia perturbadora de su estabilidad. En la actualidad se ha trasladado dicho argumento a la solicitud de la custodia compartida.

Esta reflexión no supone la afirmación por mi parte de que la custodia compartida, en modo alguno ni en ningún supuesto, pueda suponer un elemento distorsionador de la estabilidad de los menores. Lo que sí supone esta afirmación, es mostrar que no comparto la genérica alegación de inestabilidad para negar en todo caso la custodia compartida. De igual modo, tampoco estoy de acuerdo con las voces que se alzan considerando que siempre la custodia compartida es el sistema adecuado, partiendo de que la custodia exclusiva es siempre negativa para los menores.

5.- Como conclusión final a la existencia de posturas antagónicas respecto a la custodia compartida, considero que el problema está en derrocar o ensalzar la guarda y custodia exclusiva o la compartida, dado que las dos opciones son válidas, siendo cada una más adecuada dependiendo de las circunstancias del supuesto concreto. Pese a parecer una obviedad, quizá no haya buen o mal sistema si ambos progenitores se respetan, consiguen no inmiscuir a los menores más que en lo estrictamente necesario, y lo aplican con naturalidad y colaboración.

Por ello, no deberíamos idealizar modelo alguno, sino analizar el caso concreto y dar la respuesta más adecuada al mismo.

IV.- Sobre la evolución de la figura desde antes de la Ley 15/2005 hasta el momento actual, y sobre cual puede ser la deriva de la misma, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1º.- La evolución de la figura, adquiriendo relevancia en nuestro ordenamiento, ha sido veloz e imparable. La Ley 15/2005 introdujo la guarda y custodia compartida en nuestro ordenamiento de forma tibia o limitada, sobre todo en los procedimientos contenciosos. Sin embargo, el regular la figura no ha tenido efectos nimios, porque ha supuesto la "fisura" hacía un camino, imparable, de mayor protagonismo de la custodia compartida en nuestro ordenamiento.

Una de las cuestiones que desde el dictado de la Ley 15/2005 parecía clara, era que la misma iba a suponer la introducción de la figura en el "debate" social y jurídico. Y ciertamente, dicha predicción se está tornando en realidad, tal y como se está observando en Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia o País Vasco, donde el debate sobre la custodia compartida no sólo ha comenzado sino que ha finalizado en resultados concretos.

2º.- La sucesión de Leyes autonómicas (Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia) que se están dictando respecto de la custodia compartida, en mi opinión, si bien no se discute la competencia para ello, es discutible por las siguientes razones:

- En un tema tan relevante como la custodia de los menores, considero que no es positivo que exista una amalgama de legislaciones, en la que en unos supuestos la custodia compartida se erija frente a la exclusiva como opción preferente, en otros se regule en igualdad de condiciones, y en el Código Civil continúe en un lugar de inferioridad la compartida frente a la exclusiva.

- Atendiendo a la complejidad de discernir y delimitar los conceptos de patria potestad y de guarda y custodia evidenciados en el capítulo de la aproximación conceptual y en las conclusiones sobre el concepto, considero también inadecuado, que cada una de las legislaciones autonómicas utilice denominaciones diferentes para las figuras. Esta circunstancia genera confusión en la delimitación de las figuras hasta ahora cosechada por doctrina y jurisprudencia, y por supuesto un "terrón" más de inseguridad jurídica para las nuevas legislaciones de dichas comunidades autónomas.

3.- La guarda y custodia compartida está "en primera línea" del debate jurídico. Por ello, concluyo que es relevante tratar de evitar que pasemos de un sistema de custodia exclusiva materna general, cercano a incuestionable, a un sistema de guarda y custodia compartida general, en idénticos términos. Ello supondría que el automatismo existente en la actualidad con la custodia materna, se produciría con la custodia compartida.

Mi propuesta sería desterrar la denominación tanto de guarda y custodia exclusiva, compartida como de régimen de visitas, sustituyendo esta terminología por la mera alusión a los tiempos de estancia de cada progenitor con los menores.

Esta denominación de "tiempos de estancia", aclararía notablemente las disquisiciones conceptuales respecto a la custodia exclusiva y compartida. Asimismo, si se regularan a su vez adecuadamente el resto de medidas (uso y disfrute de la vivienda familiar y la pensión alimenticia), se reducirían ostensiblemente el número de procedimientos contenciosos.

No obstante, subsidiariamente, en caso de mantenimiento de dicha terminología, propongo que la custodia compartida y la exclusiva sean reguladas en nuestro ordenamiento en igualdad de condiciones, y que el Juzgador pueda optar por la fórmula que considere más acorde con el interés del menor atendiendo a las circunstancias del caso concreto, elaborando el "traje a medida" más adecuado para la concreta situación.

Es decir, considero que debería regularse la guarda y custodia compartida en situación de igualdad en relación con la exclusiva, pero no como opción preferente, dada cuenta de que en tal caso el automatismo sería la respuesta que se produciría en la práctica. El juzgador analizando el caso concreto con sus particulares circunstancias y de acuerdo con la Ley, optará por la fórmula que considere más beneficiosa para el menor.

ANEXO I.- REPERTORIO DE SENTENCIAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 10 de diciembre de 1984, Ponente: Francisco Tomás y Valiente (EDJ 1984/120).

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 15 de enero de 2001, Ponente: Tomás Antón Vives (EDJ 2001/35).

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 29 de enero de 2001, Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende (EUDER 3061/2001).

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 19 de agosto del 2008, Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde (EDJ 2008/130769).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1983, Ponente: Don José Luis Albácar López (EUDER 8218-JF/0000).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 6 de julio de 1996, Ponente: Don Francisco Morales Morales (EDJ 1996/6978).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2005, Ponente: Don Jesús Corbal Fernández (EDJ 2005/11835).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de abril de 2005, Ponente: Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (EDJ 2005/62562).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 184085/2009).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EUDER 192180/2009).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5293/2010).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 5294/2010).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (LA LEY 165754/2010).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/34606).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/146903).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (SP/SENT/639180).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/155183).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (EDJ 2011/222411).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de noviembre de 2011, Ponente: Doña Encarnación Roca Trías (www.aeafa.es).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de enero de 2012, Ponente: Don Juan Antonio Xiol Rios (www.aeafa.es).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 9 de marzo de 2012, Ponente: Don Juan Antonio Xiol Rios (www.aeafa.es).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 31 de julio de 2008, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2009/643).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 5 de septiembre de 2008, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (RJ 2009/1449).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 25 de junio de 2009, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2010/2369).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 3 de marzo de 2010, Ponente: Don Carlos Ramos Rubio (RJ 2010/4016).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 8 de marzo de 2010, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2010/4018).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de 27 de septiembre de 2010, Ponente: Don José Francisco Valls Gombau (RJ 2011/119).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de marzo de 2006, Sección 6, Ponente: José Ramón Sánchez Herrero (SP/SENT/87483).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 21 de marzo de 2006, Sección 4, Ponente: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández (SP/SENT/88234).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de junio de 2006, Sección 6ª, Ponente: Don José Gómez Rey (EUDER 91589/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2007, Sección 6ª, Ponente: Don José Ramón Sánchez Herrero (EUDER 251843/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de abril de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Manuel Conde Núñez (EUDER 149616/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de diciembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Julio Tasende Calvo (EUDER 322669/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 6 de marzo de 2009, Sección 6ª, Ponente: Doña María José Pérez Pena (EUDER 121172/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de Septiembre de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Bernardino José Varela Gómez (SP/SENT/523246).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de mayo de 1996, Ponente: Don Jesús María Medrano Durán (EDJ 1996/2950).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de diciembre de 1997, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azkoitia (EDJ 1997/20892).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de julio de 1999, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco José Picazo Blasco (LA LEY 115548/1999).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de diciembre de 1999, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (LA LEY 183461/1999).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 12 de marzo de 2001, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Elizburu Aguirre (SP/SENT/25022).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 18 de marzo de 2002, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (LA LEY 57720/2002).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de junio de 2002, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Elizburu Aguirre (EDJ 2002/101479).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 21 de marzo de 2006, Sección 1ª, Ponente: Don José Jaime Tapia Parreño (SP/AUTRJ/92377).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27 de abril de 2007, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azkoitia (EDJ 2007/92435).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Iñigo Madaria Azcoitia (EUDER 189588/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de mayo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña María Mercedes Guerrero Romero (EUDER 125614/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña Silvia Víñez Argüeso (JUR 2010\402658).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 8 de noviembre de 2005, Sección 1ª, Ponente: Eduardo Salinas Verdeguer (SP/SENT/79692).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de marzo de 2006, Sección 1, Ponente: José García Bleda (SP/SENT/92652).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Eduardo Salinas Verdeguer (EUDER 133143/2008).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de abril de 2002, Sección 7ª, Ponente: José Teófilo Jiménez Morago (EDJ 2002/23100).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 161720/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 303638/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (EUDER 306821/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 68447/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don Domingo Salvatierra Ossorio (EUDER 144254/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de noviembre de 2009, Sección 9ª, Ponente: Don José Manuel Valero Díez (EUDER 273701/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Doña María Soledad Jiménez de Cisneros (EUDER 129539/2006).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de enero de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 20248/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de julio de 2008, Sección 7ª, Ponente: Don Ramón Ibañez de Aldecoa Lorente (EUDER 167649/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de septiembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Doña María José Pueyo Mateo (EUDER 172745/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de noviembre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Luis Casero Alonso (EUDER 280637/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de febrero de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José María Álvarez Seijo (EUDER 27932/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de abril de 2009, Sección 5ª, Ponente: Doña María José Pueyo Mateo (EUDER 55205/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Javier Antón Guijarro (EUDER 245193/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de Junio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don José Ignacio Álvarez Sánchez (SP/SENT/515178).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de julio de 2005, Ponente: Don Miguel Ángel Callejo Sánchez (EUDER 279637/2005).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Doña María José Rodríguez Dupla (SP/SENT/182874).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 8 de junio de 2009, Ponente: Don Miguel Ángel Callejo Sánchez (EUDER 92708/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 7 de diciembre de 2009, Ponente: Doña María José Rodríguez Dupla (EUDER 262060/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de enero de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Jesús Souto Herreros (EUDER 35479/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de diciembre de 2009, Ponente: Don Carlos Jesús Carapeto y Márquez de Prado (EUDER 300392/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 2006, Sección 3, Ponentes: Guillermo Rosello Llaneras (SP/SENT/87382).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de abril de 2008, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 138140/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de junio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Catalina María Moragues Vidal (EUDER 148792/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de marzo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 59024/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de marzo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 51170/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña Juana María Gelabert Ferragut (EUDER 133802/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 184951/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EUDER 192292/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 218342/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de noviembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Pilar Fernández Alonso (EUDER 248847/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (EDJ 2010/145956).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Miguel Álvaro Artola Fernández (SP/SENT/521638).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 1998, Sección 18ª, Ponente: Ana María García Esquius (EDJ 1998/22218).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2002, Sección 18ª, Ponente: Esperanza Ginebra Molins (EDJ 2002/18099).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2003, Sección 18ª, Ponente: José María Bachs Estany (EDJ 2003/184772).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2006, Sección 12, Ponente: Juan Miguel Jiménez De Parga Gaston (SP/SENT/85534).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2006, Sección 18, Ponente: Enrique Alavedra Farrando (SP/SENT/85612).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de marzo de 2006, Sección 12ª, Ponente: Doña Ana Jesús Fernández San Miguel (EUDER 99850/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2006, Sección 12ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (EUDER 219239/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2006, Sección 12ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (EUDER 244914/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2006, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 247294/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2007, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Ortuño Muñoz (SP/SENT/103017).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007, Sección 18ª, Ponente: Don Enrique Anglada Fors (EDJ 2007/7223).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2007, Sección 12ª, Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (SP/SENT/126035).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2007, Sección 18ª, Ponente: Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo (EUDER 113848/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 2008, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (EUDER 246329/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (EUDER 6282/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga (EUDER 148613/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de julio de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 179527/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2009, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 269977/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (EUDER 9173/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (SP/SENT/501801).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Agustín Vigo Morancho (EUDER 9185/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María José Pérez Tormo (SP/SENT/526462).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Pascual Martín Villa (EUDER 29157/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (SP/SENT/511375).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2010, Sección 12ª, Ponente: Don Paulino Rico Rajo (SP/SENT/507534).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, Sección 18ª, Ponente: Doña María Dolores Viñas Maestre (EDJ 2010/236530).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Octubre de 2010, Sección 12ª, Ponente: Doña Myriam Sambola Cabrer (SP/SENT/531539).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de octubre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 267551/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2008, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 322590/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de febrero de 2009, Ponente: Don Juan Miguel Carreras Maraña (EUDER 41766/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de junio de 2009, Ponente: Doña Carmen Arabela García Espina (EUDER 113618/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de Septiembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Doña Arabela Carmen García Espina (SP/SENT/524879).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de abril de 2007, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (EUDER 104051/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 17 de enero de 2008, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (EUDER 294603/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Juan Francisco Bote Saavedra (SP/SENT/524854).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Teresa Vázquez Pizarro (SP/SENT/531581).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 11 de enero de 2011, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio María González Floriano (LA LEY 2961/2011).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de noviembre de 2008, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 237923/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Carlos Ercilla Labarta (EUDER 31181/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de julio de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 223960/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre de 2009, Ponente: Don Ángel Luis Sanabria Parejo (EUDER 241195/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de abril de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 108479/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11 de febrero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 45992/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de marzo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 39032/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 2009, Ponente: Don Bruno Arias Berrioategortúa (EUDER 90314/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de noviembre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña Milagros Martínez Rionda (EUDER 260689/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Javier de la Hoz de la Escalera (EUDER 260692/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de octubre de 2003, Sección 2ª, Ponente: Mª Luisa Sandar Picado (EDJ 2003/145843).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de octubre de 2005, Sección 2ª, Ponente: Pedro Javier Altares Medina (SP/SENT/77601).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 34471/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 25 de enero de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 39760/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de mayo de 2008, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 107608/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de abril de 2009, Ponente: Doña Eloísa Gómez Santana (EUDER 100426/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de mayo de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 142779/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 22 de julio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 159779/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de septiembre de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (EUDER 258256/2008).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdova de 30 de enero de 2004, Sección 2ª, Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (2004/4910).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de marzo de 2005, Sección 1ª, Ponente: José María Magaña Calle (EDJ 2005/77649).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 31 de marzo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Pedro José Vela Torres (EUDER 67581/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de mayo de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Puebla Povedano (EUDER 196809/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de diciembre de 2008, Ponente: Don José María Morillo – Velarde Pérez (EUDER 309296/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José María Morillo- Velarde Pérez (EUDER 31303/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don José Antonio Carnerero Parra (EUDER 106392/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10 de abril de 2007, Ponente: Don Fernando de la Fuente Honrubia (EUDER 114431/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de mayo de 2009, Ponente: Doña Marta Vicente de Gregorio (EDJ 2009/114444).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 9 de febrero de 2000, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EDJ 2000/11086).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de octubre de 2007, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (EUDER 318832/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (EUDER 76654/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de octubre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (EUDER 271716/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de diciembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Lacaba Sánchez (EUDER 298014/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de febrero de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don José Isidro Rey Huidobro (SP/SENT/507504).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 17 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Ferrero Hidalgo (SP/SENT/531562).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Isabel Soler Navarro (SP/SENT/531695).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Antonio Molina García (EUDER 170078/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 239798/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de marzo de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Antonio Mascaro Lazcano (EUDER 87730/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de octubre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272139/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Klaus Jochen Albiez Dohrmann (EUDER 272216/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don Antonio Mascaro Lazcano (EUDER 272217/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de noviembre de 2009, Sección 5ª, Ponente: Don José Maldonado Martínez (EUDER 272220/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de abril de 2002, Ponente: Mª Ángeles Martínez Domínguez (EDJ 2002/22706).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de enero de 2009, Ponente: Doña Rafael Sánchez Aristi (EUDER 59798/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 30 de diciembre de 2009, Ponente: Doña Carmen Martínez Sánchez (EUDER 291242/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de enero de 2010, Ponente: Doña Isabel Serrano Frías (EUDER 9511/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de Octubre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Del Carmen Martínez Sánchez (SP/SENT/531542).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de mayo de 1998, Sección 3ª, Ponente: Don Juan Piqueras Valls (EDJ 1998/34885).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de abril de 1999, Sección 2ª, Ponente: Doña María Jesús Erroba Zubeldia (LA LEY 66512/1999).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Matías Ortiz de Zárate (AC 1999\898).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de julio de 2001, Sección 3ª, Ponente: Don José Luis Morales Ruiz (EDJ 2001/77406).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de octubre de 2001, Sección 1ª, Ponente: Don Ignacio José Subijana Zunzunegui (EDJ 2004/203090).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002, Sección 2ª, Ponente: Don Augusto Maeso Ventureira (EDJ 2002/98165).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de marzo de 2004, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EDJ 2004/73912).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 24 de mayo de 2004, Sección 1ª, Ponente: Doña María Victoria Cinto Lapuente (EDJ 2004/161088).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de septiembre de 2004, Sección 1ª, Ponente: Doña María Victoria Cinto Lapuente (JUR 004\308944).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de Junio de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta de La Torre (SP/SENT/141430).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 4 de diciembre de 2007, Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta de la Torre (EUDER 314850/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2007, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 314829/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2007, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EUDER 314900/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2008, Ponente: Don Iñigo Francisco Suárez Odriozola (EUDER 50191/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de abril de 2008, Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (EUDER 50119/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Yolanda Domeño Nieto (EUDER 200807/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 4 de julio de 2008 Sección 3ª, Ponente: Doña Begoña Argal Lara (SP/SENT/483614).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2009, Ponente: Don Juan María Unanue Arratibel (EUDER 32003/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña Ana Moreno Galindo (JUR 2009\344442).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de junio de 2009, Ponente: Doña Juan María Unánue Arratibel (EUDER 148006/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de julio de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Iñigo Suárez Odriozola (EDJ 2009/285196).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Doña María Teresa Fontcuberta de la Torre (JUR 010\408758).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de mayo de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Felipe Peñalba Otaduy (SP/SENT/533574).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 25 de abril de 2008, Ponente: Don Francisco Bellido Soria (EUDER 228308/2008).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de noviembre de 2006, Ponente: Don José Tomás García Castillo (EUDER 182098/2006).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de enero de 2007, Ponente: Don Pío José Aguirre Zamorano (EUDER 105100/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28 de noviembre de 2006, Ponente: Don Pío José Aguirre Zamorano (EUDER 254016/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de febrero de 2008, Ponente: Don José Cáliz Covaleda (EUDER 94979/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de octubre de 2008, Sección 3ª, Ponente: Don Jesús María Passolas Morales (EUDER 248533/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de enero de 2009, Sección 3ª, Ponente: Doña María Lourdes Molina Romero (EUDER 32264/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de abril de 2004, Sección 5ª, Ponente: Carmen Pérez de Ontiveros Baquero (EDJ 2004/38592).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de mayo de 2008, Ponente: Don Ildefonso Quesada Padrón (EUDER 101074/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de julio de 2008 (EUDER 202648/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 23 de abril de 2009, Ponente: Don Ricardo Moyano García (EUDER 89669/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23 de febrero de 2009, Ponente: Don José Luis Díaz Roldán (EUDER 26959/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 4 de mayo de 2009, Ponente: Don Luis Miguel Rodríguez Fernández (EUDER 79743/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 8 de mayo de 2009, Ponente: Don Luis Miguel Rodríguez Fernández (EUDER 79788/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de mayo de 2006, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 71450/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 de febrero de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Muñiz Díez (EUDER 88928/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de julio de 2008, Sección 3ª, Ponente: Don Luis Adolfo Mallo Mallo (EUDER 160399/2008).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 22 de abril de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Alberto Guilanya´i Foix (EUDER 71450/2006).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de febrero de 2001, Sección 2ª, Ponente: Mª Luisa Sandar Picado (EDJ 2001/12996).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de julio de 2006, Sección 1ª, Ponente: Doña María Josefa Ruiz Tovar (EUDER 136715/2006).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 2001, Sección 22ª, Ponente: Eladio Galán Cáceres (EDJ 2001/59933).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2002, Sección 22ª, Ponente: José Ángel Chamorro Valdés (EDJ 2002/91937).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2005, Sección 22, Ponente: Eduardo Hijas Fernández (SP/SENT/76498).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006, Sección 22, Ponente: José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/82867).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 2006, Sección 24, Ponente: Francisco Javier Correas (SP/SENT/87686).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 2006, Sección 24, Ponente: María del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/92036).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2006, Sección 22, Ponente: Eladio Galán Cáceres (SP/SENT/92802).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2007, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 150208/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2008, Sección 24ª, Ponente: Don Ángel Sánchez Franco (EUDER 30119/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don Eladio Galán Cáceres (EUDER 60327/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2008, Sección 22ª, Ponente: Doña Miriam De la Fuente García (EUDER 60368/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 85014/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Angel Chamorro Valdés (EUDER 183867/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Angel Chamorro Valdés (EUDER 191894/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2008, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 240695/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 262844/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2009, Sección 22ª, Ponente: Don Eduardo Hijas Fernández (EUDER 45867/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 2009, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (EUDER 253375/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de enero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 11068/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Doña Carmen Neira Vázquez (SP/SENT/503778).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/503748).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (EUDER 24914/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid De 31 de Mayo de 2010, Sección 22ª, Ponente: Don José Ángel Chamorro Valdés (SP/SENT/515106).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de Junio de 2010, Sección 24ª, Ponente: Doña María Del Rosario Hernández Hernández (SP/SENT/520007).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de marzo de 2006, Sección 6, Ponente: Soledad Jurado Rodríguez (SP/SENT/85361).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de enero de 2007, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez – Bárcena Florencio (EUDER 48031/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez - Bárcena (EUDER 99312/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de febrero de 2008, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 99317/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de febrero de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don José Javier Díez Nuñez (EUDER 61992/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de abril de 2009, Sección 7ª, Ponente: Don José Luis Martín Tapia (EUDER 75337/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de mayo de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 146235/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de julio de 2009, Sección 6ª, Ponente: Don Antonio Alcalá Navarro (EUDER 281808/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2009, Sección 6ª, Ponente: Doña María de la Soledad Jurado Rodríguez (EUDER 302700/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Doña María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio (SP/SENT/511359).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de mayo de 1996, Sección 1ª, Ponente: Carlos Moreno Millán (EDJ 1996/11345).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2007, Sección 1ª, Ponente: Don Andrés Pacheco Guevara (EUDER 107681/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2008, Sección 5ª, Ponente: Don Matías Manuel Soria Fernández - Mayoralas (EUDER 279438/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (EUDER 81401/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (EUDER 27631/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de junio de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (EUDER 108739/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de junio de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Carlos Moreno Millán (SP/SENT/515134).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de Septiembre 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Francisco Carrillo Vinader (SP/SENT/521652).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de Septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Juan Martínez Pérez (SP/SENT/525497).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de noviembre de 2006, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco José Goyena Salgado (EUDER 220922/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de febrero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Fernando Poncela García (EUDER 115600/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de febrero de 2008, Ponente: Don Eduardo María Valpuesta Gastaminza (EUDER 115605/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de julio de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña Blanca Gesto Alonso (EUDER 202378/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 6 de octubre de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco José Goyena Salgado (EUDER 309677/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ORENSE

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 15 de abril de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Alañón Olmedo (EUDER 85703/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 13 de noviembre de 2008, Ponente: Fernando Alañón Olmedo (EUDER 280117/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Doña Josefa Otero Selvane (EUDER 27685/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Vigo, Sección 6ª, Ponente: Don Julio Cesar Picatoste Bobillo (SP/SENT/500218).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de noviembre de 2006, Ponente: Don Jaime Carrera Ibarzábal (EUDER 289526/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009, Sección 3ª, Ponente: Don Francisco Javier Romero Costas (EUDER 47984/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (EUDER 122363/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de enero de 2010, Sección 6ª, Ponente: Don Julio César Picatoste Bobillo (EUDER 6784/2010).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de febrero de 1999, Ponente: Mauricio Bugidos San José (EDJ 1999/6521).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de 2006, Ponente: Don Carlos Javier Álvarez Fernández (EUDER 179539/2006).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de mayo de 2007, Ponente: Don Jesús Pérez Serna (EUDER 123828/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 22 de septiembre de 2009, Ponente: Don Longinos Gómez Herrero (EUDER 186619/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de noviembre de 2006, Sección 1ª, Ponente: Don Modesto Valentín Adolfo Blanco (SP/SENT/104315).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de junio de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos (EUDER 126259/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Luis Javier Capote Pérez (EUDER 116395/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Eugenio Santiago Dobarro Ramos (EUDER 293118/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 102525/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de septiembre de 2009, Ponente: Doña Pilar Álvarez Olalla (EUDER 216231/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 16 de noviembre de 2009, Ponente: Don Ignacio Pando Echevarría (EUDER 260731/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, Sección 5ª, Ponente: José Herrera Tagua (SP/SENT/55075).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de noviembre de 2006, Sección 2ª, Ponente: Don Andrés Palacios Martínez (EUDER 269004/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de diciembre de 2007, Sección 2ª, Ponente: Don Andrés Palacios Martínez (EUDER 345645/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de marzo de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Carlos María Piñol Rodríguez (EUDER 110523/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de junio de 2009, Sección 2ª, Ponente: Don Carlos María Piñol Rodríguez (EUDER 245933/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 24 de octubre de 2008, Ponente: Don Rafael Fernández Martínez (EUDER 313659/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 4 de diciembre de 2008, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (EUDER 308593/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 26 de octubre de 2009, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (EUDER 221898/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz (SP/SENT/523269).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de 2008, Sección 1ª, Ponente: Doña María del Pilar Aguilar Vallino (EUDER 61195/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de febrero de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Díaz Muyor (EUDER 19924/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 166436/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de julio de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Antonio Carril Pan (EUDER 186690/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de Septiembre de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Díaz Muyor (SP/SENT/531618).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de noviembre de 2009, Ponente: Don Fermín Francisco Hernández Gironella (EUDER 303229/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de enero de 2008, Sección 2ª, Ponente: Don Alfonso Carrión Matamoros (EUDER 86028/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 16 de septiembre de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Urbano Suárez Sánchez (EUDER 86028/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de octubre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro (EUDER 216321/2009).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999, Sección 6ª, Ponente: Vicente Ortega Llorca (EDJ 1999/25565).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2006, Sección 10ª, Ponente: Carlos Esparza Olcina (SP/SENT/84550).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de febrero de 2006, Sección 10, Ponente: María Pilar Manzana Laguarda (SP/SENT/87945).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre de 2006, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 213744/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de enero de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña María Pilar Manzana Laguarda (EUDER 288441/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de septiembre de 2008, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique Motta García – España (EUDER 193106/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2009, Sección 10ª, Ponente: Doña Cristina Domenech Garret (EUDER 288920/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/496899).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de febrero de 2011, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (JUR 2011\76122).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2010, Sección 10ª, Ponente: Don José Enrique de Motta García-España (SP/SENT/520016).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de diciembre de 2008, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Salinero Román (EUDER 319997/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 30 de noviembre de 2009, Sección 1ª, Ponente: Don José Antonio San Millán Martín (EUDER 267768/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de Julio de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Francisco Salinero Román (SP/SENT/518023).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de mayo de 1999, Sección 2ª, Ponente: Don Antonio Matías Ortiz de Zárate (LA LEY 79261/1999).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de octubre de 2001, Sección 1ª, Ponente: Doña Reyes Goenaga Olaizola, (JUR 2002\79716).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de febrero de 2002, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpíroz (JUR 2002\218831).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de mayo de 2005, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EUDER 100531/2005).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de octubre de 2005, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (SP/SENT/82173).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de mayo de 2006, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 225809/2006).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de enero de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (EUDER 16536/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 1 de marzo de 2007, Ponente: Don Fernando Valdés- Solís Cecchini (EUDER 26031/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 26028/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de mayo de 2007, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (EDJ 2007/211300).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2008, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 52363/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 188673/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 18 de noviembre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 311599/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de diciembre de 2008, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés – Solís Cecchini (EUDER 311630/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de enero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 132136/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de febrero de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María de los Reyes Castresana García (EUDER 118603/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de abril de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 118509/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de mayo de 2009, Sección 4ª, Ponente: Don Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 132149/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (EUDER 318142/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2009, Sección 4ª, Ponente: Doña María Lourdes Arranz Freijo (LA LEY 318142/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010, Sección 1ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (LA LEY 33543/2010).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2010, Sección 4ª, Ponente: Doña Ignacio Olaso Azpiroz (EUDER 318142/2009).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de abril de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (JUR 2010\400440).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de septiembre de 2010, Sección 4ª, Ponente: Don Fernando Valdés-Solís Cecchini (JUR 010\409230).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Pedro Antonio Pérez García (SP/SENT/77297).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Juan Ignacio Medrazo Sánchez (SP/SENT/76260).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de junio de 2007, Sección 2ª, Ponente: Doña María Elía Mata Albert (EUDER 145944/2007).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de octubre de 2008, Sección 2ª, Ponente: Doña María Elía Mata Albert (EUDER 265773/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Julián Carlos Arque Bescos (SP/SENT/539976).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don Francisco Acin Garos (SP/SENT/540019).

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE GAVÁ

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gavá de 24 de julio de 2006, Juez/Magistrado: Doña Elisa Mediavilla Sánchez (EUDER 293983/2006).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE GIJÓN

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EUDER 158938/2008).

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 4 de febrero de 2010, Juez/Magistrado: Don Ángel Luis Campo Izquierdo (EDJ 2010/2931).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Emilia Marta Sánchez Alonso (EUDER 122485/2007).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE PALMA DE MALLORCA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de 10 de marzo de 2009, Juez/Magistrado: Don Joaquín María Andrés Joven (EUDER 91994/2009).

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2010, Juez/Magistrado: Don Julio Álvarez Merino (EUDER 2103/2010).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE SAN JAVIER

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Javier de 22 de junio de 2007, Juez/Magistrado: Doña Lourdes Platero Parada (EUDER 302676/2007).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE SEVILLA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de 1 de Septiembre 2010 (SP/SENT/517211).

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de 28 de enero de 2011 (SP/SENT/536927).

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE BARCELONA

- Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Barcelona de 31 de octubre de 2007, Juez/Magistrado: Don Carles Tortras Bosch (EUDER 329927/2007).

AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 13 de septiembre de 2005, Sección 5ª, Ponente: Doña Mónica García De Yzaguirre (SP/AUTRJ/95991).

- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20 de enero de 2010, Sección 2ª, Ponente: Don José Francisco Cobo Sáenz (EDJ 2010/1186).

ANEXO II.- CUESTIONARIO A JUECES/MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA DEL PAÍS VASCO

1.- Cuestionario a Jueces/Magistrados

El cuestionario enviado a los Jueces/Magistrados fue el siguiente:

1.- ¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?

2.- ¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?

3.- ¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?

4.- ¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal en primera instancia, se podría recurrir la sentencia en apelación y solicitar un nuevo informe en segunda instancia?

5.- ¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?

6.- ¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?

7.- ¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medias Provisionales Coetáneas? ¿Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?

8.- ¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?

9.- ¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?

10.- ¿Debería haberse modificado la regulación del resto de medidas relacionadas con la guarda y custodia, como es el uso y disfrute del domicilio conyugal y la pensión de alimentos en la Ley 15/2005?

11.- ¿Considera que en nuestro Código Civil debería regularse menos restrictivamente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos?

12.- ¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida en su Juzgado/Tribunal?

2.- Cuestionario a abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia del País Vasco

El cuestionario enviado a los abogados fue el siguiente:

1.- ¿En relación al concepto, considera que un régimen de guarda exclusiva con un régimen de visitas muy amplio podría conceptualmente asemejarse o tener una delgada línea con un sistema de guarda y custodia compartida?

2.- ¿Considera que el Juez puede denegar la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por ambos progenitores en convenio regulador?

3.- ¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podría acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento contencioso?

4.- ¿En caso de informe no favorable del Ministerio Fiscal en primera instancia, se podría recurrir la sentencia en apelación y solicitar un nuevo informe en segunda instancia?

5.- ¿Se puede acordar de oficio la guarda y custodia compartida?

6.- ¿En caso de solicitar en la contestación a la demanda la custodia compartida es necesario interponer reconvención?

7.- ¿Es posible fijar una custodia compartida en el Auto de Medias Provisionales Coetáneas? ¿Y en el Auto de Medidas Provisionales Previas?

8.- ¿La expresión del artículo 92.8 "sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" debe interpretarse y aplicarse literalmente?

9.- ¿Es imprescindible la buena relación entre los progenitores para fijar un sistema de guarda y custodia compartida?

10.- ¿Debería haberse modificado la regulación del resto de medidas relacionadas con la guarda y custodia, como es el uso y disfrute del domicilio conyugal y la pensión de alimentos en la Ley 15/2005?

11.- ¿Considera que en nuestro Código Civil debería regularse menos restrictivamente la guarda y custodia compartida en los supuestos contenciosos?

12.- ¿Ha notado un aumento de petición de guarda y custodia compartida por parte de clientes y abogados?

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, julio, 2007, págs. 1 – 23.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia,* Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil,* Vol. I, Bosch. Barcelona, 1989.

ALBALADEJO, Manuel y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo III, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y otros, *Comentarios a las reformas del derecho de familia,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

-, *Comentarios a las reformas del derecho de familia,* Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio, *Derecho Romano II,* 18ª edición, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Navarra, 2006.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª del Sagrario y SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", *Aranzadi Civil*, núm. 2/2001, BIB 2001\324, en www.westlaw.es.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188152.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otros, *Derecho de familia internacional,* 3ª edición, Colex, Madrid, 2005.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *El Derecho*, BDF núm. 59, 2006, págs. 3 – 7.

-, "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley*, La Ley 12960/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de Junio de 2009.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, BIB 2005\563, en www.westlaw.es.

CANTÓN DUARTE, José y otros, *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos,* Pirámide, Madrid, 2000.

CAÑETE QUESADA, Agustín, "El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6140, 2004, págs. 1 – 6.

CARRASCO PERERA, Ángel, "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 790/2009, BIB 2009/1909, en www.westlaw.es.

CASTÁN VAZQUEZ, José Mª., *La participación de la madre en la patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

-, *La patria potestad,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guardia y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Sepin*, SP/DOCT/1500, en www.sepin.es.

-, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad Civil*, La Ley 2911/2007, núm. 15, Tomo 2, Sección A, pág. 1738.

-, *La privación de la patria potestad,* Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2010.

CODERCH MANAU, Secundino, *Tratado de la menor edad,* Agustín Bosch, Barcelona, 1917.

COLL TELLECHEA, Mª José, "La custodia compartida", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001.

CORDÓN MORENO, Faustino y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aranzadi, Navarra, 2001.

CORTEZO, Jaime, *Situación jurídica de la mujer casada,* Montecorvo, Madrid, 1975.

COY FERRER, Antonio, "La guarda y custodia en los casos de separación y/o divorcio", *Revista Interuniversitaria*, núm. 2, 1986, págs. 37 – 46.

CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales,* La Ley, Madrid, 2012.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de ambos progenitores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, año nº 83, 2007, pags. 1821 – 1826.

DE LA SALA PORTA, Carmen, "El prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001, págs. 14 - 19.

DELGADO CORDERO, Ana María, *Reflexiones sobre la conveniencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188157.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Instituciones de derecho privado,* Tomo IV, Familia, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2001.

DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente,* Civitas, Navarra, 2010.

DE PABLO MURILLO, Beatriz, "La Reforma Matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y el divorcio. Comentario a la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 14/2005, BIB 2005\1564, en www.westlaw.es.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María, "Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código, en Ponencias sobre la Ley 11 – 1981", *Academia Matritense del Notariado*, 1981.

DE VERDÁ Y VEAMONTE, José Ramón y otros, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Aranzadi, Navarra, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis, "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 1, 1982, pags. 3 – 20.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y otros, *Derecho de Familia*, Civitas, Navarra, 2012.

DOMÍNGUEZ CASTELLANO, Fátima, "La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio", *Sepin*, SP/DOCT/2836, en www.sepin.es.

DOMINGO MONFORTE, José, "Regímenes de visitas transfrenterizos. Responsabilidad parental", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 714/2006, BIB 2006\1238, en www.westlaw.es.

ESPÍN, Diego y otros, *El nuevo derecho de familia español,* Reus, Madrid, 1982.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "La actuación de los psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales", *Diario La Ley*, Año XXVI, núm. 6247, 6 de mayo de 2005.

FAYER, Carla, *La familia Romana, Aspetti giuridici ed antiquari concubinato divorzio adulterio, Parte Terza,* <L´erma> di Bretschneider, Roma, 2005.

FERNÁNDEZ–GARRIDO, Montse, "La custodia compartida: Ventajas e inconvenientes", www.aeafa.es, págs. 1 – 21.

FERRER VANRELL, María Pilar, "El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la <potestad> de guarda", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 1, 1993, pags. 163-218.

-, "Matrimonio Civil", en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia y otros, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia,* Tomo I, Parte Sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 173 - 187.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores", *Sepin*, SP/DOCT/4049, en www.sepin.es.

FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone in Roma antica, Dall'etá arcaica al principato,* Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Mª Soledad, *Guarda y custodia compartida: admisión en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio,* Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188144.

GALLEGO GARCÍA, Elio A., *Los cambios del derecho de familia en España (1931-1981),* Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA ABURUZA, Mª Paz, "Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales", *Boletín Aranzadi Civil – Mercantil*, núm. 48/2002, BIB 2003\263, www.westlaw.es.

GARCÍA GARCÍA, Natalia, "La guarda y custodia compartida en supuestos contenciosos", *Sepin*, SP/DOCT/3306, en www.sepin.es.

GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero, 2006, pags. 69 – 105.

GARRIGA GORINA, Margarita, "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, julio, 2008, págs. 1 – 15.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen y otros, *Derecho de familia,* Cálamo, Barcelona, 2004.

GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas*, núm. 16, enero – junio, 2005.

-, "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", *Diario La Ley*, Año XXVIII, núm. 6823, 19 de noviembre de 2007.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de derecho civil común y foral,* Tomo III, Familia y sucesiones, Vol. I, Derecho de Familia, Barcelona, 2007.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El contenido de la nueva prestación compensatoria única del artículo 97 del Código Civil", *El Derecho*, BDF núm. 56, 2006, págs. 3 – 14.

-, "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12968/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009.

-, "Custodia versus patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra", *El Derecho*, BDF núm. 93, 2009, EDO 2009/178604.

GONZÁLEZ ORVIZ, Mª Eloina, *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental,* Bosch, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *La familia, el derecho y la libertad,* Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1987.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *La separación y el divorcio tras la reforma*, en *Reformas de familia*, Sepín, septiembre 2005, núm. 47, págs. 40 – 42.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar y otros, *Tratado de Derecho de Familia,* Sepin, Madrid, 2005.

GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar, *La guardia y custodia compartida en la Ley 15/2005*, en el monográfico *Reformas de familia* de la Revista Sepín, septiembre 2005, núm. 47, págs. 43 - 47.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio,* Lex Nova, Valladolid, 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa", *Revista Para el Análisis del Derecho*, Indret, abril, 2008, págs. 1 – 33.

HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12953/2000, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009.

HERRERA PUENTES, Pedro Joaquin, "Análisis de las reformas más importantes introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista Jurídica de Canarias*, Tirant lo blanc, TOL870.403 (DSBV_88), 2006.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo y otros, *Los procesos de familia: una visión judicial,* Colex, Madrid, 2007.

IBÁÑEZ VALVERDE, Vicente J., "El laberinto de la custodia compartida(I): Claroscuros de un solo nombre con varios significados", *El Derecho*, BDF núm. 40, 2004, págs. 3 – 8.

-, "El laberinto de la custodia compartida(II): Claroscuros de un solo nombre con varios significados", *El Derecho*, BDF núm. 41, 2004, págs. 3 – 6.

IGLESIAS REDONDO, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones,* 11ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

IVARS RUIZ, Joaquin, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, "El divorcio en España: Unos apuntes sobre su evolución histórica", *Diario La Ley*, Año XXVI, núm. 6292, 11 de julio de 2005.

KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil,* IV Tomo, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1946.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y ALBALADEJO, Manuel, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía,* Bosch, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *El nuevo régimen de la familia,* Civitas, Madrid, 1981.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos,* La Ley, Madrid, 2008.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Los menores en el Derecho español,* Tecnos, Madrid, 2002.

LÁZARO PALAU, Carmen María, *La pensión alimenticia de los hijos,* Thomson - Aranzadi, Pamplona, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, Mª Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad,* Montecorvo, Madrid, 1990.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco y otros, *Compendio de Derecho Civil, Familia,* Dykinson, Madrid, 2000.

-, *Las relaciones paterno-filiales: Filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*, Cuadernos teóricos de Bolonia, III, Dykinson, Madrid, 2012.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia y otros, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia,* Tomo I, Parte Sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 173 - 187.

LLOPIS GINER, Juan Manuel, *Curso básico de derecho de familia y sucesiones,* Editorial práctica de derecho, Valencia, 2003.

LÓPEZ–RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Custodia compartida y fórmulas alternativas", XIV Jornadas de Derecho de Familia, Sevilla, 24 y 24 septiembre de 2009.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista de Derecho Patrimonial*, 22/2009 1, Pamplona, pags. 75 – 106.

MARLASCA MARTÍNEZ, Olga, "Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho Moderno", *Estudios de Deusto*, Vol. 48/2, Universidad de Deusto, Julio – Diciembre 2000.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La nueva regulación de la audiencia de los hijos menores", en el monográfico *Reformas de familia* de la Revista Sepin, septiembre 2005, núm. 47, págs. 53 – 56.

-, "La audiencia del menor en los procesos matrimoniales", *Sepin*, SP/DOCT/2275, en www.sepin.es.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio", La Ley 5218/2005, núm. 23, enero de 2006.

MONTERO AROCA, Juan, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005,* Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos,* Comares, Granada, 2008.

MORENO VELASCO, Victor, "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, La Ley 19194/2009, Año XXX, núm. 7267, 22 de Octubre de 2009.

-, "Custodia versus patria potestad. La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio", *El Derecho*, BDF, núm. 92, julio de 2009, EDO 2009/119904.

MORENO VELASCO, Victor y GAUDET, John, "La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU", *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7179, 21 de mayo de 2009.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia,* La Ley, Madrid, 2004.

OLIS ROBLEDA, S.J., *El matrimonio en derecho romano,* Librería Editrice Universita´ Gregoriana, Roma, 1970.

ORTIZ IBAÑEZ, Marina, "La custodia compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación o divorcio", *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto, 2001, págs. 35 a 37.

OSA FERNÁNDEZ, Francisco Javier, "El proyecto de Ley 121/000016. Modificaciones en materia de separación y divorcio. Relación con la violencia doméstica", Ponencia en Jornadas *Curso sobre la reforma del Código Civil. Ley del Divorcio,* Bilbao, 2005.

PALAY VALLESPINÓS, Marisa, "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio", Ponencia en XIII

encuentro AEAFA: *El Derecho de Familia tras las Reformas Legislativas del año 2005,* Madrid, 2006.

PALAY VALLESPINÓS, Marisa y otros, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005,* Dykinson, Madrid, 2007.

PASTOR VITA, Francisco Javier, "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6235, 2005, págs. 1 – 21.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de familia,* Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2009)", *Diario La Ley*, La Ley 20694/2009, Año XXXI, núm. 7320, enero 2010.

PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, La Ley 12977/2009, Año XXX, núm. 7206, 29 de junio de 2009.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* Aspectos sustantivos, Tomo I, Vol. 1, Lex Nova, Valladolid, 2007.

-, *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007.

-, "La custodia compartida y el régimen de patria potestad", Ponencia en Jornadas *Curso sobre la reforma del Código Civil. Ley del Divorcio*, Bilbao, 2005.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier y otros, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* 2ª Edición, Lex nova, Valladolid, 2003.

-, *La nueva regulación del derecho de familia, Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,* AEAFA, Dykinson, Madrid, 2011.

PÉREZ – SALAZAR RESANO, Margarita, "Problemas planteados en ejecución de sentencia", Ponencia en XIV Jornadas de Derecho de Familia, Sevilla, 24 y 24 septiembre de 2009.

-, "El ejercicio conjunto de la patria potestad. Propuestas para su desarrollo", *Sepin*, SP/DOCT/4010, en www.sepin.es.

-, "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *Diario La Ley*, La Ley 12967/2009, Año XXX, Número 7206, 29 de junio de 2009.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "La custodia compartida en la Ley 15/2005", *El Derecho*, BL núm. 396, EDO 2005/148955, 2005, págs. 3 – 5.

-, "La incidencia de la custodia compartida en la atribución del uso de la vivienda", *El Derecho*, BDF núm. 57, 2006, págs. 3 – 7.

-, "La custodia compartida a la luz de la reciente praxis judicial", *El Derecho*, BDF, núm. 69, junio de 2007, EDO 2007/39760.

PÉREZ VEGA, Ángeles, *La guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad y la violencia de género*, Ponencia presentada en las «Jornadas Nacionales sobre Protección Jurídica contra la Violencia de Género», celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005, El Derecho, EDO 2006/59.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa y otros, "Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida", Themis, en http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida def.pdf.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.

POUSSIN, Gerard y MARTIN-LEBRUN, Élisabeth, *Los hijos del divorcio,* Trillas, Sevilla, 2005.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo IV, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1970.

RABADÁN SÁNCHEZ–LAFUENTE, Fuensanta, "Breves notas sobre la guarda y el ejercicio", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, El Derecho, EDO 2005/188138.

-, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven,* Aranzadi, Navarra, 2011.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, Enero – Diciembre, 2001, pág. 1 – 50.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan, Alternativas de custodia para los hijos,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", *Cuadernos de Trabajo Social,* Vol. 18, 2005, págs. 137 - 162.

-, "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del Art. 92 del Cc", *Revista acciones e investigaciones sociales*, núm. extra, 2006, pág. 186.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, *Matrimonio, separación y Divorcio en España: Nueva regulación. Estudio Sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados -Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio-", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2005, págs. 73 - 96.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria),* Editorial Reus, Madrid, 2011.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Aranzadi Civil*, núm. 4/2003, BIB 2003\426, en www.westlaw.es.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de derecho civil IV, derechos de familia y sucesiones,* Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

SANTANA PÁEZ, Emelina, "La custodia compartida", *El Derecho*, BDF núm. 40, noviembre de 2004, EDO 2004/152142.

-, "Pensión alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida (I)", *El Derecho*, BDF núm. 45, 2005, págs. 3 – 7.

-, "Pensión alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida (II)", *El Derecho*, BDF núm. 46, 2005, págs. 3 – 6.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil,* Tomo V, Derecho de familia, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1982.

SANTOS BRIZ, Jaime y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio y otros, *Tratado de derecho civil,* Vol. 5, Derecho de familia, Barcelona, 2003.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, *La patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, Lejona, 1988.

-, "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2005, BIB 2005\2649, en www.westlaw.es.

SERRANO ALONSO, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia,* Edisofer, Madrid, 2000.

SERRANO MOLINA, Alberto, "La guarda compartida ¿una regulación

necesaria?", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, *El Derecho*, EDO 2005/188131.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "El nuevo proyecto de Ley sobre separación y divorcio", *El Derecho*, BDF núm. 42, 2006, págs. 3 – 5.

-, *Comentario del Código Civil*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2006.

TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 667 a 709.

-, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, EDO 2005/188165.

TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón, *Diez años de abogados de familia,* Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, Madrid, 2003.

TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda y custodia compartida y las nuevas relaciones de familia", *Aequalitas*, núm. 18, enero - junio 2008, págs. 26 - 41.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, "Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, t. L, Bruxelles, 2003.

TREGGIARI, Susan, *Roman marriage, Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian,* Clarendon Press, Oxford - New York, 1993.

URRAZA ABAD, Jesús, "Implicaciones penales en la guarda y custodia: Art. 92.7 CC y otras cuestiones relevantes", Ponencia en Jornadas sobre custodia compartida, Bilbao, 15 y 16 de diciembre de 2011.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Matrimonio y divorcio,* Difusa, Madrid, 2005.

VELAMAZÁN PERDOMO, Gabriel, "Acercamiento crítico al sistema de protección de menores, el interés del menor", *El Derecho*, BDF, núm. 15, julio de 2002.

VIÑAS MAESTRE, Dolores, "La custodia compartida", *Sepin*, SP/DOCT/3601, en www.sepin.es.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente", Ponencia en Congreso Internacional de Derecho de Familia, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, *El Derecho*, EDO 2005/188140.

VIVES VILLAMAZARES, Francisco, *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho,* Anales de la Universidad de Valencia, Vol. XXIX, Valencia, Curso 1955 - 56.

ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos,* Bosch, Barcelona, 1996.

ZARRALUQUI NAVARRO, Elena, "La guarda y custodia alterna de los hijos menores", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 33, mayo de 2006.

ZARRALUQUI ABOGADOS & LLEDÓ ABOGADOS, *El nuevo derecho matrimonial,* Dykinson, Madrid, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Derecho de familia y de la persona,* Tomo 7, Bosch, Barcelona, 2007.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción,* Dykinson, Madrid, 2004.

-, *Actualización del derecho de familia y sucesiones,* Dykinson, Madrid, 2005.

-, *Temas de actualidad en derecho de familia,* Dykinson, Madrid, 2006.

OTRAS FUENTES

ENCUESTAS

ENCUESTA JURÍDICA, *Cuando se acuerda una medida de guarda y custodia compartida, ¿se ha de establecer una pensión de alimentos del progenitor con el que no conviven temporalmente?*, Sepin, SP/DOCT/3259, enero de 2007, www.sepin.es.

ENCUESTA JURÍDICA, *¿Es necesario el pronunciamiento judicial sobre el uso y atribución de la vivienda familiar cuando se adopta una medida de guarda y custodia compartida?*, Sepin, SP/DOCT/3202, noviembre de 2006, www.sepin.es.

ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2835, FAM-55, Mayo de 2006, pág. 4, *¿Es preceptivo un informe psicosocial antes de acordar la guarda y custodia compartida?,* dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar.

ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2687, FAM-49, Noviembre de 2005, pág. 4, *¿Se puede denegar, en interés del menor, un ejercicio compartido cuando lo solicitan ambos padres en convenio regulador?,* dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar.

ENCUESTA JURÍDICA, Sepin, SP/DOCT/2258, FAM-39, Diciembre de 2004, pág. 3, *¿Qué razones jurídicas avalan la concesión de una guarda y custodia compartida por ambos progenitores?,* dir. GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar.

ENCUESTA JURÍDICA, *¿Es preceptivo dar vista a las partes de las manifestaciones del menor, oído por el Juez y el Secretario Judicial durante los*

procedimientos contenciosos de Matrimonio y menores? ¿Es preceptiva la asistencia del Ministerio Fiscal?, Sepin, SP/DOCT/1190, octubre de 2002, en www.sepin.es.

INFORMES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio de 27/10/2004*, en www.poderjudicial.es.

FOROS Y ENCUENTROS

FORO ABIERTO Nº 14: *La redacción actual de art. 96 CC ¿es suficiente para otorgar cobertura jurídica a cualquier tipo de solución que deba darse al tema de la vivienda familiar, o sería necesaria su modificación?,* El Derecho, Suplemento BDF núm. 57, Mayo de 2006.

FORO ABIERTO Nº 15: *Ante el incumplimiento de la custodia compartida, ¿debe ejecutarse la resolución judicial que la acuerda para lograr su cumplimiento o debe sustituirse por una guarda exclusiva?,* El Derecho, BDF núm. 59, Julio de 2006, EDO 2006/112803.

FORO ABIERTO Nº 83: *Posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas,* El Derecho, BDF núm. 83, Octubre de 2008, EDO 2008/161006.

FORO ABIERTO Nº 108: *Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya una alteración sustancial de circunstancias,* El Derecho, BDF núm. 108, Enero de 2011, EDB 2011/11.

FORO ABIERTO Nº 110: *Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida,* El Derecho, BDF núm. 110, Marzo de 2011, EDO 2011/7264.

I ENCUENTRO NACIONAL DE JUECES Y ABOGADOS DE FAMILIA, El Derecho, EDO 2004/1549, Madrid, 2003.

II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS JUDICIALES, CON ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, Revista de la Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, Madrid, 2005.

III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA: *problemática del ejercicio de la patria potestad y de la custodia compartida*, El Derecho, EDO 2008/227067, Madrid, 2008.