

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE
ÁREA DE DERECHO CIVIL



GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

***LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA
COMPARTIDA***

REALIZADO POR: DESIRÉE RUBIRA RUIZ

DIRIGIDO POR: MARÍA ENCARNACIÓN AGANZO RAMÓN

CONVOCATORIA JUNIO 2026

RESUMEN

El presente trabajo analiza la guarda y custodia compartida como una medida jurídica aplicable en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores, constituyendo una de las instituciones de mayor relevancia en el ámbito del Derecho de familia.

Dicha modalidad se configura como una alternativa especialmente adecuada para la protección del interés superior del menor, en la medida en que favorece una participación activa, equilibrada y corresponsable de ambos progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales.

Asimismo, se abordará el estudio del principio del interés del menor tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, que incorpora la custodia compartida como un nuevo modelo de guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, se pone de relieve la importancia de atender a las circunstancias concretas de cada caso, garantizando en todo momento la primacía del interés y bienestar de los hijos menores.

ABSTRACT

This paper analyzes shared custody as a legal measure applicable in cases of separation or divorce of parents, constituting one of the most relevant institutions in the field of Family Law.

This modality is configured as a particularly suitable alternative for the protection of the best interests of the child, insofar as it favors an active, balanced and co-responsible participation of both parents in the exercise of their parental functions.

Furthermore, the study will address the principle of the best interests of the child following the reform introduced by Law 15/2005, which incorporates joint custody as a new model of guardianship in the Spanish legal system. In this regard, the importance of considering the specific circumstances of each case is emphasized, guaranteeing at all times the primacy of the best interests and well-being of minor children.

PALABRAS CLAVE

- Custodia Compartida
- Interés del menor
- Patria Potestad
- Divorcio
- Hijos
- Menores
- Matrimonio
- Separación
- Pensión de alimentos
- Domicilio familiar

KEY WORDS

- Shared quarter
- Interest of the minor
- Parental authority
- Divorce
- Children
- Minors
- Marriage
- Separation
- Alimony
- Family home



INDICE:

I. INTRODUCCIÓN	4
II. Medidas a adoptar en relación con los menores ante una ruptura familiar.....	5
II.1 Atribución, uso y privación de la patria potestad	7
II.2 Atribución de régimen de guarda y custodia	13
II.3 Fijación de régimen de visitas a favor del progenitor no custodio:	13
II.4 Régimen de atribución del domicilio familiar	14
II.5 Otras cuestiones de carácter personal	17
II.6 Establecimiento de una pensión alimenticia	17
II.7 Contribución al pago de los gastos ordinarios y extraordinarios	20
III. La guardia y custodia de menores. Concepto, modalidades, pruebas necesarias y criterios para su adopción.	22
III.1 Concepto de guardia y custodia	22
III.2 Modalidades de atribución de la guarda y custodia	24
III.3 Elementos probatorios a tener en cuenta para seleccionar el modelo de guarda y custodia.....	28
III.4 Criterios a tomar en cuenta para decidir entre los modelos de guarda y custodia ..	30
IV. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CONCEPTO Y ANTECEDENTES	34
IV.1 Concepto	34
IV.2 -Antecedentes. La reforma introducida por la Ley 15/05	35
IV.3 Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo	37
V.REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS DERECHOS FORALES.....	40
VI. CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	47
VII. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS EN LOS QUE SE ESTABLECE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	57
VIII. PRESTACIONES ECONÓMICAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS EN CASO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	63
IX. RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES EN CASO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	64
X. CONCLUSIONES.....	65
XI. BIBLIOGRAFÍA Y RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA	68
JURISPRUDENCIA.....	69
LEGISLACIÓN	71
CÓDIGO CIVIL.....	71

I. INTRODUCCIÓN

En caso de divorcio o separación de una pareja con hijos menores, una decisión fundamental que debe adoptarse es la relativa a su guarda y custodia de esos menores. De forma tradicional esta cuestión se resolvía mediante la atribución de la guarda y custodia en régimen exclusivo a uno de los progenitores, por lo común a la madre, lo que implicaba una participación limitada del otro progenitor en la crianza y asistencia de los menores.

En los últimos años, la consolidación del principio de igualdad en el ámbito familiar y la introducción de la guarda compartida en nuestro Código Civil ha provocado una auténtica reconfiguración del sistema tradicional de atribución de la custodia.

La figura de la custodia compartida, incorporada con la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio no se podía establecer de manera oficial el régimen de guarda y custodia compartida sin acuerdo entre los progenitores. No obstante, la práctica judicial, de manera restrictiva, la acordó en ciertos casos, como el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 720/1997, de 1 de septiembre de 1997, que acordó una custodia compartida por meses alternos en atención al interés del menor, al calificarla la mejor manera de satisfacer sus necesidades primordiales y de permitirle un correcto crecimiento personal y social.¹

A partir de su entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, el Juez tiene la posibilidad de fijar este régimen de guarda y custodia que, cuando se dan las circunstancias requeridas para su fijación, evita desequilibrios en los tiempos de presencia, el sentimiento de pérdida, que se cuestione la idoneidad de los progenitores y que estimula la cooperación de los padres, cuando esta se ha venido desarrollando con eficiencia, tal y como describe la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de Madrid núm. 1287/2016², de 17 de marzo de 2016, entre otras. Todas las circunstancias previstas deben ser acordes con el principio del interés superior del menor³.

A través de este trabajo se aborda de forma completa y actualizada una materia caracterizada por su particular importancia en el ámbito jurídico y de creciente impacto en la realidad social.

1 VALVUENA GARCIA, Esther . "Sobre la inconstitucionalidad del informe favorable del fiscal en la guarda y custodia compartida contenciosa "

2 ESPIN ALBA, Isabel "Custodia compartida y mejor interés del menor, Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia, 2019.

3 El principio del interés del menor se encuentra consagrado en los artículos 2,3 y 9 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, artículos 39.4CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, así como los artículos 92, 154 y 159 CC.

II. Medidas a adoptar en relación con los menores ante una ruptura familiar.

Dentro de los hechos que pueden presentarse en el desarrollo de la vida familiar, la ruptura de pareja de los progenitores es uno de los más importantes, incidiendo de manera directa en la estructura familiar y en las relaciones entre sus miembros, e impactando a nivel individual en cada uno de ellos. Es evidente que la ruptura de pareja produce dolor en todos los miembros de la familia, pudiendo conllevar importante afectación en diferentes áreas de sus vidas, y especialmente a los hijos/as. En muchas ocasiones los progenitores no pueden llevar este proceso de manera sana y constructiva, debido a que la situación excede sus propias capacidades y recursos cognitivos-emocionales, lo que impide, a su vez, que sus hijos también lo hagan. Esto da lugar a que estas familias instauren el conflicto negativo y el enfrentamiento interpersonal y parental, así delegan en la instancia judicial la nueva reorganización familiar.

Las situaciones de crisis matrimonial pueden derivar a la suspensión o en la disolución del vínculo conyugal, dando lugar a la nulidad, separación o el divorcio. Cada una de estas tiene sus características y efectos legales específicos y se regulan en los artículos 73 al 107 del Código Civil y en otras disposiciones complementarias como la reforma legal Ley 15 /2005 ⁴, que actualizó el régimen de separación y divorcio en España o la Ley 13/2005⁵, de 1 julio y la LOPIVI ⁶

La separación matrimonial implica la suspensión de la vida en común sin disolver el vínculo matrimonial. Es decir, los progenitores siguen estando legalmente casados, aunque algunos derechos y deberes relacionados a la convivencia hayan cesado.

En este caso, el matrimonio se celebra adecuadamente y produce sus efectos con normalidad. Regulan esta figura los artículos 81 a 84 del Código Civil y los que establecen los requisitos, formas y efectos de la separación. Dichos preceptos contemplan que los cónyuges puedan formalizar su separación de común acuerdo mediante un convenio regulador, ante notario (solo si no hay hijos menores) o por vía judicial, que determinen las medidas relativas a los hijos, la vivienda familiar y las obligaciones económicas.

La Ley 15/2005, de 8 de julio introdujo una perspectiva más flexible, donde se elimina la necesidad de justificar la ruptura pudiendo tramitar la separación sin necesidad de alegar una causa específica.

⁴ Ley 15/2005 ,de 8 de julio ,por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)

⁵ Ley 13/2005,de 1 de julio ,por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁶ Ley Órganica 1/1996,de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ,de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Como bien indica el artículo 103 CC, durante la separación, los tribunales pueden determinar ciertas medidas provisionales para garantizar la protección del interés superior del niño, entre las cuales cabe destacar las siguientes: primero, la guarda y custodia, donde se designará el progenitor que ejercerá la custodia de los menores. Es cada vez más frecuente la custodia compartida (STC 257/2013 donde se reiteró que la custodia compartida debe ser la modalidad preferente si esta favorece al menor ⁷), y, en segundo lugar, el régimen de visitas y comunicación, donde se regulará el derecho del progenitor que no ostenta la custodia a poder visitar y mantener contacto con sus hijos.

El divorcio es la figura jurídica que disuelve el matrimonio, extinguiendo el vínculo matrimonial y con él los derechos y deberes conyugales, y así permitiendo a los cónyuges contraer nuevo matrimonio. La regulación del divorcio comienza en el artículo 85 del Código Civil que establece que el *“matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*.

La Ley 5/2005 de 8 de julio introdujo el divorcio sin causa, pudiendo solicitar el divorcio de manera unilateral siempre y cuando haya transcurrido el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, a no ser que hay un peligro para la vida, integridad física o moral de los hijos o uno de los cónyuges (artículo 86 del Código Civil).

Y por último la nulidad matrimonial implica una anomalía en el negocio jurídico matrimonial que hace que carezca de validez jurídica desde su origen, y por tanto, no genera efectos legales entre los cónyuges. No obstante, sí que se reconocerán ciertos efectos legales en el matrimonio putativo, donde, para proteger los derechos y la seguridad jurídica de los cónyuges o terceros, si se reconocen ciertos efectos jurídicos pese haber sido declarado nulo⁸. El Código Civil regula la nulidad en sus artículos 73 a 80 del CC.

Todos estos procedimientos matrimoniales comparten un objetivo común y es proteger los intereses familiares y conyugales surgidos durante el matrimonio mediante la adopción de medidas definitivas relativas a determinados aspectos como la atribución de guarda y custodia de los hijos, y de la patria potestad.

En materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser

⁷ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec.2525/2011

⁸ Código Civil español, artículo 79 :” La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.”

necesariamente el interés prevalente del menor, ponderando con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello.

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente, Y de conformidad con este principio, el artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno filiales en situación de conflictividad matrimonial con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que se estime mejor para aquellos.

Por ello, en todos estos procedimientos la resolución judicial que se adopte tiene que recoger las medida que se adoptan en relación con los hijos: titularidad y ejercicio de la patria potestad, atribución de la guarda y custodia de los menores, adjudicación del uso de la vivienda familiar a uno o a ambos progenitores durante el tiempo en que convivan con sus hijos, atribución de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, establecimiento de una pensión alimenticia para atender a las necesidades materiales de los menores, régimen de contribución de los progenitores al pago de los gastos extraordinarios, y otras medidas que pueda convenir adoptar en relación con el régimen de comunicaciones, entrega y recogida de los menores, etc; o en relación con el cónyuge que pueda resultar más desfavorecido, como establecimiento de una pensión compensatoria de forma temporal o vitalicia. En procedimiento aparte, deberá resolverse sobre las consecuencias económicas que la ruptura tiene en los bienes de los cónyuges, ya sea en régimen de gananciales, en cuyo caso se llevará a cabo su liquidación, o en régimen de separación de bienes, en cuyo caso puede plantearse la procedencia de abonar a uno de los progenitores la indemnización prevista en el art. 1438 CC.

II.1 Atribución, uso y privación de la patria potestad

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los progenitores respecto de sus hijos.

Como se desprende de la sentencia de Audiencia Provincial de Toledo de 17 de septiembre de 2010, *“la patria potestad se configura como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no*

emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden (artículo 39.3 de la Constitución Española)”.

Siempre ha de ejercerse en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

La patria potestad la regula el Código Civil en su artículo 154. Se concreta en estos puntos esenciales:

- Se mantiene durante la minoría de edad de los hijo/as.
- Se debe ejercer en interés de los hijos/as.
- Comprende las concretas facultades previstas en el citado precepto.
- Impone la audiencia de los hijos/as maduros, cuando los progenitores van a adoptar decisiones que le afecten. Esta audiencia ha de ser realizada en condiciones idóneas, términos accesibles y adaptados a la edad de los menores, recabando el auxilio de especialidades si se considera preciso.
- Si así lo precisan, los progenitores pueden recabar el auxilio de la autoridad para ejercer su función.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1994 clasifica la patria potestad como el *“conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados constituyendo a la par un conjunto de deberes que como inherentes a dicha institución, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos “*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio del año 2002⁹, señala que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico *“como una función instituida en beneficio de los hijos ,que abarca un conjunto de derechos concebidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el sujeto pasivo”.*

La custodia sólo se otorga a quien ostenta el derecho a convivir con el menor pero no le concede ningún derecho más. El resto de los derechos y obligaciones deben quedar enmarcados en el concepto más amplio de patria potestad. Por ello la ruptura de la pareja no ha de suponer a priori un cambio relevante en el conjunto de deberes y derechos que enmarcan la institución de la Patria Potestad.

⁹ STC 9 julio de 2002 (CENDOJ,ROJ.720/2002)

Puede acordarse el ejercicio exclusivo para uno de los progenitores o puede establecerse así judicialmente, si en cada caso resulta lo más adecuado para la protección de los intereses de los menores implicados. Del contenido del artículo 90 del Código Civil también podemos entender la preferencia del ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de separación y divorcio.

Dispone el art. 156 del Código Civil que *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”*.

Es común que se solicite ante los tribunales, al amparo de dicho precepto, el ejercicio exclusivo de la patria potestad cuando existen desacuerdos en relación con el centro escolar o actividades a las que habrán de acudir los hijos comunes, con el empadronamiento en uno u otro domicilio, con la realización de tratamientos médicos, con la asistencia a eventos religiosos, celebración de sacramentos, etc. Al respecto del ejercicio exclusivo de la patria potestad, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, en Sentencia de fecha 26 de marzo de 2014 ha señalado que *“la patria potestad, en su actual configuración jurídico-positiva, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe en orden al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en sus diversas facetas, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme así lo establece el artículo 154 del Código Civil y lo declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de*

abril 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otros muchas. En tal concepción se insiste, de modo genérico, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir (artículo 2º), lo que se reitera en el artículo 11-2, en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos. Por ello, cuando se incumple dicha primordial finalidad, resulta legalmente viable la privación judicial de la analizada potestad, conforme así lo contempla el artículo 170 del Código Civil, habiendo de adoptarse dicha excepcional medida cuando la conducta, o condiciones, del progenitor perjudiquen gravemente, o puedan hacerlo, el desarrollo y formación integral del descendiente.

No exige la ley que dichos incumplimientos o, en general, imposibilidad de asumir de modo responsable la función analizada, sean deliberados o dolosos, ya que no se trata de sancionar al progenitor indigno, sino de amparar los derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono que, inclusive, puede derivar de causas no imputables al titular de la potestad que, sin embargo, no se encuentra en condiciones de poder afrontar, con las debidas garantías para el menor, las funciones protectoras integradas en aquélla, en cuanto contenido del que no puede prescindirse, salvo que se pierda de vista la verdadera finalidad de la institución examinada.

En cuanto a la privación de la patria potestad, dispone el art. 170 del Código Civil que *“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación”*.

El Tribunal Supremo, ya en sentencia de 25 de junio de 1994, vino a manifestar que la patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere e impone a los padres para con sus hijos no emancipados; su contenido es fundamentalmente tuitivo y debe armonizarse con el principio del artículo 154 del Código Civil según el cual la potestad atribuida a los padres se dirige al interés o beneficio de los hijos y exige el cumplimiento de los deberes que impone. Entre estas obligaciones el citado artículo enumera las de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarse una formación integral. Por su parte, el artículo 170 del mismo cuerpo legal prevé la posibilidad de privar de la patria potestad en razón al incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, sin perjuicio de que pueda acordarse su recuperación cuando hubiere cesado la causa que la motivó. De dicho precepto se deduce que la discusión en un proceso cuyo objeto sea la privación de la patria potestad se limita a una cuestión de hecho, cuál es la determinación de si ha habido o no el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de un hijo menor sometido en principio a la misma y si, caso de haberlo, tiene la entidad suficiente para motivar una medida tan grave como

es la referida privación, a salvo siempre la posible recuperación futura, siendo evidente que ello es consecuencia obligada del principio de protección y salvaguarda de los intereses del hijo menor que preside toda la regulación sobre la materia. Dicho principio no es sino aplicación de la declaración programática que se contiene en el artículo 39 de la Constitución Española, y por lo demás, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 y 20 de enero de 1993, el texto del artículo 170 del Código Civil no distingue entre si el incumplimiento de los deberes que encarna la patria potestad, y que puede motivar su privación total o parcial, es o no voluntario, bastando que se produzca el mismo con una extensión tal que conlleve objetivamente el abandono psíquico y material o de ayuda al menor, ya que en definitiva lo que importa es el bien de los hijos cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de dicho derecho deber o derecho función en que la Patria Potestad viene configurada.

En Sentencia de 6 de julio de 1996 el Tribunal Supremo recoge que *“el art. 170 C.C. en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma”*.

Y en Sentencia de fecha 18 de octubre de 1996 ha precisado que *“La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave v peligroso para el beneficiario v destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva”*.

En Sentencia de 31 de diciembre de 1996, nuestro más alto Tribunal afirma que *“aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no solo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el art. 170 C.C. que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil (31 de diciembre 1996).*

Concreta en Sentencia de 23 de febrero de 1999 que *“aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que la separación de los cónyuges “no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos (art. 92 C.C.) de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad y por ello se acoge el motivo, lo que exime del examen del segundo, por inútil.”* Y en Sentencia de 24 abril de 2000 dispone que *“La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función de servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE (Constitución Española); de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 Nov. 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente L. 1/1996, de 15 enero, sobre protección judicial del menor (art. 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación, añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño».)*

Finalmente, en Sentencia de 9 julio 2002 señala que *“La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor conforme declara el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 diciembre 1966) y que refiere el art. 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-deber llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad para evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el art. 170 C.C. establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma lo que ha de presentarse plenamente probado (S 6 Julio 1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración”.*

II.2 Atribución de régimen de guarda y custodia

La guarda y custodia de los menores es la institución que determina con cuál de los progenitores o con quién convivirá habitualmente el menor y quién se ocupará de su atención y cuidado diario, sin que ello afecte a la titularidad de la patria potestad, que con carácter general seguirá siendo conjunta.

Según la regulación española, contenida principalmente en el Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia, la atribución de la guarda y custodia debe resolverse siempre atendiendo al interés superior del menor, valorando, entre otros factores, su edad, sus necesidades, la relación afectiva con cada progenitor y la capacidad de estos para atenderlas.

La guarda y custodia puede adoptarse en distintas modalidades:

- Guarda y custodia exclusiva, atribuida a uno solo de los progenitores, estableciéndose a favor del otro un régimen de visitas, estancias y comunicación.

- Guarda y custodia compartida, en la que ambos progenitores asumen de forma efectiva y equitativa el cuidado del menor, con reparto de tiempos de convivencia.

- De manera excepcional, puede atribuirse la guarda y custodia a un tercero (normalmente un familiar), cuando así lo exijan las circunstancias y el interés del menor.

Dado que es la materia que constituye objeto propio de este juzgado, no procede mayor extensión en este momento. Baste señalar que la Sentencia del TS número 96/2015, de 16 de febrero, establece en su fundamento de derecho tercero que *“El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (sentencias del TS de 28 de septiembre de 2009 , 8 octubre de 2009, 7 julio de 2011, 21 de julio de 2011, 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013)”*.

II.3 Fijación de régimen de visitas a favor del progenitor no custodio:

En cuanto a la fijación de régimen de visitas, dispone el art. 94 del CC que “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez

determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”

Cualquier resolución en este punto viene regida por el principio básico y fundamental "del favor minoris" que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170). Por lo tanto, deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado, y así habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor etc.

En cualquiera de los supuestos de guarda y custodia habrá de determinarse si va a haber o no visitas intersemanales del progenitor que no los tiene esa semana, con quién van a pasar los menores las fechas señaladas, principalmente el día de la madre, del padre, los días de cumpleaños o santos, o cómo se van a distribuir los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa o Verano.

II.4 Régimen de atribución del domicilio familiar

En las situaciones de conflicto matrimonial, es importante hablar de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se encuentra regulada en el artículo 96 Código Civil *“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 quedan”*.

Como puede observarse, el precepto se refiere al uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia en exclusiva o bien, se podría interpretar que, en el caso de una custodia compartida, sean los padres los que alternan el uso de la vivienda en los periodos que le corresponda la custodia, siendo el interés superior del menor el criterio esencial para aplicar tal artículo.

Debe señalarse al respecto que, desde hace un tiempo, nuestra jurisprudencia en general y el Tribunal Supremo en particular no necesariamente identifican el interés del menor con la necesidad de permanecer en un entorno determinado, sino que considera que en una sociedad como la actual, el cambiar de residencia puede resultar hasta enriquecedor y no se puede entender a priori como una circunstancia nociva para el desarrollo de los menores, siendo lo prioritario que se encuentren acompañados de las personas que favorezcan su estabilidad emocional y repercutan positivamente en su evolución como personas.

De hecho, la SAP Barcelona 14 septiembre de 2017 señalaba que: *“Los hijos no nacen anclados a un lugar físico determinado, a una ciudad o a un territorio sino que, en todo caso, están fuertemente vinculados al domicilio de su familia y al lugar en el que desarrollan la vida habitual sus progenitores. Cuando se produce la separación de éstos y el cambio de domicilio de alguno de ellos, es deseable que se mantenga una cierta normalidad para que las modificaciones consiguientes a la ruptura afectiva entre sus padres no le repercutan negativamente, pero no es éste un bien absoluto en sí mismo, puesto que lo esencial sigue siendo la determinación del superior interés del menor”*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, por ejemplo, no considera perjudicial para los menores el cambio de entorno o que se tengan que adaptar a una nueva realidad vital, sino que da más importancia a exista un motivo justificado para alterar la residencia y, sobre todo, otros factores como la mejor conciliación familiar de la que disfruta la madre custodia por su trabajo y el hecho de que fuese ella la encargada de la guarda y custodia de los menores en virtud del convenio regulador que se pactó tras la ruptura. otorgando un amplio régimen de vistas al padre para compensar la distancia geográfica.

Por otra parte, el artículo 96 Código Civil diferencia dos situaciones que pueden darse respecto a la atribución de la vivienda familiar:

- En primer lugar, es relativo a la existencia de menores o discapacitados bajo la patria potestad y guarda de uno de los progenitores, manteniéndose en la mayoría de los casos la patria potestad compartida. En este caso la vivienda será atribuida a aquel progenitor con el que convivan los hijos, sin perjuicio de la titularidad del inmueble. Se trata de una medida que no afecta a la titularidad de la patria potestad, sino al hecho de con quién conviven efectivamente los menores. De esta manera se busca garantizar la estabilidad del entorno de los menores evitando, en lo posible, los cambios bruscos.

- Y, por otro lado, se contempla los distintos casos en los que no existan hijos menores o discapacitados bajo la patria potestad de los progenitores, en la que no se profundizará el estudio debido ya que no es relevante al interés superior del menor.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es esencial para comprender este precepto. A título de ejemplo, la STC 221/2011, de 1 de abril ¹⁰, establece que *la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el*

¹⁰ STC 221/2011, de 11 de abril

*Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.*¹¹ En efecto, esta doctrina ha sido reiterada en resoluciones posteriores, utilizándose como apoyo para sostener que la vivienda debe ser un entorno estable para los menores.

Con respecto a la duración de la atribución del uso de la vivienda, la reforma en 2021 introdujo un cambio en el artículo 96 Código Civil, ya que se limitó expresamente la posibilidad de atribuirlo indefinidamente. De este modo se busca evitar desequilibrios económicos entre los progenitores introduciendo límites temporales o condicionados en la atribución del uso de la vivienda cuando se considere que ya no cumple la función de proteger al menor.

Con la presente redacción, las causas de extinción del uso atribuido de la vivienda son las siguientes:

- Mayoría de edad de los hijos: El Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de septiembre de 2013¹², establece que el fin de la atribución del uso de la vivienda está vinculado al interés del menor, por lo que, cuando sean mayores de edad y no se encuentren en situación especial de vulnerabilidad por la edad, el derecho se extinguirá.

- Cambio en las circunstancias económicas: El Tribunal Supremo ha indicado en la STC de 6 de abril del 2016 que la designación del uso de vivienda se basa en la necesidad, de modo que, en caso de extinguirse éste, el derecho correspondiente también se verá extinguido, ya que, si fuera de manera contraria, supondría una medida desproporcionada y contraria a los principios de equidad.

- Convivencia del progenitor beneficiario con una nueva pareja: La doctrina ha abordado el riesgo que puede surgir del artículo 96 del Código Civil,

¹¹ Artículo 96 del Código Civil 1. *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”

¹² STC Tribunal Supremo 6 de abril del 2016

vinculado al enriquecimiento injusto del progenitor que, al recibir de manera automática la atribución del uso de la vivienda, la utiliza para convivir con una nueva pareja.

- Así lo confirma la STC de 20 de noviembre de 2018, que establece que el uso de la vivienda para convivir con un tercero puede llegar a ser causa de extinción del derecho. En esta sentencia se establece que, en estos casos, hay una alteración sustancial en la naturaleza de la vivienda que deja de servir exclusivamente a los fines del matrimonio disuelto y comienza a formar parte de una nueva unidad familiar.

II.5 Otras cuestiones de carácter personal

Otras cuestiones de carácter personal que puede ser conveniente resolver en este tipo de procedimientos son las siguientes

- Comunicaciones telefónicas con el progenitor con el que no están
- Actividades extraescolares a las que van o no van y dónde
- Asistencia de los progenitores a las reuniones del colegio, y participación de ambos en los chats escolares
- Relación de los menores con otros miembros de las familias (si hay problemas, sobre todo con los abuelos)
- Salidas al extranjero o viajes, para los que tiene que contar con la autorización del otro progenitor
- Todo lo relativo a la asistencia sanitaria, tratamientos médicos, seguros, vacunas...

II.6 Establecimiento de una pensión alimenticia

En cuanto a la pensión alimenticia fijada, establece el art. 93 del CC, 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”*. Esta obligación se deriva de la existencia de una relación paterno-filial, y se mantiene aunque el obligado al pago se vea privado de la patria potestad. La pensión de alimentos, en su cuantía, tal y como señala el art. 146 del Código Civil, debe ajustarse a las posibilidades económicas del obligado a prestarlos y a las necesidades de los descendientes, aparte de otras circunstancias concretas. En consecuencia, la determinación de la cuantía es proporcional a quien los da y a las necesidades de quien los recibe, si bien en el caso de los alimentos a hijos

menores de edad existe un mínimo de necesidades vitales a cubrir que trascienden del criterio de proporcionalidad antes aludido.

Con respecto a la pensión de alimentos constituye un aspecto fundamental en el análisis del interés superior del menor en los conflictos matrimoniales, dado que está directamente relacionado con el bienestar y desarrollo de los hijos menores. La pensión de alimentos se asegura de que los progenitores cumplan con su deber de proporcionar el sustento necesario para su crecimiento, educación y desarrollo integral.

De este modo, los progenitores están obligados de manera ineludible a asegurar la manutención de sus hijos. Esta obligación no puede ser objeto de negociación o renuncia, ya que tiene carácter indisponible, irrenunciable e imprescriptible. En efecto, ni con la pérdida de la patria potestad, desaparece la obligación del progenitor de dar alimentos, asegurando así que los hijos reciban la protección económica que merecen.¹³

Su regulación la encontramos en el Título VI de nuestro Código Civil, que comprende los artículos 142 Código Civil al 153 Código Civil en los que se establece obligación recíproca de prestar alimentos entre cónyuges, ascendientes y descendientes. El artículo 142 establece que se refiere por alimentos

Sin embargo, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no surge de este precepto ya que, en sentido estricto, emana de la patria potestad y el artículo 154 Código Civil. Por otro lado, el fundamento de la pensión de alimentos se encuentra en los artículos 39.1 y 29.3 CE que consagra el principio de solidaridad familiar.

En el ámbito de las situaciones de crisis matrimonial de mutuo acuerdo, el convenio regulador aprobado judicialmente será el instrumento por el que se fije la pensión de alimentos, siendo parte del contenido esencial del mismo.¹⁴

Los progenitores podrán acordar libremente la cuantía de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad a ser modificada por el juez en el caso de que no resulte conforme con el interés superior del menor. En tal caso, dicha cuantía se determina atendiendo a las necesidades del menor y a la capacidad económica del progenitor obligado a satisfacerla. De igual modo, cuando se produzca un cambio sustancial en las circunstancias económicas de los progenitores o en las necesidades del menor, procederá la revisión de la pensión de alimentos, pudiendo fijarse una cuantía superior o inferior. En cuanto a su extinción, el artículo 152 Código Civil establece que

¹³ Código Civil ,art 110 :*"Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"*

¹⁴ Código Civil ,artículo 90

no habrá obligación de dar pensión de alimentos cuando el menor cumpla la mayoría de edad o cuando éste comience a trabajar y pueda mantenerse por sí mismo.

La Sentencia nº 111/2015, del Tribunal Supremo, de 2 de marzo, con cita también de la de 12 de febrero del mismo año, en recurso de casación debido a jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, viene a indicar que normalmente se ha venido a establecer como pensión de alimentos para los hijos menores el llamado mínimo vital, que oscila entre los 150 euros y los 200 euros, que se presumen como suficientes para cubrir las necesidades vitales del menor, a pesar de que el progenitor obligado al pago no tenga ingresos. Y señala lo siguiente: *“se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores de prestar alimentos, obligación que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, pues al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”*.

Y añade que *“ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del art. 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014); lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante*.

El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades”.

El interés superior del menor, sin embargo, de acuerdo con dicha jurisprudencia, no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a

prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos llegando a acreditar una situación excepcional como es una pobreza absoluta. Aunque la obligación de prestar alimentos a los hijos se constituye en un deber inexcusable, no es el mismo tan absoluto que obligue a su mantenimiento cuando conste acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y /o amigos, pues en ese caso esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible.

II.7 Contribución al pago de los gastos ordinarios y extraordinarios

Los gastos ordinarios se incluyen dentro de la pensión de alimentos, y por tanto no implican un añadido económico a esa prestación. El progenitor custodio recibirá dicha cantidad del no custodio, y con cargo a ella abonará los gastos ordinarios.

Estos gastos reúnen las características de ser necesarios, periódicos y previsibles. Son los siguientes:

- Gastos de guardería.
- Gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, las cuotas de colegio y matrícula, o material escolar siempre que sea previsible y periódico. Uniforme y ropa deportiva para el colegio.
- Cuotas de la AMPA.
- Formación profesional (libros, material, transportes).
- Transporte y comedor.
- Excursiones y campamentos.
- Extraescolares si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo.
- Matrícula y gastos de universidad (aunque habrá que tenerse en cuenta las peculiaridades del caso o la previsibilidad al pactar el convenio o establecer la pensión).

Esto se aplica igualmente a cursos en el extranjero, oposiciones, masters, doctorados, y similares. Debe tenerse presente para tener en cuenta el calificativo de ordinario o no, la capacidad económica familiar, que puede calificar de habitual y normal este gasto, o, por el contrario, de excepcional y gravoso. No obstante, el gasto puede ser ordinario si su devengo era previsible debido a que el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones al momento de la separación o divorcio.

Por su parte, los gastos extraordinarios son aquellos que, siendo también necesarios, son sin embargo imprevisibles y no periódicos, gozando así de un carácter de excepcionales y/o eventuales.

Estos gastos no van a quedar cubiertos con la pensión ordinaria de alimentos y por ello deberán satisfacerse de forma adicional, normalmente al 50% entre los progenitores, si bien nada impide que se pacte o establezca otro porcentaje con razón de la distinta capacidad económica de los progenitores.

Así, los gastos extraordinarios requieren conocimiento y aprobación del no custodio y en custodia compartida del otro progenitor o autorización judicial, salvo en casos de urgencia, siendo en caso contrario a cargo del progenitor que asumió la iniciativa de afrontar tales gastos.

Los gastos extraordinarios a su vez se pueden dividir en necesarios (como una intervención quirúrgica urgente) o no necesarios pero convenientes (como puede ser cursar estudios en el extranjero).

Entre los gastos extraordinarios podemos destacarlos siguientes:

- Sanidad privada
- Actividades médicas/quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social.
- Ortodoncia
- Gastos de oftalmología, como las gafas
- Extraescolares si se revelan necesarias o indispensables para el desarrollo del menor o convenientes. Si ya formaban parte de la vida del menor como algo cotidiano entonces podrían considerarse como ordinarios.

La STS 26/10/2011 (nº 721/2011, rec. 926/2010) establece al respecto: *«si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel de vida que existía antes de la separación/divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios»*.

- Clases de apoyo.
- Los viajes de estudios cuando se estiman aconsejables y necesarios.
- Carnet de conducir (gasto discutido por varias Audiencias, en función de su necesidad y de la situación económica).

Cuando haya dudas sobre la consideración de gasto como ordinario o no, el progenitor que pretenda el gasto deberá solicitar autorización al otro para realizarlo. Y en caso de que haya disputa entre las partes se deberá dirimir ante el Juez en un “incidente de declaración de gastos extraordinarios”, que se dilucidará con arreglo al art 776. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. La guarda y custodia de menores. Concepto, modalidades, pruebas necesarias y criterios para su adopción.

La guarda y custodia de los menores de edad es un concepto jurídico que gira en torno al cuidado, la asistencia y la convivencia con ellos. Aparece regulado en el Código Civil y cobra especial interés en casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial entre los padres. Este concepto aparece tipificado en el artículo 92 del Código Civil.

En concreto, la guarda y custodia es un concepto legal que hace referencia a la convivencia, el cuidado y la asistencia de los hijos menores de edad. Es decir, al derecho del menor de tener un hogar y recibir las atenciones que necesite para crecer sano a nivel físico y psicológico y a la obligación de sus padres de proporcionarles todos esos elementos.

Aunque luego se expondrán más ampliamente, puede decirse que los factores que determinan a quién se atribuye la guarda y custodia son en principio los siguientes:

1-Interés superior del menor: Prioriza el bienestar y las necesidades del niño por encima de otros factores.

2- Edad y opinión del menor: A partir de cierta edad, el juez escucha su perspectiva.

3-Capacidad de cada progenitor: Se evalúa la situación emocional, psicológica y social.

4-Situación económica familiar: Permite ver si el progenitor puede sostener los gastos de alimentación, vivienda y educación.

5-Estabilidad emocional: Garantiza que el menor crezca en un entorno seguro, sin conflictos constantes.

6-Relaciones familiares previas: Se valora el vínculo previo establecido con los adultos y la solidez de esos lazos afectivos.

III.1 Concepto de guarda y custodia

La guarda y custodia es el deber y derecho de los padres de convivir con sus hijos, cubrir sus necesidades esenciales y velar por su seguridad y educación cuando son menores de edad o mayores necesitados de especial protección. Se trata de uno

de los aspectos más relevantes en Derecho de Familia, ya que define cómo se garantiza el bienestar de los hijos tras una ruptura o divorcio.

La guarda y custodia implica la responsabilidad legal y práctica de atender, cuidar y convivir con los hijos menores de edad o personas dependientes tras una separación o divorcio. Este concepto supone la capacidad de tomar decisiones diarias que afectan la salud, educación y bienestar de los menores. Asimismo, conlleva la obligación de cubrir sus necesidades básicas como la alimentación, vivienda, salud, formación siempre buscando el bienestar integral.

La relevancia de la guarda y custodia radica en que definir adecuadamente quién asumirá el cuidado principal de los menores influye directamente en su estabilidad y crecimiento. Cuando existe claridad en las responsabilidades de los progenitores, se favorece el ambiente familiar y se minimizan los conflictos relacionados con la convivencia y la toma de decisiones. A lo largo de este proceso, los jueces valoran el interés superior de los hijos, considerando factores como la opinión de los menores, la capacidad de cada progenitor y la situación económica familiar.

Los elementos fundamentales de la guarda y custodia son los siguientes:

- Responsabilidad parental: Conlleva la obligación legal de atender las necesidades básicas y cotidianas de los menores, como su nutrición, ropa o cuidados médicos.
- Convivencia: Establece el lugar donde los hijos vivirán de forma habitual y el tiempo que pasarán con cada progenitor.
- Toma de decisiones: Otorga la capacidad de decidir en aspectos trascendentales como la elección de centro educativo, tratamientos médicos o como las actividades extracurriculares.
- Protección integral: Busca que el menor crezca en un entorno estable, con protección física y emocional, facilitando su desarrollo personal.

La regulación de la guarda y custodia se encuentra en el Código Civil, entre los artículos 90 y 103, pero concretamente en el artículo 92, dentro del Título IV. Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, donde se introdujo la custodia compartida como una medida idónea. De este modo, dicha transformación es consecuencia de una nueva visión sobre la guarda y custodia, dejando de lado un modelo unilateral y fomentando la coparentalidad, siempre y cuando sea compatible con el interés superior del menor.

III.2 Modalidades de atribución de la guarda y custodia

Inicialmente, puede decirse que son las modalidades más frecuentes de atribución de la guarda y custodia de los menores las siguientes:

-CUSTODIA EXCLUSIVA

Se presenta cuando un solo progenitor asume la custodia del menor, quedando al cargo de la mayoría de las decisiones y cuidados diarios. El otro progenitor, aunque no tenga la custodia, mantiene sus derechos parentales y suele tener un régimen de visitas que le permite convivir regularmente con sus hijos, además de participar en decisiones importantes relacionadas con su educación o salud.

-CUSTODIA COMPARTIDA

En este modo, ambos progenitores asumen la guarda y custodia de forma equitativa y corresponsable. El objetivo es que los hijos pasen períodos de convivencia con cada uno de manera equilibrada y que las decisiones se tomen de común acuerdo. Se considera uno de los regímenes de custodia más beneficiosos cuando hay buena comunicación y capacidad de cooperación entre los progenitores, pues favorece la estabilidad emocional de los menores.

-CUSTODIA DISTRIBUTIVA

Menos habitual, esta modalidad distribuye la custodia entre varios familiares o personas cercanas a los menores. Suele plantearse en situaciones donde los progenitores, por motivos de salud, ausencia o circunstancias excepcionales, no pueden ejercerla directamente. El juez o autoridad competente evalúa la idoneidad de cada cuidador antes de conceder este régimen de custodia.

Durante años, la custodia monoparental era la modalidad más frecuente en España, aunque la custodia compartida ha ido consolidándose progresivamente.

Mediante esta modalidad se atribuye la custodia exclusiva da lugar cuando un solo progenitor asume la custodia del menor, quedando al cargo de la mayoría de las decisiones y cuidados diarios. El otro progenitor, aunque no tenga la custodia, mantiene sus derechos parentales y suele tener un régimen de visitas que le permite convivir regularmente con sus hijos, además de participar en decisiones importantes relacionadas con la educación o la salud.

Así, el progenitor custodio, salvo que exista un acuerdo o resolución judicial, tendrá derecho a permanecer en el domicilio familiar y a gestionar la pensión de

alimentos establecida en favor de los hijos. Y respecto al progenitor no custodio, deberá abonar la pensión de alimentos pactada y este tendrá derecho a comunicarse con los hijos respetando en todo momento los tiempos y las necesidades del menor, también a recibir información del menor acerca de materias relevantes notificadas por los servicios sanitarios como los centros educativos y a visitar a sus hijos durante unas horas a la semana.

Otro tipo de guardia y custodia que puede otorgarse es la custodia ejercida por un tercero esta custodia es ejercida por un tercero generalmente un familiar cercano, que no corresponde a ninguno de los progenitores que no se consideran apto para cuidar de los progenitores ya sea por problemas de salud, inestabilidad emocional o situaciones legales. No se acordará la atribución de la custodia ni de la convivencia a favor de ninguno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté en curso un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnización sexual del otro progenitor o de los hijos y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se consten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Y tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Actualmente, las alternativas de custodia se están ampliando con el fin de adaptarse, en la mayor medida posible, a las circunstancias y necesidades de cada familia. Siempre que los progenitores lo soliciten de común acuerdo y lo fundamenten adecuadamente, se dará prioridad a la modalidad de custodia que propongan.

Uno de los regímenes de custodia recientes es la custodia compartida progresiva, indicada especialmente cuando los menores son muy pequeños y requieren mayor atención materna. Este régimen consiste en la transición gradual de una custodia exclusiva a una custodia compartida.

Conforme los menores crecen, se incrementa progresivamente el tiempo de convivencia con el padre, hasta alcanzar un reparto equilibrado entre ambos progenitores.

La guardia y custodia compartida en la que ambos progenitores comparten la responsabilidad de manera equilibrada hace que se repartan los tiempos de convivencia entre ambos y los menores pasarán con cada uno de ellos periodos alternos que por lo general tendrán una duración de una semana y las decisiones se toman conjuntamente. Es una opción positiva cuando hay buena comunicación y colaboración, ya que favorece el bienestar emocional de los menores.

Se pueden seleccionarse por varios tipos de custodia compartida, en la que esta puede ser ejercida en un mismo domicilio, cuando son los menores los que permanecen en el domicilio familiar y los padres los que entran y salen del mismo de manera periódica, o bien, puede llevarse a cabo en distintos domicilios siendo los menores los que se desplazan entre ellos en cada periodo.

En términos generales, las opciones de resolución sobre la guarda son estas:

- Custodia para la madre.
- Custodia para el padre.
- Custodia para un tercero.
- Reparto de los hermanos entre los progenitores.
- Custodia compartida o alternativa o sucesiva.
- Reparto del tiempo, sin hacer expresa mención sobre custodia y visitas.

Ante la falta de acuerdo, es fundamental para el Juez averiguar si de verdad hay un conflicto de custodia real o si, los fundamentos de cada uno de los progenitores son legítimos. La petición de guarda y custodia ha de concretarse y motivarse.

Conforme a lo establecido en la miniguía práctica para jueces aprobada por el CGPJ, toda custodia compartida debe suponer una forma de organizar el ejercicio responsable de las obligaciones parentales y de satisfacer el interés de los menores.

La corresponsabilidad parental puede exteriorizarse mediante otras modalidades de custodia que garanticen la participación efectiva de ambos progenitores en la vida de los menores.

Con respecto a la custodia compartida o régimen de visitas del progenitor que no ostente la patria potestad, el uso del domicilio familiar, reparto de bienes comunes de los cónyuges. Así como la contribución de los cónyuges a los gastos de los hijos comunes, normalmente mediante una pensión de alimentos, el establecimiento de la pensión compensatoria, en la que la cuantía de esta pensión se determinará atendiendo a diversos criterios, entre ellos la valoración de si la ruptura sitúa a uno de los cónyuges en una posición de desequilibrio respecto de la que ostentaba durante el matrimonio, el tiempo de duración del matrimonio, la edad de los cónyuges, el estado de salud, su calificación profesional y los medios económicos individuales y por último la liquidación del régimen económico matrimonial.

Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos.

La petición deberá presentarse junto con una propuesta debidamente fundamentada sobre el régimen de custodia, en la que se especifiquen los periodos de convivencia y de relación, así como las modalidades de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con otros familiares y personas allegadas.

El Juez, a instancia de parte, acordará la custodia compartida siempre que ésta no resulte perjudicial para el interés superior de los menores, valorando en todo caso las siguientes circunstancias:

Como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus actitudes personales, la vinculación afectiva de los menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores, el número de hijos/as, la edad de los hijos/as, la opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años. También el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y entre ellos, la posibilidad de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, y, por último, cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

Antes de dictar resolución, las partes podrán presentar los informes que estimen oportunos, o bien el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, referidos a la adecuación en el ejercicio de la patria potestad y al régimen de custodia de los menores.

En el caso de que se establezca custodia compartida, el juez determinará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad.

El órgano judicial podrá acordar la atribución exclusiva de la guarda y custodia a uno de los progenitores cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este caso podrá establecer un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales.

Salvo que los informes emitidos justifiquen circunstancias excepcionales, no se adoptarán medidas que impliquen la separación de los hermanos y hermanas.

En los procesos de ruptura de pareja y para acordar la idoneidad de custodia, se requiere la participación del trabajador/a social para establecer el ambiente familiar, analizando los recursos y necesidades personales en relación a los aspectos económicos, sociales, culturales, educativos y dinámicas de relación familiar.

Por lo que la aportación específica del trabajo social consiste en valorar y evaluar si los medios de los que disponen los/las hijas a nivel familiar y comunitario responden adecuadamente a sus necesidades e intereses. En este ámbito judicial el trabajo social encuentra la particularidad de tener que descartar la intervención integral en el proceso pericial, dado que el objetivo prioritario del dictamen es ayudar al juez en la comprensión de una situación a través del diagnóstico socio-familiar.

III.3 Elementos probatorios a tener en cuenta para seleccionar el modelo de guarda y custodia

Son los elementos probatorios más relevantes para determinar el régimen de custodia:

-La audiencia del menor en función de la edad del niño/a

La STC 948/2023 de 20 de junio precisa que procede la audiencia de un niño cuando: El menor tenga suficiente juicio o suficiente madurez, se considera que ya existe si tiene 12 años cumplidos. Procede la audiencia si el niño/a tiene discernimiento suficiente (artículo 6 Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño). Y la madurez se enlaza en el momento en que el niño/a esté en condiciones de formarse un juicio propio.

Una buena opción es utilizar el interrogatorio de parte para analizar con los progenitores la madurez de sus hijos menores de 12 años. Podemos deducir que los niños/as menores de 12 años no deben ser escuchados siempre. Si debe haber una valoración de madurez en cada caso. Por lo que la falta de audiencia ha de motivarse de forma reforzada, y la decisión de escuchar a un menor por debajo de los 12 años también guarda relación con la naturaleza del tema debatido.

-La prueba de interrogatorio de parte:

Una decisión sobre las medidas más correctas a adoptar en los procesos de familia supone abordar temas personales y económicos de la pareja. El régimen de guarda y de estancias con los menores requiere el conocimiento de muchos aspectos personales, organizativos, laborales, relacionales, entre otros, del grupo familiar. Para una adecuada obtención de información, el interrogatorio a las partes constituye una prueba muy importante.

Debe tenerse especialmente en cuenta, al efectuar el interrogatorio, las siguientes consideraciones:

La persona a interrogar está nerviosa y muchas veces ajena a todo. Es mejor que realicen la prueba sentados y cómodos. El escenario no es “natural”.

El juez debe explicar claramente a la parte en qué consiste el interrogatorio, estar bien informado es importante, el lenguaje ha de ser próximo y no jurídico. Es adecuado ordenar las preguntas atendiendo a las medidas, seguir un orden es esencial.

El tono de voz es importantísimo como lo es hablar claro, hay algunas veces que no se entiende la pregunta, y hacer preguntas abiertas aun cuando eso depende de cada persona. En todo caso no hacer las preguntas incluyendo la respuesta.

-La prueba pericial psicosocial:

Ha de hacerse una valoración sobre la necesidad de la práctica y sobre su contenido. Es importante comenzar por valorar si de verdad hay un conflicto de custodia o no, y posteriormente determinar si puede resolverse sin la práctica de la prueba pericial. En su caso, es esencial determinar su contenido y alcance para delimitar bien la prueba a aquello que realmente se necesita. Del examen de las Sentencias dictadas en los procesos de familia con conflictos de custodia, se concluye que el factor más se tiene en cuenta a la hora de decidir el régimen de custodia a establecer, es la recomendación efectuada por el informe pericial psicológico o social (llevado a cabo por el equipo forense adscrito al órgano judicial o por perito privado).

En cuanto al papel de los informes psicosociales, en su Sentencia número 194/2018 de 6 de abril, el TS reconoce la importancia del informe psicosocial como base para sustentar la decisión judicial, indicando además que será necesaria una motivación contundente para contradecirlo: *“Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse éste sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como en la obrante en autos»*. Así lo establece también la sentencia del TS de 23 de julio de 2018.

Reconoce también el Tribunal tanto en las dos anteriores sentencias como en la número 242/2018, de 24 de abril, y en la número 630/2018, de 13 de noviembre que no se han de adoptar las conclusiones emitidas por el equipo psicosocial sin un previo estudio jurídico del informe por parte del juez así como una motivación desarrollada en su fallo: *“Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias número 135/2017, de 28 de febrero (RJ 2017, 606), y número 296/2017, de 12 de mayo (RJ 2017, 2053), entre otras)»*. En el mismo sentido,

las sentencias del TS número 311/2020, de 16 de junio, así como en los autos más recientes de 27 de enero de 2021 y de 17 de febrero de 2021.

La STC 409/2024 de 20 marzo establece que no existe infracción procesal por denegar la prueba pericial sobre hechos no discutidos o ajenos a lo que eran objeto del mismo. La Sentencia cita otras importantes al respecto, como las STCS 806/2013 de 7 enero de 2014 que precisan que no toda denegación de prueba implica la vulneración del art 24 apartado 2 de la CE ya que requiere que la denegación sea injustificada, arbitraria o irrazonable y, sobre todo, que influya en el resultado del proceso.

Admitida la prueba pericial psicológica, social o ambas, debe tenerse en cuenta:

Convive plantear las pericias en términos psicológicos y sociales no jurídicos, debe delimitarse bien qué se pide al psicólogo y qué se pide al trabajador social.

El encargo al perito debe ser descriptivo de los aspectos mínimos que debe averiguar, analizar y valorar según su saber. Y la valoración del informe la realiza el juez, el informe no vincula, pero ha de motivarse por qué se aparta de las conclusiones periciales.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 2015: establece cuando se vulneran las normas de la sana crítica se vulnera cuando la valoración del juez es lógica, arbitraria, omite datos esenciales de la prueba o es absolutamente incoherente con el resultado de la pericia.

Por lo que es importante tener en cuenta que el informe pericial psicológico es un documento legal y un documento científico ya que la primera condición está sujeto a contradicción y por la segunda, debe poder ser replicado.

III.4 Criterios a tomar en cuenta para decidir entre los modelos de guarda y custodia

El régimen de guardia y custodia compartida es según la jurisprudencia del Tribunal Supremo el más adecuado cuando concurren determinadas circunstancias y se observen los principios que rigen la misma.

Entre los principios que motivan el régimen de guardia y custodia compartida cabe destacar el principio de interés superior del menor, el principio de igualdad entre los progenitores y el principio de coparentalidad.

A continuación, analizaremos resumidamente estos principios fundamentales que los tribunales han de tener en cuenta a la hora de establecer el régimen de guardia y custodia compartida.

- El interés superior del menor o “favor filii”

Este principio es uno de los elementos imperativos del derecho de familia tal y como confirma la Sentencia del Tribunal Constitucional núm.4/2001, de 15 de enero de 2001.

Debido a ello debe considerarse como el principio más importante dentro del ámbito del derecho de familia.

Este principio queda establecido en el artículo 9.3 de la Convención de Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989; en el artículo 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea; en el artículo 24.2 de la Carta Europea de los Derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 y dentro del sistema jurídico español queda reconocido en el artículo 39 de la Constitución Española además de en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor modificada por la Ley Orgánica 8/2025, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia .

El interés superior del menor no puede ser considerado de manera estática, ya que hay que valorar y determinar en cada caso concreto. Este principio prioriza los intereses de los progenitores en todo caso tal y como dispone la Sentencia Supremo (Sala de los Civil) de Madrid, núm. 5880/2011, de 27 de septiembre de 2011” *la guardia compartida está establecida en interés del menor, no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la CE*”.

Desde el punto de vista psicológico, los informes periciales deberán tomar en consideración las distintas etapas del desarrollo del menor frente a una ruptura familiar, para determinar lo más conveniente a sus intereses. A grandes rasgos, el impacto psicológico de la ruptura en los menores es significativo y se ajusta a las siguientes etapas:

En la etapa comprendida desde el nacimiento y los tres años de vida el impacto de la ruptura familiar es indirecto, dado que en este periodo es fundamental garantizar la permanencia de las figuras principales de apego. Esta particularidad es determinante para la constitución de un apego seguro en el menor, así como para el desarrollo de su capacidad de vinculación a lo largo de la vida.

A partir del primer año de vida, el impacto de la ruptura familiar puede volverse más directa ya que el menor comienza a percibir la ausencia del progenitor y puede verse afectado especialmente cuando los periodos de separación son prolongados.

En la etapa correspondiente a la edad preescolar, se observa un desarrollo progresivo de la conciencia en el menor, quien comienza a interiorizar las normas de los progenitores y a diferenciar entre lo “bueno” o “malo”.

Este proceso puede generar sentimientos de culpa, llevando al menor a responsabilizarse de acontecimientos negativos, incluida la separación de sus progenitores. Tales experiencias pueden hacer que la ruptura familiar resulte doloroso para el niño, responsabilizándose de que sus progenitores ya no viven juntos debido a que él /ella ha hecho algo indebido.

En la siguiente etapa comprendida entre los 6 y 8 años, predomina el esfuerzo hacia el aprendizaje y se observa un desarrollo progresivo de la autonomía del menor respecto a sus progenitores. Por lo que la ausencia de uno de los padres puede incidir negativamente en el desarrollo de su personalidad y en la consolidación de su identidad.

En la etapa de 9 a 12 años, correspondiente a la preadolescencia, el menor se encuentra en condiciones de ampliar su entorno social y participar activamente en actividades fuera del núcleo familiar, incluyendo la relación con los amigos y la vida social. En este periodo, el niño puede percibir la ruptura familiar como un conflicto de sus progenitores y no como un problema propio.

No obstante, el impacto negativo de la separación puede derivarse del sentido de lealtad hacia sus padres, generando sentimientos de enfado debido a que no se ha respetado el principio de familia unida.

Finalmente, en la etapa de la adolescencia, se observa un proceso de consolidación de una identidad diferenciada de la familia, al mismo tiempo que se mantienen y reestructuran los vínculos familiares. Durante este periodo los adolescentes pueden experimentar emociones intensas como ira, tristeza o depresión, así como manifestar conductas de riesgos, incluyendo consumo de sustancias o comportamientos violentos y delictivos.

Es importante destacar que, de manera general los hijos suelen encontrar mecanismos para adaptarse a la nueva realidad familiar.

- Principio de igualdad entre los progenitores

El principio de igualdad entre los progenitores significa que ambos progenitores tienen los mismos derechos y deberes en relación con los cuidados de los hijos

comunes. Este principio queda definido como uno de los Derechos Fundamentales en el artículo 14 CE que establece *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”*.

Por otro lado, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone que *“el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*.

-Principio de coparentalidad

El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que *“ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”*.

El principio de coparentalidad consiste en que ambos padres vivan juntos o separados, deben participar activamente en la crianza y educación de sus hijos. Este principio está ligado al interés superior del menor, pues estos tienen el derecho de relacionarse con ambos progenitores de manera más o menos igualitaria, aún en caso de separación. El régimen de guardia y custodia compartida supone una garantía para este principio, ya que los hijos tendrán una relación fluida con ambos progenitores.

-Principio de Universalidad

El principio de universalidad implica que el régimen de guardia y custodia compartida podrá ser atribuido sin diferenciar si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales, naturales o adoptivos, con lo cual es irrelevante la existencia o no de un matrimonio, debido a que la responsabilidad parental tiene su origen en el vínculo filial.

IV. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CONCEPTO Y ANTECEDENTES

IV.1 Concepto

La custodia compartida es un régimen de guardia y custodia cuyo elemento central es la custodia que es ejercida de forma conjunta por ambos progenitores. Conlleva que el cuidado, la educación y, en general, la convivencia habitual con los hijos menores se atribuye a ambos progenitores.

La custodia compartida es uno de los regímenes de guardia y custodia que contempla el derecho de familia. Se basa en la atribución a ambos progenitores de la custodia de los hijos menores o incapacitados, en igualdad de derechos y deberes, tras la separación o divorcio. De manera específica, se regula en el artículo 92 del Código Civil Español.

En el artículo 92 CC señala cuales son los criterios como procurar no separar a los hermanos; la obligación del Juez de recabar informe del Ministerio Fiscal; oír a lo menores que tengan suficiente juicio cuando se estime conveniente de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guardia; así como la prohibición de adoptar modalidad de guardia 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 de indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan en ambos o puedan existir indicios fundados de violencia doméstica.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de Madrid núm. 5969/2009, de 8 de octubre de 2009, determinó unos criterios orientadores para otorgar la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Estos criterios de atribución son: *“la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*.

Además, concluye el Tribunal que la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse “normal e incluso deseable”, por permitir al menor relacionarse con

ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Tras la ruptura de la convivencia de la pareja, la guarda y custodia compartida de los hijos menores podrá atribuirse a ambos progenitores. Por lo que el cuidado, educación y en general, la convivencia habitual de los hijos menores se puede atribuir a ambos progenitores, con iguales condiciones y derechos. Dicho régimen de guarda y custodia compartida se conoce jurídicamente como custodia compartida.

De este modo, los hijos menores podrán estar en compañía de sus progenitores en periodos alternos, siendo lo habitual por semanas alternas o dos días seguidos con cada progenitor y los fines de semana alternos.

Hasta hace pocos años, la custodia exclusiva o monoparental era la modalidad mayoritaria; no obstante, actualmente es cada vez más frecuente que se adopte un régimen de custodia compartida. Por lo que la custodia compartida es valorada por los especialistas como la más beneficiosa para el interés y correcto desarrollo del menor.

IV.2 -Antecedentes. La reforma introducida por la Ley 15/05

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio, se produce la modificación de la regulación sobre la guarda y custodia de los hijos menores habidos dentro del matrimonio cuando se producen procesos de nulidad, separación y divorcio, concretamente en el artículo 92 del Código Civil. Ya en comparación con los preceptos anteriores, con su aprobación sí que se ve un cambio en la adaptación de la Ley a los tiempos modernos y la evolución de la sociedad, logrando que los progenitores inmersos en un procedimiento de separación o divorcio tengan la posibilidad de seguir teniendo los mismos derechos y obligaciones para con los hijos del mismo modo que antes de la ruptura matrimonial. Esta Ley dio pie a establecer la guarda y custodia compartida a los progenitores tanto mediante el acuerdo llegado en el convenio regulador solicitado por ambos, siendo preceptivo el informe del Ministerio Fiscal aunque este no sea vinculante para el Juez en caso de mutuo acuerdo, y debiendo ser oídos los menores si así se considere necesario, y también como por imposición judicial.¹⁵

Esta imposición judicial fue una de las principales novedades de la citada ley, ya que da la posibilidad a que sea el propio juez el que decida la concesión en los casos de separación o divorcio contencioso, donde solo uno de los progenitores fuese el solicitante de la guarda y custodia compartida, tras recabar los informes pertinentes

¹⁵ Espin Alba, Isable, "Custodia compartida y mejor interés del menor ". Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia .Diciembre de 2019.

favorables del Ministerio Fiscal e incluso informes de profesionales debidamente cualificados, y obviamente siempre que el progenitor solicitante no se háyase incurrido en ningún procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que conviven con ambos, ni existieran indicios fundados de violencia doméstica.

El Código Civil, en su redacción original no utilizaba el término de custodia para referirse a la situación de un progenitor con sus hijos frente al otro progenitor en los casos en que no viven juntos. De igual manera, la Ley de 1981 que modifica el Código Civil introduce el término “custodia” sino que emplea otros términos, como el de cuidado, educación o ejercicio de la patria potestad.

La Ley 15/2005 introduce el término “custodia” con el fin específico de regular por primera vez, de forma expresa, la posibilidad de custodia compartida. La primera idea a destacar es que la guarda y custodia se identifica, en el derecho español, con el cuidado y atención diario, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor.

Y la segunda idea, cuando la custodia legalmente venga atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores, también el otro progenitor la tiene en el ejercicio de los derechos de visitas reconocidos en el convenio o en la sentencia.

Por último, la tercera idea esencial es la necesidad de atender a cada caso concreto, a cada familia y a cada menor, priorizando su interés.

Cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo STS 97/2005 de 14 de febrero o la Sentencia del Tribunal Supremo 696/2004 son prueba de ello.

La reforma introducida del artículo 92 del Código Civil del año 2005 previó la posibilidad de acordar la guarda compartida cuando se solicita de común acuerdo por los padres, en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando la solicitaste uno de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, si sólo de esa forma se protegía el interés del menor.

La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil. Desde entonces, corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen en el marco de la controversia existente entre los progenitores.

Puede afirmarse, con la trayectoria que nos proporciona el tiempo, que la reforma del año 2005 tuvo una trascendencia positiva en nuestros Tribunales, ya que permitió avanzar, a través de la interpretación jurisprudencial y de los criterios que han ido estableciéndose.

La primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la guarda compartida, fue en el año 2009 denegando, pero fijando las primeras pautas: Sentencia del Tribunal Supremo 614/2009, de 28 de septiembre: *«La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 después de la reforma producida por la Ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8)»*.

La reforma legal tuvo un efecto claro en el número de pactos y judiciales con custodia compartida. En el estudio realizado por el INE, entre 2010 y 2013, el número de resoluciones judiciales favorables a la custodia compartida aumentó del 10,5% en el año 2010, al 17,9% en 2013. El último estudio publicado el 27 de septiembre de 2021, relativo al año 2020, con respecto a la custodia de los hijos menores, se constató que, en el 54,5% de los casos, se le otorgó a la madre (58,1% en el año anterior), en el 3,9% al padre (4,1 en 2019) y fue compartida en el 41,4 % (37,5 % en 2019), así como en el 0,3% se otorga a otras instituciones familiares. En los divorcios y separaciones de cónyuges del mismo sexo, en el 53,4% de los casos la custodia se acordó como compartida.

El interés del menor como criterio esencial ha sido igualmente proclamado por el Tribunal Constitucional afirmando que: *"el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño."* (SSTC 185/2012, FJ 8, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2)

IV.3 Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Antes de la entrada en vigor de la ley 15/2005 la jurisprudencia en España se mostraba en contra del régimen de guardia y custodia compartida, siendo para los tribunales lo más conveniente que la guarda y custodia se le atribuyese a uno solo de los progenitores, normalmente a la madre, adquiriendo el otro progenitor un derecho de visitas y la obligación de satisfacer una pensión alimenticia. Incluso la custodia compartida, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 826/2004, de 18 de noviembre de 2001 (JUR 2005\37062), fue calificada como *"incompatible con nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo dispuesto en los artículos 90, 91, 93 y 94 todos ellos del Código Civil"*¹⁶

¹⁶ ALSACIO CARRASCO ,LAURA; Laura;Marín García ,Ignacio . "Juntos ,pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC"
InDret.Revista para el análisis del derecho

Desde la entrada en vigor de la ley 15/2005 se posibilitó que el Juez establezca un régimen de guardia y custodia compartida siempre y cuando lo solicite alguno de los progenitores y concurran determinadas circunstancias. Estos requisitos se establecieron por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 5969/2009, de 8 de octubre de 2009. Estos criterios de atribución son: *“la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*.

Pese a ello, se estaba otorgando el régimen de guardia y custodia compartida de manera excepcional, pero poco a poco se empieza a notar un cambio jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo, que empieza a ver este régimen de guardia y custodia como el más acorde a los tiempos y el estilo de vida y de trabajo actuales. Es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 5710/2013, de 25 de Noviembre de 2013, donde se empieza a ver la guardia y custodia compartida como el sistema más ventajoso para los intereses de los menores porque *“se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”*.

El Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 12 de mayo de 2017 viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016; 9 de marzo de 2016; 433/2016 , de 27 de junio), señalando que *“La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial»”*.

La sentencia del TS número 96/2015, de 16 de febrero, establece en su fundamento de derecho tercero que *“El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia*

compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (sentencias del TS de 28 de septiembre de 2009 , 8 octubre de 2009, 7 julio de 2011, 21 de julio de 2011, 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013)”.

El interés del menor es el eje principal de la custodia compartida, y así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de diciembre de 2017, cuando señala que “en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658), rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873), rec. 2637/2012)”. En el mismo sentido, otras sentencias más recientes del TS número 3562/2020, de 26 de octubre, la número 2197/2020, de 16 de junio, y la número 2018/2020.

Gradualmente la atribución de la custodia compartida deja de ser una excepcionalidad y los tribunales están optando por el régimen de custodia compartida como el sistema preferente. Cabe citar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm.1156/2018, de 4 de abril de 2018 , donde se afirma que “*La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre*”

En la actualidad, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo “*constituyen un cuerpo unitario de doctrina, abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello*” tal y como expone la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 3855/2019 de 25 de noviembre de 2016.

V.REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS DERECHOS FORALES

En España, para el conjunto del territorio nacional, sigue sin existir una regulación común que fije la guarda y custodia compartida como opción preferente. Sin embargo, hay comunidades autónomas que, desde hace ya algún tiempo, cuentan con normativa específica. Contemplan la guarda y custodia compartida como régimen general.

Hay comunidades autónomas que cuentan con una legislación propia que establece la custodia compartida como régimen general. Estas son las siguientes: País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Comunidad Valenciana.

País Vasco:

En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, recoge en su artículo 9 la custodia compartida como norma. Eso sí, puntualiza que siempre que no sea perjudicial para el interés de los menores. Como cuestión importante, señala que la oposición a esta modalidad por el padre o la madre, o la mala relación entre ellos, no será obstáculo para otorgar la custodia compartida.

Artículo 9. Guarda y custodia de los hijos e hijas

1.Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados.

2.La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.

3.El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias:

1. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.

2. El número de hijos e hijas.

3. La edad de los hijos e hijas.

4. La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.

5. El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.

6. El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo.

7. El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.

8. Las posibilidades de conciliaciones de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.

9. La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentan.

10. Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

4. Antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. En los casos de custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad.

6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos,

psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paterno filiales así como, en su caso, con la familia extensa.

7. Salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas.

En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de sus relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, recoge, por tanto, en su artículo 9 la custodia compartida como norma.

Navarra:

Con respecto, la legislación de custodia compartida de Navarra, en comparación con la del País Vasco, no es tan ambiciosa. Aun así, establece mejoras notables con respecto al resto de España.

En el artículo 3 de la misma, establece que en el caso de que la custodia compartida sea solicitada sólo por uno de los padres, habrá que oír al Ministerio Fiscal y recabar informes. Además, establece como obstáculo para concederla que exista una mala relación entre los padres, algo criticable si pensamos que lo normal es que la situación de pareja que ha llevado al divorcio y al planteamiento de la custodia compartida sea la del deterioro de la relación entre progenitores.

Sin embargo, encontramos muy acertado que esta ley foral no prive de la guarda y custodia a un progenitor por existir una simple denuncia entre las partes.

Artículo 3 Guarda y custodia de los hijos:

- 1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.*
- 2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.*

3.El juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:

1.La edad de los hijos.

2.La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.

3. El arraigo social y familiar de los hijos.

4. La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

5 . La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.

6. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

7. Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

8. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4.En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

5. Si decide la custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

6.Si decide la custodia individual, el juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las

facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

7. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

8. Procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- 1 . 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.*
- 2 . Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.*

Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

Artículo 9 de la Ley Foral 3/ 2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Aragón:

Y en relación con del Derecho Foral aragonés, la Ley 1 /2025, de 15 de mayo, se modificó el Código del Derecho Foral de Aragón con la finalidad esencial de establecer legalmente la preferencia sobre la custodia compartida en casos de ruptura del vínculo matrimonial. El principal objetivo de esta reforma se trata de establecer la custodia compartida como opción preferente frente a la individual en casos de separación o divorcio sin acuerdo entre los progenitores, siempre que sea lo mejor para el interés y bienestar del menor.

Del Preámbulo de la Ley 1/2025, de 15 de mayo, se infiere que el beneficio del menor es el objeto de todo régimen de custodia y que la custodia compartida busca fomentar la corresponsabilidad de ambos progenitores en el ejercicio de la autoridad familiar y una mayor implicación de ambos en el ámbito familiar. En la misma línea señala:

«Está ampliamente contrastado por numerosos estudios e informes especializados, y recogido a su vez en los principios europeos de derecho de familia, que existe un derecho de los hijos a convivir con sus dos progenitores y a que estos, a su vez, se impliquen en la crianza y educación de los hijos, sosteniendo y manteniendo esta responsabilidad para con sus hijos también en los supuestos de ruptura de la convivencia».

Cabe destacar la modificación del artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que introduce la referencia a la custodia compartida como opción preferente y suprime de los factores a tener en cuenta el relativo a la dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los/las hijos/as durante el período de convivencia.¹⁷

Así, el citado precepto queda redactado como sigue:

«El juez adoptará la custodia o convivencia compartida o individual de los hijos en atención a su interés y, salvo que la custodia o convivencia individual sea más conveniente, adoptará de forma preferente la compartida; tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atenderá, además, a los siguientes factores:

a) La edad de los hijos y, en su caso, las necesidades derivadas de su discapacidad.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente madurez y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años, y, si se trata de hijos con discapacidad, si tienen suficiente discernimiento.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

¹⁷ Ley 1/2025 Derecho foral

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

Cataluña

Por otro lado, Cataluña cuenta desde 2010 con la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña. Relativa a la persona y la familia, introduce como premisa que la guarda y custodia debe ejercerse de la forma que los padres acuerden.

De no existir acuerdo, el juez determinará la guarda y custodia compartida, salvo que estime que la guarda individual sea más beneficiosa. Es decir, se dota de preferencia a la mediación entre las partes, posteriormente será el juez quién a falta de acuerdo establezca la custodia compartida.

Eso sí, deja la guarda y custodia individual como una forma de ejercer la misma residual.

- 1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.*
- 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de moda individual si conviene más al interés del hijo.*

Comunidad Valenciana

Y para finalizar, la Comunidad Valenciana tuvo su propia Ley de Custodia compartida que, posteriormente, en el año 2016, fue anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2016, no por su contenido, que establecía la referencia por la custodia compartida, sino por entender que no se ha probado que existía con carácter previo una norma valenciana sobre régimen económico - matrimonial que desarrollar y por lo tanto carecer de competencia para legislar en esta materia.

VI. CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Para que se establezca de manera contenciosa el régimen de guardia y custodia compartida, es necesario, en primer lugar, que lo solicite al menos uno de los progenitores, pues tal y como lo ha expresado de manera reiterada el Tribunal Supremo, la guardia y custodia compartida no puede ser impuesta a los progenitores, todo ello en consonancia con lo establecido en el artículo 92. 8 del Código Civil que exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse ¹⁸.

En cuanto a los factores a tener en cuenta para optar por uno u otro tipo de guarda y custodia, la Sentencia de 15.07.2015, el Tribunal Supremo, por ejemplo, opta por la guarda y custodia compartida pues considera que en el caso concreto: *“(1) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (2) Ambos tienen, también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psicosocial; (3) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor; (4) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (5) No existe por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo etc); (6) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio; (7) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida».*

A continuación, se analizarán los principales criterios de adopción según la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales:

La relación de los progenitores con los hijos antes de la ruptura es uno de los aspectos que suelen tener en cuenta los Tribunales para decidir sobre el régimen de guarda y custodia más apropiado en aras del interés superior del menor. La ausencia de dedicación a la familia por parte del progenitor que solicita la guardia y custodia compartida es claramente un impedimento para que esta se acuerde. No obstante, esta falta de dedicación anterior, o si esta no se realizaba de manera equitativa, no es una condición imperativa para atribuir este régimen de custodia, ya que esta podrá

¹⁸ STS (Sala de lo Civil) de Madrid núm.2095/2012, de 19 de abril de 2012; STS (Sala de lo civil) de Madrid, núm 2246/2013, de 29 de abril de 2013; STC (Sala de lo civil) de Madrid, núm.2877/2026, de 15 de junio de 2016, entre otras

concederse siempre que ese progenitor demuestra estar capacitado para asumir los cuidados que necesita el menor. Por todo ello, la práctica anterior y las aptitudes personales de los progenitores son las cuestiones más importantes sobre las que indagan los informes psicosociales.

La existencia de una relación cordial entre los progenitores, junto con su capacidad de comunicación, su disposición a priorizar el interés superior del menor y el grado de implicación de cada uno, puede servir como fundamento para la resolución de los tribunales. Para destacar la relevancia de las aptitudes de los progenitores a la hora de negar la guarda y custodia compartida, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 545/2022 de 7 de julio.¹⁹

- La relación entre los progenitores

Otro de los aspectos a tener en cuenta por nuestros tribunales es la relación entre los progenitores tras la ruptura de la pareja. En cuanto a la relación de los padres en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 4165/2015, de 14 de octubre de 2015, el Alto Tribunal declara que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional”. Por lo tanto, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario que previamente haya una buena relación entre los progenitores y una correcta comunicación para llevar a cabo la misma.²⁰

Cabría preguntarse si la falta de comunicación entre los progenitores es un motivo para la denegación del régimen de guarda y custodia compartida. Al Tribunal Supremo le parece irrelevante esta falta de comunicación siempre que no afecte al interés del menor, pues como expone la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 2832/2019, de 24 de septiembre de 2019, “la pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en las estancias de la menor (sentencia 658/2015, 17 de noviembre)”.

En cuanto a la relación entre los progenitores esta no ha de estar necesariamente exenta de desencuentros, siempre y cuando estos no afecten negativamente a los menores, pues como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1792/2017, de 12 de mayo de 2017, “Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores

¹⁹ STS 545/2022 de 7 de julio

²⁰ Martín Molina, Alejandro Andrés .”Cuestiones actuales sobre la custodia compartida “Revista internacional de doctrina y jurisprudencia .

aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”.

Por lo tanto, no es necesario que el mutuo respeto entre los progenitores se interprete como una relación cordial entre ellos, bastará que en sus relaciones exista un compromiso para que sus desencuentros afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad.²¹

-Los deseos manifestados por los menores a partir de una determinada edad

En la práctica judicial constata la especial atención que los juzgados de familia otorgan al interés superior del menor. Como bien indica el artículo 9 LOPJM *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”*

Como podemos observar, el derecho a ser oído es un principio fundamental en el ámbito jurídico y social ya que en esta materia el derecho de los menores a ser oídos es una de las cuestiones más importantes a tener en cuenta a la hora de adoptar la medida más oportuna.

El favor fili como principio determinante para establecer las medidas de su educación y cuidados y no tanto los interés e incomodidades de los padres, será tenido en cuenta a la hora de establecer las medidas judiciales que, siempre deberán dictarse en función del interés superior del menor.

El artículo 92. 2 CC. establece que *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*.

En los procesos de familia, cuando la edad y la madurez de los menores hagan presumir que tienen suficiente juicio y en todo caso a los mayores de 12 años, se suele dar audiencia al menor para que éste exprese sus preferencias y opiniones sobre el régimen de guardia y custodia que desea. Aunque el Juez tiene en cuenta la opinión de los menores, no será por sí misma factor suficiente para fundamentar la sentencia, pues el menor podría estar condicionado por uno de los progenitores, además de que su voluntad podría no ser coincidente con su interés superior. Este

²¹ STS (Sala de lo Civil) de Madrid , núm 3145/2016, de 27 de junio de 2017 .

condicionamiento del menor en perjuicio del otro progenitor es conocido como síndrome de alienación parental y existen numerosas sentencias que hacen referencia a este síndrome. Es interesante traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 221/2010, de 31 de marzo de 2010, donde una menor de 8 años había sido influenciada por su madre para que ésta rechazara pasar más tiempo con su padre. Dicha sentencia afirma que “cuando existe un grave enfrentamiento entre ambos padres, y uno de ellos utiliza al hijo común que es menor de edad como instrumento para causar daño al otro, se produce el síndrome de alienación parental”.

En la misma línea se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1351/2018, de 11 de abril de 2011, donde desestima el recurso de casación de una madre que alegaba que se habían tomado de forma contraria los deseos de la menor que manifestaba su voluntad de permanecer viviendo con su madre y su abuela. Dicha sentencia coincide con lo que se estableció en primera instancia y segunda instancia, afirmando que *“en virtud de los extensos análisis de las pruebas practicadas, llevados a cabo en ambas instancias, no puede colegirse sino que el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir, estando al cuidado del padre. Es decir, en la decisión de tomar la medida de la guarda y custodia favor del padre, se ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo”*.

-Distancia entre los domicilios de los progenitores.

Es innegable que la distancia entre los domicilios de los padres es un punto muy a tener en cuenta a la hora de establecer una custodia compartida, pues si estos se encuentran próximos se garantiza la estabilidad del entorno del menor.²²

En el caso contrario, si los domicilios de los progenitores se encuentran en distintas localidades separadas por una considerable distancia no sería posible, por lo general, acordar una custodia compartida. Pensemos simplemente en la dificultad que esto supondría para el menor a la hora de acudir al centro escolar. En nuestra jurisprudencia son reiteradas las sentencias que deniegan la custodia compartida por encontrarse los domicilios de los progenitores en distintas ciudades, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 797/2016, de 1 de marzo de 2016, donde se expone *“Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones*

²² Guilarte Martín-Calero, Cristina. “Criterios de atribución de la custodia compartida” InDret, revista para el análisis del derecho .

en el régimen de vida del menor...” o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 21/2018, de 10 de enero de 2018, que dice “Concretado que no procede el sistema de custodia compartida, dada la distancia entre las residencias de los progenitores, esta sala debe resolver cuál de los progenitores debe ostentar la custodia del menor”.

Cabría preguntarse qué distancia se considera suficiente para denegar la guardia y custodia compartida. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 474/2017, de 17 de febrero de 2017, consideró posible una custodia compartida cuando la distancia entre los domicilios es de 15 km, *“La distancia entre las localidades en que residen los progenitores de los menores (Madrid-Coslada) es escasa, especialmente para una metrópoli como Madrid”*. Sin embargo, para el Alto Tribunal una distancia de 50 km entre los domicilios de los progenitores es suficiente como para denegar la custodia compartida. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 5532/2016, de 21 de diciembre de 2016, la deniega por considerar que supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio y por lo tanto supondría una alteración de la vida normal de la menor.

No obstante, la distancia entre los domicilios no es un criterio absoluto para la denegación de la custodia compartida, pues habrá que analizar las circunstancias de cada caso concreto y determinar lo que es lo más favorable para la estabilidad del menor, siendo más relevante la distancia de los respectivos domicilios de los progenitores al centro escolar, pues es allí donde el menor hará la mayor parte de sus desplazamientos.

-Disponibilidad de los progenitores para hacerse cargo de sus hijos.

Otro criterio a valorar por los tribunales a la hora de establecer o no la guardia y custodia compartida es el tiempo que pueden dedicar los progenitores para el cuidado y la atención necesaria de los hijos. Por ello se tendrán en cuenta los horarios profesionales de ambos, así como el apoyo familiar con el que estos puedan contar para completar ciertos momentos del día a día como puede ser la recogida del colegio. Pero una excesiva indisponibilidad por parte de los progenitores en el periodo que le corresponda desaconsejar establecer este régimen de guardia y custodia. En este sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 3684/2018, de 30 de octubre de 2018, donde el Alto Tribunal desestima el recurso de un padre que solicitaba la guardia y custodia compartida por la incompatibilidad de los horarios del padre con este sistema de guarda.

El Tribunal Supremo reitera que este reparto de tiempos no tiene que ser igualitario, sino que lo que se pretende es que sea lo más equitativo posible y atemperado con las diversidades de las jornadas laborales de los progenitores.²³

-La edad de los menores.

Dicho criterio adquiere relevancia desde la perspectiva económica, en la medida en que se fundamenta en la capacidad para atender las necesidades básicas de todos los hijos.

La corta edad de los menores no debería ser un impedimento para establecer un régimen de guardia y custodia compartida, pero es cierto que es un criterio que se tiene en cuenta cuando los menores son de corta edad, pues cuando así es, la guardia y custodia se suele atribuir a la madre.

Aunque el Tribunal Supremo no hace referencia a si existe una edad mínima para establecer la custodia compartida y establece que la corta edad no es motivo determinante para excluir el régimen de guardia y custodia compartida, máxime cuando haya concluido el periodo de lactancia.²⁴

Por lo tanto, la edad del menor si debiera ser un elemento a tener en cuenta cuando se trata de un lactante, pues la dependencia biológica con la madre es muy grande y en este caso no sería aconsejable.

En nuestra jurisprudencia menor encontramos sentencias que establecen un régimen de guardia y custodia compartida en bebés menores de un año. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 147/2015, de 13 de marzo de 2015, afirma que *“Por otra parte, la alimentación del menor Isidro no constituye un obstáculo importante para la guarda compartida porque, como se ha dicho, el menor cumplirá pronto un año y a partir de los seis meses la alimentación mediante leche materna, cuando se mantiene, es complementaria, puede llevarse a cabo a través de un banco de leche y es sustituible sin ningún perjuicio para el menor por leche adaptada, a lo que se añade que, como señala la Sentencia apelada, la reincorporación de la Sra. Rafaela al trabajo ya impone un cambio en la alimentación del menor pues aunque la misma tenga jornada reducida el régimen de lactancia no puede ser el mismo”*.

En la misma línea se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 311/2016, de 8 de junio de 2016, que dice *“No cabe duda de que la edad del menor es un elemento a tener en cuenta a la hora de optar por el sistema de custodia compartida y de que dicha circunstancia puede ser subjetivamente valorada de forma*

²³ STC (Sala de lo Civil) de Madrid, núm.3743/2018, de 13 noviembre de 2018.

²⁴ Martínez Calvo, Javier. “Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia .Comentario a la STS de España, núm 182/2018 ,de 4 abril “.

diversa, pero lo cierto es que incluso estando en dicho período de lactancia materna, ha habido resoluciones tales como la SAP de 19 de junio de 2013, que han optado por el sistema de custodia compartida cuando dicha lactancia estaba inmediatamente próxima a su finalización”.

Consecuentemente, para la atribución de la guardia y custodia compartida, más que contemplar la edad de los menores como un criterio determinante, se deberá atender a las circunstancias concretas de cada caso y valorar la corta edad de los menores conjuntamente con la capacidad y disponibilidad de los progenitores para hacerse cargo de sus hijos. Asimismo, resultará fundamental al respecto los periodos de alternancia de las estancias, pues cuanto más pequeños sean los niños, los tiempos de convivencia serán más breves, pero más frecuentes.²⁵

-El plan de parentalidad.

El plan de parentalidad o plan contradictorio fue introducido por primera vez en nuestra legislación foral por el artículo 233-8 y 9 del Libro II del Código Civil de Cataluña en el año 2010 con el objeto de crear un *“instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guardia y custodia, el cuidado y la educación de los hijos”*²⁶

Como bien indica la STC 52/2015 de 16 de febrero en la que hace alusión a un plan contradictorio que deben elaborar los padres.

En el respectivo plan, tienen que demostrar si las necesidades de los menores estarán cubiertas con todas las garantías del funcionamiento por disponibilidad de los padres, capacidad, uniformidad de vida en general.

Sin lugar a dudas cuanto mayor número de hijos da lugar a mayores dificultades que encontrarán los padres una vez producida la ruptura para poder mantener la vida similar a la anterior.

El contenido mínimo de este plan queda establecido, por ejemplo, por el artículo 233-9 del Código Civil de Cataluña, dentro de la sección 2a del Capítulo II del Libro “cuidado de los hijos” y debe constar de los siguientes aspectos:

“a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

²⁵ Pinto Andrade;Cristobal; “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución” Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm 9 año 2015.

²⁶ Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro o segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.”

En el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se establece que las propuestas contenidas en el plan de parentalidad deberán aportarse por los progenitores indiferentemente si el proceso es contencioso o de mutuo acuerdo. Si se establece de mutuo acuerdo esta propuesta quedará incluida en el convenio regulador, mientras que si el proceso es contencioso cada una de las partes propondrá su plan de parentalidad.

En el resto de las normativas forales y autonómicas de nuestro país encontramos figuras afines al plan de parentalidad. El Código de Derecho foral de Aragón lo define como “pacto de relaciones familiares” ²⁷, mientras que la Ley Foral de Navarra lo contempla como “pacto de planificación familiar” ²⁸ y la Ley Vasca como “pactos de previsión de ruptura de la convivencia”. ²⁹

²⁷ Art 77. del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón “.

²⁸ Ley 69, de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

²⁹ Art.5 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

En cuanto a la normativa estatal nuestro Código Civil no contiene regulación alguna sobre este plan. El anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad y otras medidas tras la ruptura de la convivencia familiar de 10 de abril de 2014, que finalmente no fue aprobado, proponía una nueva redacción del artículo 90 del Código Civil e incluía este plan como parte del convenio regulador.

Al no haberse materializado la propuesta del Anteproyecto de Ley puede parecer que en nuestro Derecho Común no existe la obligación de presentar del ejercicio de la guardia y custodia ³⁰, sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 5641/2013, de 29 de noviembre de 2013, en su Fundamento de Derecho Tercero, recomendaba a los progenitores elaborar un plan contradictorio sobre la forma del ejercicio de la guardia y custodia, ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas. En referencia a la solicitud de la custodia compartida el Alto Tribunal la ha negado por no presentar *“un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja”*³¹

En las sentencias del TS número 638/2016, de 26 de octubre, la número 722/2016, de 5 de diciembre, y la número 280/2017, de 9 de mayo, el Supremo exige que *“quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores)”*. Ya lo requería la sentencia del TS número 801/2016, de 3 de marzo entre otras, estableciendo este requisito como deber de los progenitores: *“Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio”*. En la sentencia del TS de 30 de octubre de 2018 el Supremo retoma la doctrina de la sala en cuanto a la custodia compartida como régimen deseable, sin embargo, reitera la importancia de establecer un proyecto claro sobre cómo se va a desarrollar.

Por lo tanto, para la adopción de la guardia y custodia compartida será necesaria la elaboración de un plan de parentalidad mediante el cual los progenitores expongan cómo se va a desarrollar este sistema de guardia y custodia priorizando siempre el interés superior del menor.

³⁰ Alba Ferre, Esther. “El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor antes las crisis matrimoniales.

³¹ STS (Sala de lo Civil) de Madrid, núm.5285/2016, de 5 de diciembre de 2016.

-El resultado de los informes exigidos legalmente.

El artículo 92 CC prevé dos tipos de informes a valorar por los tribunales para la atribución del régimen de guardia y custodia de los menores. El primero de ellos es el informe favorable del fiscal del que ya hemos hecho referencia en el presente trabajo, y por otro lado, nos encontramos con los informes técnicos elaborados por especialistas debidamente cualificados. Según lo dispuesto en el artículo 92. 9 CC se permite al Juez de oficio o a instancia de parte recabar dictamen de los especialistas relativo a la idoneidad del régimen de guardia y custodia de los menores.

Los informes periciales psicológicos son elaborados habitualmente por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado y permiten valorar el régimen de guardia y custodia más adecuado según las circunstancias de cada caso. Estos informes contendrán como se desarrolla la relación entre el menor respecto a sus progenitores; los hábitos cotidianos durante la estancia con cada uno de ellos; los deseos manifestados por los menores en referencia a la guardia y custodia y en definitiva todos los aspectos que resulten relevantes para valorar si la custodia debe ser monoparental o compartida.

En cuanto a la forma en que se práctica estos informes periciales, por lo general consisten en una entrevista con los progenitores y los menores, pero no es infrecuente que se complemente con una visita al domicilio de estos para evitar llegar a conclusiones equivocadas durante la entrevista previa.

Al igual que el informe favorable del Ministerio Fiscal estos no tienen carácter vinculante, pero sí son trascendentes a la hora de establecer cuál es el sistema más adecuado de guardia y custodia. Así lo expresa el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias donde señala que *“las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”*³²

Por lo tanto, no es necesario ni la elaboración previa de estos informes psicosociales, ni que estos sean favorables para que el juez pueda establecer el régimen de guardia y custodia compartida.

Además, destacado nuestro Tribunal Supremo que la guarda y custodia compartida no debe tratarse de una medida excepcional, todo lo contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, ya que 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.

³² STS (Sala de lo Civil) de Madrid, núm 3707/2015 del 9 de septiembre de 2015.

VII. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS EN LOS QUE SE ESTABLECE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

En las situaciones de conflicto matrimonial, es importante hablar de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se encuentra regulada en el artículo 96 Código Civil *“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 quedan”*.

Como puede observarse, el precepto se refiere al uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia en exclusiva o bien, se podría interpretar que, en el caso de una custodia compartida, sean los padres los que alternan el uso de la vivienda en los periodos que le corresponda la custodia, siendo el interés superior del menor el criterio esencial para aplicar tal artículo.

En relación con la atribución del domicilio familiar, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017 (recurso 1021/2016), el artículo 96 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

Ello obliga a ponderar las circunstancias en cada caso, con especial atención a dos factores: primero, al interés más necesitado de protección, que no es otro que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. La misma resolución pone de relieve que en estos casos ya no existe una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva.

Esta modalidad consiste en que sean los padres los que alternan el uso de la vivienda y que los hijos siempre permanezcan en ella, por la que se denomina comúnmente como “casa nido”. Si bien es cierto que a priori podría considerarse en una medida beneficiosa para los menores que de esta forma no tendrían que

desplazarse continuamente, no es ni la más habitual ni la más conveniente, pues se pueden generar conflictos entre los progenitores separados, siendo lo menos adecuado para los intereses de los menores ,ya que no podemos olvidar que una mala relación o continuas disputas entre los progenitores pueden afectar ,en mayor o menor medida ,al desarrollo psíquico y emocional de los hijos .

El artículo 70 del CC señala que *“Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”*. La jurisprudencia establece que por vivienda familiar debe entenderse aquella que ha sido habitada por los progenitores e hijos hasta la ruptura del matrimonio.

La separación y divorcio producen el fin de la convivencia conyugal lo cual repercute, en caso de que los haya, sobre los hijos del matrimonio. En estos casos se hace preciso adoptar una serie de acuerdos sobre la custodia de los hijos menores o discapacitados y también sobre la atribución de vivienda familiar. En este punto resulta determinante lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil el cual establece:

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. *Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*".

Con relación a la interpretación de este precepto el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 488/2020, de 23 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:3033, ha señalado que la atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodia se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero se destaca:

"El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándose si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

Es por esa razón que para atribuir la vivienda familiar en los casos en los que el juez acuerde la custodia compartida, se acude por razón de analogía, al párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 96 del CC que establece que, cuando alguno de los hijos queden en compañía de uno de los cónyuges y de los restantes en la del otro, la autoridad resolverá lo procedente.

En caso de que la vivienda sea de titularidad de un tercero no entra en juego el art. 96 del CC, sino que en caso de conflicto debe buscarse la solución en el marco del derecho de propiedad y no desde los parámetros del derecho de familia (STS n.º 757/2024, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2024:3298).

El Tribunal Supremo ha señalado en la sentencia n.º 1312/2024, de 14 de octubre, ECLI:ES:TS:2024:4917, que la falta de concreción de criterio normativo ha obligado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista. Con esta finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores:

- El interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres.

- Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero.

Conforme a esta doctrina es posible la atribución del uso de la vivienda al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, para permitir que pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía. Ahora bien, esta atribución se hará con una limitación temporal similar a la que se establece para los matrimonios sin hijos. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo n.º 870/2021, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4950:

“Con esta finalidad, de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero, 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado”.

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 527/2017, de 27 de septiembre, ECLI:ES:TS:2017:3439 recoge que la atribución de la vivienda familiar no puede hacerse por tiempo indefinido, señalando lo siguiente:

“Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (sentencia 315/2015, de 29 de mayo).

Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia 1067/1998, de 23 de noviembre, consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio).

Al considerar que el hecho de ser la esposa titular del interés más digno de protección permite adjudicarle sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar, la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala (reiterada en las sentencias 73/2014, de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017 y 34/2017, de 19 de enero y 390/2017, de 20 de junio)."

En esta línea se muestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recientemente ha teclado que la rotación en la vivienda familiar no es sistema que vele por el interés de los menores debido a los posibles conflictos que pueden surgir entre los padres. Además, esta modalidad puede ser en muchas ocasiones incompatible con el poder adquisitivo de los padres, pues tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm 1363/2019, de 5 de abril de 2019, *"es un sistema que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común"*.

Por lo tanto, será el juez que según cada caso tenga que resolver a quien le atribuye el uso y disfrute la vivienda familiar, o incluso si no se la atribuye a ninguno de ellos. Como nada dice la legislación estatal al respecto, debemos recurrir a la doctrina jurisprudencial para solucionar este vacío legal.

En este sentido se pronuncia el Alto Tribunal en su funcionamiento que *"lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segunda que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor ,y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente"*. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.³³

En esta misma sentencia establece que debía imponerse una limitación de dos años contados desde esa sentencia, ya que consideraba que se trata de un tiempo suficiente para la esposa para rehacer su situación económica encontrando un

³³ STS (Sala de lo Civil) de Madrid, núm.4249/2014, de 24 de octubre de 2014.

empleo, debido a su edad y cualificación, que le permita acceder a una vivienda digna para atender las necesidades del hijo en los periodos que le corresponda estar con él.

Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm.4084/2014, de 22 de octubre de 2014, en otro supuesto de guardia y custodia compartida, la solución daba respecto a la vivienda familiar fue la de su sometimiento a liquidación, debido a que la madre no necesitaba de especial protección. *“... adaptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación”*.

Como se puede apreciar habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto para que el Juez pueda resolver a quien le atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar, pero será limitado en el tiempo de forma que no se permita que uno de los progenitores se asiente en la vivienda de manera indefinida.

VIII. PRESTACIONES ECONÓMICAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS EN CASO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Para que proceda una pensión de alimentos en caso de guarda y custodia compartida debe acreditarse que la capacidad económica de uno de los progenitores es sustancialmente superior a la del otro. En estos casos, los tribunales suelen optar por compensar esta menor estabilidad económica estableciendo una pensión de alimentos, así como un porcentaje de contribución diferente para sufragar los gastos del menor, como las actividades extraescolares o gastos extraordinarios.

El importe de la pensión de alimentos se determinará en función de la situación personal, económica y patrimonial de ambos progenitores, así como el tiempo de permanencia del menor con cada uno de ellos.

El objetivo de establecer una pensión de alimentos en los sistemas de guarda compartida es evitar que las desigualdades económicas entre los progenitores afecten la estabilidad del menor o influyan en sus preferencias. Se trata de una medida destinada a proteger el interés del hijo y garantizar su estabilidad económica.

Por ejemplo, recientemente, la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en una sentencia de fecha 14/10/2024, resolvió un procedimiento en el que se acordó una guarda compartida con semanas alternas y, al mismo tiempo, se estableció una pensión de alimentos de 125,00 €/mes a cargo de uno de los progenitores a favor del otro. La decisión se basó en que uno de los progenitores tenía un salario de 1.700 €/mes, mientras que el otro contaba con ingresos mínimos e irregulares. También se fijó un porcentaje de contribución distinto para los gastos del menor.

Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, núm. 359/2016, de 11 de febrero de 2016, cuando afirma que “la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”. En el mismo fallo considera que esa pensión de alimentos no debe limitarse en el tiempo, al igual que sucede generalmente con las pensiones compensatorias, pues los hijos no pueden quedar al amparo de que la madre pueda encontrar trabajo.

IX. RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES EN CASO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

En los supuestos que existan hijos comunes, la resolución judicial que se dicte o el convenio regulador aprobado judicialmente deberá establecer el régimen de visitas y comunicaciones en favor del progenitor que no ostente la guarda y custodia. Asimismo, en caso de acordarse un sistema de guarda y custodia compartida, será igualmente necesario fijar la organización de los periodos de estancia de los menores con cada progenitor, incluyendo la distribución de los periodos vacacionales y de las fechas de especial relevancia.

De esta manera, los principales criterios que los tribunales han establecido como relevantes a la hora de decidir sobre esta cuestión son:

-Edad y madurez: puesto que la manera de mantener la relación con el progenitor no custodio se verá afectada en función de cómo de mayor sea el niño. El artículo 92.6 CC establece que *"en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario"*.³⁴

-Proximidad entre los domicilios de los progenitores: la jurisprudencia señala que, en los casos en los que geográficamente ambos domicilios se encuentren alejados, las visitas reiteradas son complicadas porque no solo afectarían emocionalmente al menor, sino también a su rutina diaria y con ello, el rendimiento escolar. En estos casos, los tribunales han optado por conceder visitas de manera más concentrada en fines de semana y en periodos vacacionales.

-Relación previa entre el progenitor no custodio y el menor: Si el progenitor no custodio ha estado ausente durante periodos prolongados, la doctrina ha sugerido la intervención de equipos psicosociales para evaluar el impacto de la reintroducción del progenitor en la vida del menor. Un régimen de visitas con puntos de encuentro familiar podría ser una solución transitoria, especialmente cuando el juez no tenga segura la capacidad del no custodio de proporcionar un entorno adecuado para el menor.³⁵

Respecto a esto, el Tribunal Supremo ya se manifestó, estableciendo en su Sentencia 656/2021, que, si el régimen de visitas en la práctica reproduce un modelo

³⁴ Código Civil, artículo 92.6: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*

³⁵ Torrelles Torrea, E, "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicaciones y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario "

de custodia compartida, debe ser calificado como tal. En ella, se determinó lo siguiente: *"la paridad temporal que establece el juzgado es, en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el sistema de custodia compartida, que de facto se ha establecido"*. De ese modo, la calificación de guarda y custodia no es un mero proceso formal, sino que debe adecuarse a la realidad.



X. CONCLUSIONES

PRIMERA: En primer lugar, conviene puntualizar que, si nos fijamos en la evolución de serie histórica del Instituto Nacional de Estadística sobre la custodia compartida desde que existen registros, llegamos a la conclusión que la custodia compartida en nuestro país ya no es un sistema excepcional. No obstante, tras analizar la jurisprudencia al respecto, es preciso examinar las situaciones propias de cada familia con el fin de establecer qué régimen es más beneficioso para el interés de los menores, pues habrá que ver si concurren las circunstancias para llevar a la práctica este sistema.

SEGUNDA: Tras analizar las circunstancias que han de darse para la atribución de la custodia compartida, el bajo grado de conflictividad de los progenitores tras la separación o divorcio se presenta como un punto a tener en cuenta para el ejercicio de este sistema de guarda, sin que sea necesario que la relación entre los progenitores sea excelente y carente de desacuerdos.

TERCERA: Las aptitudes de los padres para el cuidado de los hijos, así como su relación con ellos antes de la ruptura son otro aspecto a considerar a la hora de tomar una decisión. Por eso los informes psicosociales junto con la audiencia del menor, si esta fuese posible, facilitan la labor del juzgador, ya que podrá dilucidar de manera más precisa como ha sido esta relación entre padres e hijos. De todas formas, ni la voluntad del menor, ni los informes parciales y del Ministerio Fiscal serán por sí solos determinantes para establecer el régimen de guardia y custodia.

CUARTA: A pesar de que no existe una edad mínima para denegar la guardia y custodia compartida, parece claro que será muy difícil considerarla pertinente si el menor es lactante. Sin embargo, cada vez con más frecuencia se está optando por este sistema aun cuando los menores son de corta edad, desmitificando la idea de que los hijos están mejor con sus madres cuando están en sus primeros años de vida.

QUINTA: Aunque hay que valorar las situaciones concretas de cada supuesto, la tendencia jurisprudencial parece indicar que la modalidad de “casa nido” no es la más adecuada para el interés del menor, debido a las más que posibles fricciones que pueden surgir entre ellos al tener que compartir vivienda en periodos alternos, además del perjuicio económico que les supondría tener que mantener tres casas. Por lo tanto, resulta más conveniente que sean los niños los que tengan que desplazarse a los domicilios de los progenitores cuando les corresponda estar bajo su cuidado.

SEXTA: Tampoco existe un criterio absoluto en referencia la distancia máxima entre los domicilios de los padres. Sin embargo, no será posible aplicar este sistema

de guarda si estos se encuentran muy alejados entre sí, puesto que supondría un perjuicio para los menores a la hora de desplazarse al centro escolar. Sin olvidar que los continuos cambios de su entorno social afectarían negativamente a la estabilidad de los hijos.

SÉPTIMA.: El plan de parentalidad se muestra como una herramienta necesaria a la hora de solicitar la guarda y custodia compartida de manera contenciosa. Sin un plan donde se explique cómo se va a afrontar la forma de llevar a cabo este sistema, no será posible apreciar que es lo más conveniente para el interés de los menores. Resulta curioso que, a pesar de la exigencia de aportar este plan contradictorio junto a la propuesta del convenio regulador, nuestro Código Civil no lo contempla. En consecuencia, una reforma del Código sobre esta cuestión resultaría necesaria.

OCTAVA: Por último, se llega fácilmente a la conclusión que no existe un modelo único que dé respuesta a todos los supuestos, debido que las necesidades de los hijos y la capacidad de los padres a la hora de cuidarlos difiere, en mayor o menor medida, entre unas familias u otras.

Esta diversidad obliga a adoptar enfoques flexibles, sensibles al contexto y centrados en el bienestar del menor, evitando soluciones rígidas o generalizaciones que no reflejan la complejidad real de las relaciones familiares. Solo desde esta perspectiva plural y adaptativa es posible garantizar respuestas más justas, eficaces y ajustadas a cada caso.

XI. BIBLIOGRAFÍA Y RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

-VALBUENA GARCÍA, Esther (2012). "Sobre la inconstitucionalidad del informe favorable del fiscal en la guardia y custodia compartida contenciosa" Foro, Nueva época, vol. 15, núm. 2 (2012).

-ESPÍN ALBA, Isabel. (2019). "Custodia compartida y mejor interés del menor". Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Diciembre de 2019.

-MARTÍN MOLINA, Alejandro Andrés (2017). "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", Revista internacional de doctrina y jurisprudencia.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA. "Criterios de atribución de la custodia compartida" InDret, revista para el análisis del derecho.

-MARTÍNEZ CALVO, Javier (2019). "Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num. 182/2018, de 4 de abril", Revista Boliviana de Derecho.

-PINTO ANDRADE; Cristóbal (2015). "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución" Revista de Derecho y Ciencias Sociales.

-ALBA FERRE, ESTHER. "El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor antes las crisis matrimoniales.

-ORTEGA CALDERÓN J.L "Suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21 de junio "

-TORRELLES TORREA, E, "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicaciones y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

JURISPRUDENCIA

- STC 257/2013
- STC 948/2023 de 20 junio
- STC 409/2024 de 20 marzo
- STC 806/2013 de 7 de enero de 2014
- STC 15/12/1015
- STC Tribunal Constitucional núm.4/2001, de 15 de enero de 2001.
- Sentencia Supremo (Sala de lo Civil) de Madrid, num.5880/2011, de 27 septiembre de 2011
- Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo civil) de Madrid, num.5969/2009, de 8 de octubre de 2009.
- Sentencia Tribunal Supremo 97/2005 de 14 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo 696/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo 614/2009, de 28 de septiembre
- SSTC 185/2012, FJ 8, y 77/2018, de 5 julio, FJ2
- STC TS de Madrid núm. 5969/2009.
- STC TS de Madrid núm. 5710/2013, de 25 noviembre de 2013.
- STC TS de Madrid núm. 1156/2018, de 4 abril de 2018.
- STC TS de Madrid núm. 3855/2019 de 25 de noviembre de 2016.
- Sentencia Tribunal Supremo 545/2022 de 7 julio.
- STC TS núm.4165/2015, de 14 de octubre de 2015.
- Sentencia Tribunal Supremo (sala de lo civil), núm. 2832/2019, de 24 de septiembre de 2019.
- Sentencia 658/2015, de 17 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil), núm. 1792/2017, de 12 mayo de 2017
- STC TS (Sala de lo civil), núm. 1351/2018, de 11 abril de 2011.
- STC TS (Sala de lo civil), núm.797/2016, de 1 marzo de 2016.
- STC TS (sala civil) Madrid, núm. 21/2018, de 10 enero de 2018
- STC TS (sala civil) Madrid, núm. 474/2017, de 17 de febrero de 2017.
- STC TS (sala civil) Madrid, núm. 5532/2016, de 21 de diciembre de 2016.
- STC TS (sala civil) Madrid, núm. 3684/2018, de 30 octubre de 2018
- STC 52/2015 de 16 de febrero.
- STC TS (sala civil) Madrid, núm. 5641/2013, de 29 de noviembre de 2013
- STC 221/2011, de 1 abril
- STC de 6 abril de 2016
- STC TS (sala civil) Madrid, núm 1363/2019, de 5 de abril de 2019.
- STC TS (sala civil) Madrid, núm 4084/2014, de 22 octubre de 2014.
- Stc de 15 octubre (R.1982/2013)
- STC 106/2022 ,de 13 septiembre .

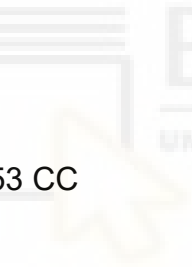
- STC TS 656/2021
- STC 26 de marzo de 2014
- STC Tribunal Supremo 24 abril 1963,8 abril de 1975 y 5 octubre de 1987
- STC TS 25 junio de 1994
- STC TS de 30 abril de 1991 y 20 de enero de 1993
- STC TS 6 julio de 1996
- STC 23 de febrero de 1999
- STC de 24 abril de 2000
- STC de 9 julio 2002
- STC TC núm.96/2015 ,de 16 de febrero
- STC TS 10 septiembre de 2015
- STC núm 111/2015,TS ,2 marzo
- STC de 16 diciembre de 2014
- STC 26/10/2011 (n.721/2011,rec.926/2010)
- STC TS .12 mayo de 2017
- STC 4 febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016; 9 marzo de 2016; 433/2016,de 27 de junio
- STC núm.96/2015,de 16 de febrero
- STC TS 15/07/2015
- STC TS núm.638/2016, de 26 de octubre, la núm.722/2016, de 5 de diciembre y la núm. 280/2017, de 9 de mayo
- STC TS núm 801/2016 ,de 3 marzo
- STC TS de 30 octubre de 2018
- STC TS de 14 marzo de 2017

LEGISLACIÓN

- Constitución Española.
- Ley 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley
- Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

CÓDIGO CIVIL

- Art.73 al 107 CC
- Art.81 a 84 CC
- Art.103 CC
- Art.92 CC
- Art.154 CC
- Art.90 CC
- Art.96 CC
- Art.142 al 153 CC
- Art.110 CC
- Art.146 CC
- Art.94 CC
- Art.156 CC
- Art.170 CC
- Art.154 CC
- Art 94 CC
- Art 93 CC

 **Biblioteca**
UNIVERSITAS Miguel Hernández

