

# LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEC: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

María Elvira Afonso Rodríguez  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

Ley 15/2005, 8 de julio, de modificación del Código Civil, ha modificado el sistema legal de guarda y custodia diseñado en el Código Civil, al introducir el modelo de la guarda y custodia compartida, con la finalidad de procurar la mejor realización del beneficio e interés del menor, así como el de ambos progenitores, en la idea de que pese a la crisis familiar, la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia y compromiso en el ejercicio de la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: guarda y custodia compartida.

## ABSTRACT

«Shared Parental Rights. Law 15/2005, 8 of July, to reform the Civil Code and the LEC». Law 15/2005 of the 8th of July, modification of the Civil Code, has modified the legal system of guard and Custody designed in the Civil Code, by introducing the pattern of guard and shared custody, with the finality to obtain better benefits for the minor, and also for both parents, with the idea, despite going through a familiar crisis, including the new situation needs a mayor degree of care and compromise in the exercise of the legal right to keep and look after a child.

KEY WORDS: Guard or guardian shared custody.

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes constituye una de las cuestiones más delicadas y complejas de resolver en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, o conflictos de parejas de hecho con hijos.

Partimos de la base de que una vez determinada la filiación de una persona, el ordenamiento jurídico pone a cargo de sus progenitores un conjunto de deberes y obligaciones que integran lo que se conoce como patria potestad, al proclamar el art. 154 del C.c. que:



La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etcétera.

De la norma transcrita nos interesa destacar, por razón del contenido de este análisis, que uno de los deberes que integran la patria potestad es la obligación de «tenerlos en su compañía»; derecho-deber de tener a los hijos menores en compañía de los padres que se encuentra indisolublemente unida a la guarda y custodia de éstos, constituyendo un presupuesto de la misma.

Ahora bien, este deber-facultad de los padres respecto de los hijos, que en situaciones de normalidad de la convivencia se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y que queda embebida dentro del resto de deberes que integran la patria potestad, en las situaciones de crisis matrimonial (nulidad, separación, o divorcio) o, en definitiva, en cualquier caso de ruptura de la convivencia de la pareja con hijos —con independencia de la base jurídica de esta situación—, plantea el problema de determinar cómo se organiza su ejercicio.

En este punto, nuestro ordenamiento jurídico regula básicamente la atribución de la guarda y custodia, en los arts. 90 y 103 del C.c., de cuya lectura podemos concluir, de una parte, que en caso de que la crisis familiar se resuelva de mutuo acuerdo, el convenio regulador deberá determinar la persona a cuyo cuidado hayan de quedarse los hijos así como el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio, y de otra que, a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar con cuál de los padres han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los mismos podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

Partiendo de este marco legal, y del reconocimiento de que pueden ser variadas las fórmulas para garantizar el derecho de los menores a comunicarse con sus padres, todas deben inspirarse en el criterio básico y rector en esta materia, cual es la supremacía del interés del menor frente a cualquier otro, incluido el de los progenitores. Principio fundamental que ha motivado que en la generalidad de los casos, en estas situaciones de crisis familiar, se haya convenido, bien por los progenitores en caso de mutuo acuerdo, o por resolución judicial, en defecto de éste, que aun manteniendo los padres inalterada la titularidad de la patria potestad, su ejercicio se atribuya a aquél de los progenitores al que se asigne la guarda y custodia. Esto es, aunque en teoría no hay obstáculo para que se pueda repartir el ejercicio de los deberes que integran la patria potestad (por ejemplo, atribuyéndole a uno la obligación de tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, y a otro, la representación y administración de sus bienes); sin embargo, esto no suele ser lo habitual. Lo normal, como digo, es que no se produzca ese reparto, sino que expresamente se declare o se dé por supuesto que la patria potestad se sigue teniendo de modo conjunto, aunque su ejercicio ordinario corresponda al progenitor al que se confía la guarda y custodia. En este contexto, resulta pues que la guarda y custodia equivale a atribuir a uno sólo de los progenitores la respon-

sabilidad del cuidado del niño. En otras palabras, y siguiendo a COSSIO MARTÍNEZ<sup>1</sup>, como consecuencia de la ruptura de la pareja, la guarda y custodia se desgaja de la patria potestad para pasar a ser un derecho-deber independiente, constituyendo su contenido fundamental la dispensación de toda clase de cuidados a los hijos y tenerlos en su compañía.

Es por esto que se ha afirmado que la guarda y custodia, así concebida, no es más que un supuesto de disgregación entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma; disgregación que goza de respaldo legal en el art. 156 del C.c., que la contempla para aquellos casos en que los desacuerdos entre los padres respecto al ejercicio de la patria potestad sean reiterados o concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de este deber.

Frente a esta concepción restringida de la guarda y custodia, que hace equivalente la guarda y custodia con el derecho a convivir de forma habitual con el menor y que convierte la custodia compartida en una mera entelequia, dada su incompatibilidad con la ruptura de la convivencia entre progenitores, hay otra concepción<sup>2</sup> que amplía el entendimiento de la guarda y custodia, más allá del cuidado directo del menor, hasta abarcar la responsabilidad general del menor<sup>3</sup>. En este contexto, la custodia compartida viene a significar que se encomienda la responsabilidad del menor a ambos progenitores, sin hacerse referencia a la simultaneidad de éstos en el cuidado personal y directo del menor, que sigue encomendado a uno de los padres.

Pues bien, si de entre los distintas fórmulas empleadas para resolver el crucial problema del ejercicio de la patria potestad en las situaciones de crisis familiar, la generalmente empleada por los Tribunales —como he dicho— es la atribución a uno de ellos de la guarda y custodia y el establecimiento de un mero régimen de visitas a favor del otro, en la práctica esta fórmula se traduce en que es uno de los progenitores el que va a asumir las situaciones cotidianas relativas a su educación y control del menor y en definitiva la responsabilidad del cuidado integral del menor. Esto es, no habría realmente coejercicio de la patria potestad, sino atribución a uno sólo de los progenitores del cuidado de los hijos y al otro un mero régimen de comunicación. Conclusión que resulta corroborada por las resoluciones dictadas por nuestra jurisprudencia menor, que apoyándose en la normativa vigente, suelen optar, con carácter general, por no alterar el régimen de titularidad de la patria potestad, al tiempo que atribuyen a uno de los progenitores la custodia de los hijos con carácter exclusivo, y reconocen al otro un derecho de visitas y junto a la obligación de abonar una suma en concepto de pensión alimenticia. Sobre la

---

<sup>1</sup> Las medidas en los casos de crisis matrimonial, Madrid 1997, p. 18.

<sup>2</sup> Sostenida entre otros por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Algunas cuestiones relativas a los hijos menores e incapacitados en las crisis matrimoniales, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 19, septiembre 2001, pp. 20-23.

<sup>3</sup> En este sentido GARCÍA PASTOR, La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales, Madrid 1997, p. 23.



base de que después de crisis de la convivencia no es posible que el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual con ambos padres, la relación diaria y cotidiana que éstos mantenían con aquéllos en las situaciones de convivencia normalizada, queda reducida, por lo general, a visitas respecto de uno de ellos, en días alternos, fin de semana y períodos vacacionales. De este régimen de comunicación a su vez se hacen depender todo un conjunto de medidas de gran trascendencia, generadoras de un alto grado de conflictividad entre los progenitores, tales como la atribución de la vivienda familiar y la designación del deudor de la pensión de alimentos. Así, al progenitor que se queda al cuidado de los hijos se le atribuye la vivienda familiar, lo que para el otro progenitor supone que además de quedarse sin hijos y sin vivienda, sea deudor de la pensión de alimentos para el sostenimiento de los hijos comunes.

En cualquier caso lo que debemos subrayar es que toda medida que se adopte en relación con los menores está basada, como ya expresé, en el principio del «favor filii». Principio que consagrado en el art. 39 de la Constitución Española, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España el 30 noviembre 1990 (arts. 3, 7, 8 y 9 y demás preceptos concordantes), se ha visto reforzado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, en la que se expone que «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», pero cuya concreción y aplicación práctica no deja de ofrecer dificultades.

## II. MODIFICACIÓN LEGAL

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El modelo legal descrito —fundamento de las resoluciones judiciales que atribuyen la guarda y custodia a un progenitor y al otro de un régimen de comunicación— es el que se ha visto afectado por la reciente Ley 15/2005, 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, al incorporar como novedad<sup>4</sup> el modelo de la guarda y custodia compartida.

Reforma que se fundamenta en el deseo de procurar la mejor realización del beneficio e interés del menor, así como en el interés de que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la crisis familiar

---

<sup>4</sup> También se incorporan algunas precisiones terminológicas, como la sustitución del término visitas, por el más comprensivo y amplio, de «comunicación y estancia», y la supresión de la expresión «cónyuge apartado de los hijos», por una más acorde con los principios de la reforma, como la del que no ejerce la guarda y custodia.

y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia y compromiso en el ejercicio de la patria potestad.

Sintéticamente, los aspectos más sobresalientes de la reforma son:

- a) Acuerdo de los padres sobre la custodia compartida. Dispone al efecto el apartado 5 del art. 92 reformado que

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 el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

- b) La custodia compartida como facultad discrecional del juez. Aunque la redacción del apartado 5 del art. 92 transcrito pudiera hacer pensar que la custodia compartida, deberá acordarse siempre que la pidan los padres en la propuesta de convenio regulador o en acuerdo alcanzado en el transcurso del procedimiento; la aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 9 del mismo artículo hace que, en realidad, la adopción de dicho régimen sea una facultad discrecional del Juez. Así resulta de lo dispuesto en apartado 6, que declara que

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 y el apartado 9 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».

No bastará por tanto, como parece desprenderse del apartado 6, que medie acuerdo de los progenitores, sino que la adopción de esta medida está precedida de todo un conjunto de cautelas que desnaturalizan y vacían de contenido el acuerdo de los padres. A tal efecto, la ley previene un conjunto de cautelas adicionales que el Juez habrá de tener en consideración antes de adoptar su decisión relativa al régimen de guarda. Tales son las establecidas en el apartado 6, en que se relaciona: el informe del Ministerio Fiscal; la audiencia al menor que tuviere suficiente juicio. Medida ésta que se podrá acordar de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del Equipo técnico Judicial, o del propio menor; Las alegaciones de las partes realizadas en la comparecencia; las demás pruebas practicadas en dicha comparecencia; y por último, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.



- c) La custodia compartida a petición de uno de los progenitores. Por otra parte, también contempla la ley en el número 8 del citado art. 92 la posibilidad de que un Juez pueda adoptar, siempre que cuente con informe favorable del Ministerio Fiscal, un régimen de custodia compartida, con la mera solicitud de cualquiera de los progenitores y sin necesidad de acuerdo previo entre ellos, lo cual resulta para muchos incompatible con la filosofía que debe prevalecer en un régimen de custodia compartida, que debe otorgarse cuando exista una decisión libremente adoptada por ambos progenitores y un compromiso real de las responsabilidades que comporta y en el que las discrepancias entre los adultos no deben perjudicar al desarrollo personal del menor, pues ante todo debe prevalecer el beneficio de éste.
- d) Supuestos en que se excluye esta modalidad de custodia. Finalmente la ley contempla, de modo tasado, una serie de circunstancias que impedirán que el Juez pueda acordar esta modalidad de guarda. A tal efecto dispone el apartado 7 que no procederá cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos menores que convivan en el hogar familiar. Tampoco procederá cuando del desarrollo del proceso el Juez advierta la existencia de «*indicios fundados de violencia doméstica*».

## 2. CUSTODIA COMPARTIDA: PERSPECTIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

### A. Posición doctrinal

Este nuevo sistema de custodia, que aunque como digo se incorpora a modo de novedad a la letra de la ley, no es desconocido para la doctrina, ni mucho menos para nuestros Tribunales, que desde hace tiempo vienen estudiando unos y aplicando los otros este modelo de guarda en algunas resoluciones judiciales. Es por ello que a continuación voy a abordar el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de este sistema de custodia.

Desde el punto de vista doctrinal, la custodia compartida o sucesiva, como prefieren denominarla otros<sup>5</sup>, es una modalidad de atribución de la guarda que 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 ambos progenitores puedan tener con sus hijos la relación amplia y continuada que proporciona la convivencia común por períodos de tiempo más o menos prolongados.

---

<sup>5</sup> Entre otros GODOY MORENO, La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, Abogados de Familia, año v, núm. 16, La Ley y Asociación Española de Abogados de Familia, pp. 6-7.

Aunque no faltan detractores de este modelo de guarda, es lo cierto que para la generalidad de la doctrina esta modalidad de custodia (al margen de su actual configuración en el Código Civil) es merecedora de un juicio positivo por varias órdenes de razones.

En primer lugar, porque el reconocimiento legal de esta modalidad de guarda deja sin argumentos la posición de un sector de la jurisprudencia que ha venido negado la atribución de la custodia compartida, incluso en supuestos en que esta medida se interesada de común acuerdo por los progenitores, sobre la base de que en el Código Civil únicamente se contemplaba como opción expresa su otorgamiento a uno u otro progenitor, sin mención alguna al posible ejercicio alternativo por ambos.

En segundo lugar, porque, como afirma CAMPUZANO TOMÉ<sup>6</sup>, la reforma abre al Juzgador y a los propios progenitores formas nuevas y diferentes de repartir el tiempo de permanencia de los hijos comunes con ambos padres.

En tercer lugar, porque con este modelo de guarda se procura a los padres, tras la crisis familiar, el mantenimiento de los mismos derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad, superándose así el grave inconveniente que conlleva el modelo habitual, asentado en el prejuicio de que no es posible que tras la crisis familiar el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual con ambos progenitores, en la consideración de que la estructura familiar está asentada sobre un rígido esquema en el que sólo es posible una relación diaria y cotidiana con uno de ellos, mientras que con el otro su relación debe quedar reducida a visitas de fin de semana y periodos vacacionales<sup>7</sup>.

En cuarto lugar, porque, como señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>8</sup>, con el modelo de guarda compartida se podría superar la consideración que ha generado en la sociedad y en los propios progenitores el modelo habitual de atribución de la guarda a uno de ellos, de que existe un progenitor de primera clase, el progenitor custodia, y otro de segunda, el no custodia. Frente a este modelo, la custodia compartida vendría a acabar con este efecto nocivo, ya que los hijos vivirán con cada uno de los progenitores por espacios de tiempo iguales<sup>9</sup>.

Ahora bien, tal opción, que efectivamente puede resultar ventajosa en determinados supuestos y bajo circunstancias concretas, y cuyo arraigo social va a representar un gran avance en la concepción y asunción de las responsabilidades paterno filiales, en otras puede no ser aconsejable, si lo que se persigue es la tutela del interés del menor, ya que a nadie se le escapa la dificultad que en la práctica

---

<sup>6</sup> COMPUZANO TOMÉ, Aranzadi Civil, núm.22/04.

<sup>7</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Aranzadi Civil, núm. 22/04.

<sup>8</sup> Algunas consideraciones relativas a los hijos menores e incapacitados en las crisis matrimoniales, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 19, septiembre 2001, p. 21.

<sup>9</sup> ZARRALUQUI SANCHES, Algunas cuestiones relativas a los hijos menores e incapacitados en las crisis matrimoniales, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 19. 3ª época, septiembre 2001, p. 21.



conlleva el establecimiento de un régimen que, no obstante la crisis familiar, permita a los hijos mantener con ambos progenitores una relación paternofamiliar similar a la que venían manteniendo durante el período de normalidad del núcleo familiar, ya que evidentemente ello exigirá reproducir la situación existente antes de la crisis. Es por esto que incluso quienes alaban las bondades de este modelo de guarda son conscientes de las dificultades que su adopción plantea, proponiendo, con muy buen criterio, que su establecimiento se acuerde atendiendo a las circunstancias del caso concreto, «pues en esta materia —dice ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>10</sup>—, el objetivo ha de ser diseñar un traje a medida para proporcionar la mejor solución a la problemática específica que en cada crisis familiar se plantee».

Desde esta misma perspectiva, propone CAMPUZANO TOMÉ<sup>11</sup> —consciente de las dificultades que la instauración de la custodia compartida puede originar—, valorar la modificación legal como un modo de arbitrar un marco lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto, más que establecer una fórmula general que permita crear un régimen legal de custodia alternativa.

Planteamiento que lleva a este autor a afirmar que la idoneidad del funcionamiento de la custodia compartida exige de los progenitores una relación de colaboración basada en la adopción de acuerdos previos. Fuera de estos casos, el acogimiento de un régimen de custodia exclusiva a favor de uno de ellos y el otorgamiento de un derecho de visitas al otro es el que mejor garantiza al menor una estabilidad física y emocional, de modo que la conflictividad entre los progenitores se eleva a causa suficiente motivadora de un rechazo automático de la custodia compartida.

Mucho más crítica es la posición de otros autores<sup>12</sup>, para quienes el legislador vuelve aquí a incurrir en el infantilismo de ofrecer a los protagonistas del conflicto unas técnicas que aquéllos podrían igualmente procurarse sin intervención del legislador, si quisieran. Pues no es la técnica lo que al conflicto matrimonial le falta, sino la voluntad cooperativa, que el legislador no puede inventar. Para que exista una custodia compartida, las partes tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente antes de aquélla. Mas con ello se desconocen el hecho mismo de la ruptura y las causas que llevan a ella, y se recrea la necesidad de mantener incólumes los canales de comunicación de la pareja. La custodia compartida necesita casi reproducir la situación familiar prerruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los «ex» querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro.

---

<sup>10</sup> *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>12</sup> CARRASCO PERERA, Tribuna sobre custodia compartida, [http://www.separadosydivorciados.org/custodia\\_compartida](http://www.separadosydivorciados.org/custodia_compartida).

Y, por último, no faltan quienes niegan la conveniencia de esta modalidad de custodia. Entre otros, FREIJANES BENITO<sup>13</sup> sostiene que «después de una separación o divorcio de los padres este tipo de custodia no es la más propicia ya que si no han sabido cooperar durante el matrimonio, es poco probable que cambien sus comportamientos en una custodia compartida y se supone que continuarán los conflictos entre los padres». Por su parte, TORRERO MUÑOZ<sup>14</sup> también rechaza esta modalidad de custodia en consideración al carácter perjudicial que tiene para los menores.

Mi posición, como ha quedado patente en las líneas anteriores, claramente favorable a este régimen de custodia, no me impide reconocer las dificultades prácticas que su establecimiento conlleva. Ahora bien, esta modalidad de custodia, como así mismo el recurso a la mediación familiar, al que nuestro legislador estatal se refiere por primera vez en la Ley 15/ 2005, con una previsión expresa de desarrollo legal, va a representar un cambio de filosofía en la solución de los problemas que se anudan a la crisis familiar. El establecimiento de un régimen de custodia compartida va a requerir un grado de entendimiento y disposición entre los progenitores, al que va a contribuir muy decididamente esta fórmula complementaria de resolución de los conflictos familiares que llamamos mediación familiar.

## B. Posición jurisprudencial

### a) Doctrina contraria a la custodia compartida

Respecto a la posición de nuestra jurisprudencia menor —única en la que hemos encontramos pronunciamientos al respecto—, la regla general ha sido la no concesión de la guarda y custodia compartida en base a las siguientes consideraciones, teniendo en cuenta que en los supuestos analizados el debate jurídico se planteaba como consecuencia de la solicitud de un cambio en el régimen de custodia originariamente adoptado, o de solicitud de dicho régimen por uno sólo de los progenitores. Sin ánimo de exhaustividad, voy a referir algunas de ellas.

*Primera:* su carácter perjudicial, al desestabilizar la vida de los menores, por el peregrinaje continuo entre los domicilios y las decisiones de ambos progenitores, en una edad en que lo conveniente es establecer una rutina ordenada favorecedora del adecuado desarrollo infantil. Claro reflejo de esta posición son las declaraciones vertidas en la sentencia de 13 de julio de 2004, por la Audiencia Provincial de

---

<sup>13</sup> El menor y la familia. Conflictos e implicaciones. «La protección de los derechos de los menores en caso de divorcio y separación» edit. Jesús Rodríguez Torrente, UPCO. Madrid, 1998, p. 80.

<sup>14</sup> Las crisis familiares en la Jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar, Valencia 1998, p. 92.

Valladolid, al decir «no nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para Lena, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano». En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de octubre de 2003 deniega la solicitud de custodia compartida planteada por el padre sobre la base del carácter excepcional de esta medida, que acarrea, dice la sentencia, una situación irregular y que tendría un difícil encaje, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos, y carecería de una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, que es absolutamente esencial, y más aún con la escasa edad de aquélla. La inestabilidad física del menor sirve igualmente a la SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996, para inadmitir una custodia compartida al declarar que

La permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es un auténtico entorno, sin contar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su «otro hogar». Esa inestabilidad redundaría en perjuicio del equilibrio emocional de un niño tan pequeño. La moderna psicología insiste en lo importante que para la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, es el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etc. Ello proporciona al niño sensación de seguridad y bienestar, y, en definitiva, la tan reiterada estabilidad, que con toda seguridad no se consigue viviendo cada quince días, cada mes, o incluso por períodos algo mayores, en una casa distinta.

Idéntico argumento fue el utilizado por la SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2002 para rechazar la petición de establecimiento de un régimen alterno de custodia, «ya que con tal régimen los menores quedaban sometidos a la necesidad de adaptarse a cambios de todo orden derivados de la convivencia temporal con uno y otro progenitor, lo que no puede considerarse que facilite la educación, ni la formación integral de los menores, al privarles de una estabilidad que se torna necesaria».

La consecución de la estabilidad de los menores es uno de los objetivos perseguidos en orden a la satisfacción del interés del menor, de ahí que, como regla general, nuestros Tribunales vienen valorando negativamente, de cara al equilibrio y normal desarrollo de aquéllos, tanto en la esfera emocional, como escolar y social, la guarda y custodia compartida.

*Segundo:* por la falta de expresa previsión legal, lo que ha motivado que en muchas resoluciones, aunque se haya negado la pretensión de custodia compartida, se haya articulado un régimen tan amplio de visitas a favor del progenitor no custodio asimilable al que de hecho origina la custodia compartida. En este sentido la SAP de Alicante, de 7 de julio de 1997, vino a declarar que:

El legislador es contrario a este tipo de soluciones y así lo pone de manifiesto, por todos, el artículo 90, a) CC que trata de «la determinación de la persona a cuyo



cuidado hayan de quedar los hijos [...] y el régimen de visitas, comunicación y estancia [...] con el progenitor que no viva con ellos», mostrando así que éstas son las medidas que estima deseables para atender a un grave y delicado conflicto personal intrínseco a la separación matrimonial.

En este sentido la sentencia de la SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999 declaró que:

Los artículos 90 y 92 del CC al regular la opción de custodia de los hijos en supuesto de separación o divorcio de los padres 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, sin duda ante la problemática que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y, por lo tanto, en las relaciones entre los progenitores, que éstos se hubieran de poner de acuerdo hasta las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual y si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución, cuando se hace lo es en base a una situación en que las circunstancias no sólo lo permitan sino que así lo aconsejen.

En parecidos términos la SAP de Jaén, de 20 de febrero de 1998, dispuso que:

No parece recomendable forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses permanecer con su madre. Quizás esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa de seguridad, hábitos y costumbres que no se alteren, debe llevarnos a considerar que por ahora es mejor para él que la guarda y custodia se confiera a la madre<sup>15</sup>.

*Tercero:* por la falta de acuerdo y colaboración de los progenitores. Así la SAP de Girona de 9 de febrero de 2000, en su Fundamento de Derecho Segundo, declaraba que:

En cuanto a la guarda y custodia compartida que se había establecido en la sentencia de separación, 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 ésta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial.

---

<sup>15</sup> Con argumentos idénticos a los citados, deniega la solicitud de guarda y custodia compartida entre otras, la SAP de Navarra de 13 mayo 1995.



En la misma línea argumental la Sentencia de la AP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 deniega la custodia compartida solicitada por el padre con base en la ausencia de una relación fluida entre la pareja que, «al no existir constituiría una fuente permanente de conflictos».

*Cuarto:* porque su admisión supondría una intromisión en la vida privada de los progenitores. Así la SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998, no sólo estima que dicha medida no goza de una previsión expresa en la ley, sino incluso que la guarda y custodia compartida

difícilmente podrían compartirse por quienes ya no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un peregrinaje del hijo de un hogar a otro, siendo más correctamente denominarlo en este supuesto, custodia periódicamente alternativa.

#### b) *Doctrina favorable a la custodia compartida*

Ahora bien, frente a esta tendencia general no faltan algunas resoluciones en que, además de dar lugar a la misma, se ha llegado incluso a alabar sus bondades. En tal sentido es paradigmática la SAP de Valencia de 22 abril 1999, que tras optar de oficio el juzgador por este modelo de guarda y custodia, pone de manifiesto los inconvenientes del régimen normal de atribución de guarda y custodia al declarar que:

El régimen normal de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor... Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada.

En parecidos términos, la SAP de Baleares de 19 abril 1999, después de subrayar que la doctrina y la jurisprudencia son poco partidarias de esta modalidad de custodia, se manifiesta a favor de la misma al menos en supuestos excepcionales en atención a las circunstancias que concurran, en la consideración de que el modelo no compartido no favorece en muchos casos la deseada y necesaria estabilidad de los menores afectados por situaciones de crisis matrimonial.

De esta tendencia favorable a la custodia compartida parece hacerse eco la SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2004, al afirmar que:

Hoy se tiende a la custodia compartida como mejor forma de implicación de los padres en el desarrollo de sus hijos, sin que éstos vean perjudicados por tal régimen. Lógicamente cuando el mismo se cumple dentro de los parámetros que le son propios, como que dicho régimen no implique una modificación sustancial de las condiciones de vida de los menores, sobre todo cuando la alternancia se produce con gran frecuencia y en cortos períodos. Así no es admisible que suponga un cambio de colegio por el mero hecho del cambio de padre custodiante o relaciones familiares o de amistad, más allá de las que son normales en un régimen no compartido.

Aunque advierte de los peligros de esta modalidad de custodia, e incluso del disfavor con que la trata el legislador, al no preverla expresamente, la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997 da lugar a la misma y no precisamente en atención a las excepcionales circunstancias del caso, sino por imperativos procesales, sin antes declarar que «Con carácter general y abstracto, la Sala ha de mostrar sus mayores reservas a dicho régimen de custodia compartida y otros semejantes, pues frente a los beneficios de la igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos, presentan el inconveniente de privar a éstos de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida que parece imprescindible para su normal desarrollo, inconveniente que se estima decisivo».

En estas y otras resoluciones, la valoración de determinadas circunstancias concurrentes en el caso ha sido determinante en la adopción de esta modalidad de custodia. Circunstancias tales como el hecho de que ambos progenitores ocupen sendas viviendas sitas en el mismo edificio (SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 1998); el hecho de que ambos progenitores tengan el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, por entender que de este modo se facilitaban los eventuales cambios domiciliarios sin afectar a las relaciones sociales de la menor (escolares, amigas, actividades extraacadémicas) que podrían seguir manteniéndose sin cambio alguno (SAP de Girona, de 25 de febrero de 2001); el hecho de que cada uno de progenitores dispusiera en la misma localidad de una vivienda acomodada a las necesidades de la menor, así como el que ambos hubieran sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la menor (SAP de 14 de octubre de 2003); la buena relación entre los progenitores constituye otro de los factores de mayor relevancia al momento de optar por la custodia compartida (SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2004; SAP de Baleares, de 17 de septiembre de 2004).

### III. PRAXIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

#### A. SISTEMA DE REPARTO DE LOS PERIODOS DE CONVIVENCIA

El juicio positivo que la introducción de este sistema de guarda y custodia me merece, no nos puede llevar a pensar que todos sean bondades, ya que a nadie se le escapa las enormes dificultades que su implantación puede originar, en la medida que su conveniencia y efectividad va a depender mucho de la calidad de las relaciones que existan entre los progenitores, así como de la concurrencia de determinadas



circunstancias que hagan posible esta medida. De ahí que, salvo los supuestos en que su establecimiento responda al deseo y acuerdo expreso de los progenitores, no creo que su implantación, a falta de dicho acuerdo, vaya a generalizarse.

En cualquier caso, lo que es evidente es que la fijación de este modelo de custodia va a exigir como primera medida la fijación por parte de la autoridad judicial (a propuesta de las partes, o de oficio por el juzgador) de un sistema de reparto de forma alterna de los períodos de convivencia de los hijos con ambos progenitores. Ello sin perder de vista que, a los efectos de calificar una custodia como compartida, resulta irrelevante el tiempo que se asigne a tales períodos. Tal es así que nuestros Tribunales han venido admitiendo como custodia compartida períodos alternativos de convivencia, mensuales<sup>16</sup>, semanales<sup>17</sup>, quincenales<sup>18</sup>, o incluso diarios.

Esto por un lado, tales períodos pueden materializarse en la práctica, bien alternado los hijos su permanencia en los hogares de ambos progenitores, bien siendo éstos los que vayan rotando en el domicilio del hijo. Incluso, cuando la buena relación de los progenitores lo permita, sería posible fijar un régimen de custodia compartida sin delimitar los períodos de convivencia con base en la libre relación de los menores con el progenitor con el que no convivan. De esta forma, los hijos podrían residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto libre ajustado a sus períodos de disponibilidad temporal.

No existe, por tanto, en modo alguno un modelo general de custodia compartida que obligue —como erróneamente se cree— a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los padres. Cada situación familiar es distinta y son los progenitores o, en su caso el Juez, los que atendiendo a las circunstancias personales deberán establecer el modelo o régimen de custodia que consideren más conveniente en cada caso. Circunstancias tales como la proximidad geográfica de sus residencias, las obligaciones laborales y disponibilidad horaria, la edad del menor, son, entre otras, las que se han venido valorando por los Tribunales al momento de establecer el modelo adecuado en cada caso.

## B. REPARTO DE RESPONSABILIDADES ECONÓMICAS

Por último, una breve reflexión sobre una cuestión de trascendental importancia, como es la incidencia que este régimen de custodia va a tener sobre otras medidas que se anudan a las crisis familiares, es decir, las de índole económico o patrimonial: prestación por alimentos, atribución del uso de la vivienda familiar,

---

<sup>16</sup> La SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, tras declarar la capacidad de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a sus hijos, establece un sistema de guarda y custodia por meses alternos.

<sup>17</sup> Por la fórmula semestral se decantó la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997.

<sup>18</sup> Así en la SAP de Baleares de 19 abril de 1999.

etc., y que hasta ahora dependían directamente del régimen de custodia establecido, toda vez que el progenitor no custodio no sólo veía reducidas sus relaciones con sus hijos a un exiguo régimen de visitas, sino que sobre el mismo pesaba la obligación de abonar la prestación alimenticia y abandonar el domicilio familiar.

El cambio de concepción y la diferente dinámica que va a conllevar la guarda compartida, va a determinar el establecimiento de medidas no sólo dirigidas a distribuir y materializar entre los progenitores períodos de convivencia con los hijos, sino también soluciones dirigidas a repartir las responsabilidades, fundamentalmente en el orden económico, que de ellos se derivan.

Resulta evidente que si la custodia compartida lleva consigo una coparticipación de ambos progenitores en el cuidado, atención, y control de los menores, será necesario articular medidas dirigidas a distribuir entre ellos los gastos que genere esta colaboración.

Entre estas medidas, nuestros Tribunales se han decantado —en los escasos casos en que se adopta este régimen de custodia— por que cada uno de los progenitores sea responsable económicamente y abone los gastos generados por el menor durante el tiempo que esté a su cuidado. Ahora bien, tal medida, que cubriría las necesidades ordinarias del menor, deja sin resolver el problema que plantean los gastos extraordinarios que pueden presentarse.

En este sentido es cita obligada la SAP de Castellón, de 10 de abril de 2003, paradigmática en la materia por articular un régimen de funcionamiento económico para materializar el desarrollo práctico de la medida de custodia compartida establecida, en el que junto al criterio general de asunción de los gastos ordinarios por el progenitor que en cada momento esté al cuidado del menor, estableció, en previsión de gastos de carácter extraordinario, un fondo común fruto de las respectivas aportaciones de los progenitores.

A favor de la constitución de un fondo común nutrido por las aportaciones de ambos progenitores, como sistema de desarrollo del régimen de la custodia compartida en el ámbito económico, ya se había pronunciado con anterioridad a esta resolución CAMPUZANO TOMÉ<sup>19</sup>, para quien «tal sistema eliminaría el régimen de pago de pensiones alimenticias de un esposo a otro y, por tanto, evitaría o, cuando menos tendería a disminuir la grave problemática existente en orden a los impagos respecto a este tipo de pensiones».

Resulta evidente que estamos ante una cuestión crucial —como son las de índole económica por la conflictividad que generan— cuya solución dependerá de la forma en que se materialice este régimen de custodia, pero que, en todo caso, hacen inviable muchas de las soluciones arbitradas hasta ahora, diseñadas en función del modelo progenitor custodia, y progenitor no custodio.

---

<sup>19</sup> El impago de pensiones alimenticias. La creación de un Fondo de Garantía como solución al problema. RDP marzo-abril 2001, pp. 229-248.

