



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2015/2016

Convocatoria: Marzo

# LA CUSTODIA COMPARTIDA

## Shared custody

Realizado por el alumno D<sup>a</sup>. Andrea Cabrera Álvarez

Tutorizado por el Profesor D. Carlos Trujillo Cabrera

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho civil

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b>II.</b>	<b><u>LA CUSTODIA COMPARTIDA</u></b>	<b><u>7</u></b>
	- CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA	7
<b>III.</b>	<b><u>DERECHO COMPARADO</u></b>	<b><u>10</u></b>
	- ALEMANIA	10
	- FRANCIA	10
	- ITALIA	13
	- SUECIA	14
<b>IV.</b>	<b><u>DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA</u></b>	<b><u>14</u></b>
	- SU ORIGEN ANTES DE SU INCORPORACIÓN AL CC	15
	- ANTEPROYECTO POR EL QUE SE MODIFICABA EL CÓDIGO CIVIL, EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO	16
	- SU POSTERIOR INCORPORACIÓN AL CC, CON LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO	17
<b>V.</b>	<b><u>DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA</u></b>	<b><u>19</u></b>
	- SENTENCIAS EN CONTRA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	19
	- SENTENCIAS QUE ADMITIERON LA CUSTODIA COMPARTIDA	23
<b>VI.</b>	<b><u>ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CASO DE SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO</u></b>	<b><u>25</u></b>
<b>VII.</b>	<b><u>LA CUSTODIA COMPARTIDA CONTENCIOSA</u></b>	<b><u>29</u></b>
	- EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ART. 92.8 CC	29
	- EL INFORME DEL MINISTERIO FISCAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 185/2012, DE 17 DE OCTUBRE	31
<b>VIII.</b>	<b><u>LA CONCESIÓN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO</u></b>	<b><u>35</u></b>

-	INTRODUCCIÓN A LA LEY 4/2004, DE 8 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO	35
-	NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA CON RESPECTO A LA CUSTODIA COMPARTIDA	35
-	VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, DE GÉNERO Y MALTRATO INFANTIL EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA	37
<b>IX.</b>	<b><u>DERECHO DE ALIMENTOS</u></b>	<b><u>39</u></b>
-	CONCEPTO JURIDICO	39
-	LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA.	40
-	GASTOS EXTRAORDINARIOS Y ORDINARIOS	41
-	TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS	42
<b>X.</b>	<b><u>ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA</u></b>	<b><u>43</u></b>
-	CONCEPTO	43
-	DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	43
<b>XI.</b>	<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	<b><u>47</u></b>
<b>XII.</b>	<b><u>JURISPRUDENCIA CONSULTADA</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>XIII.</b>	<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b><u>52</u></b>

## ABSTRACT

This paper will be focused on the study of the shared custody, from the situation that it had in Spain before the reform introduced by the Law 15/2005, 8th of July, to the current situation with its incorporation in the article 92 of the Civil Code. We will also refer to the bill about the practice of parental joint responsibility in case of separation, nullity or divorce, pretending with the introduced changes that the parents reach an agreement in relation to the measures adopted after the breakup. With regard to the favorable subsection of the article 92.8 of the Civil Code, the Constitutional Court pronounces in its sentence 185/2012, 18th of October, declaring it unconstitutional. And finally, the maintenance regulated in the article 93 of the Civil Code is an obligation of the parents that continues after the marriage breakup; and in relation to the automatism referred to in the article 96 of the Civil Code about the attribution of the use of the maintenance familiar housing, we will come to autonomous legislations finding other criteria, not neglecting the interest of the child, but also taken into consideration who needs more protection, the mother or the father, when considering the attribution of the familiar housing.

## RESUMEN (entre 150 v 300 palabras)

El presente trabajo se va a centrar en el estudio de la guarda y custodia compartida, desde la situación existente respecto a la misma en España con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, hasta la situación actual con su incorporación en el artículo 92 del Código Civil. También haremos referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad o divorcio, pretendiendo con las modificaciones introducidas, que los progenitores, en lo relativo a las medidas a adoptar tras su ruptura, lleguen a un acuerdo. En cuanto al inciso favorable del artículo 92.8 del Código Civil, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, declarándolo inconstitucional. En último lugar, la pensión de alimentos regulada en el artículo 93 del Código Civil, es una obligación de los progenitores que continúa tras la ruptura matrimonial; y con respecto al automatismo al que se refiere el artículo 96 del Código Civil, de la atribución del uso de la vivienda familiar, acudiremos a legislaciones autonómicas encontrando otros criterios donde, no descuidándose el interés del menor, también se atiende al progenitor más necesitado de protección para la atribución de la vivienda familiar.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la guarda y custodia compartida aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico-civil como consecuencia de la entrada en vigor de 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. Este texto legal constituye una pieza fundamental en el ámbito del Derecho de familia en la medida en la que no solo elimina la causalidad de las separaciones y divorcios, simplificando notablemente el procedimiento judicial, sino que aumenta la autonomía de la voluntad de los cónyuges en los procesos matrimoniales, lo que tendrá una gran relevancia en materia de guarda y custodia.

Es un modelo de guarda que ha sido permitido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio por nuestra legislación civil cuando los progenitores acuerdan este tipo de custodia en aras del mayor bienestar, beneficio e interés del hijo menor de edad, en armonía con el artículo 39.2, 3 y 4 de la Constitución Española, del que se desprende el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos. Junto a ello, se prevé, asimismo, el deber de los progenitores de prestar asistencia a los hijos mientras éstos sean menores e incluso después, una vez alcanzada la mayoría de edad, en los casos en que legalmente proceda.

El legislador toma nota de la demanda social exigida por parte de determinados grupos o sectores de la sociedad, principalmente asociaciones de padres separados, que veían como, debido al modelo legal vigente que se centraba en la guarda y custodia en exclusiva por parte de uno solo de los progenitores, el 90%<sup>1</sup> de los casos las madres, la relación con sus hijos se veía limitada a desempeñar el rol de padre visitador.

---

<sup>1</sup> BANDERA MAGDA. *Custodia compartida*. “Cómo evitar que tus hijos se conviertan en arma arrojadiza.” Edit. Arcopress. 2005. Pág. 26.

Con este modelo de custodia se evita que se beneficie a uno u otro progenitor, beneficiando así a ambos y protegiendo ante todo el interés del menor en el marco de las relaciones paterno-filiales.

En el presente trabajo, se analiza el régimen jurídico de la guarda y custodia compartida prevista en el artículo 92 del Código Civil, así como el desarrollo legislativo que ha tenido lugar hasta su definitiva incorporación en el citado texto legal con la Ley 15/20015, de 8 de julio. También estudiaremos la regulación de esta figura en otros países, así como el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad o divorcio, analizando las deficiencias del régimen jurídico vigente a efectos de aportar posibles soluciones al respecto.

Con la Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional, se pone fin al debate suscitado en torno a la subordinación al informe favorable del Ministerio Fiscal de la concesión de la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor. Esta subordinación suponía un límite en el momento de conceder el juez la custodia compartida cuando era solicitada por uno solo de los progenitores, ya que para ello se exigía el informe favorable del Ministerio Fiscal, que de no obtenerse, el juez no podía adoptar el régimen de custodia compartida, ya que se encontraba vinculado a dicho dictamen favorable. Con la declaración de la inconstitucionalidad del informe favorable se da un paso más hacia el abandono de la concepción de la custodia compartida no consensuada como una medida excepcional.

También estudiaremos qué sucede con esta figura en aquellos casos en los que ha tenido lugar, contra los hijos o cónyuge, cualquier tipo de violencia, así como la atribución del uso de la vivienda familiar cuando estemos ante el régimen de la custodia compartida.

Por otro lado, valoraremos la pensión de alimentos recogida en el artículo 93 del Código Civil, así como el automatismo inherente al artículo 96 del Código Civil en referencia a la atribución de la vivienda familiar en los casos de régimen de custodia

compartida, por lo que resulta adecuado acudir a otras legislaciones autonómicas como las de Aragón, Cataluña o la Comunidad Valenciana, que no descuidando el interés del menor optan por otros criterios que se fundan en el progenitor más necesitado de protección.

## II. LA CUSTODIA COMPARTIDA

### - CONCEPTO.

Antes de analizar el desarrollo de esta figura jurídica resulta adecuado dar un concepto. Así, ORTUÑO MUÑOZ define la custodia compartida como *“aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*<sup>2</sup>.

Esta definición comprende todos los componentes necesarios para establecer el régimen de custodia compartida mediante el acuerdo que puedan adoptar los progenitores, teniendo en cuenta la existencia de una relación amistosa entre ambos para así facilitar esta modalidad. En muchas ocasiones no existe una relación amistosa entre los progenitores, lo que no impide que no se pueda acordar esta custodia compartida por el juez, ya que debe prevalecer el interés del menor, y por consiguiente el derecho que tienen a relacionarse con sus progenitores. No obstante, no es una decisión exclusiva de los progenitores, ya que también depende de la autoridad judicial, quien debe contemplar la concurrencia de unos supuestos necesarios para la misma.

---

<sup>2</sup> ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra 2006, p. 60.

El núcleo esencial de este concepto de custodia compartida se centra en la nota de corresponsabilidad parental. Así, podemos añadir que esta figura jurídica implica que la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos debe ser ejercida de la misma manera, independientemente de que se encuentren en crisis matrimoniales o uniones de hecho, manteniendo los padres con sus descendientes sus obligaciones de manera activa, compartiendo derechos y deberes, coadyuvándose entre ambos. En virtud del artículo 154 del Código Civil, la patria potestad está integrada por un conjunto de derechos y deberes de los progenitores para con sus hijos, entre ellos “*tenerlos en su compañía*”<sup>3</sup>.

Partiendo de la anterior definición, CRUZ GALLARDO opina que la custodia compartida no consiste en un simple reparto de periodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principio de igualdad y de responsabilidad parental), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones (principio de coparentalidad)<sup>4</sup>.

En este contexto, este régimen de guarda y custodia compartida descansa sobre tres principios fundamentales que se aplican a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de los padres: el principio del interés superior del menor, el principio de igualdad entre ambos progenitores y el principio de coparentalidad y corresponsabilidad parental. A estos dos últimos principios haremos referencia más adelante.

---

<sup>3</sup> El Código Civil, en sede de regulación de las relaciones paterno-filiales, establece en su artículo 154 que “*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos (...) Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...)*”.

<sup>4</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed. La ley. Madrid, 2012, Pág. 424.

Por último, la custodia compartida se ampara legalmente en el respeto por los Derechos Fundamentales del menor.<sup>5</sup> Por un lado, el derecho del hijo es conservar su relación con ambos progenitores, de acuerdo con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>6</sup>; y por otro lado encontramos el deber y derecho de los progenitores de prestar asistencia a sus hijos recogido en el artículo 39 de la Constitución Española<sup>7</sup>, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según establece el artículo 154 del Código Civil, como ya hemos dicho anteriormente.

---

<sup>5</sup> Como ha subrayado una abundantísima jurisprudencia, 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*", de acuerdo con los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de Abril de 1996, así como el artículo 39-2 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos; este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor; por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, sin desconocer que los padres gozan del derecho de relacionarse con sus hijos, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce este derecho-deber de los padres, de acuerdo con el artículo 39-3 de la Constitución, que establece la obligación de los padres de 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. (SAP de Valencia, de 2 de abril de 2003).

<sup>6</sup> Expone el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989 que "*Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*".

<sup>7</sup> Artículo 39 CE "**1.** Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. **2.** Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. **3.** 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. **4.** Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

### III. DERECHO COMPARADO.

A continuación vamos a exponer cual es la situación en relación con la custodia compartida en algunos de los países de nuestro entorno.

- Alemania.

En Alemania, el Burgerliches Gesetzbuch (BGB) no contempla expresamente la figura de la custodia compartida, pero no existe obstáculo procesal para adoptar este régimen si los progenitores así lo acuerdan.<sup>8</sup> En 1983 existieron proposiciones sobre la aplicación de la “*custodia común*”, acordando en el congreso celebrado en Bruehl los siguientes puntos: primero, en casos normales el Juez de familia debe ceder a ambos cónyuges el derecho de custodia común, y si la decisión es otra debe ser justificada; segundo, el Juez debe aspirar en todo caso a la custodia común, y en situaciones conflictivas se tiene que demostrar la inviabilidad de esta figura para dictaminar sentencia. Esta propuesta utilizaba el término de “*custodia común*” y no de “custodia compartida”, que viene a ser la regla en detrimento de la custodia unilateral.<sup>9</sup> En conclusión, en Alemania prevalece la custodia común, pero se trata de buscar la mejor alternativa entre las dos modalidades de custodia en interés del menor, no primando una figura sobre la otra.

- Francia.

En Francia se llegó a la conclusión de que la custodia monoparental discriminaba tanto a la mujer como al hombre, así que para que esto no sucediera los progenitores debían ser responsables de la educación diaria de los hijos a través de la

---

<sup>8</sup>[http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia\\_compartidacorresponsabilidad\\_parental\\_11\\_71255500\\_2.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartidacorresponsabilidad_parental_11_71255500_2.html)

<sup>9</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. *Tesis doctoral. El interés del menor en la custodia compartida*. Salamanca, 2008, pág.120

implantación de una guarda conjunta. Así, la ley de autoridad parental de Francia, vigente desde el 5 de marzo de 2002, elimina el concepto de custodia y establece que los cónyuges deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, en lugar de que los tribunales decidan sobre el futuro de sus hijos<sup>10</sup>.

Concretamente, entre los preceptos que se incorporaron a la regulación francesa se estableció que la residencia del hijo puede fijarse de manera alternativa en el domicilio de cada uno de los progenitores o en uno de ellos<sup>11</sup>. El concepto de residencia alterna de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores hace referencia a un modelo de custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos en cada uno de los de los progenitores<sup>12</sup>, aunque en mi opinión esto no excluye la custodia compartida con domicilio fijo de los hijos en la vivienda familiar y que sean los padres los que alternen en los períodos en los que desempeñen la funciones de guarda.

A diferencia de España, en Francia se emplea el término de coparentalidad, que tiene el mismo objetivo que la custodia compartida, es decir, alternar en el cuidado de los menores.

Asimismo, la ley hace prevalecer la voluntad de los progenitores mediante el acuerdo que deben establecer sobre el futuro de sus hijos, con base en el ejercicio conjunto de la autoridad parental. Sin embargo, de acuerdo con el art. 373.2.1 del Código Civil Francés<sup>13</sup>, el Juez puede disponer en interés del menor el ejercicio unilateral de la patria potestad.

---

<sup>10</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. *Tesis doctoral, op. cit.*, pág.121.

<sup>11</sup> *Vid.* nota al pie 10.

<sup>12</sup> [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia\\_compartidacorresponsabilidad\\_parental\\_11\\_71255500\\_2.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartidacorresponsabilidad_parental_11_71255500_2.html).

<sup>13</sup> El artículo 373.2.1 del Código Civil Francés textualmente señala que: “*Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres*”

También, el art. 373.2.9 del Código Civil Francés concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, en caso de desacuerdo de los progenitores, y si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de residencia alterna aunque los padres se opongan a tal sistema de guarda. Y, como peculiaridad propia del Derecho francés, de gran interés y utilidad, se prevé que el juez pueda disponer, siempre que uno al menos de los progenitores lo solicite, el establecimiento de una sistema de residencia alterna con carácter provisional y durante un plazo determinado a modo de ensayo o prueba, con la posibilidad de acordar de forma definitiva, transcurrido el plazo fijado, la residencia alternada de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno solo de ellos.<sup>14</sup>

Con esta disposición se resalta el principio de igualdad que debe regir entre los progenitores. Lo que significa que la orientación de este código no solo radica en la satisfacción del interés del menor en el ejercicio de la autoridad parental, de conformidad con el artículo 371.1 del Código Francés<sup>15</sup>, sino que prepondera el equilibrio que debe existir entre ambos progenitores en las diversas circunstancias que se presenten como puede ser la educación, el desarrollo, la seguridad, la salud y la moralidad.

---

<sup>14</sup> Vid. nota al pie 12.

<sup>15</sup> El artículo 371-1 del Código Civil Francés señala que: “*La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño. Será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona. Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez*”.

- Italia.

En Italia, producto de la Ley de modificación del Código Civil en materia de separación, en el artículo 155<sup>16</sup> se establece de manera prioritaria la aplicación de la custodia compartida desde 26 de enero de 2006, y como no podía ser de otra manera, esta medida fue concebida en semejanza con la satisfacción del interés del menor.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española, en Italia no es determinante el acuerdo de los progenitores, sino que la modalidad de la custodia compartida rige como regla general en todas las situaciones de separación o divorcio. Es decir, dicha normativa no prevé la elección entre la custodia monoparental o compartida<sup>17</sup>.

Por medio de esta ley, se prevé expresamente la posibilidad de que el juez pueda establecer, cuando lo considere conveniente para el menor, un régimen de custodia conjunta o alternada.

---

<sup>16</sup> Artículo 155 del Código civil Italiano: “*También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias. El juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación. El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos. La patria potestad se otorga a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez. Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.*”

<sup>17</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. *Tesis doctoral, op. cit.*, pág.123.

- Suecia.

En este país se establece que cuando los progenitores se divorcian y están de acuerdo se mantiene el régimen de custodia compartida. No obstante, el Tribunal podrá disolver esta modalidad si es incompatible con el interés superior del menor.

En este sentido, en 1998 se realizaron las siguientes modificaciones en su legislación interna con el objetivo de facilitar la aplicación de la custodia compartida; primero, en el supuesto de aplicarse dicha modalidad de custodia se debe localizar el lugar de residencia del menor, que se determinará según el mejor interés que le corresponda; segundo, si los progenitores están de acuerdo, deben suscribir un documento que deberá ser aprobado por el municipio correspondiente mediante el Comité de Bienestar Social; tercero, las pensiones alimenticias deberán ser prorrateadas dependiendo del tiempo que pasen con uno y otro progenitor; y finalmente, en cuanto a los gastos de desplazamiento del menor, éstos deben ser cofinanciados por ambos.<sup>18</sup>

A diferencia de lo que ocurre en España, en Suecia se determina el mantenimiento de la custodia compartida en situaciones de crisis familiares.

#### **IV. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA.**

En el desarrollo legislativo de la custodia compartida podemos distinguir tres etapas: antes de incorporarse al Código Civil con la reforma obrada por la 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 o divorcio; con la modificación del artículo 159 del Código Civil obrado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre Reforma del Código Civil, en aplicación del principio no

---

<sup>18</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. *Tesis doctoral*. Op. Cit. Pág.125

discriminatorio por razón de sexo; y la actual, al haberse producido un cambio legal imponiendo el interés superior del menor tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el sistema de separación o divorcio ha dejado de ser causal tras 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.

### 1.- Origen antes de su incorporación al Código Civil.

Partiendo de la evolución legislativa descrita anteriormente, y en primer lugar hasta la reforma del Código Civil mediante la 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, el propio J.M DE TORRES PEREA<sup>19</sup>, defiende que el modelo familiar era el patriarcal y la madre la cuidadora natural de sus hijos. El interés prioritario era el paterno, quien era el primer legitimado para decidir lo que convenía o no a sus hijos, según sus criterios.

Se consideraba que la atribución de los hijos a uno u otro progenitor en los supuestos de nulidad o separación se producía como consecuencia de la conducta de éstos en el matrimonio. Puesto que la separación era causal, y dicha causa tenía un “*responsable*”, la consecuencia lógica era reprochar esa mala conducta que se consideraba “*causa*” de la separación con el castigo de perder la guarda y custodia de los hijos.<sup>20</sup>

Esta ley no impedía la guarda y custodia compartida; no obstante, en la práctica seguía siendo habitual la atribución unilateral o exclusiva a un solo progenitor que casi siempre coincidía con la figura materna, estableciéndose un régimen de visitas al progenitor no custodio –normalmente el padre–.

---

<sup>19</sup> DE PEREA TORRES, J.M. “La custodia compartida: una nueva alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, pág. 9.

<sup>20</sup> *Vid.* nota al pie 19.

Más tarde, con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se reformó el artículo 159 CC<sup>21</sup>, que antes disponía que debía otorgarse la guarda y custodia de los hijos a la madre durante los primeros siete años de vida. Tras la reforma, explica CRUZ GALLARDO que el legislador dejó de considerar la atribución de la guarda y custodia de los hijos como un premio o castigo a los cónyuges causantes de la ruptura matrimonial, y el interés superior del menor reemplazó el criterio de culpabilidad legalmente vigente.<sup>22</sup>

## **2- Anteproyecto de ley por el que se modificaba el Código Civil, en materia de separación y divorcio.**

Con anterioridad a la reforma, la custodia compartida quedaba al amparo del artículo 90 del Código Civil que establecía la posibilidad de un convenio regulador. Así, deducimos que si bien la figura no estaba prevista expresamente en nuestro derecho sustantivo, no significaba que existiera una prohibición al respecto.

En este sentido, MONTERO AROCA<sup>23</sup> afirmaba que *“la posibilidad legal no se niega, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia”*, motivo por el que su aplicación, aunque aisladamente, fue posible.

Antes de analizar el contexto actual, haremos referencia al proceso previo a la promulgación de la Ley 15/2005, recordando que el Proyecto de Ley aprobado el 29 de

---

<sup>21</sup> Artículo 159 Cc: *“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.”*

<sup>22</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. *op. cit.*, págs. 54 y 55.

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 34. Véase también IVARS RUÍZ, J, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del código civil, aspectos procesales y sustantivos, doctrina y jurisprudencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 174.

noviembre de 2004 apostaba por una corresponsabilidad de los padres en el desarrollo de los hijos. Con anterioridad a esta ley, el apartado 5 del artículo 92 del Anteproyecto de ley por el que se modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio, quedaba redactado de la siguiente manera: *“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 y custodia sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos”*.

Con la redacción de este precepto lo que se pretendía era legitimar a los progenitores para acordar en primera instancia el establecimiento tanto de la custodia monoparental como de la compartida, y en el caso de no llegar a ningún acuerdo, la autoridad judicial podría establecer una u otra modalidad, siempre atendiendo al interés superior del menor.

Así, la orientación inicial que tenía el Anteproyecto de Ley sufre algunas modificaciones con la promulgación de la reforma de la Ley 5/2015, de 8 de julio, que nos ofrece, en primer lugar, la alternativa de un convenio regulador para llevar a cabo la custodia compartida, y en su defecto será el Juez el que se encargue de dictaminar la modalidad adecuada para los hijos tras una situación de crisis matrimonial o unión de hecho, con prioridad en la custodia monoparental.

### **3-. Incorporación al Código Civil con la Ley 15/2005, de 8 de julio.**

Es con la llegada de 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, con la que se regula por primera vez en el Derecho positivo la función de la guarda y custodia compartida de los hijos tras la crisis matrimonial. De esta manera, se prevé la mediación familiar como alternativa a la judicialización para resolver los conflictos familiares de mutuo acuerdo, y así, como destacábamos antes, la regulación por primera vez de la guarda y custodia compartida.

Con esta Ley 15/2005, de 8 de julio, se modificó la redacción del artículo 92<sup>24</sup> del Código Civil, y es en su apartado quinto<sup>25</sup> donde se introduce este nuevo modelo de guarda y custodia. Con esta nueva redacción se requiere como requisito principal para la aplicación de la custodia compartida el acuerdo de los progenitores.

No obstante, como comentábamos anteriormente, la custodia compartida no nace como consecuencia de dicha modificación legislativa, ya que son varias las sentencias anteriores donde existía este modelo, condicionado a determinadas cautelas<sup>26</sup>.

La exposición de motivos de esta ley, según CRUZ GALLARDO, muestra el nuevo espíritu marcado en la regulación de los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis matrimoniales. Ello pone de relieve el planteamiento de la mediación familiar, como alternativa a la judicialización para la solución de mutuo acuerdo de conflictos familiares, y la regulación en el Derecho positivo por primera vez de la guarda y custodia compartida<sup>27</sup>.

Indica la Exposición de Motivos de la citada ley que *“se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio*

---

<sup>24</sup> Como ya decíamos anteriormente, la redacción anterior del art. 92 CC no contemplaba la posibilidad de otorgar la guarda y custodia a ambos cónyuges de forma conjunta, pero tampoco la impedía. Así, el párrafo cuarto de dicho art. 92 CC decía que: *“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”*.

<sup>25</sup> Artículo 92.5 Código Civil *“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”*.

<sup>26</sup> Como se hace referencia en la SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004 (JUR 2004/152448), las Audiencias Provinciales admitieron la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, si bien la limitaron a supuestos en que concurrieran especiales circunstancias que así lo aconsejaran, siempre a instancia de ambos padres y cuando quedase acreditada la capacidad suficiente de ambos para ostentarla. También se consideraba necesario para la adopción de la medida que no se apreciara conflictividad entre los progenitores, como en la SAP Castellón de 14 octubre 2003 (JUR 2003\264777) o que no existiesen menores de corta edad, como en la SAP de Girona de 9 de febrero 2000 (AC 2000/184).

<sup>27</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 460.

*regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”<sup>28</sup>.*

## V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En la actualidad, y tras la reforma operada por la ley 15/2005, de 8 de julio, tal y como explica CRUZ GALLARDO, se observa en la jurisprudencia un cambio lento y paulatino en favor de la aplicación del régimen de guarda y custodia compartida, alimentado por la opinión de jueces y por la alteración social de factores que inciden en la ruptura familiar.<sup>29</sup>

Vamos a distinguir algunas sentencias contrarias y favor de la custodia compartida:

### 1- Sentencias contrarias al establecimiento de la custodia compartida.

El criterio de la jurisprudencia menor anterior a la ley de 2005, consideraba que el régimen de convivencia de custodia compartida presentaba más inconvenientes que ventajas, no obstante era admitido a petición de ambos cónyuges, siempre que la relación entre ellos fuese cordial y quedara acreditada ante el tribunal<sup>30</sup>.

Para analizar las resoluciones judiciales vamos a diferenciar en grupos en función de los criterios empleados por los tribunales para denegar la petición de la custodia compartida. Estos han sido los más frecuentes:

---

<sup>28</sup> Párrafo decimonoveno de la Exposición de Motivos de la ley 15/2005, de 8 de Julio.

<sup>29</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. *Op. cit.* Página 426.

<sup>30</sup> *Vid.* nota al pie 18.

- La residencia de los progenitores en diferentes ciudades e incluso países.

Son muchas las sentencias que exigen la proximidad del domicilio de los progenitores como previo requisito ineludible para la aplicación de la custodia compartida<sup>31</sup>. Tal y como opina CRUZ GALLARDO, el constante peregrinaje de los hijos de uno a otro domicilio de los progenitores; el hecho de extraerlo de su entorno social y educativo, le provocaría desconcierto y pérdida de identidad, aunque no obstante, reconoce la importancia del progenitor no custodio en el desarrollo de la personalidad del niño, pero estima suficiente el período de vacaciones mediante un régimen de visitas.<sup>32</sup>

- La falta de mutuo acuerdo.

En este caso, también son varias las sentencias que estiman necesario el mutuo acuerdo de los cónyuges, como elemento imprescindible en la aplicación de este régimen de custodia compartida.<sup>33</sup> En este mismo sentido, explica CRUZ GALLARDO que los constantes litigios entre los progenitores alteran el equilibrio emocional del

---

<sup>31</sup> Este criterio lo observamos en varias resoluciones judiciales analizadas para denegar la custodia compartida: la SAP de Barcelona Sección 12ª, de 29 de junio de 1998, la SAP de Valencia sección 10ª, de 2 de abril de 2003, entre otras muchas.

<sup>32</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. *Op. Cit.* página 427.

<sup>33</sup> La SAP de Girona Sección 2ª, de 9 de febrero de 2000 explica en su fundamento de derecho segundo 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 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. De ahí que debiendo atenderse al interés de los menores como más merecedor de protección, no puede aceptar la Sala la propuesta de una guarda y custodia compartida que se ha revelado como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores según se desprende tanto el informe del Equip D'Assessorament Judicial, como de las propias manifestaciones de los hijos y de la comprobación directa de la Juzgadora de instancia que se ha visto obligada a intervenir en el cumplimiento de dicha medida ante las discrepancias y conflictos surgidos”*.

menor, y provocan como solución adecuada el establecimiento de la custodia exclusiva o unilateral.<sup>34</sup>

- La falta de colaboración y armonía entre los progenitores.

En este caso, se imposibilita la aparición de un clima de cordialidad para poder desarrollar el régimen de custodia compartida.<sup>35</sup>

- Los trastornos y perjuicios en la estabilidad psicológica del menor.

Aquí nos encontramos con sentencias más radicales,<sup>36</sup> en las que se piensa que un régimen de guarda y custodia compartida traerá consigo trastornos psíquicos y perjuicios continuos para el menor de edad a consecuencia de los cambios de hábitos, de entornos y espacios, que junto a la falta de armonía entre los progenitores acaban afectando a su desarrollo integral.

---

<sup>34</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 427.

<sup>35</sup> Según la SAP de Madrid Sección 22ª, de 16 de abril de 2002, se aprecian estas deficiencias como contrarias al interés del menor.

<sup>36</sup> En la jurisprudencia menor más reciente existen resoluciones judiciales para las que este régimen de convivencia altera la estabilidad emocional del hijo menor de edad. A modo de ejemplo, la SAP de Córdoba Sección 2ª, de 14 de julio de 2003 se ha pronunciado de la siguiente manera “...a la vista del distinto lugar de residencia de ambos progenitores, lo que incluso obligaría a las hijas a tener que cambiar de localidad, con todo lo que ello conlleva, máxime cuando se trata de ciudades tan distintas y lejanas como Córdoba y Segovia, con los **posibles desequilibrios emocionales** que los cambios periódicos a que se sometería a la menor podrían acarrear, dando que ello implicaría una modificación de costumbre, hábitos, clima, círculos de amistades etc.

- La corta edad.

En estos casos, son muchas las resoluciones judiciales<sup>37</sup> que para un mayor beneficio de la estabilidad del menor, desaconsejan los cambios de la persona encargada de su cuidado.

- Invasión de la esfera privada.

También alguna resolución judicial ha rechazado la custodia compartida, considerando que su aplicación supone la invasión de la esfera privada del otro cónyuge, siendo contradictorio con las vidas separadas de los cónyuges<sup>38</sup>.

- El interés del menor.

Es BERNARDO CRUZ GALLARDO el que nos dice que estamos ante un concepto jurídico indeterminado inspirador de la regulación positiva de materias comprendidas en el derecho de familia, y cuyas decisiones afecten a los hijos menores<sup>39</sup>. Son muchas las resoluciones judiciales que se fundamentan en el interés superior del menor para inadmitir la custodia compartida<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> En este caso, la SAP de Albacete Sección 1ª, de 17 de octubre de 2002 entiende en su fundamento de derecho segundo que “El régimen de visitas, una vez confirmada a la guarda y custodia a favor de la madre, es el adecuado teniendo cuenta la corta edad del niño, que hace poco aconsejable para él la pernocta fuera de su domicilio”.

<sup>38</sup> Esta es la reflexión de la SAP de Granada Sección 3ª, de 20 de enero de 2003 que establece que “...lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro...”

<sup>39</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 429.

<sup>40</sup> Así lo indica la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 31 de marzo de 2004.

- Previa custodia compartida perjudicial para el hijo.

Algunas sentencias no admiten de nuevo el régimen de la custodia compartida por el resultado negativo que causó en el hijo menor de edad cuando estuvo vigente. Así lo indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 20 de enero de 2003.

- Rechazo de la custodia compartida por no estar contemplada en la ley.

En opinión de CRUZ GALLARDO, la falta de normativa jurídica expresa provocó que algunos tribunales de justicia<sup>41</sup> se mostrasen remisos a una aplicación generalizada, pese a que se dedujera su idoneidad de las pruebas practicadas.

## **2- .Sentencias que admitieron la custodia compartida**

En este caso, han sido escasas las resoluciones judiciales anteriores a la regulación en nuestro Derecho Positivo que han aplicado la custodia compartida como régimen de convivencia tras la ruptura matrimonial<sup>42</sup>. Estos han sido los criterios por los que los tribunales han admitido el régimen de la guarda y custodia compartida:

- La proximidad de las viviendas de los progenitores.

Este factor ha sido relevante y las resoluciones judiciales lo han tenido en cuenta para concederla<sup>43</sup>. No obstante, tal y como explica GRUZ GALLARDO, ha de venir acompañado de otros factores, como la capacidad de los progenitores para asumir este régimen de convivencia y lograr el desarrollo afectivo y psicológico del menor<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Citamos como muestra la SAP de Alicante, Sección 4ª, de 7 de julio de 1997, en la que se rechaza la aplicación de la guarda y custodia compartida al no tener amparo en el Derecho Positivo.

<sup>42</sup> Así lo indicia CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 431.

<sup>43</sup> Así lo expresa la SAP de Barcelona Sección 18ª, de 16 de septiembre de 1998.

<sup>44</sup> Vid. nota al pie 31.

- Petición del hijo menor de edad.

Se ha dado el caso en el que, pese a no haberlo planteado los progenitores, se ha adoptado el régimen de custodia compartida. La SAP de Valencia, de 9 de marzo de 2000, atiende a las manifestaciones del hijo, al considerar necesario la continuidad de la relación familiar con ambos progenitores para el desarrollo de la personalidad<sup>45</sup>.

- Custodia compartida por la estabilidad emocional del menor.

Este es uno de los presupuestos necesarios para poder lograr el desarrollo de la personalidad del hijo menor de edad. Alguna resolución judicial<sup>46</sup> ha aplicado la custodia compartida como el mejor modo de proteger el interés superior del menor, favorecido por la concurrencia de otros factores tal y como opina CRUZ GALLARDO<sup>47</sup>: favorables condiciones materiales que cada progenitor puede ofrecer a los hijos; una relación familiar dialogada, de tolerancia y comprensión entre ambos progenitores, entre otros.

- Custodia compartida como derecho de todo menor a relacionarse con ambos progenitores.

En la jurisprudencia menor anterior a la reforma no es frecuente encontrar resoluciones judiciales que se pronuncien a favor de este régimen de convivencia para que los hijos mantengan viva la relación inter parental. No obstante, de la SAP de Valencia, de 9 de marzo de 2000 se desprende que “*considerando que su adecuado*

---

<sup>45</sup> Vid. nota al pie 31.

<sup>46</sup> La SAP de Castellón Sección 2ª, de 14 de octubre de 2003, estima que la atención que goza el menor “se traduce en una personalidad alegre y tranquila, con reflejo en sus logros escolares y de relación, síntomas de un alto índice de autoestima que, en su propio interés no justifican una guarda y custodia individualizada, sino el mantenimiento de la tenencia compartida”.

<sup>47</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 433.

*desarrollo integral como persona reclama una imprescindible relación los dos progenitores, procede acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida por ambos*<sup>48</sup>.

## **VI. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CASO DE SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO.**

El 19 de julio de 2013, el Congreso de los Diputados aprobaba el “*Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio*”.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se pone de manifiesto que los continuos cambios sociales en el orden familiar durante los últimos años han determinado que la normativa estatal juegue un papel desfavorable. Esta circunstancia ha exigido, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, una constante labor de adaptación de la aplicación e interpretación del derecho a la realidad social. La inexistencia de un reforma global de los regímenes económicos-matrimoniales, unido a la escasa discrecionalidad judicial que el artículo 92 del Código Civil concede al legislador a la hora de otorgar la custodia compartida, ha despertado la alarma en cuanto a la necesidad de articular una reforma al efecto de la normativa del Código Civil.

En algunas Comunidades Autónomas se recoge normativa sobre la custodia compartida, por ejemplo en Aragón y Valencia, que establecen la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; Navarra, que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, dejando libertad al Juez para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o Cataluña, que

---

<sup>48</sup> SAP de Valencia, de 9 de marzo de 2000, fundamento de derecho tercero.

tampoco se inclina por la preferencia de la custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo en el caso de que resulte perjudicial para los hijos, debiendo en este caso la autoridad judicial determinar la forma de ejercerla, compartida o individual, atendiendo siempre al interés del hijo.<sup>49</sup>

Los principales aspectos de la reforma giran en torno al estímulo de acuerdo de los progenitores en lo relativo a las medidas a adoptar tras su ruptura. En este sentido, se incorpora la posibilidad de que los cónyuges de común acuerdo o a propuesta del juez, acudan a la mediación familiar. (art. 91.3). Se pretende disminuir la litigiosidad, razón por la cual se articula la obligación de que los progenitores redacten “un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental” (art. 90 CC).

No obstante, si bien se mantiene la prioridad de lo acordado por los padres en la regulación de las relaciones familiares (art. 90 CC), se establece, al desarrollar cada una de las medidas, que ello necesitará de aprobación judicial, pudiendo negarse si los pactos son dañosos para los hijos o contrarios a su interés superior, o son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En cuanto a las medidas definitivas ya adoptadas, se podrán modificar cuando lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres, eliminando la exigencia establecida hasta ahora de que se hubiera dado un cambio sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad para adoptarlas.

En cuanto a la guardia y custodia de los hijos, con la introducción del artículo 92 bis del Código Civil se tiene como objeto realizar *“los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigidices y las preferencias por la custodia monoparental del actual, pero sin establecer la guarda y custodia compartida*

---

<sup>49</sup> Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando no en interés de los progenitores sino de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro y quien regule los distintos aspectos y contenidos de las relaciones parentales<sup>50</sup>. Así pues, se regula la guarda y custodia compartida como una medida que puede adoptar el juez, aun cuando no medie acuerdo entre los progenitores, si uno de ellos lo solicita, o excepcionalmente si ninguno de ellos lo pide, siempre y cuando el interés de los hijos quede protegido. En la adopción de esta decisión, el Juez no quedará vinculado por el informe del Ministerio Fiscal, de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, de la que nos ocuparemos más adelante.

En cuanto a la violencia doméstica, se sigue excluyendo de la guarda y custodia a aquellos progenitores que hayan sido condenados por la comisión de tales delitos o contra quienes existan indicios fundados de responsabilidad criminal, dándose ahora una solución a los supuestos en que tal circunstancia concorra en ambos.

En cuanto al régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos con el cónyuge que no conviva con ellos, este Anteproyecto pretende destacar la relevancia que supone el contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo familiar, sentando las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor, de ahí que se haya superado el término “*visita*” que se utiliza en la normativa vigente y actualmente se hable de un “*régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente*”, sobre el que, como en el caso de la guarda y custodia, deberá pronunciarse el Juez “*con carácter obligatorio*”<sup>51</sup>.

En lo referente a los aspectos patrimoniales derivados de la ruptura, el legislador centra su atención en la pensión de alimentos, el uso de la vivienda, así como la celeridad en la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio. En

---

<sup>50</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>.

<sup>51</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>.

cuanto a éste último, indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto que *“es uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares y que su tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos”*, de ahí *“la necesidad e importancia de su reforma”*, que afecta a la regulación de los procesos matrimoniales y del procedimiento de liquidación contenida en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este aspecto, se incorpora como requisito procesal la necesidad de aportar junto a la demanda, además del plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de los bienes. De lo que se trata es de eliminar la duplicidad de procedimientos, integrando en uno solo todas las cuestiones sustantivas y económicas.

Por lo que respecta a la contribución de las cargas familiares, dejándose de llamar *“cargas matrimoniales”*, en el artículo 93 CC se fijan los criterios determinantes de la proporción en que cada uno de los progenitores deberá subvenir a la pensión por alimentos por necesidades ordinarias (manutención, vestido, habitación, educación y asistencia médica), a los gastos extraordinarios (de carácter imprevisible) y a los gastos voluntarios (no necesarios pero adecuados) de los hijos.<sup>52</sup> Para determinar los gastos ordinarios se tendrá en cuenta la capacidad económica de los cónyuges, las necesidades de los menores, la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda familiar y el tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres. Los gastos voluntarios y extraordinarios dependerán de la capacidad económica de los cónyuges. Asimismo, de manera temporal se limita la obligación que tiene el progenitor de abonar la pensión alimenticia hasta que los hijos sean económicamente independientes, o cuando estando en disposición de obtenerla, no la tengan por causa que les sea imputable.

En lo que concierne a la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96 CC) se procurará que prevalezca el interés superior de los hijos, por encima de cualquier otra

---

<sup>52</sup> Vid. nota al pie 51.

consideración, y se atienden los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda, sólo siempre que dichos intereses sean compatibles con el de sus hijos. Sobre la base de ese criterio general, se tiene en cuenta "*si se está en un supuesto de régimen de guarda y custodia compartida o individual, así como la titularidad de la vivienda familiar*". En todo caso, la asignación del uso de la vivienda familiar "tendrá carácter temporal", bien "hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se hubiera otorgado en consideración a su guarda y custodia, bien por dos años prorrogables durante otro, si lo hubiera sido por necesidad del cónyuge.

Desde mi punto de vista, considero acertado los dos temas principales sobre los que se centra el Anteproyecto de Ley. De un lado, la voluntad de incitar un pacto entre los progenitores, facilitándoles de esta manera la posibilidad de organizar su vida tras la ruptura matrimonial. Y de otro lado, la separación de la custodia y el uso de la vivienda, atendiendo a los criterios que necesitan protección y acordando medidas económicas proclives a equilibrar la situación patrimonial entre ambos cónyuges.

## VII. LA CUSTODIA COMPARTIDA CONTENCIOSA

### - El carácter excepcional del artículo 92.8 del Código Civil.

Si no es fácil otorgar la custodia compartida en el caso de que ésta haya sido solicitada de mutuo acuerdo, el problema es aún mayor<sup>53</sup> cuando la solicitud se realiza por uno solo de los progenitores sin el acuerdo del otro.

---

<sup>53</sup> SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007. Fundamento de derecho tercero. (JUR 2007/273649). "Es de ver que el art. 92.8 CC contempla el supuesto excepcional y polémico del ejercicio compartido de la guarda y custodia acordado por el Juez cuando no existe acuerdo entre los progenitores, como excepcional, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Se percibe una específica desconfianza en la guarda conjunta en los supuestos en que no hay acuerdo de las partes (...) Las cautelas se intensifican. Se arbitra tal solución bajo una concepción residual de la institución, subsidiaria de las demás medidas de guarda y custodia y reveladora de la cautela con la que se contempla.

Atendiendo al tenor literal del artículo 92.8 del Código Civil<sup>54</sup>, para que el juez acuerde la custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores, el legislador exigía tres premisas: en primer lugar, la petición ha de proceder de una de las partes litigantes; en segundo lugar, el legislador exigía para conceder esta custodia compartida el informe favorable del Ministerio Fiscal. Cabe indicar que el inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012<sup>55</sup>, que analizaremos más tarde. Y por último, el juez tiene que estar convencido de que adoptando la medida de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Resulta necesario precisar, que en relación a la excepcionalidad, el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de Julio de 2011 ha interpretado el término en el siguiente sentido: *“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 Código Civil en su artículo 92.8 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 ahí que no resulte necesario concretar el significado de la “excepcionalidad” a que se refiere el art. 92.8, ya que la redacción del artículo aparece claramente que viene referida la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”*<sup>56</sup>. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 señala que: *“La redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería*

---

<sup>54</sup> *“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”.*

<sup>55</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/cc.11t4.html#a92](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.11t4.html#a92).

<sup>56</sup> STS de 22 de Julio de 2011. Fundamento de derecho tercero.

*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".* En consecuencia, el juez podrá decidir si adoptar la custodia compartida, aún en desacuerdo de los cónyuges, si así protege adecuadamente el interés superior del menor. Esta excepcionalidad a lo que se refiere es a la falta de acuerdo.

- El informe favorable del Ministerio Fiscal. Especial referencia a la STC 185/2012, de 17 de octubre.

Una de las medidas más controvertidas de la redacción del artículo 92.8 del Código Civil se basó en la necesidad de que el Ministerio Fiscal emitiera un informe favorable para conceder la custodia compartida cuando ésta fuera solicitada por uno solo de los progenitores.

En opinión de CRUZ GALLARDO, la doctrina de autores hallada en torno a esta materia se muestra contraria a la exigencia legal expresada en el núm. 8 del art. 92 del Código Civil, del informe favorable emitido por el Ministerio Fiscal, cuando la custodia compartida haya sido solicitada por uno de los progenitores<sup>57</sup>. Así, han sido mayoritarias las voces críticas con la exigencia de que el informe del Ministerio Fiscal fuese necesariamente favorable para poder conceder la custodia compartida.

Las conclusiones emitidas en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la administración de justicia), con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 23,24 y 25 de noviembre de 2005, acordaron que no puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, estimando oportuno suprimir el requisito de informe favorable del Ministerio Fiscal, dándole una nueva redacción

---

<sup>57</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág.442.

similar a los casos de custodia compartida consensuada, en los que se precisa informe del mismo, con independencia de su sentido.<sup>58</sup>

Esta pluralidad de críticas desembocó en la declaración de inconstitucionalidad que vamos a exponer a continuación.

Cuando se aprueba el texto del artículo 92.8 del Código Civil se condiciona la posibilidad de establecer una guarda y custodia en un procedimiento contencioso a instancia de una sola de las partes, cuando hay informe favorable del Ministerio Fiscal, bajo el fundamento que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. La Sección quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, por auto de 13 de septiembre de 2006, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8 CC por vulnerar los arts. 14, 24, 39 y 117 de la Constitución Española.

Efectivamente, se consideró que la fuerza vinculante que el juez ha otorgado al Ministerio Fiscal vulnera el principio de igualdad, especialmente el de igualdad de los hijos ante la ley. También lesiona la exclusividad de la potestad jurisdiccional afectando al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sustrayendo de la protección jurisdiccional las solicitudes de guarda y custodia compartida si el Ministerio Público opone su veto, o simplemente, si no comparece. Y por otro lado, se impide la posibilidad de recurrir la decisión del Ministerio Fiscal, y además se priva al órgano jurisdiccional de su deber de motivar su resolución judicial, sin que la norma imponga el deber de motivar en el informe del Ministerio Fiscal.<sup>59</sup>

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012 declaró inconstitucional y nulo el inciso “*favorable*” del art. 92.8 CC. El TC consideraba que la exigencia del informe favorable debía ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.2 CE, ya que corresponde exclusivamente al Juez verificar

---

<sup>58</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 443.

<sup>59</sup> LA LEY *Derecho de familia* nº 3, julio-septiembre 2014, *Guarda y custodia de menores*, Nº 3, 1 de jul. de 2014.

si concurren los requisitos legales para poder adoptar el régimen de custodia compartida, y en caso de que así sea, valorar si es la medida más adecuada debido a la controversia que puede existir entre los progenitores. Para el Tribunal, que no se conceda la custodia compartida debido a la vinculación del Juez al dictamen del fiscal, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos, el juez no puede depender de tal dictamen, ya que *“menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo”*. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha de relacionarse adecuadamente con el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5) conlleva una sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio Público, y como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio Público (art. 117.2 CE).

El Tribunal entiende *“que no es lo mismo que sea Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a la que tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos, y sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible.”*. Esto no solo provoca que de nuevo su función jurisdiccional quede impedida por lo que decida previamente el Ministerio Fiscal, sino que también el derecho a la tutela judicial efectiva se vea gravemente comprometido.

A juicio del Tribunal Constitucional, el régimen de custodia sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, en beneficio del interés del menor, confiriéndose a los progenitores la facultad de autorregular tal medida, teniendo el Ministerio Fiscal el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de

procesos, correspondiéndole sólo al órgano judicial la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues, exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

El Tribunal considera que no procede examinar si la disposición cuestionada vulnera o no el derecho de los niños a la igualdad ante la ley (art. 14 y 39.2 CE), ya que en el artículo 92.8 del Código Civil se encuentra el distinto tratamiento en lo que a su guarda se refiere en la existencia o no de acuerdo entre los progenitores respecto de la adopción de esta medida de la custodia compartida (art. 39.2 y 4 CE) y la existencia o no de un informe favorable del Ministerio Fiscal<sup>60</sup>. Recuperando así los jueces la potestad jurisdiccional que habían perdido.

No obstante, cabe destacar lo que se expresa en los votos particulares a esta STC 185/2012, de 17 de octubre, en los que no se considera inconstitucional la exigencia de un informe favorable para la aplicación del régimen de custodia compartida ni tampoco se considera que se limite injustificadamente la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE otorgada exclusivamente a Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, ya que la imposición de la custodia compartida a instancia de una sola de las partes configurada como una medida excepcional, justifica plenamente la determinación del legislador de someter a esa decisión a la garantía adicional que le confiere al Ministerio Fiscal, al que el ordenamiento jurídico le encarga la misión de velar por los derechos de los menores en este tipo de procesos, así como apoyar la adopción de esta medida de custodia compartida, atendiendo así a la mejor protección del interés superior del menor.

---

<sup>60</sup> LA LEY Derecho de familia nº 3, julio-septiembre 2014, *Guarda y custodia de menores*, Nº 3, 1 de jul. de 2014, Pág.8. Y Pleno. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-200.

## VIII. LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR.

- Introducción a la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha provocado un cambio trascendental en la comprensión de la violencia de género en las relaciones de pareja. Con anterioridad a esta ley, en la legislación española, el problema de la violencia hacia las mujeres en las relaciones de pareja se reducía al problema de la violencia familiar, homologado a otras violencias que tienen lugar en las relaciones familiares, opina PICONTO NOVALES<sup>61</sup>. Esto no solo suponía negar la especificidad de tal cuestión, sino que además provocaba que no se pudieran considerar desde un ámbito de relaciones de género dichas expresiones de la desigualdad entre mujeres y hombres.

- Normativa estatal y normativa autonómica en con respecto a la custodia compartida.

Inicialmente, creemos necesario citar textualmente el contenido del apartado 7 del artículo 92 del Código Civil “*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*

---

<sup>61</sup> PICONTO NOVALES, TERESA. *Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”. La custodia compartida a debate*. Edit. Dykinson. Madrid, 2012. Pág.133.

*Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.*

De esta manera, podemos resaltar que tanto el Código Civil como la normativa autonómica<sup>62</sup>, con diferentes formulaciones prohíben la atribución de la custodia compartida en los casos que especifica el artículo.

La ley catalana en esta materia establece, en su artículo 233.11 que *“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”*. En cuando a la ley foral de Navarra su art. 3.8 establece *“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...”*. Y para concluir con la normativa autonómica, la ley valenciana en su artículo 5.6 establece que *“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*

---

<sup>62</sup> En Aragón, Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Aprobada por las Cortes de Aragón en sesión plenaria celebrada los días 20 y 21 de mayo de 2010) , Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el art. 233-11 apartado 3; Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres establece en el artículo 3.8; Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, art. 5-6).

*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”.*

Teniendo en cuenta la definición de estos preceptos, resulta adecuado destacar que la normativa autonómica es más precisa a la hora de llevar a cabo una regulación de la atribución de la guarda y custodia compartida en aquellos casos en los que se presente indicios de violencia o cuando el progenitor se halle incurso en un proceso penal, ya que, el artículo 92.7 del Código Civil, aunque podemos entender que tampoco se concede la guarda y custodia individual, deja abierta distintas interpretaciones ya que el mismo establece que “no procederá la guarda conjunta..”.

Asimismo, de la definición del artículo 92.7 del Código Civil, se puede interpretar que el legislador se refiere de manera genérica al maltrato infantil y a la violencia doméstica y/o de género, que estudiaremos a continuación.

- Violencia intrafamiliar, de género y maltrato infantil en relación con la custodia compartida

Debemos señalar que la violencia que opera entre cónyuges, en gran medida tiene repercusión en la vida del menor, quien generalmente sufre consecuencias de tipo psicológico.

Estoy de acuerdo con CLAVIJO SUNTURA quien manifiesta que en la actualidad existe la tendencia a incluir entre las formas del maltrato infantil el hecho de que los menores presencien en su hogar situaciones de violencia entre los progenitores,

toda vez que estos actos generan un trauma en los menores que observan dichos episodios.<sup>63</sup>

En mi opinión, si los menores están presentes o sin estarlo, cuando tienen lugar estos contextos de violencia entre los progenitores, además de considerarse un tipo de maltrato infantil, se tiene que restringir la aplicación de la custodia compartida. En este mismo sentido, se puede considerar que los menores también son víctimas de violencia de género, de manera indirecta.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 establece que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”*. También indica que *“el art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. Por tanto, hay que partir de la premisa que lo que debe de prevalecer en todo momento para acordar la custodia compartida es el interés del menor, que se estaría vulnerando, a mi juicio, si se concede la misma al progenitor que haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre el otro, ya sea en presencia del hijo o no.

En este aspecto, podríamos debatir si sería justo que no se acordara la custodia compartida en aquellos casos en que el hijo no presenciara ningún tipo de violencia, ya que se estaría privando al hijo el derecho que éste tiene a estar con su padre, sin tener en cuenta el régimen de visitas que en su caso tuviera. A la vista de la relevancia que ha tenido este tema en los medios de comunicación, se ha puesto de manifiesto que,

---

<sup>63</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. Op. Cit. Pág.103.

generalmente son muchos los padres que una vez acaba la posibilidad de maltrato con sus mujeres, por ejemplo por una condena penal que impone una orden de alejamiento, empiezan el maltrato psicológico a través de los hijos. Por tanto, soy partidaria de que a estos progenitores que ejercen violencia, ya sea contra sus hijos o sus mujeres, no se les conceda la custodia compartida. No obstante, si bien he generalizado en que la figura perjudicada a la hora de no concederle la custodia compartida es el padre, hay que destacar que también puede suceder a la inversa, aunque sea menos común, siendo la madre la que ejerce la violencia.

## IX. ALIMENTOS

### 1. Concepto jurídico.

La pensión alimenticia se encuentra regulada en el artículo 93 del Código Civil, el cual establece que *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.*

*Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.*

En la actualidad, la prestación de alimentos, descansa en el interés del menor, cuya protección se alza frente a cualquier otro interés legítimo<sup>64</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2000<sup>65</sup> nos ayuda a entender el concepto de la prestación de alimentos, y lo define como *“el deber impuesto jurídicamente a una o a varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras”*

---

<sup>64</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Página 330.

<sup>65</sup> SSTS, de 23 de febrero de 2000. Roj: 1394/2000. Fundamento de derecho primero.

Con mayor profundidad este Tribunal la define como *“la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual”*. También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001<sup>66</sup> expuso que *“la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*Ahora bien la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda”*.

## **2. Derecho de alimentos en relación con la custodia compartida de los hijos.**

La prestación de alimentos a favor de los hijos regulada en el Código Civil, en materia de separación, nulidad y divorcio responde a un régimen de custodia exclusiva o unilateral, que ha sido superada tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Entiende CRUZ GALLARDO<sup>67</sup> que la prestación de alimentos, *grosso modo*, será satisfecha por el progenitor que en cada momento conviva con los hijos. De este modo, tenemos que distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios, a los que haremos referencia en el siguiente apartado.

Por un lado, comparto lo que dice CRUZ GALLARDO cuando expone que el deber de los progenitores de atender a las necesidades de los hijos continúa tras la

<sup>66</sup> SSTS, de 1 de marzo de 2001. Roj: 1584/2001. Fundamento de derecho primero.

<sup>67</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág.354.

ruptura matrimonial, por lo que sería necesario arbitrar un mecanismo eficaz para contribuir a las obligaciones pecuniarias frente al hijo menor de edad, con el objeto de evitar posibles incumplimientos de los progenitores en la prestación de alimentos. Y una buena razón para ello es que los hijos tienen derecho a compartir con sus progenitores el nivel y la calidad de vida que venían disfrutando al tiempo de la separación, en función de los ingresos y del patrimonio de que dispongan los progenitores.

De otro lado, y en cuanto a la proporcionalidad de la cuantía de alimentos del art.146 del Código Civil, se ha de tener en cuenta la capacidad económica de ambos progenitores, por lo que para ello resulta necesario concretar el modo en que cada uno de ellos ha de contribuir a las necesidades económicas del hijo menor de edad.

### **3. Gastos extraordinarios y ordinarios.**

Los gastos que constituyen la prestación de alimento en el régimen de guarda y custodia compartida, se dividen en gastos ordinarios y extraordinarios.<sup>68</sup>

Podemos considerar gasto ordinario los integrados en el artículo 142 del Código Civil<sup>69</sup>, y una parte de ellos debe ser satisfechos por el progenitor que en ese período tenga en su compañía a los menores de edad. En cuanto a los gastos se estiman que son de escasa cuantía, para evitar conflictos entre los progenitores, deberán ser satisfechos también por el progenitor que tenga al menor en su compañía, y ya en el caso de que la cuantía sea elevada, se sufragarán por ambos en la proporción que se establezca, adecuándola a la capacidad económica de cada uno de ellos.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 527.

<sup>69</sup> “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

<sup>70</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 528.

Por tanto, podemos afirmar que los gastos ordinarios son aquellos indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo igualmente la educación e instrucción de los hijos o alimentistas, tal y como establece el artículo 140 del Código Civil anteriormente citado.

Con respecto a los gastos extraordinarios, CRUZ GALLARDO los define como aquellos que se salen de lo habitual y de lo común, no siendo previsibles ni produciéndose con cierta periodicidad. También opina que el modo de llevar a cabo la contribución al gasto extraordinario, requiere recabar del otro progenitor el consentimiento para poder realizar actos que impliquen cambios sustanciales en el modo de vida del menor, lo que presupone actuar de común acuerdo, solicitando en su defecto la autorización judicial<sup>71</sup>.

#### **4. La temporalidad del derecho de alimentos.**

Recientemente la Sala Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia a fecha 11 de febrero de 2016<sup>72</sup>, por la que establece que el sistema de guarda y custodia compartida de los hijos, no exime del pago del pago de una pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges.

También rechaza que esa pensión pueda limitarse temporalmente ya que *“los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo”*, más allá de que posteriormente pueda haber modificaciones si existe variación sustancial de las circunstancias, tal y como establece el artículo 91 del Código Civil.

---

<sup>71</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 529.

<sup>72</sup> SSTS, de 16 de febrero de 2016. Roj: 359/2016. Fundamento de derecho sexto.

En este caso, el Supremo otorga la custodia compartida, porque así fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando el sentimiento de pérdida, no cuestiona la idoneidad de los progenitores y su vez, estimula cooperación de los padres en beneficio de los menores. Sin embargo, la sentencia no acepta la petición de que el padre, al adoptarse este régimen de custodia compartida, no vea necesario el pago de alimentos, considerando que cada progenitor deberá hacerse cargo durante el período en que tenga la custodia.

## **X. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA.**

### **1. Concepto.**

La vivienda constituye la sede donde se desarrolla la vida familiar; y en caso de ruptura matrimonial es el lugar elegido por los progenitores para desempeñar buena parte de las tareas de atención y cuidado a los hijos. Necesariamente ha de reunir las características de habitabilidad, higiene y conservación, indispensables para una adecuada protección del interés del menor, con el fin de alcanzar el bienestar del hijo menor de edad, y permita obtener el adecuado desarrollo de su personalidad.<sup>73</sup>

### **2. Derecho de uso de la vivienda familiar en guarda y custodia compartida.**

La regulación española sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra contenida en una pluralidad de normas, tanto de carácter estatal como autonómico. La norma estatal española de referencia es el artículo 96 del Código Civil<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 534.

<sup>74</sup> “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que

En cuanto al régimen de convivencia de la custodia compartida, éste ha dado una nueva dimensión al derecho de uso de la vivienda familiar, y ello debe tener fiel reflejo en el Derecho positivo. Por varias razones explica CRUZ GALLARDO, que no cabe en este régimen de convivencia el automatismo expresado en el artículo 96 del Código Civil para atribuir el uso de la vivienda familiar:

- En primer lugar, resulta evidente que la actual redacción del artículo 96 del Código Civil, no admite un claro acomodo a la custodia compartida. La ley 15/2005, de 8 de julio, no ha establecido criterios de aplicación del derecho de uso de la vivienda familiar en ese régimen de convivencia.
- En segundo lugar, la elevada capacidad económica requerida para mantener los gastos de la vivienda familiar, y a la vez los de su propio domicilio, hacen inviable la rigidez del espíritu marcado por el actual artículo 96 del Código Civil.
- En tercer lugar su actual regulación muestra en la práctica el constante conflicto que genera entre los cónyuges dicha distribución.<sup>75</sup>

Resulta evidente destacar que en el Derecho español, el artículo 96.1 del Código Civil parte de la tesis de que, en los casos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual, y por consiguiente, el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a quien se atribuya la custodia de los mismos y en tanto persista la misma, procurando así no separar a los hermanos.

---

*prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.*

<sup>75</sup> CRUZ GALLARDO, BERNARDO. Op. Cit. Pág. 536.

En relación con esta figura, el Código Civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida, por lo que las posibilidades son:

a) Que permanezcan los hijos en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos (conocido como vivienda-nido). En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia.

b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 del Código Civil)

c) Que no se realice atribución a ninguno de los progenitores ni a los hijos. En caso de ser vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, la solución para la doctrina descansaría en la aplicación analógica del art. 96.2 del Código Civil, que establece que será el juez el que resolverá lo procedente para el supuesto de que unos hijos queden en compañía de uno de los progenitores y los otros en la del otro.<sup>76</sup>

Sin embargo, lo cierto es que este presupuesto ha ido quebrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español, motivo por el cual han de buscarse otros criterios de atribución de la vivienda distintos al del artículo 96.1 del Código Civil. Sobre esta materia, la solución es diferente en las distintas legislaciones autonómicas que vamos a señalar:

---

<sup>76</sup> LA LEY *Derecho de familia* nº 3, julio-septiembre 2014, *Guarda y custodia de menores*. Op. Cit. Pág. 16.

Así, en el Código Civil catalán, el apartado 2 del artículo 233.20 indica que *“en los casos en los que no haya acuerdo, la atribución será preferente al progenitor que ostente la guarda mientras dure ésta”*; y, asimismo, en su apartado 3 letra a) establece que *“puede atribuirse la vivienda al cónyuge más necesitado de protección en caso de guarda y custodia compartida o distribuida”*. Por su parte, en el Código Civil de Aragón, el artículo 81.1 establece que *“en caso de custodia compartida se atribuye el uso al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultades 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”*. Y finalmente, en la Ley Valenciana 5/2011, el artículo 6.1 establece que *“tanto para el supuesto de régimen de convivencia compartida, como régimen de convivencia individual, a falta de pacto, la atribución del uso de la vivienda se harán: 1. En función de lo que sea más conveniente para los hijos; y 2. Siempre que sea compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a la vivienda”*.

Estas regulaciones recogidas en Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana se realizan sin descuidar que el interés prevalente ha de ser el del menor. Sin embargo, se recogen una serie de criterios que permiten objetivar la concesión del derecho de uso atendiendo al interés del cónyuge más necesitado de protección.

## XI. CONCLUSIONES

**Primera.** La custodia compartida es una figura jurídica que se aplica en situaciones de crisis familiares, y se caracteriza porque los progenitores se alternan en el cuidado y la convivencia de sus hijos en igualdad de derechos y deberes, con el fin de satisfacer tanto sus necesidades materiales como personales. La aplicación de este régimen me parece el más adecuado, siempre que se acuerde en beneficio del menor, concurriendo siempre los requisitos legales oportunos.

**Segunda.** A la vista de la jurisprudencia existente con anterioridad a la Ley 15/2005, de 8 de julio, se aprecia como mostraban una postura más contradictoria en cuanto a la adopción de la custodia compartida, basándose en diferentes motivos, como lo fueron la falta de proximidad entre los progenitores, por poner un ejemplo. Sin embargo, hemos avanzado con la incorporación de esta figura en el derecho positivo en la que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia en la adopción de este régimen, considerándose más beneficioso para el menor, por norma general.

**Tercera.** Considerando por regla general, la custodia compartida la mejor medida, podríamos basarnos en que el hijo no puede ser la víctima del divorcio de sus padres, pues éste tiene el mismo derecho a relacionarse plenamente con uno y otro progenitor tanto antes como después de ruptura entre sus progenitores. Adoptando esta régimen, y manteniendo a su vez, unas relaciones estrechas y viables con ambos progenitores, se favorece la adaptación psicológica de los niños, minimizando así la sensación de pérdida o ausencia de uno de ellos, teniendo acceso a los dos hogares y a los recursos que ambos progenitores puedan ofrecerles.

**Cuarta.** Atendiendo a la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2015, de 17 de octubre con respecto a la necesidad del informe favorable para adoptar el régimen de custodia compartida, uno de los varios motivos de esa inconstitucionalidad es la lesión al derecho fundamental recogido en el art. 117.3 CE, pues se consideró que la función de los jueces se veía vinculada a ese dictamen emitido por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, se ha de tener en cuenta los votos particulares emitidos en esa Sentencia, en la que se discrepa de esa inconstitucionalidad y en la que en parte no les quito razón. También la potestad del juez se ve vinculada el acuerdo de las partes para acordar la custodia compartida (art.92.5 CC). Por otro lado, no es cierto que ese límite a la función jurisdiccional no tenga un motivo de peso, ya que esto se encuentra fundamentado en la protección del menor. No obstante, y aunque en parte me parezca acertada lo expuesto en los votos particulares, sí que considero que aunque sea necesario un informe del Ministerio Fiscal, ya sea favorable o desfavorable, si el informe favorable no vincula al Juez para que este acuerde la custodia compartida el informe desfavorable tampoco debería hacerlo, pues en ambos casos se protege al interés del menor, pudiendo entender que para el caso de que el informe sea favorable y el Juez o Tribunal no adopte la custodia compartida, no se estaría protegiendo el interés superior del menor.

**Quinta.** En muchas ocasiones se pone de manifiesto como uno de los progenitores, tras la ruptura patrimonial, no atiende las necesidades de sus hijos. Esto no debería de ocurrir, ya que es un deber de los progenitores que debe continuar aunque ya no exista vínculo matrimonial, pues se estaría convirtiendo en víctima al menor, el cual tiene derecho a compartir con sus progenitores el nivel y la calidad de vida que venían disfrutando al tiempo de la separación, en función de los ingresos y patrimonio que dispongan los progenitores. No sería justo por tanto, que en virtud a la separación de los progenitores, los derechos que ostentan los hijos se vean perjudicados.

**Sexta.** Aunque la atribución de la vivienda familiar se le asigna al progenitor custodio que conviva con el hijo, de acuerdo con el art. 96.1 del Código Civil, me parece más acertada la normativa que recogen otras comunidades autónomas, como lo son la de Aragón, Cataluña y la Comunidad Valenciana, que no descuidando el interés del menor también se fundamentan en otros criterios, atendiendo al interés del cónyuge más necesitado de protección.

## XII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

### - Tribunal Constitucional.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre.

### - Tribunal Supremo.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), Sentencia 151/2000, de 23 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), Sentencia 184/2001, de 1 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), Sentencia 579/2011, de 22 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), Sentencia 55/2016, 11 de febrero.

### - Audiencias Provinciales.

- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª), Sentencia 327/2004, de 15 de abril.
- SAP de Castellón, (Sección 2ª), Sentencia 279/2003, de 14 de octubre.
- SAP de Girona, (Sección 2ª), Sentencia 65/2000, de 9 de febrero.
- SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 29 de junio de 1998. Nº de recurso: 691/1997.
- SAP de Valencia (Sección 10ª), Sentencia 177/2003, de 2 de abril de 2003.
- SAP de Madrid (Sección 22ª), de 16 de abril de 2002, Nº de recurso: 582/2001.
- SAP de Córdoba (Sección 2ª), Sentencia 177/2003, de 14 de julio de 2003.
- SAP de Albacete (Sección 1ª) Sentencia 199/2002, de 17 de octubre de 2002.
- SAP de Granada (Sección 3ª), Sentencia 33/2003, de 20 de enero de 2003.
- SAP de Valencia (Sección 10ª), Sentencia 202/2004, de 31 de marzo de 2004.
- SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 16 de septiembre de 1998, Nº de recurso: 9/1998.



- SAP de Valencia (Sección 6ª), Sentencia 238/2000, de 9 de marzo.
- SAP de Castellón (Sección 2), de 7 de marzo de 2007, N° de recurso: 100/2006

### XIII. BIBLIOGRAFÍA.

- BANDERA MAGDA. *Custodia compartida. Cómo evitar que tus hijos se conviertan en arma arrojadiza*, 2005, Editorial Arcopress.
- CLAVIJO SUNTURA, J.H. *Tesis doctoral. El interés del menor en la custodia compartida*. Salamanca 2008.
- CRUZ GALLARDO, BERNARDO. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid 2012. Editorial La ley.
- DE PEREA TORRES, J.M. *La custodia compartida: una nueva alternativa exigida por la nueva realidad social. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2011.
- *Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio.*
- *Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.*
- IVARS RUÍZ, J, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del código civil, aspectos procesales y sustantivos, doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2007. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*. Valencia, 2001. Editorial Tirant lo Blanch.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Navarra.
- PICONTO NOVALES, TERESA. *Cuadernos "Bartolomé de Las Casas". La custodia compartida a debate*. Madrid, 2012. Editorial Dykinson.
- Revista jurídica LA LEY. Derecho de familia nº3, julio-septiembre 2014. *Guarda y custodia de menores*, nº3, 1 de julio de 2014.