



TESIS DOCTORAL

**MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA:
ANÁLISIS SUSTANTIVO Y PROCESAL A PARTIR DE LA
CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL**

Autora: Jackeline Flores Martín

Directores:

Dr. D. Francisco de Sales Capilla Roncero
(Catedrático de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado)

Dra. D^a María de los Ángeles Pérez Marín
(Profesora Titular de Derecho Procesal)

Sevilla, 2021

Modelos de guarda y custodia compartida: análisis sustantivo y procesal a partir de la casuística jurisprudencial

Tesis Doctoral que presenta Jackeline Flores Martín para la colación del Título de Doctora con Mención Internacional.

En Sevilla, a 22 de enero de 2021.

ÍNDICE

ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	15
INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES BÁSICAS DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	
COMPARTIDA	
	31
I. PRECISIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS.....	33
1. La patria potestad.....	34
2. Delimitación de las expresiones usadas en la práctica jurídica.....	39
2.1. <i>Responsabilidad y corresponsabilidad parental</i>	39
2.2. <i>La guarda y custodia</i>	42
2.3. <i>Del derecho de visitas al régimen de comunicación</i>	45
3. La guarda y custodia compartida.....	47
3.1. <i>La definición</i>	47
3.2. <i>El empleo de diferente terminología para referir el sistema</i>	51
II. REGULACIÓN LEGAL.....	53
1. La Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005.....	55
2. El Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental.....	59
3. Las regulaciones de las Comunidades Autónomas.....	61
III. LAS BONDADES OBJETIVAS DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA.....	64
1. Fomento de la integración de los menores con sus progenitores.....	66
2. Evitación del sentimiento de pérdida.....	68
3. Falta de controversia sobre la idoneidad de los progenitores.....	69
4. Continuidad de la conveniente cooperación entre los padres.....	72

CAPÍTULO II

CRITERIOS VALORATIVOS Y NORMATIVOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

	77
I. PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR.....	79
1. Las pautas para definir el interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado.....	79
2. El contenido procedimental del interés superior del menor.....	84
3. La doctrina jurisprudencial.....	86
4. Conclusión sobre los intereses concurrentes en la guarda y custodia compartida.....	90
II. VINCULACIÓN AFECTIVA Y PRESERVACIÓN DE LAS RELACIONES FRENTE A LA CRISIS FAMILIAR.....	92
1. Las aptitudes personales de los progenitores.....	92
2. Existencia de una previa relación conflictiva entre los progenitores....	95
3. Existencia de acuerdos después de la ruptura y antes del procedimiento judicial.....	98
4. Desencuentros propios de la crisis o ruptura.....	99
III. ARRAIGO SOCIAL Y MANTENIMIENTO DEL <i>STATUS QUO</i>	100
IV. CONVIVENCIA Y ALOJAMIENTO: VIVIENDA FAMILIAR.....	104
1. Delimitación del concepto de vivienda familiar.....	104
1.1. <i>La extensión de la vivienda familiar: las dependencias anexas..</i>	106
1.2. <i>La segunda residencia y varias viviendas.....</i>	107
1.3. <i>Los objetos de uso ordinario que se contienen en el inmueble...</i>	109
2. Referencia normativa.....	109
V. COBERTURA DE LAS NECESIDADES MATERIALES: LOS «ALIMENTOS»....	111
1. El concepto de prestación alimenticia aplicado a la guarda y custodia compartida.....	111
2. Los gastos ordinarios.....	116
3. Los gastos extraordinarios.....	118

VI. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	123
1. Existencia de un proceso penal.....	126
2. Existencia de indicios fundados de violencia doméstica.....	131
3. Problemática específica de la custodia en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores.....	133

CAPÍTULO III

ASPECTOS PROCESALES EN LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

COMPARTIDA

137

I. REGULACIÓN LEGAL Y DIRECTRICES PROCESALES.....	139
1. Introducción.....	139
2. La petición de, al menos, uno de los progenitores.....	142
3. Las peticiones contradictorias de las partes: el procedimiento contencioso.....	144
4. El mutuo acuerdo en el establecimiento de la guarda conjunta: el procedimiento consensual.....	146
5. El sistema de guarda conjunta y el cambio de circunstancias: el procedimiento de modificación de medidas.....	148
6. La actividad probatoria.....	151
6.1. <i>La actividad probatoria del órgano jurisdiccional.....</i>	151
6.2. <i>La actividad probatoria de las partes.....</i>	153
II. INFORME DEL MINISTERIO FISCAL.....	159
1. El papel garante del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia compartida.....	159
2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012.....	163
3. Recomendaciones de la Fiscalía General del Estado: Instrucción 1/2006 de 7 de marzo y Circular 6/2011 de 2 de noviembre.....	165

III. EXPLORACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL MENOR.....	168
1. La regulación insuficiente del carácter preceptivo de la exploración del menor.....	169
2. La forma de llevar a efecto la exploración.....	173
3. La sustitución de la exploración judicial del menor por los informes psicosociales.....	177
4. La valoración de la exploración de los menores.....	179
IV. INFORME TÉCNICO PSICOSOCIAL.....	182
1. Introducción.....	182
2. Valoración y conveniencia del informe técnico psicosocial.....	186
3. Informes favorables a la guarda y custodia compartida.....	189
3.1. <i>Valoración junto con el informe del Ministerio Fiscal.....</i>	189
3.2. <i>Informes favorables con matices contradictorios.....</i>	190
3.3. <i>Acuerdos de custodia monoparental a pesar de la existencia de informe favorable.....</i>	192
3.4. <i>Interpretación probatoria del informe técnico psicosocial conjuntamente con otros informes complementarios.....</i>	193
4. Informes desfavorables a la guarda y custodia compartida.....	194
4.1. <i>Se estima el régimen de guarda conjunta.....</i>	194
4.2. <i>Se desestima el régimen de guarda conjunta.....</i>	196
V. SOLICITUD DEL EJERCICIO ALTERNO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	199
1. Supuestos de petición de la fijación de una futura guarda y custodia compartida.....	200
2. Solicitudes de adopción del régimen de guarda y custodia compartida en fase de modificación de medidas.....	202
2.1. <i>Razones a favor de la aprobación de un cambio a la modalidad de guarda conjunta.....</i>	204
2.2. <i>Motivos que deniegan la procedencia del cambio a la guarda conjunta.....</i>	211

CAPÍTULO IV	
GUARDA COMPARTIDA Y VOLUNTAD DE LAS PARTES	215
I. EL PLAN DE EJERCICIO CONJUNTO DE LAS RESPONSABILIDADES PARENTALES.....	217
1. El plan de parentalidad.....	218
2. La vía contenciosa y el consenso.....	221
3. La voluntad del menor.....	223
3.1. <i>A favor de la guarda alterna</i>	225
3.2. <i>En contra de la guarda alterna</i>	225
4. Breve apunte sobre la jurisprudencia en Portugal.....	227
II. EL MUTUO ACUERDO ENTRE LOS PROGENITORES: EL CONVENIO REGULADOR.....	229
1. La definición de Convenio Regulador.....	230
2. Los referentes en las legislaciones autonómicas.....	233
3. El contenido de los acuerdos para el ejercicio de la guarda y custodia compartida.....	234
4. El tratamiento procesal del Convenio Regulador.....	238
III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	240
1. Introducción.....	240
2. El papel de la mediación en la guarda y custodia compartida.....	245

CAPÍTULO V

GUARDA COMPARTIDA Y EDAD DE LOS HIJOS	249
I. LA LOGÍSTICA DE LA GUARDA ALTERNA Y LA EDAD DEL MENOR.....	251
II. DE 0 A 3 AÑOS.....	253
1. Lactantes.....	253
1.1. Ejercicio de la guarda conjunta y lactancia materna.....	255
1.2. Soluciones ofrecidas sobre el tiempo de alternancia.....	257
2. De 2 a 3 años.....	258
III. DE 3 A 11 AÑOS.....	260
1. La amplitud del régimen de visitas y la exclusión de la guarda compartida.....	261
2. La excusa de la adaptación al entorno para petrificar la situación del menor.....	262
IV. DE 12 AÑOS EN ADELANTE.....	264

CAPÍTULO VI

GUARDA COMPARTIDA Y ALIMENTOS	267
I. CONNOTACIONES GENERALES DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	269
1. Sobre la obligación del pago.....	271
1.1. No se excluye el deber de abonar una pensión.....	271
1.2. No se debe limitar en el tiempo.....	272
2. Las fórmulas en la praxis jurisprudencial.....	274
2.1. La determinación de la cuantía.....	274
2.2. Los sistemas para el pago.....	275
II. ALIMENTOS A CARGO DE CADA PROGENITOR DE FORMA INDIVIDUAL...	280
III. PENSIÓN DE ALIMENTOS SATISFECHA POR MITAD E IGUALES PARTES...	281
IV. PENSIÓN DE ALIMENTOS SATISFECHA POR UN SOLO PROGENITOR.....	283

CAPÍTULO VII	
CUARDA COMPARTIDA Y VIVIENDA	
	287
I. LOS FACTORES Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.....	289
1. El interés más necesitado de protección.....	294
2. La titularidad de la vivienda.....	295
3. Los modelos de distribución del uso de la vivienda en casos de guarda conjunta.....	298
II. LA CONTINUACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL COMO DOMICILIO DEL MENOR.....	300
1. La casa nido: los hijos se quedan y los progenitores se alternan.....	301
1.1. <i>Ambos progenitores cotitulares de la vivienda familiar.....</i>	303
1.2. <i>Un solo progenitor como titular de la vivienda familiar.....</i>	305
2. El uso exclusivo de un progenitor y diferente domicilio con el otro guardador.....	306
2.1. <i>Ambos progenitores cotitulares de la vivienda familiar.....</i>	307
2.2. <i>Un solo progenitor como titular de la vivienda familiar.....</i>	313
3. Los casos de titularidad de la vivienda perteneciente a un tercero.....	315
3.1. <i>La vivienda familiar arrendada.....</i>	315
3.2. <i>La cesión gratuita de la vivienda familiar.....</i>	318
III. LOS DOMICILIOS DISTINTOS A LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.....	320
1. Supuestos viables para la guarda conjunta.....	320
2. Supuestos inviables para la guarda conjunta.....	321

CAPÍTULO VIII

GUARDA COMPARTIDA Y MODALIDADES DE ALTERNANCIA	327
I. LOS FACTORES EN LAS MODALIDADES DE ALTERNANCIA.....	329
1. La residencia privilegiada.....	330
2. La residencia alternada en el domicilio de los padres.....	330
3. La residencia alternada en el mismo domicilio sin traslado de los hijos.....	331
II. EL DOMICILIO EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	332
1. La residencia habitual del menor a efectos de empadronamiento.....	334
2. El cambio de domicilio de los progenitores.....	336
2.1. Factores determinantes en los supuestos de cambio de domicilio.....	337
2.2. Aspectos procesales.....	339
3. La tributación fiscal en casos de custodia compartida: propuesta de <i>lege ferenda</i>	344
III. LOS PERÍODOS DE TIEMPO.....	348
1. Introducción.....	348
2. Períodos semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales y anuales.....	351
3. Regulación de los días de puentes y celebraciones especiales.....	354
4. Los períodos de vacaciones.....	355
4.1. Las etapas vacacionales.....	355
4.2. Las salidas del territorio nacional	359
5. La falsa guarda individual o exclusiva.....	360
IV. LOS REGÍMENES DE ESTANCIA, RELACIÓN Y COMUNICACIÓN.....	364
1. Recogida y retorno del menor.....	365
2. Gastos de desplazamiento.....	368

CAPÍTULO IX

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN TIEMPOS DE PANDEMIA	371
I. EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA PARA LA RESOLUCIÓN DE LAS INCIDENCIAS DEL COVID-19	373
1. El impacto del confinamiento por el Covid-19 y la adopción de medidas procesales.....	373
2. El procedimiento especial y sumario.....	375
2.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	375
2.2. <i>Vigencia temporal del procedimiento</i>	377
2.3. <i>Sustanciación del procedimiento</i>	379
II. LOS PACTOS DE COMPENSACIÓN	382
1. La repercusión del estado de alarma en el desarrollo del ejercicio de la guarda y custodia compartida sobre los hijos.....	383
2. La interpretación judicial aplicada a los casos de la modalidad de guarda conjunta: la compensación de tiempos.....	386
III. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	391
CONCLUSIONES	395
<i>JURISPRUDENCIA</i>	417
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	435
<i>WEBGRAFÍA Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS</i>	456
ANEXO PARA MENCIÓN INTERNACIONAL AL TÍTULO DE DOCTORA	461
SUMMARY	464
CONCLUSIONS	467

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
ALECP	Anteproyecto de Ley del Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental
AP	Audiencia Provincial
Apdo./apdos	Apartado/s
Art./Arts	Artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
Cap.	Capítulo
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derecho Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial (CGPJ)
<i>Cf./ Cfr.</i>	Consulte / Compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
D	Decreto
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
EM	Exposición de Motivos
Etc.	Etcétera
FD	Fundamento de Derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico

GC	Guarda y custodia
GCC	Guarda y custodia compartida
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPC	Índice de precios al consumo
ISM	Interés superior del menor
JF	Juzgado de Familia
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LAIRF	Ley de Aragón de Igualdad de Relaciones Familiares
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEOMF	Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LNRC	Ley Foral de Navarra de Custodia en casos de Ruptura
LVRF	Ley Valenciana de Relaciones Familiares
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección jurídica del menor de 1996
LPVRF	Ley del País Vasco de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores
MF	Ministerio Fiscal
Nº/ núm.	Número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
p./pp.	Página/s
p.ej.	Por ejemplo
RAE	Real Academia de la Lengua Española

Abreviaturas

RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
Rgto.	Reglamento
SAP/SSAP	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es
ss.	siguientes
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>Vid.</i>	<i>Vide</i> (véase)
<i>Vid. infra</i>	<i>Vide infra</i> (véase después)
<i>Vid. supra</i>	<i>Vide supra</i> (véase antes)
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La realidad social actual sobre modelos de familias necesita ser acogida en la legislación que regula las vidas de las personas de un país. No obstante, si la normativa que se propone por el legislador es tímida, confusa e indefinida, la labor de los órganos jurisdiccionales se vuelve imprescindible a fin de unificar los criterios a seguir por los diferentes operadores jurídicos.

En el contexto del derecho de familia, las obligaciones y derechos de los padres hacia sus hijos menores alcanza un prioritario interés cuando se produce la eventualidad de la ruptura de la pareja. Ocurrida dicha crisis parental, nuevos patrones familiares han ido naciendo en nuestra sociedad, que necesitan de una coherente y razonada regulación¹. La tradicional atribución de la guarda de los hijos de forma individual a la madre se vio retada por el aumento de la incorporación de la mujer al mundo laboral. Ese mayoritario modelo de familia, que convertía al padre en visitador de los hijos menores y en pagador de una pensión de alimentos, no permitía dar respuesta a realidades que chocaban con la integración y la conciliación en el trabajo de la mujer. Es por ello, por lo que las relaciones entre progenitores e hijos, tras la ruptura de los primeros, debía evolucionar hacia el arquetipo de la igualdad de género parental o coparentalidad retratado en la guarda conjunta.

En esta trama de núcleos de relaciones entre ascendientes y descendientes, aparece una solución que se ha venido a llamar en la práctica «guarda y custodia compartida». Nos encontramos con un concepto que, en la

¹ Se habla de modelos de familia plurales, dinámicos, diversos y globalizados. Así, «la universalización real de la educación formal, primero, haciendo partícipes también a las mujeres, generó en ellas un incremento de las expectativas laborales que fue el motor de la búsqueda del acceso de las mujeres en las diferentes esferas del mercado laboral. Una vez empleadas, las mujeres han protagonizado importantes procesos de movilidad social ascendente, a pesar de las diferentes estructuras generizadas que continúa habiendo en el mercado laboral.» Vid. BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), en *La custodia compartida en España*, p. 42.

actualidad, se ve envuelto en una ausencia de definición legal, dada por el escaso rigor técnico de nuestra norma y la desacertada terminología utilizada por el legislador. Siendo así, que han venido a ser los órganos judiciales y tribunales los que conformen la jurisprudencia que le da forma a la noción de este sistema familiar.

El origen del objeto de esta investigación aparece en la situación de la ruptura familiar de parejas con hijos menores fotografiada bien en un procedimiento matrimonial de separación, nulidad² o divorcio, bien a través de un proceso para el establecimiento de medidas paterno-filiales cuando no ha habido matrimonio previo. Un factor primordial es la regulación del bienestar de los hijos tras el cese de la convivencia simultánea. Lo anterior nos lleva necesariamente a la instauración de las medidas recogidas en los artículos 90 y 92 del Código Civil, en función de las diversas situaciones reales planteadas. Desde el punto de vista procesal, dichas medidas se determinarán bien mediante el acuerdo judicial por sentencia, en caso de desacuerdo entre las partes, bien por los acuerdos plasmados en los convenios reguladores en los procesos de mutuo acuerdo.

El punto de partida del presente estudio es el tratamiento del sistema de guarda y custodia compartida desde la visión dada por el Tribunal Supremo

² Respecto a la institución de la nulidad en las crisis matrimoniales, se entiende que no viene a solucionar una crisis conyugal porque su finalidad es declarar la ineficacia del matrimonio. Sin embargo «esta declaración no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos o del contrayente o contrayentes que actuaron de buena fe, porque desconocían el vicio que quejaba a su matrimonio (art. 79 CC); así, tales hijos serán considerados matrimoniales a pesar de la nulidad. La separación, nulidad y divorcio se acompañan de una serie de medidas que tienden a solventar cuestiones que quedan pendientes entre los cónyuges, consecuencia de la comunidad de intereses que ha existido durante del tiempo del matrimonio o de la convivencia de los mismos. Así, se deberán adoptar decisiones acerca de los hijos comunes sometidos a la patria potestad; sobre la atención a las necesidades de estos últimos, que se engloban en el concepto de alimentos; sobre quién ocupará la vivienda conyugal en el futuro; sobre si procede que un cónyuge pague una pensión al otro; y sobre la disolución y liquidación del régimen económico que haya estado vigente. Estas medidas las podrán acordar conjuntamente los cónyuges a través del convenio regulador, o será el Juez quien las adopte (arts. 90 ss. CC).» CAPILLA RONCERO, F., LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y AAVV. (2015), *Introducción al derecho patrimonial privado*, pp. 110-111.

español en su jurisprudencia. Desde el análisis de la casuística de los supuestos de hechos planteados en sus sentencias, se pretende sistematizar las diferentes cuestiones argumentadas con el fin de construir modelos de guarda conjunta en función de la interrelación de las mismas³.

La metodología elegida pasa, igualmente, por obtener un encuadre de los diferentes conceptos abordados en los fundamentos de derecho razonados por el Alto Tribunal en sus resoluciones judiciales. Sin lugar a dudas, utilizar el término «encuadrar» en el ámbito jurídico del derecho de familia es una tarea ardua y difícil por sus propias características⁴. Si bien, la acción de encajar en un marco orientativo que determine los límites o esquemas de la guarda compartida puede resultar en gran medida útil para los operadores jurídicos, teniendo en cuenta las indefiniciones legales.

³ Todas las resoluciones referenciadas serán identificadas con sus datos (fecha, número de resolución, referencias de base de datos, identificador ECLI y ponente) en el apartado de Jurisprudencia reseñado en el índice.

⁴ En los pronunciamientos de los distintos foros y encuentros entre Jueces y Abogados de Familia se ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de la creación y puesta en funcionamiento de una jurisdicción especializada en persona y familias. A modo de ejemplo, en las conclusiones definitivas del Encuentro de Jueces, la Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes técnicos de psicología jurídica del menor y forense, celebrado en Madrid los días 9, 10 y 11 de 2017 sobre mediación intrajudicial, sus conclusiones definitivas apelan a que «solo desde el reconocimiento de la singularidad de los conflictos familiares y de los procesos en los que se subsumen, que trascienden a la esfera de la emotividad, a la singularidad de cada caso, e incluso a los componentes culturales, étnicos y religiosos, se podrán impulsar eficazmente metodologías autocompositivas como la mediación y aquellas otras técnicas que tiendan a la superación de las diferencias por los propios particulares afectados.». Consultado con fecha de enero de 2018, en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=b08743d5e9ef0610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES

En este sentido, MIOTA NAVARRO S. recuerda que «El Derecho de Familia, es una rama del Derecho autónoma, con vida propia, donde las personas que lo trabajen necesitan de una vocación y sensibilidad especial. Es una especialidad del Derecho que intenta regular un mundo que se mueve a una velocidad social muy intensa y que exige unos medios especializados y dinámicos, para llegar a soluciones adecuadas.», *Revista Abogados de Familia AEFA*, nº 92, junio de 2018, p. 6. Por su parte, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. piensa que «mientras se discuten modelos y se ponderan en abstracto, nadie pone en marcha una auténtica Jurisdicción de Familia», *Vid. «Alternar y no compartir», Escritura pública N° 78, (2012) p. 67.*

Esta línea de investigación, sobre los razonamientos judiciales en procesos de familia aplicada a una muestra de sentencias, ya ha sido realizada anteriormente. La metodología se centra en la idoneidad y viabilidad de la custodia compartida, a fin de construir esos modelos que ayuden a observar la realidad con suficientes garantías jurisprudenciales y sean útiles tanto para los propios profesionales involucrados como para la formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales.

La investigación inicial, propuesta por esta doctoranda, planteaba un título de tesis que comprendiera la visión de la custodia compartida desde la práctica de los tribunales españoles, y ello, dentro de la línea de investigación comprendida bajo las nuevas perspectivas de la regulación del tráfico privado. A medida que se fue avanzando en el desarrollo de los contenidos del plan de investigación, finalmente, se optó por la concreción de la temática en virtud de la recopilación del material y ordenación de la jurisprudencia. Es por ello por lo que se ha fijado el título haciendo hincapié en el enfoque referido a los modelos de custodia compartida. A través de la lectura e interpretación de las sentencias, se ha podido acceder a un número de resoluciones que permita garantizar la representatividad del estudio que se presenta.

Se referirá la delimitación jurisprudencial sobre el tema elegido desde el año 2005, concretamente desde la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio⁵, cuyas disposiciones vinieron a reformar el derecho civil español, incluyendo de forma expresa la guarda y custodia compartida en el Código Civil. Una vez implantada la modalidad del ejercicio compartido o conjunto de

⁵ Esta norma en materia de separación y divorcio provocó un cambio en la interpretación de los conceptos elementales en Derecho de Familia. La introducción de la expresión «corresponsabilidad parental» entroncaba con la concepción tradicional del *pater familias* y la potestad o poder sobre sus hijos que llevaba implícita.

la guarda y custodia sobre los hijos tras la ruptura de la pareja, la interpretación de los jueces dio lugar a una jurisprudencia fluctuante⁶.

La hoja de ruta conduce desde unos primeros años de resistencia al otorgamiento de este sistema de custodia, en los supuestos contenciosos, hasta un favorecimiento reciente que viene a patrocinar su práctica. Veremos, igualmente, como en las sentencias estudiadas y fechadas de forma aproximada entre los años 2009 a 2012, se razona sobre la aplicación de una norma con vigencia inferior a los cinco años antes de la presentación de los respectivos recursos y que, en el momento en que se interponen, no se cuenta aún con una jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo. Desde entonces y hasta hoy, han transcurrido quince años en los que los tribunales han ido recogiendo, a su manera, la forma de pensar de una sociedad cambiante que precisaba verla recogida en las repuestas interpretativas y en la aplicación de criterios que la sirvan.

El enfoque de este trabajo busca alejarse de la obtención de un único modelo de custodia y guarda conjunta. Siendo así, nos apartamos de un formulismo genérico único, para dar cabida a un juego de posibilidades dentro de la casuística de las familias. Se propone esquematizar los distintos supuestos de hecho y las respuestas dadas por el Tribunal Supremo, ofreciendo una probable catalogación del caso que se pudiera plantear ante el juzgador y a los profesionales que intervienen en el marco jurídico para darle una solución afín. Es deseo de esta investigadora que los parámetros elegidos para su estudio, resulten de ayuda a los operadores jurídicos que busquen un

⁶ Vid. ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., para quien en los procesos contenciosos en materia de GCC se produjo el señalado movimiento pendular, ya que «nuestro sistema (en concreto, nuestro legislador y nuestros jueces) reaccionó tarde y de manera contradictoria a las nuevas realidades sociales, produciéndose desde un inicial rechazo frontal (como ocurrió con la jurisprudencia de los primeros años tras la inclusión expresa de la guarda y custodia compartida en el Código Civil, esto es, la de los años 2006, 2007, 2008, así como la Instrucción de la FGE 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida en materia de empadronamiento de los hijos menores) hasta, en los últimos años, una avalancha legislativa favorable en la materia.», *La guarda compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*, (2018) p. 49.

enfoque que reconduzca el sistema de alternancia en la guarda que se les plantea. En este contexto, y por lo que antecede, resulta respaldado el interés práctico del tema elegido.

Esta labor conlleva, al mismo tiempo, una aproximación multidisciplinar de la materia. De ahí, que entendamos como un complemento indispensable a las consideraciones de Derecho Civil, la incorporación de la disciplina jurídica del Derecho Procesal. Por ello, de forma significativa se incluyen los aspectos procesales en la creación de los modelos que se propondrán. Siendo así, y a fin de ofrecer una visión completa de las cuestiones tratadas en los diferentes capítulos, se tratarán tanto cuestiones sustantivas como procesales.

Para formalizar los objetivos señalados se ha estructurado el presente trabajo en nueve capítulos. En el primero de ellos realizaremos un breve apunte introductorio sobre cuestiones referentes a los rigores de los términos y la noción del régimen de guarda y custodia. Al mismo tiempo, las menciones sobre la regulación normativa y legislativa, a esta parte del derecho de familia, se hacen obligadas. En este apartado se hace una recopilación de aquellos aspectos, subrayados por la jurisprudencia, que hacen beneficiosa la elección de este sistema.

Una vez presentados los prolegómenos del objeto de este estudio, a través de un breve análisis del panorama en el que se prelude, procede plantear, en el segundo capítulo, los aspectos nominales y sustantivos que habremos de valorar para la construcción de los modelos de guarda y custodia compartida. Así, se hará alusión a criterios como el interés del menor como principio prevalente, las relaciones entre los progenitores y sus aptitudes, el arraigo social, el mantenimiento del *status quo*, la vivienda familiar como elemento de convivencia, la cobertura de las necesidades materiales alimenticias y la incidencia de la violencia en el ámbito familiar.

En el tercero de los capítulos se abordará la mención aludida a la disciplina jurídica del Derecho Procesal. Es por ello, por lo que se incluirán criterios procesales que han sido tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales civiles para estimar o desestimar la adopción del régimen de guarda alterna o conjunta. Las alusiones a los dictámenes del Ministerio Fiscal y a los informes de los Equipos Psicosociales son imprescindibles a efectos de valorar los supuestos familiares concretos. La cita referida a la exploración de la voluntad de los menores complementa, en igual medida, el innegable factor procesal del tema de investigación. Por su parte, dependiendo de la fase del proceso en la que nos encontremos, a la hora de sopesar las solicitudes de guarda para con los menores, las respuestas se tornan muy diversas.

Seguidamente, en el cuarto de los capítulos, se tratarán los argumentos referidos a la voluntad de las partes. Este punto enlaza, obligatoriamente, con el tratamiento del convenio regulador, como manifestación consensuada de los padres en la regulación de la situación familiar. Algunas referencias a la institución de la mediación familiar son incluidas también en este apartado.

En capítulo quinto, se afrontará el estudio del factor de la edad de los hijos a la hora de establecer el modelo de guarda con ellos. El coeficiente de la cobertura de las necesidades materiales de los hijos, plasmado en los alimentos, es un elemento esencial a la hora de construir el modelo a seguir, por lo que será examinado en el capítulo sexto.

El indispensable componente de la vivienda y las situaciones variadas que se puedan encontrar, se expone en el séptimo capítulo. Igualmente, en este apartado, se incluye el estudio de las diferentes modalidades de convivencia en función de la vivienda elegida para el ejercicio de la guarda.

En el capítulo octavo, se analizan las cuestiones relativas a las modalidades de alternancia, referidas a la vivienda, como lugar o espacio físico

del domicilio, los períodos temporales y los regímenes de estancia y comunicaciones para con los menores.

Finalmente, las consecuencias de la sucesión de medidas adoptadas por las autoridades sanitarias y gubernativas, como consecuencia de la grave pandemia sufrida por el COVID-19, han hecho necesaria la inclusión de un capítulo expresamente dedicado a dichos aspectos. Con motivo del trasfondo de los cambios en la realidad social provocados por la pandemia, se conecta el procedimiento de familia sumario, creado «ex novo», con los acuerdos de compensación de tiempos no disfrutados aplicados a la modalidad de guarda conjunta.

Este trabajo acabará con la exposición de las conclusiones, obtenidas tras el análisis constructivo planteado, de una materia tan crucial en el ámbito del derecho de Familia y la realidad social que la envuelve.

A efectos de dar cumplimiento a lo regulado en la normativa para la obtención de la Mención Internacional en el Título de Doctor, partes de la tesis doctoral, un resumen y las conclusiones, se presentan en inglés.

La conclusión y cierre de esta tesis se realiza a veintidós de enero del año 2021.

CAPÍTULO I

A priori

CAPÍTULO I
CONSIDERACIONES BÁSICAS DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA

I. PRECISIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS

La evolución en los valores y comportamientos en nuestra cultura, fue dando lugar a un abandono de la concepción de la familia con origen constrictivo en el matrimonio. Así, la realidad social representada por uniones afectivas distintas a la constituida por los cónyuges o “desposados” fue abriéndose paso y recibiendo el reconocimiento de los tribunales⁷. De ahí, que en la jurisprudencia de los últimos cuarenta años se haya ido construyendo modelos de respuestas a las diferentes modalidades de parentela.

La introducción del divorcio en las diferentes legislaciones y la incorporación generalizada de la mujer al mercado laboral, han contribuido

⁷ Las consideraciones del Tribunal Constitucional al respecto de esa realidad social han sido recogido en afirmaciones como las que sigue, de su Sentencia núm. 93/2013 de 23 de abril en su Fundamento Jurídico Octavo (RTC 2013\93, ECLI:ES:TC:1989:45): «Por otra parte, la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas. (...) El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural» (STC 222/1992, de 11 de diciembre [RTC 1992, 222], FJ 5). Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como «la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja» (STC 47/1993, de 8 fe febrero [RTC 1993, 47], FJ 3). (...)».

enormemente a los profundos cambios que ha sufrido en las últimas décadas la noción de familia y a la ruptura del esquema tradicional⁸.

El presente estudio se ciñe al ámbito de las relaciones familiares generadas entre los progenitores y los hijos menores de edad, tras la ruptura provocada por una crisis en la pareja, bien derivada del matrimonio (divorcio, separación o nulidad) o bien de las uniones de hecho.

Siendo así, el paso inicial y básico pasa por definir las distintas nociones a las que se hace referencia, de forma que se procede a explicar algunos de los conceptos tratados, sin pretender entrar en un estudio exhaustivo de los mismos.

1. La patria potestad

La función tuitiva de las relaciones paterno-filiales la encontramos en la redacción del artículo 154 del Código Civil⁹, cuando establece que los hijos que no estén emancipados, estarán bajo la potestad de los progenitores. Seguidamente, la norma viene a enunciarnos unos deberes y facultades que comprende el ejercicio de la misma.

Con carácter general, debemos señalar que el Código civil regula la patria potestad, en cuanto se refiere a titularidad y ejercicio, separadamente de los modelos de guarda y custodia. Estos últimos vienen a recogerse como

⁸ En esta línea indiscutible, Cf. UREÑA CARAZO, B., «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia» (2015), p. 66.

⁹ Art. 154 del Código Civil, redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 julio) y vigente desde el 18 agosto de 2015: «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.»

un efecto de la nulidad, separación o divorcio en los artículos 90 y siguientes del CC. Por su parte, la patria potestad, con sustantividad propia, se regula en el Título VII, bajo la rúbrica *De las relaciones paterno-filiales*.

Los aspectos referentes a la titularidad, el ejercicio y la guarda coincidirían en situaciones de convivencia de los padres. Sin embargo, para el supuesto de que la cohabitación o coexistencia familiar faltasen, se originarían distintas situaciones sobre el modo de organización en las relaciones padres-hijos tras la ruptura¹⁰.

Para Serrano Fernández, una vez superada la vieja concepción de la patria potestad, como un poder absoluto del padre sobre los hijos, ésta se configura actualmente en nuestro ordenamiento jurídico como una función. Su naturaleza determina los caracteres de ser intransmisible, irrenunciable e imprescriptible, lo cual no impide que su ejercicio negligente pueda dar lugar a su extinción. Según subraya la autora, ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre, ejercido siempre en beneficio de los hijos y con un mayor control público en detrimento de los mecanismos de control estrictamente familiares¹¹.

Por ello, en la patria potestad se incluye todo aquello que afecta a las decisiones de interés para la vida, salud, formación y educación del menor, que serán adoptadas por ambos padres conjuntamente. Generalmente, y a no ser que haya alguna causa para su privación, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad son compartidos y se atribuyen a ambos progenitores, independientemente de a cuál de ellos se le otorgue la guarda y custodia.

¹⁰ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre del 2009» (2010), p.4.

¹¹ Cf. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., PIZARRO MORENO, E., PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. y AGUILAR RUIZ, L., en *Derecho de familia* (2017), pp. 203 y ss.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo asienta la consideración de que el ejercicio de la patria potestad supone que ambos progenitores deban comunicarse aquellas decisiones relevantes que se adopten en relación con los menores y redunden en su beneficio. Por lo general, la intervención conjunta y el acuerdo de ambos se refieren a cuestiones relevantes que hagan preciso un acuerdo. La totalidad de estos derechos y deberes excede de los límites del objeto de este estudio, aunque sí es necesario mencionar algunos aspectos del contenido sustantivo práctico que afecta a la esfera personal en relación con el sistema de guarda y custodia que estamos tratando.

Tras la ruptura de la pareja, se hace necesario regular dichos aspectos a fin de que la familia, que está sufriendo el cambio en el modo de convivencia, se acoja a una forma de actuación con unos parámetros lo más clarificadores posibles¹².

La jurisprudencia alude a una serie de circunstancias que precisarían la intervención conjunta de ambos progenitores, sirviendo como ejemplos las siguientes¹³:

- Así, respecto a las cuestiones médico-sanitarias que se planteen en relación con los hijos menores, la decisión debe ser conjunta para todo lo relativo a estancias hospitalarias u operaciones quirúrgicas graves¹⁴.

¹² NAVAS NAVARRO, S. puntualiza que «si el contenido de la patria potestad sigue existiendo para ambos padres, a pesar de la crisis matrimonial, quiere ello decir que el ejercicio de la patria potestad, que era conjunto, antes de la crisis matrimonial, sigue siéndolo durante y después de ésta, cuando la relación conyugal o convivencial se haya extinguido». «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», en *Revista de Derecho de Familia* Núm. 54/2012, p. 3.

En similar sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA nos apunta que «o regime previsto na lei para o exercício das responsabilidades parentais vale independentemente do tipo de divórcio que conduz à dissolução do casamento», en *Manual de Direito da Família* (2020) pp. 304-313.

¹³ Véase, *v. gr.*, la STS núm. 138/2016 de 9 marzo (ECLI:ES:TS:2016:1156), en cuyo caso se reproducen los términos utilizados en la sentencia dictada por parte del Juzgado de 1ª Instancia (Antecedente de Hecho 1º).

¹⁴ Este aspecto conecta normativamente con el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, redactado, en parte, por la disposición final segunda de

Se pueden incluir aquí cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico, no banal, ni urgente, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por un seguro.

- La determinación de la residencia, los cambios de domicilio fuera del municipio o residencia habitual y los traslados al extranjero.
- En las cuestiones del ámbito escolar, son especialmente relevantes los temas relativos a los centros educativos a los que los hijos deban acudir, los cambios de centro escolar o la elección del modelo educativo¹⁵. Las decisiones afectarían, igualmente, a la determinación

la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Tal precepto dispone que los facultativos deberán contar con el consentimiento por representación para podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente. Cuando este sea menor de edad o no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En su caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

¹⁵ En tal sentido, véase la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación. El artículo 4 viene a recoger los derechos de los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos, como son: « a) A que reciban una educación, con la máxima garantía de calidad, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas. b) A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos. c) A que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos. e) A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos. f) A participar en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación del centro educativo, en los términos establecidos en las leyes. g) A ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos». Por su parte, entre sus responsabilidades, les corresponde estimularles para que lleven a cabo las actividades de estudio que se les encomienden, participar de manera activa en las actividades para mejorar el rendimiento de sus hijos, así como conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros.

de las actividades extraescolares, las complementarias y los viajes al extranjero, ya sean por causa de estudios o de tipo vacacional.

- Las celebraciones sociales o religiosas de relevancia, tanto en lo relativo al acto como al modo de llevarlo a cabo.

Por su parte, se ha de contemplar el deber de comunicarse entre los padres todas aquellas decisiones que, con respecto a sus hijos, se pudieran adoptar en un futuro. Dicho razonamiento lleva a incluir en ese compromiso de comunicación, todo aquel suceso que, conforme al interés prioritario de los menores, deban conocer ambos padres. Este aspecto recoge el derecho a ser informados de las cuestiones académicas (calificaciones de sus hijos en los colegios en los que en su caso estén escolarizados) y médico-sanitarias (historial médico), ya lo soliciten conjuntamente o por separado. Se aconseja, en este sentido, establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a cumplirlo. Por ejemplo, se podrá indicar que la comunicación se haga por correo electrónico y el otro progenitor deberá contestar del mismo modo y con prontitud. Si no contesta podrá entenderse que presta su conformidad.

No obstante, no es conveniente obstaculizar que el progenitor que tenga en cada momento a los menores pueda, sin necesidad del consentimiento del otro progenitor, realizar todas aquellas actuaciones que se consideren urgentes y, en todo caso, aquellas relativas a la vida cotidiana y normal. Se trataría de supuestos de urgencia o situaciones poco trascendentes que se puedan producir en el transcurso de la rutina diaria del menor.

En la doctrina portuguesa, encontramos referencias que delimitan los elementos que conformarían la noción de ese ejercicio conjunto de las

responsabilidades parentales. Así, Sottomayor¹⁶ hace hincapié en el requisito legislativo de que los problemas más importantes en la vida del niño, principalmente relacionados con la salud y la educación, sean abordados por ambos padres.

2. Delimitación de las expresiones usadas en la práctica jurídica

La omisión legal sobre la concreción del deber de velar por los hijos y su estrecha conexión con la guarda, puede inducirnos a una apreciación errónea como conceptos equivalentes¹⁷. En diferentes foros de jornadas celebradas entre los operadores del Derecho de Familia, se ha ido subrayando la conveniencia de definir correctamente las expresiones empleadas¹⁸.

2.1. Responsabilidad y corresponsabilidad parental

Se ha instado al legislador a modificar el Código Civil y la legislación complementaria para sustituir los términos «patria potestad» por los de «responsabilidad parental», definiendo el contenido de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva. En este sentido, Lathrop Gómez¹⁹ es partidaria de ello

¹⁶ Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças* (2014), p. 71. En el mismo sentido lo expone CHAVEZ, Marianna: «O exercício conjunto reflète a exigência legislativa de que as questões mais significativas da vida da criança, mormente relacionadas a saúde e educação, sejam tratadas por ambos os progenitores. O cuidado físico e companhia cotidianos materializados na residência habitual é apenas um dos elementos que compõem as responsabilidades parentais.» en «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária» (2019), p. 111.

¹⁷ UREÑA CARAZO, B., repasa las definiciones de la doctrina en aras a la comprensión de los conceptos en «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia» (2015), pp. 49-69.

¹⁸ Así se recoge en las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales celebrados en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009. Dichas recomendaciones fueron algunos de los aspectos debatidos sobre las medidas en relación con los hijos menores e incapaces, los especiales problemas de la custodia compartida y su influencia en otras medidas. Consultado en 01/10/2019 en <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>.

¹⁹ Vid. LATHROP GÓMEZ, F., «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas» (2009).

afirmando que el principio de corresponsabilidad parental o familiar consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos, basándose en que ambos comparten progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. Lo anteriormente expuesto, nos llevaría al entendimiento de la corresponsabilidad parental, como una consecuencia de la igualdad en las relaciones familiares, entendida como responsabilidad conjunta de ambos progenitores respecto a la atención y cuidado de sus hijos.

La tendencia actual mayoritaria, tanto en la legislación autonómica como en la europea, es la de proponer la sustitución del término «patria potestad» por el más correcto de «corresponsabilidad parental», pues responde a la equiparación jurídica entre hombre y mujer, entendida ésta como asunción conjunta de la responsabilidad en el cuidado y atención de los hijos menores. No obstante, el actual ordenamiento civil español parece resistirse al cambio de terminología, aunque el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, supone un avance en esta materia.

Esta doctrina pone de manifiesto cómo, en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas, parece vislumbrarse un cambio en dichas cuestiones terminológicas²⁰. Así, por ejemplo, en Cataluña, se ha sustituido «patria potestad», en un primer momento, por el de «potestad del padre y de la madre» y, posteriormente, por el de «potestad parental» (Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña). En el marco europeo, existe una corriente a favor de la sustitución del término «patria potestad» por el de «responsabilidad parental». Esta última es definida en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de

²⁰ Vid. en tal sentido a UREÑA CARAZO, B., *op. cit. Vid. supra.* pp. 49-69. Según ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., la acepción de corresponsabilidad parental fue empleada por primera vez a nivel nacional en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, *Vid. La guarda compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión* (2016), pp. 19-20

2003²¹, como el conjunto de «derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término, incluye, en particular, los derechos de custodia y visita».

²¹ Cf. Artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000: «Definiciones. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 1) órgano jurisdiccional, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1; 2) juez, el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento; 3) Estado miembro, todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca; 4) resolución judicial, las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto; 5) Estado miembro de origen, el Estado miembro en el que se dictó la resolución judicial que hay que ejecutar; 6) Estado miembro de ejecución, el Estado miembro en el que se solicita la ejecución de una resolución judicial; 7) responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita; 8) titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor; 9) derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; 10) derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado; 11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.»

2.2. La guarda y custodia

En este tema, se parte de una carencia del concepto legal para definirla. A partir de las explicaciones doctrinales y jurisprudenciales, podemos afirmar que la guarda y la custodia constituyen una parte de ese conjunto de derechos-deberes que integran la patria potestad como una función social que ejercen los progenitores en beneficio de los hijos menores. Siendo así, es un concepto específico, referido a la ocupación de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, dentro del genérico de la patria potestad.

La convivencia entre padres e hijos origina esos derechos y obligaciones que engloba el término «custodia», sin que ello implique para un progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. De esta forma, a cada progenitor correspondería la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que lo tenga consigo.

En parecidas circunstancias, en el contexto del análisis de la jurisprudencia portuguesa, podemos concluir que todavía existe una confusión conceptual entre los términos empleados de «ejercicio de las responsabilidades parentales» y la «fijación de la forma de compartir la convivencia»²². Aunque la terminología legal ha sido modificada desde hace tiempo, una gran parte de los jueces todavía se refiere a la «custodia» y no a las «responsabilidades parentales». Es exactamente lo que sucede en Brasil, no solo en la jurisprudencia, sino también en la legislación que regula este aspecto del derecho de familia, que sigue utilizando el término «guarda».

Dentro del concepto de custodia, se han ido perfilando distintas variantes para referir diferentes soluciones tras la ruptura parental. Así, empleando indistintamente los términos de «custodia», «guarda» y «guarda y

²² Así nos lo expone CHAVES, Marianna, «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária» (2019), p. 116: «Muito embora a terminologia legal há muito tenha sido modificada, boa parte dos julgados ainda se referem a “guarda” e não a “responsabilidades parentais”. É exatamente o que ocorre no Brasil, não apenas na jurisprudência, mas na própria legislação que regula a matéria: o caduco termo “guarda” continua a ser utilizado».

custodia», se definen los siguientes términos, refiriendo a un uso generalizado de la misma realidad²³:

1ª) *GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA*, cuando se concede a uno solo de los progenitores, bien la madre o bien el padre, que se convierte en custodio, con un derecho de visitas, estancias y comunicaciones para el no custodio. Esta modalidad de guarda individual o monoparental es la tradicional en el Código Civil español, y, en la práctica mayoritaria, según las estadísticas, a favor del otorgamiento a la madre²⁴.

2ª) *GUARDA Y CUSTODIA PARTIDA O DISTRIBUTIVA*, cuando unos hijos quedan bajo la guarda de uno de los padres y otros hijos con el otro, de forma que se separan los hermanos. Es una modalidad rechazada y no fomentada, ya que atenta contra el principio de la unidad familiar y preservación de la relación entre hermanos. Se considera una medida excepcional y, caso de acordarse, deberá responder a una situación que lo exija en atención al beneficio de interés de los menores, y nunca de sus progenitores²⁵.

²³ En este sentido, IVARS RUIZ, J. (2008) menciona a Folberg Jay (1991) y a Ibáñez Valverde, V.J. (2004) en *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, nota al pie 74, pp. 57-58. En similar conclusión, ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M. expone las modalidades de guarda con cabida en el Código Civil, *vid. op. cit.* (2016), pp. 38-60.

²⁴ En relación a la tenencia de los menores, los datos muestran que la realidad preponderante en el país es la custodia exclusiva, normalmente a cargo de la madre (65%), aunque actualmente se aprecia un aumento de los casos en los que se instaura una guarda compartida, situación que se produce un 30.2% de los casos, frente al 28.3% el año anterior (INE, 2018). *Vid.* FABREGAS, M., ARCH, M., GARCÍA-ARCH, J., SEGURA, J. y PEREDA, N., «El Cambio de residencia del menor tras la ruptura: la importancia de los criterios valorativos» (2020) pp. 35-41, consultado en 30/10/2020 y disponible en <https://doi.org/10.5093/apj2019a13>.

²⁵ *Cf.* CASTILLO MARTINEZ, C., «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio» (2007), pp. 1738 a 1760.

3ª) *GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA*, por la que ambos padres mantienen la responsabilidad legal y la autoridad del cuidado y control de los hijos. Esta modalidad constituye el eje central sobre el que versa el presente estudio²⁶.

Junto a estas formas, también se recoge aquella en la que se atribuye el cuidado de los menores a un tercero no progenitor en los supuestos extraordinarios en los que no se puede otorgar a los padres. Estas eventualidades se contemplan en lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil²⁷, y se interpretan de forma lógica teniendo en cuenta el beneficio e interés del menor ante una situación de desamparo del mismo.

²⁶ Resulta interesante el estudio de opinión de los universitarios españoles sobre la custodia compartida realizado por FARIÑA RIVERA F. y AAVV. Así, los datos indican que el 97% de los encuestados se muestran de acuerdo con esta modalidad de guarda y custodia. Por géneros se observa que el 95.3% de los varones, frente al 97.4% de las mujeres se muestran de acuerdo con ella. En cuanto a la opinión de la custodia compartida como derecho, los datos indican que la mayoría de los participantes (75.3%) creen que es derecho de los progenitores e hijos, seguido de un 15.1% de los progenitores y un 6.5% del hijo. Por parte de un 89.5% de los encuestados se cree que este régimen fomenta la igualdad, sin que se aprecie diferencias de opinión por géneros (88.7% de los varones, 90% de las mujeres). El 93.4% de los encuestados entienden que los grupos feministas deberían propiciar la custodia compartida (sólo el 3.1% estima que debieran fomentar la custodia en solitario para la madre, y de éstos en mayor medida los hombres (4% de los varones, 2.8% de las mujeres), y el 0.7% que deberían fomentar la custodia en solitario para el padre (1.4% de varones, y 0.4% de mujeres). *Vid. FARIÑA RIVERA F., NOVO PÉREZ, M. Y SEIJO MARTÍNEZ D., (2010), pp. 259-261.*

²⁷ El artículo 103 del Código Civil dispone lo siguiente: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. 3.ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para

2.3. Del derecho de visitas al régimen de comunicación

El estandarizado régimen de custodia individual conlleva el otorgamiento de un derecho llamado «de visitas» al progenitor no custodio. Algunos autores vienen a indicar que el nombre se debía a que los contactos del niño con el no custodio eran escasos y breves²⁸. Sin embargo, poco a poco, dichos contactos puntuales se fueron ampliando hasta el punto de transformarse la denominación, añadiendo los conceptos de estancias y comunicaciones.

Este aspecto nos lleva a una connotación semántica del término que, socialmente, repercute negativamente en la consideración del progenitor que lleva a cabo dicho derecho. Se evidencia el estigma de la acepción al considerarse la equivalencia a un «progenitor-padre-visitador-pagador-proveedor»²⁹. De ahí que, en el espíritu normativo acorde a la evolución de la sociedad, esté la intención de adaptar los términos de forma más acorde a los tiempos.

Siendo así, a través de la custodia alterna o compartida se trata de eliminar esa distinción entre los progenitores, al reconocérseles la misma función.

la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. 4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. 5.^a Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.»

²⁸ Vid. *infra*. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

²⁹ Vid. ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., que alude a la exposición del Dictamen del Consejo de Estado, en Sesión celebrada el 24 de julio de 2014 al ALECP, sobre los cambios introducidos por el Anteproyecto respecto al término “visitas”. Vid. *supra*. *op. cit.*, nota al pie 44, pp. 31-32.

En relación con esta cuestión, Guilarte Martín-Calero³⁰ ha querido subrayar su reproche a que el legislador del año 2005 no haya suprimido la mención del derecho de visita y haya unificado la terminología que introduce en el art. 90. a) del CC como «régimen de comunicación y estancia». También puntualiza que, en los primeros años tras la ley, el cambio de terminología no había acabado de cuajar en los pronunciamientos judiciales pues muchos de ellos seguían apegados al término «derecho de visitas». A juicio de la autora, el «derecho a relacionarse con los hijos que se reconoce en el Código civil en el artículo 160 y que se concreta en el artículo 94 está directamente conectado con el régimen de guarda y custodia que acuerdan los padres o establece el juzgador, de manera que responde a la imposibilidad metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre; es la otra cara de la moneda de la guarda».

En conclusión, el régimen de comunicación y estancia no se limita a los supuestos de guarda exclusiva. Y ello es así porque, aunque se acuerde el régimen de custodia compartida, en cada periodo el padre o madre es guardador en exclusiva, de suerte que será necesario fijar también en aquel sistema este régimen de comunicación y estancia. Ello no sería necesario en los casos en que se fije unos periodos de alternancia muy cortos, ya que no sería preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido.

³⁰ Cf. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial». *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2008, pp. 8-9: «En esta materia puede fácilmente colegirse de la comparación de sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa (fines de semana alternos, una semana en Navidad y Semana Santa y un mes en verano) y las dictadas en los últimos años (fines de semana alternos que incluyen el domingo, semana en Navidad, mitad de vacaciones de verano y uno o dos días intersemanales, a veces con pernocta), una tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio.»

3. La guarda y custodia compartida

3.1. La definición

La idea de la coparentalidad nos conduce a la manera en que a ambos progenitores se les permita tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura. Este ejercicio es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Es por ello, que los factores que llevan a definir este régimen hacen alusión al tiempo y el espacio que supone la convivencia con sus hijos menores. Después de la ruptura de la cohabitación en común, se pasa a una esfera de alternancia de ambos en el cuidado y tenencia de los mismos³¹.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga³² señala que el contenido de la función del ejercicio de la custodia por parte de cada padre, durante el tiempo que viven con sus hijos, es idéntico en este sistema. Lo mismo uno que otro, tendrán que velar por ellos, mantenerlos, cuidar de su educación, salud e higiene, vigilarlos y corregirlos. Puntualiza que lo que ocurriría, es que los progenitores no lo hacen simultáneamente, sino alternativamente o de forma sucesiva. Siendo así, el acuerdo o la resolución judicial, en concreto, serán los que determinen el tiempo (que ni siquiera tiene que ser idéntico) que los

³¹ MARTÍNEZ CALVO, J. nos habla de una eclosión de la custodia compartida. Nos indica que esta modalidad de guarda apareció por vez primera en el Estado de California en el año 1979 con la finalidad de promover la participación de ambos padres en la crianza y educación de sus hijos. No obstante, debemos tener en cuenta que los ordenamientos anglosajones presentan un sistema con diferentes modalidades de custodia compartida que dista mucho del español. El Derecho anglosajón cuenta con instituciones paterno-filiales muy diferentes en las que no existe una delimitación clara entre la figura de la patria potestad y la de la guarda y custodia. *Vid.* «Génesis, evolución normativa y perspectivas de futuro de la guarda y custodia en España» (2019), pp. 1-36.

³² El autor considera denominarla «custodia alterna» y la define como la «modalidad de custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyos progenitores, titulares con ejercicio de la patria potestad o función parental, no viven juntos, por la que se distribuye el tiempo de permanencia de dichos hijos con cada uno de ellos, tendiendo la división de los periodos de tiempo hacia la semejanza y con mantenimiento por aquéllos de iguales funciones sobre éstos cuando residan en su compañía» *Cf.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja* (2013) pp. 587, 721 y 722; y «Alternar y no compartir» en *Escritura pública* N^o 78 (2012) p. 67.

menores vayan a permanecer con uno u otro de sus padres. Para el autor, «la custodia alterna (compartida) elimina la distinción entre los padres (...) Facilita algo que en el Derecho de Familia es esencial: la posibilidad de hacer un traje a la medida.».

En el mismo sentido Pérez Martín³³, para quien la fórmula más idónea es aquella que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, y ése debería ser el criterio judicial que prevaleciera en caso de desacuerdo entre los padres: «Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales. Al tribunal corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño».

El estudio de un marco amplio y flexible, que dé cabida a todas las posibles opciones de custodia, nos llevará al contenido analizado en los sucesivos capítulos de esta investigación. Las posibilidades pueden ser diversas en función de la forma de compartir el cuidado de los hijos, su distribución temporal, los repartos de los traslados al domicilio familiar o domicilios respectivos. Ivars Ruiz³⁴ opina que fijar un número determinado de modalidades de custodia compartida, plantearía más problemas que al contrario, y ello por cuanto la forma de reglarla por parte de la ley se hace complicada. Según el mismo, sólo la concurrencia de determinadas circunstancias en los progenitores, tanto para con los hijos como todos entre sí, harán viable dicho régimen.

³³ Vid. el artículo de PÉREZ MARTÍN, A.J., «Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida», *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*. Núm. 110, de 1 de marzo de 2011 (EDB 2011/7242).

³⁴ Vid. IVARS RUIZ, J. (2008), *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, pp. 46-47; PEREZ UREÑA, A.A. (2005), «La custodia compartida en la Ley 15/2005» p. 2.

En la práctica de algunos operadores jurídicos, encontramos una tendencia a confundir las facultades que otorgan las figuras de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores. Esta última pasa por la atención y los cuidados diarios de los hijos, sin implicar los derechos sobre la capacidad de decisión del menor que implicaría la patria potestad³⁵.

En el ámbito de la legislación autonómica, la Generalidad Valenciana dio un paso hacia adelante ofreciéndonos una definición de lo que denominaba como «régimen de convivencia compartida» conceptuándolo como el «sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial». Así se recogía en el artículo 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (ley que fue declarada como inconstitucional³⁶).

Más tarde, el Informe en torno al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental (ALECP) emitido por el Consejo Fiscal con fecha 13 de septiembre de 2013³⁷, definía a la guarda y custodia compartida como «el régimen de guarda en el que se establece un reparto equitativo de tiempos en la convivencia de los progenitores con sus hijos en los supuestos

³⁵ Así lo aprecia OLIVARES M., en “Ejercicio de corresponsabilidad parental, mejor opción que custodia compartida”, BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), *La custodia compartida en España*, pp. 129-130.

³⁶ La Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, estuvo vigente desde el 5 de mayo de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2016. El Tribunal Constitucional mediante la sentencia 192/2016, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:192), procedió a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la mencionada ley.

³⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, emitido por el Consejo Fiscal con fecha 13 de septiembre de 2013. Consultado en 30/06/2019 y disponible en <http://www.padresdivorciados.es/userfiles/file/Consejo%20Fiscal%20y%20la%20Cuco.pdf>

de crisis matrimonial o ruptura de parejas de hecho, bien a través de una alternancia en la convivencia, bien mediante una ampliación de los tiempos de estancia con uno y otro progenitor».

Por otra parte, se ha venido a diferenciar entre la denominada como «custodia física compartida» y la «custodia legal compartida». Con la primera, se pretende indicar que los hijos pasarán con sus progenitores un tiempo considerable, aunque no por mitades iguales. En la custodia legal compartida los menores podrán tener esa residencia principal con uno de los progenitores y, además, conlleva que ambos compartan los derechos y responsabilidades legales para tomar decisiones importantes que les afecte³⁸.

A parte de las alusiones al tiempo y al espacio, en las definiciones empleadas para referir a la idea de la guarda conjunta, tanto en la doctrina como en las resoluciones judiciales, se repiten constantemente expresiones como «el respeto y la colaboración» en la relación de los padres. Como se reseñará de forma reiterada en el presente estudio, la viabilidad del sistema de guarda y custodia compartida se sustenta sobre los pilares de una natural cooperación entre los progenitores a fin de facilitar una continuada y ecuaníme comunicación. Ello permitirá prever un sistema correcto y ágil para la resolución de los posibles desacuerdos que se generen en la atención de las necesidades materiales de los hijos.

³⁸ Para FARIÑA F., SEIJO D., ARCE R. Y VÁZQUEZ MJ.: «Este tipo de custodia a los menores no les asegura una comunicación fluida y constante con el progenitor no residente, pero sí se garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos (Bauserman, 2002)», en «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma», p. 108.

3.2 El empleo de diferente terminología para referir el sistema

El Código Civil emplea diferentes expresiones, refiriéndose a este sistema como el «ejercicio compartido de la guarda y custodia». El art. 92 del CC emplea los términos «guarda conjunta» en sus apartados 5º y 7º y «guarda y custodia compartida» en el apartado 8º.

En este presupuesto, la doctrina vino a rechazar en gran parte dichas expresiones y considerarlas inapropiadas, con cierto plante de recriminación a las utilizadas por el legislador.

Autores como Águeda Rodríguez³⁹, nos ponen de manifiesto la confusa y extensa amalgama terminológica para referirse a la guarda de los hijos. Según el autor, la Ley 15/2005 supuso una oportunidad de dar una definición técnica de la GCC y clarificar el confuso panorama de expresiones utilizadas. Tampoco el pre-legislador, a propósito del ALECP, aprovechó la ocasión para definir y sistematizar los términos luego utilizados en la regulación propuesta. En este contexto, el Informe del Consejo Fiscal al ALECP (folio 6), venía a recoger que desde el punto de vista terminológico se había impugnado su denominación, pues la expresión «custodia compartida» parecía más apropiada en la medida en que se comparte la custodia cuando los cónyuges viven juntos. Así, tras la crisis conyugal se consideraba preferible hablar de «custodia alternativa» o de «custodia sucesiva». No obstante, se reconocía que la denominación «guarda y custodia compartida» había arraigado y, por tanto, entendían que la opción del Anteproyecto (guarda compartida y guarda individual –artículo 92 bis apartados 1 y 5) era correcta.

Una parte importante de la doctrina apuesta por entender que es más ajustado hablar de «custodia alterna». Igualmente, en función de la consideración del reparto de los tiempos de convivencia con cada progenitor y

³⁹ ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., *op. cit., vid. supra.*, pp. 30-38. El autor considera más adecuada la expresión «guarda conjunta», si bien, a todos los niveles se ha impuesto la acepción «guarda y custodia compartida».

de la forma del uso del domicilio familiar o residencias diferentes, se han ido acogiendo nuevas formas de denominar a este régimen como «guarda y custodia simultánea», «guarda y custodia compartida a tiempo parcial, con o sin tiempo igualitario», «guarda y custodia sucesiva», «guarda y custodia alterna», «guarda y custodia alternativa» o «guarda y custodia periódicamente alternada»⁴⁰.

Si al lenguaje jurídico añadimos los conceptos de la semántica utilizados por los expertos en psicología forense especializada en estos temas, la confusión terminológica se vuelve todavía más ambigua. Las nociones de parentalidad y coparentalidad se encuentra en los pilares de las bases psicológicas para el establecimiento de los criterios orientativos de las estancias de este régimen. Y ello es así, porque se estudia el impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia. Cabe mencionar, a modo estadístico, que la guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, aprobada por el Pleno del CGPJ el 25 de junio de 2020, habla de «gatekeeping»⁴¹.

En el presente trabajo, sin pretender entrar en discusiones por razón de nombre, utilizaremos indistintamente las denominaciones referidas como guarda y custodia compartida, guarda conjunta y guarda alterna.

⁴⁰ En tal sentido, véanse PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida* (2009), p. 41; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *op. cit. vid. supra.*; PÉREZ MARTÍN, A.J. en «Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida» (2011); ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., *op. cit. vid. supra.*; IVARS RUIZ J., *ob. cit.* pp. 53-59; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *op. cit. vid supra*, p.13.

⁴¹ Hasta en veintitrés ocasiones se utiliza dicho término para referirse, en general, al conjunto de actitudes y comportamientos que cada progenitor mantiene sobre la relación de su hijo/a con el otro progenitor/a, y, en especial, a la cantidad y a la calidad del contacto entre el progenitor no-custodio y los hijos. Se recogen expresiones como «gatekeeping adaptativo-facilitador», «gatekeeping desadaptativo» y «gatekeeping restrictivo». *Vid.* «Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia» de BIEZMA LÓPEZ, J.M. Y FARIÑA RIVERA, F., consultado en junio de 2020 y disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>.

II. REGULACIÓN LEGAL

El Código Civil⁴² recoge la regulación sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio en los artículos 90 a 101 del Capítulo IX, del Título IV *Del matrimonio* dentro de su Libro Primero *De las personas*. Esta legislación es también aplicable a las rupturas de las parejas de hecho con hijos⁴³.

La redacción de dicho articulado ha sufrido sucesivas modificaciones de la mano de normas como las siguientes, que se relacionan a continuación:

- Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Es conocida como la «Ley del divorcio», suponiendo una reforma progresista y de apertura legislativa en las materias de Derecho de Familia español. Las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 mantienen el modelo de guarda exclusiva y la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años (art. 159 del Código Civil).
- Ley 11/1990, de 15 octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Esta norma vino a suprimir el criterio de preferencia materna, discriminatorio para los padres de los hijos e hijas menores de siete años⁴⁴.

⁴² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en la «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Entrada en vigor el 16/08/1889, BOE-A-1889-4763. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

⁴³ En el marco de las estadísticas valorativas sobre la sociedad española, se aboga por que, además de los datos referidos a las disoluciones matrimoniales, también se deben tener en cuenta las parejas que no se encuentran unidas por vínculo matrimonial de tipo legal y donde se estima que los casos de ruptura son similares a los casos con vinculación jurídica. La información que ofrece el INE (2018), respecto a los casos de rupturas con vínculo jurídico, nos muestra que en un 51.3% de los casos existen hijos menores. Consultado en https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf.

⁴⁴ Para GUILARTE MARTÍN-CALERO,C., se constata la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja una sociedad patriarcal donde aparecen perfectamente atribuidas las funciones de guarda y cuidado de la prole a la madre, lo que determinaba la

- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Es de mención imprescindible la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que viene a subrayar la consideración primordial del concepto del interés superior del niño e incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. Tras veinte años desde la publicación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, esta norma tuvo por objeto complementar la conocida como «Ley del menor», introduciendo unos cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios. Para ello, llevó a cabo una profunda reforma de la LO 1/1996 y otra veintena de normas más relacionadas con la materia, entre ellas la Ley de Enjuiciamiento Civil, la LO del Poder Judicial, la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la LO de Protección contra la Violencia de Género.

Igualmente, al hilo de las relaciones paterno-filiales, el artículo 154 del Código Civil quedó redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en los siguientes términos: «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los

consagración legal de la antigua pero todavía vigente doctrina de los *años tiernos*, «en cuya virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta incapacidad, se le atribuirá la guarda de los hijos menores de 7 años; doctrina a todas luces inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja (...)», *Vid.* «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre del 2009» (2010), p.5.

hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.»

En España, algunas Comunidades Autónomas están dotadas de Derecho civil foral o especial propio. Es por ello, por lo que la legislación española se convierte en subsidiaria para aquellas regiones que no han codificado o promulgado acerca de la guarda y custodia de los hijos.

1. La Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005

El análisis comparativo entre las sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa y las dictadas en los últimos años previos a la ley de 2005, da como resultado la observancia de una serie de rasgos generales. Así, por un lado, se tiende a ampliar considerablemente el régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio. Por otro lado, se aprecia una cierta reivindicación hacia un nuevo modelo de custodia más igualitario y respetuoso con ambos progenitores⁴⁵.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio⁴⁶ por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, venía a recoger la expresión del cambio que supuso en

⁴⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *vid supra. op. cit.* p. 6.

⁴⁶ Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 163 de 9 de Julio de 2005 y con vigencia desde el 10 de Julio de 2005.

la interpretación de conceptos básicos en Derecho de familia. Así, respecto a las cuestiones sobre la guarda y custodia, la reforma legislativa incide en el objetivo de evitar perjuicio a los hijos y facilitar la relación fluida con ambos progenitores. La norma nos compele a que «consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.»⁴⁷.

El apartado ocho del artículo primero de la Ley 15/2005 vino a dar la siguiente redacción al artículo 92 del Código Civil:

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

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

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

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

⁴⁷ Se iniciaba un proceso que algunos autores denominan como la «desmitificación o desdramatización» de la denominada custodia compartida. Así lo comenta VIÑAS MAESTRE, M. D.: «En relación a la regulación anterior existente sobre la guarda de los hijos menores después de una ruptura, se ha apuntado que la Ley de 2005 ha permitido que, aun con la excepcionalidad con que la propia regulación contempla la custodia compartida, exista una base legal más clara y expresa en la que apoyarse para acordarla. La legislación anterior no impedía acordar la custodia compartida, pero la ausencia de una previsión explícita dio lugar a una doctrina restrictiva a la hora de plantearse la posibilidad de una guarda compartida, que solo se concedía en supuestos muy excepcionales.», *vid.* en «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda» (2012), pp. 4 y 5.

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

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

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable⁴⁸ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

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

⁴⁸ El inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012.

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

El problema que se plantea en la aplicación de este artículo, es que, a pesar de considerar a la custodia compartida como sistema de alternancia en donde ambos progenitores se encargaran de forma conjunta de los hijos, no se recogen los requisitos a tener en cuenta para establecerla.

Las situaciones que se prevén son dos. La primera es que se produzca un acuerdo de los padres, vía artículo art. 92.5 del CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el Art. 92.6 del CC. La segunda refiere la falta de acuerdo de los padres en el establecimiento de la guarda compartida, en cuyo caso se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 del CC y ello, con las garantías que se establecen en el propio artículo para proteger dicho interés.

Con carácter general, y según el apartado quinto del artículo mencionado, procederá el ejercicio compartido cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Aun cuando no se den estos presupuestos, y acorde con el apartado octavo del precepto, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordarla. El rasgo de excepcionalidad contemplado en este último apartado reseñado, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 2011, en el sentido de apartarse de la regla general del acuerdo entre ambos contemplada en el artículo 92.5 del CC, pero no porque se exigiera la concurrencia de circunstancias especiales para su adopción⁴⁹.

⁴⁹ Cf. STS núm. 579/2011 de 22 de julio. FD 3º (ECLI:ES:TS:2011:4924): «La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo

2. El Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental

Por su parte, el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental del año 2013, conocido popularmente como «Anteproyecto de Ley de custodia compartida»⁵⁰, ha sido el último intento de reforma sobre la custodia compartida en nuestro país. No obstante, dicha iniciativa no pasó de los trámites pre-legislativos de presentación del Proyecto de Ley correspondiente ante las Cortes Generales.

En los distintos escenarios de crítica política legislativa, el informe preceptivo a tal Anteproyecto emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, en fecha de 19 de septiembre de 2013, ha sido utilizado para reprochar su actitud de suponer un obstáculo al avance social del sistema de custodia compartida⁵¹.

Por su parte, se proponía el borrador de un pretendido artículo 92 bis. 1, cuya redacción quedaría como sigue: «El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera

soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.»

⁵⁰ Su texto inicial fue aprobado a iniciativa del Ministerio de Justicia por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. En septiembre de 2013 se dio a conocer el informe del Consejo General del Poder Judicial y en sesión del 24 de julio de 2014 el Consejo de Estado emitió el correspondiente informe. Actualmente, está pendiente de la presentación formal de la iniciativa o del Proyecto de Ley.

⁵¹ Véase en <https://www.elcorreodemadrid.com/nacional/205171262/Margarita-Robles-y-el-freno-del-CGPJ-a-la-custodia-compartida--.html> : «Flaco favor a la custodia compartida hace este informe al argumentar contradictoriamente y a un mismo tiempo que es razonable se contemple la custodia compartida bajo un prisma de normalidad y que ésta difícilmente puede revertir en interés de los hijos, ni de servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia.». Consultado el 01/07/2019.

conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

Igualmente, se ha considerado como loable la redacción de un artículo 92 bis.3, que se proponía por el anteproyecto de Ley de custodia compartida en los siguientes términos: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, 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, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad. Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.»

Realmente, una primera lectura de las pretendidas propuestas de artículos, nos da la impresión de pretender recoger el conglomerado de criterios que nuestra jurisprudencia ha ido realzando a lo largo de años

anteriores y que deben de tenerse en cuenta a la hora de resolver sobre la atribución del régimen de tenencia y cuidado de los hijos.

También se ha estimado que el mencionado anteproyecto supuso un primer y tímido avance en adaptar la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a las transformaciones que ha sufrido la sociedad española⁵².

3. Las regulaciones de las Comunidades Autónomas

Ante la escasa e insuficiente ordenación que el Código Civil hacía de la figura de la guarda y custodia compartida, se patrocinó una serie de regulaciones autonómicas para dar respuesta a la nueva realidad social de la familia. Así, para Carrasco Perera, estábamos ante lo que llamaba como una *race to the bottom*⁵³.

En el ámbito de la normativa intra-nacional sobre esta materia, nos encontramos con una disparidad de reglamentaciones por parte de las Comunidades Autónomas⁵⁴. Así, por orden cronológico:

- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que supuso una norma pionera y novedosa. Formalmente, fue derogada mediante el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, pasando a refundirse en los arts. 75 a

⁵² Vid. *supra*, UREÑA CARAZO, B., «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia» (2015).

⁵³ Para el autor, en el año 2011 no quedaba ya «casi ninguna comunidad autónoma, expertas agencias del oficio de la superfluidad legisladora, que no se haya lanzado en el último año a esta *race to the bottom* en la que compiten por cuál será la que pergeñe el más asombroso avance en materia de solidaridad parental en la custodia. Incluso el Tribunal Supremo, que había iniciado con parsimonia su carrera en este punto, se ha convertido en un campeón de la custodia conjunta de los padres divorciados. Basta confrontar el fallo y el énfasis de la STS de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7302) con los de la de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257)». Vid. CARRASCO PERERA, A., «Llueven custodias compartidas» (2011) p. 1.

⁵⁴ En este punto es especialmente ilustrativo el estudio que realiza ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M. en su obra “La guarda compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión”, pp. 119-164. En su investigación realiza un análisis sobre las competencias territoriales y las leyes autonómicas en materia de guarda y custodia compartida.

84 del Código del Derecho Foral de Aragón, Sección 3ª, titulada «efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», del Capítulo II regulador del deber de crianza y autoridad familiar.

- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña⁵⁵.

- Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, del Gobierno Foral de Navarra. Recientemente la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, ha venido a dar redacción sobre la materia que nos ocupa desde la Ley 64 a la Ley 77 dentro del Libro Primero, Título V, respecto a la definición, contenido y ejercicio de la Responsabilidad Parental.

- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 192/2016, de 16 de noviembre⁵⁶, estimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente de Gobierno contra la totalidad de la Ley de la Comunitat Valenciana 5/2011. El recuso se basaba en la creencia de que dicha ley invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del art. 149.1.8 CE y, singularmente, de la doctrina establecida en la STC 121/1992, de 28 de septiembre, que limitaba el ámbito de la competencia asumible por la Comunidad Valenciana en la materia al derecho consuetudinario. El TC,

⁵⁵ Algunos estudios constatan el impacto positivo del Código Civil Catalán, de manera que «en 7 años (2007-14) se ha triplicado la custodia compartida (del 11,6% hasta el 35,1%); mientras que otras regiones de España sin marco legislativo propio, como Andalucía, apenas ha aumentado en este mismo periodo de 9,6% a 10,6%.» Y ello, sobre la hipótesis de que una legislación que proporciona instrumentos para alcanzar un acuerdo pactado entre los cónyuges crea un marco de posibilidades para que la custodia compartida se pueda expandir. Véase, BECERRIL RUIZ, D. y AAVV, en *La custodia compartida en España*, (2017) pp. 45-46.

⁵⁶ Vid. STC núm. 192/2016, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:192), STC núm. 121/1992, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1992:121), y STC núm. 82/2016, de 28 de abril (ECLI:ES:TC:2016:82).

consecuentemente, procedió a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la mencionada ley. El fallo se basaba en la doctrina sentada en la STC 82/2016 y en la circunstancia de que no quedaba acreditado la existencia de una norma positiva o consuetudinaria previa a la Constitución que permitiese el ejercicio de la competencia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano. También afirmó que esta decisión no afectaría a las situaciones jurídicas consolidadas derivadas de la aplicación de la norma.

- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicadas casi de forma paralela por el Parlamento del País Vasco.

Respecto a la regulación referente a la custodia compartida, las normas autonómicas presentan diferentes matices. En algunas, y desde una actitud progresista como lo hace Aragón, se hace una defensa de sus ventajas considerándola como preferente a la individual. En otras regiones, como Cataluña y Navarra, se favorece el pacto en aras a la consecución de acuerdos entre las partes, a través de la mediación familiar y, en su defecto, un régimen igualitario entre los progenitores. En situación similar, en el País Vasco, será norma general cuando se solicite por uno de los progenitores y no se vea perjudicado el interés del menor.

III. LAS BONDADES OBJETIVAS DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA

El calificativo de «deseable» ha acompañado a las definiciones que el Tribunal Supremo ha razonado en su labor jurisprudencial en los últimos tiempos. Se ha concluido que, de la redacción del artículo 92 del CC, no podemos inferir que se trate de una medida excepcional, sino que «al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»⁵⁷.

La Sala de lo Civil ha venido declarando 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 menor⁵⁸. Así se viene a recoger en sus pronunciamientos y argumentos dados en los asuntos abordados en las SSTS núm. 665/2017 de 13 de diciembre, que cita, a su vez, otras como la núm. 390/2015 de 26 de junio y la núm. 758/2013 de 25 de noviembre⁵⁹. De tal manera se ha visto recogido en las resoluciones dictadas, sobre todo siendo Magistrado Ponente Don José Antonio Seijas Quintana.

⁵⁷ Así se deduce del análisis de las siguientes SSTS: núm. 257/2013 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246), núm. 200/2014 de 25 de abril 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1699), núm. 576/2014 de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4084) y núm. 52/2015 de 16 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:258).

⁵⁸ En la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, publicada por el CGPJ el pasado 25 de junio de 2020, se incluyen estudios de psicología forense y jurídica (como los emitidos por D^a Juana María Biezma López y D^a Francisca Fariña Rivera) y de profesionales de trabajo social forense (como el de D^a María Zubikoa Mendigutxía). Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>. Consultado el 15/07/2020.

⁵⁹ *Vid.* SSTS núm. 665/2017 de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4372), núm. 390/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2736) y núm. 758/2013 de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5710).

Con esta interpretación, se daba respuesta a una práctica en la que los juzgados aplicaban la guarda compartida como un modelo «excepcional» que requería de un acuerdo de ambos progenitores para otorgarse. En caso de que aquel no existiese, se entendía que, inusualmente, se podría otorgar por el juzgador *a quo*.

Igualmente «la normalidad familiar» y el concepto de interés del menor, tan socorrido en todas sus resoluciones, son los rasgos que han matizado el carácter de bondad del sistema de la guarda conjunta. El sentir de la jurisprudencia emanada de la Sala del Tribunal Supremo ha sido destacado desde tal perspectiva⁶⁰. Y así, «este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Se reitera que «lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos»⁶¹.

⁶⁰ Vid. PARDILLO HERNÁNDEZ, A., «Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente» (2013), pp. 1-17.

⁶¹ Véanse, en tal sentido, las SSTs núm. 495/2013 de 19 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4082), núm. 368/2014 de 2 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2650), núm. 465/2015 de 9 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3707), núm. 526/2016 de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045) y núm. 11/2018 de 11 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:40).

De esta forma, tras una lectura de la doctrina constante de la Sala, se concluye que la bondad objetiva del sistema no es discutible y que las características principales que la definen son las siguientes: fomento de la integración de los menores con sus progenitores, evitación del sentimiento de pérdida, falta de controversia sobre la idoneidad de los progenitores y continuidad de la conveniente cooperación entre los padres⁶².

A continuación, se analizan tales caracteres con más detenimiento.

1. Fomento de la integración de los menores con sus progenitores

Mediante el régimen de guarda conjunta para con los hijos, se intenta promover la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. Se potencian los efectos positivos inherentes para garantizar la relación afectiva y vinculación entre los miembros de la familia⁶³. Este aspecto supone una aproximación al modelo que existía antes de la ruptura de la pareja de los progenitores, impulsándose la garantía de continuar con el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Todo ello llevaría a alimentar la participación en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Así, las partes solicitantes de la aplicación de este régimen, vienen haciendo hincapié en varios elementos para sostener su pretensión⁶⁴:

⁶² Tales rasgos son puestos de manifiesto en los supuestos abordados en las SSTS núm. 758/2013 de 25 de noviembre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5710), núm. 465/2015 de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3707) y núm. 658/2017 de 17 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5218), entre otras muchas.

⁶³ « (...) Consecuentemente, los menores cuentan con la presencia de uno y otro progenitor en espacios temporales modulados, de la manera más parecida a la situación que existía en tiempos de convivencia pacífica, si bien en diversa distribución de arcos cronológicos.» *Vid.* STS núm. 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, FD 1º (ECLI:ES:TS:2016:4045).

⁶⁴ En la casuística encontraremos supuestos en los que el padre solicite la GCC de sus hijos en un proceso de divorcio contencioso y, tras una primera instancia y una segunda en apelación en las que se la deniegan, en posterior casación, con una valoración jurídica distinta, le son admitidas sus pretensiones al solicitante.

- a) capacidad, desempeño y dedicación en el cuidado a los hijos;
- b) dedicación y similitud de los estilos educativos compatibles;
- c) buena vinculación afectiva con éstos;
- d) proximidad del domicilio de los litigantes;
- e) compatibilidad del horario laboral del progenitor; y
- f) colaboración de familiares y terceras personas que actuarían de apoyo para ayudar en las tareas de cuidado y atención de los menores.

Al mismo tiempo, la doctrina jurisprudencial reitera una serie de expresiones a fin de fundamentar los beneficios de las medidas del régimen de custodia en orden a «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos»⁶⁵.

En el ámbito de la psicología jurídica, e intentando deslindar los conceptos de corresponsabilidad parental, justicia terapéutica y bienestar de los hijos, autores como Fariña F., Seijo D., Arce R. y Vázquez MJ., resaltan como, a pesar de que este régimen no signifique necesariamente dividir al cincuenta por ciento los tiempos de estancias y permanencias de los menores con sus progenitores, ambos van a responsabilizarse de igual modo con ellos. Ello conllevará que ambos tengan la oportunidad de participar de forma

⁶⁵ Así es recogido en las SSTS núm. 757/2013 (ECLI:ES:TS:2013:5641), 29 de noviembre, núm. 761/2013 de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5824), núm. 616/2014 de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4608) y núm. 390/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2736).

responsable en el proceso de crianza, cuidado proporcionado, representación legal, ofrecimiento de afecto, así como apoyo psico-emocional y material⁶⁶.

2. Evitación del sentimiento de pérdida

En este punto ha sido especialmente discutido el factor del «esfuerzo de readaptación» que supondría para los menores la nueva situación y su justificación. Al mismo tiempo, nos encontramos con respuestas en tribunales que se escudan en un sistema ordinario de régimen de visitas para el progenitor no custodio, como algo suficientemente sólido para la formación de sus hijos. No obstante, este carácter del sistema compartido apuesta por ser una forma responsable del derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis.

De forma lógica, y por el trasfondo que supone cualquier ruptura, el llevar a cabo este tipo de custodia se torna más complejo en comparación con la situación de convivencia familiar en común de los hijos con ambos progenitores. Este factor será relacionado con el aspecto procesal de la exploración de la voluntad del menor, analizado más adelante. De forma casi necesaria, los deseos de los menores con cierta edad se tendrán en cuenta y deberán ser puestos de manifiesto en las exploraciones judiciales oportunas. Como se expondrá, en algunos supuestos, de forma general, los menores tienden a verbalizar no demandando cambios en su vida, máxime cuando exista una adecuada vinculación afectiva con sus progenitores sin presentar desajustes o patologías.

Se constatará, al analizar las resoluciones del Tribunal Supremo⁶⁷, que hay supuestos en los que se ha desestimado implantar el régimen de guarda y

⁶⁶ *Vid. supra. op. cit.*, p. 109.

⁶⁷ «... la introducción de cambios en la vida de la niña arriesga a la desestabilización, desconociéndose totalmente cual fuera a ser su proceso de adaptación en el plano emocional e intrafamiliar con una variación de alternativa, cuando para ella es satisfactoria la permanencia

custodia compartida porque se han tomado en cuenta unos informes en los que se sobreponía la seguridad relativa a la estabilidad en la vida del menor por encima del factor de la idoneidad de los padres.

3. Falta de controversia sobre la idoneidad de los progenitores

Por su parte, se valora la predilección para acoger el régimen de guarda y custodia compartida, cuando ambos progenitores estén en condiciones de ejercer la custodia de forma individual. Siendo así, se trata de no polemizar sobre la aptitud o idoneidad de los padres para ejercerla igualmente de forma compartida.

Un ejemplo claro de este carácter lo encontramos en resoluciones que critican la interpretación que se hace, por parte de otros órganos jurisdiccionales, que aplican el modelo de custodia sobre una base meramente especulativa o en régimen de sospecha y que considera la compartida como régimen excepcional. El Tribunal Supremo recuerda que no debe denegarse cuando ambos progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades, y que los hijos no experimenten ningún perjuicio manteniéndose bajo la custodia de uno u otro. Así, en el caso resuelto en la sentencia núm. 200/2014 de 25 de abril 2014, se valora dicho beneficio en edades próximas a la mayoría de edad como es la adolescencia: «No existe ningún dato que permita mantener la afirmación de la sentencia relativa a que “otorgar una custodia compartida por ambos progenitores podría introducir un peligroso elemento de confusión en los menores, en el delicado periodo de la adolescencia en que se encuentran, que pueden no

en el entorno materno. Esta razón, bienestar y seguridad de estabilidad en la menor, determina a la desestimación tanto del motivo principal de custodia exclusiva para el padre, como del subsidiario de compartida alternativa en cualquier modalidad, por más que reconozcamos la igual capacitación e implicación de D. Cornelio en el cuidado y atención en todo orden de Claudia, así como la idéntica disposición de infraestructura y medios, y excelente vinculación de la niña con este progenitor.» Dichas manifestaciones son recogidas en el FD 1º de la STS núm. 526/2016 de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).

saber a qué atenerse en situaciones puntuales... potenciándose aún más el peligro de confusión por parte de estos por el hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas nuevas parejas, que sin duda intervendrán en los periodos en que a los menores les corresponda estar bajo la custodia de su actual cónyuge. Posiblemente será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, como ha dicho esta Sala (SSTS 10 (RJ 2010, 2329) y 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340); 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008) , entre otras), pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor.»⁶⁸.

Igualmente, la STS núm. 138/2016 de 9 marzo, vuelve a apelar a la similitud de aptitudes para hacerse cargo de la educación de los hijos: «Esta Sala debe declarar que en la resolución recurrida se reconoce y las partes lo mantienen, que ambos progenitores tienen aptitud para hacerse cargo de la educación de sus hijos. Por otro lado, en la resolución recurrida se amplía el régimen de visitas para otorgar pernocta en las dos noches intersemanales que el padre tiene, hoy día, a los menores y declara que se asimila «en cierto modo al sistema establecido a una custodia compartida». Partiendo de estos pronunciamientos, en la propia resolución recurrida, se reconoce *de facto* que el horario del padre tiene la suficiente flexibilidad para: 1. Llevar a los menores al colegio la mañana siguiente a la pernocta. 2. Llevarlos al centro escolar el lunes de la semana que corresponden al padre el fin de semana. Esta Sala declara que, aun reconociendo que siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente) que en la sentencia recurrida, de

⁶⁸ *Id.* STS núm. 200/2014 de 25 de abril de 2014, FD 4º (ECLI:ES:TS:2014:1699).

forma incoherente, se le niega como base de la atribución de la custodia a la madre y se le reconoce para ampliar a la pernocta, los días intersemanales.»⁶⁹.

Por otro lado, y en sentido contrario, nos encontramos con sentencias en las que se viene a denegar el régimen conjunto pese a reconocerse la similitud de condiciones de ambos progenitores para ejercerla⁷⁰.

⁶⁹ Vid. STS núm. 138/2016 de 9 marzo de 2016, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:1156).

⁷⁰ «Consta, dice la sentencia, que la madre: «quien no realiza actividad retribuida, se ha dedicado a la menor ejerciendo de cuidadora principal en su vida, sin que se detecte en ella carencia significativa alguna, disponiendo en su entorno del adecuado grado de estabilidad doméstica,(...) Este mero hecho de presentar el padre plena capacidad, aun sumado a la existencia de una hermana de vínculo sencillo, máxime teniendo en consideración las diferencias de edades, no abocan sin más a la postulada custodia ni exclusiva, ni compartida, cuando por cierto, la Juez "a quo" lleva a cabo una distribución equitativa del tiempo de Crescencia entre uno y otro progenitor, de manera absolutamente prudente y sensible para con la situación de esta niña, en atención al grado de implicación de cada padre en sus cuidados cotidianos y atenciones prodigadas en todos los aspectos, higiene, alimentación, sanitarios, educativos...etc. Es desde luego Dº. Cornelio totalmente capaz, apto e idóneo para ejercer responsablemente las funciones parentales, pero ello no basta para acceder a lo pedido, que por cierto, no es sino producto de la semántica, de quedarse en la literalidad de las palabras, cuando la única consecuencia práctica que derivaría del éxito de la pretensión quedaría en el plano de la denominación, pues el interés de esta niña aconseja en todo caso el mantenimiento de la distribución que se ha efectuado en la instancia del tiempo disponible de Crescencia con uno y otro progenitor. (...) En el caso, no se vulnera la doctrina de esta sala relativa a la guarda y custodia compartida. No se cuestiona que con este sistema se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco se cuestiona la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres de guarda. Lo que no se comparte es que, frente a la sentencia recurrida que valora el interés de la niña con expresa atención a su opinión, se pretenda convertir el régimen de visitas y comunicaciones del padre con la hija en una guarda y custodia compartida. El recurso se entiende únicamente desde la idea de que bajo la cobertura de la guarda y custodia compartida que establece el artículo 92 del Código Civil, se deben adoptar medidas distintas con relación a la vivienda y alimentos que las que pudieran acordarse en los supuestos de guarda exclusiva de los hijos por uno de los progenitores. (...) Ocurre, en este caso, que el interés de la menor demanda la solución recurrida y no otra desde la idea, valorada en la sentencia, especialmente por remisión a la del juzgado, de que la madre no trabaja desde que nació la niña y de que se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, incluido el tiempo transcurrido desde que el padre abandonó la convivencia familiar y se marchó con su hija Fátima, hecho que no ha sido combatido en el recurso correspondiente, frente al padre cuyo trabajo le exige una dedicación de tiempo importante, con viajes al extranjero, con lo que este periodo de mayor convivencia de la madre con la niña en la que fue vivienda familiar va a permitir que la toma de decisiones habituales se mantenga en una misma dirección, que es lo que a la postre ha llevado a ambas instancias a adoptar la medida cuestionada en términos de razonada prudencia, y, por supuesto, en beneficio e interés de la menor, atendiendo a criterios reiteradamente expresados por esta sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los deseos manifestados por la niña; al número de hijos (la edad de Fátima, nacida en el año NUM001, de una relación distinta del

Ello nos lleva a la valoración de otra serie de circunstancias, que habrán de tenerse en cuenta a la hora del establecimiento de la guarda y custodia de los hijos, como son los criterios sustantivos que serán analizados en el capítulo siguiente.

En relación a este aspecto, en algunos casos encontramos lo que vengo a denominar las «falsas custodias individuales o exclusivas». Se trata de situaciones en las que se regula un reparto igualitario del tiempo de convivencia o permanencia de los menores con cada progenitor. Son repartos similares o muy parecidos y, que, pese a ello, no se identifican ni denominan como guardas y custodias compartidas. Estos casos serán tratados al examinar los aspectos de derecho sustantivo de valoración relativos a los períodos de tiempo en las modalidades de alternancia.

4. Continuidad de la conveniente cooperación entre los padres

La conveniencia de una buena colaboración entre los progenitores, redundará en beneficio de los menores y, sobre todo, si ya se venía desarrollando eficientemente. Es más que comprensible que los hijos demanden a sus padres la existencia de diálogo y respeto entre ellos. Este factor se hace más necesario en los casos en que haya una proximidad entre los domicilios que se fijen, a fin de facilitar la logística de idas y venidas al centro escolar y la realización de las actividades que desarrollan los menores. Es por ello, por lo que en estos

padre, no es determinante en este aspecto) y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común; pronunciamiento que esta sala debe mantener salvo que se convierta en una tercera instancia en la que pudiera resolverse el «sistema de alternancia que más proteja y garantice la estabilidad de la menor» o la forma en que la madre, sin ingresos en estos momentos, va a poder hacer frente a los gastos ordinarios en que incurra la menor, salvo los escolares, como se propone en el recurso, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.» *Vid.* STS núm. 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, FD 1º (ECLI:ES:TS:2016:4045).

modelos destacan elementos como la continuidad en la forma de vida y el ambiente donde se desenvuelve el menor.

El Alto Tribunal ha reflejado que, para la adopción de este régimen, no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor. Así lo recalca en su sentencia núm. 55/2016 de 11 de febrero de 2016, cuando 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 actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.»⁷¹.

En definitiva, la orientación hacia el criterio del «interés del menor» funciona como motor en la toma de decisiones sobre la custodia. Evidentemente, la práctica es más compleja que la que se lleva a cabo cuando hay convivencia en común de todo el núcleo familiar.

Junto con los informes exigidos por ley, los elementos a tener en cuenta son, entre otros: la práctica anterior de los progenitores en la cotidianidad de las relaciones con sus hijos menores, las aptitudes personales de los padres, la voluntad de los menores, 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 personales⁷².

⁷¹ Vid. STS núm. 55/2016 de 11 de febrero de 2016, FD 4º (ECLI:ES:TS:2016:359).

⁷² Así viene a recordarlo el TS respecto a la reiterada interpretación que se hace del artículo 92 del CC, en el FD 2º de la STS núm. 257/2013 de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246).

CAPÍTULO II

Ad substantiam

CAPÍTULO II
CRITERIOS VALORATIVOS Y NORMATIVOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE
MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Con carácter previo, al análisis de los aspectos procesales atinentes al establecimiento de la guarda y custodia compartida, se deben dejar definidos los elementos de derecho sustantivo o material sobre los que se asentarán las decisiones judiciales. Ya, desde la jurisprudencia más temprana emanada de la Sala de lo Civil del TS, en la que empezaron a resolverse los problemas de interpretación, tras la puesta en práctica de la vigencia de la Ley 15/2005, se encuentran argumentos que deliberan sobre los criterios a valorar en la hoja de ruta de este régimen de custodia.

Así, en el asunto referido en la STS núm. 623/2009 de 8 de octubre⁷³, se señala que el Código Civil no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor, en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores y abriendo la posibilidad de tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del derecho comparado⁷⁴, se concluye que se están utilizando criterios tales como:

- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;

⁷³ Vid. STS núm. 623/2009 de 8 de octubre, FD 5º (RJ 2009\4606, ECLI:ES:TS:2009:5969).

⁷⁴ Respecto al derecho comparado, la sentencia anterior menciona algunos sistemas jurídicos como el seguido en Alemania o Noruega (que reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges), el de Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia (que permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor) y el de Francia, (donde se contiene una lista de criterios en el art. 373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo de 2002).

- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;
- los acuerdos adoptados por los progenitores;
- la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
- el resultado de los informes exigidos legalmente y,
- cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en el entorno de una convivencia más compleja que la anterior.

En definitiva, todas estas directivas deberán atender al fin primario y último de la protección del interés del menor, que es la finalidad con la que debe ser interpretado el art. 92 del CC. Y ello, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada, cuando se acredite un cambio de la situación de hecho y unas nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

Como se expondrá, hay una serie de elementos que se vienen a repetir en las resoluciones judiciales, atendiendo a las circunstancias de los casos planteados, a la hora de considerar la guarda conjunta o alterna como un régimen adecuado. Dichos factores se refieren al cumplimiento adecuado de los deberes, atenciones y cuidados para con sus hijos, a un domicilio estable y adecuado donde habitar, a los trabajos y obligaciones laborales (horarios, viajes, tipo de actividad) y a la estructura de apoyo existente en las respectivas familias⁷⁵.

⁷⁵ El Tribunal Supremo razona que la custodia compartida no supone que el menor salga de su ambiente familiar habitual (vivienda familiar) o se mantenga en el mismo para estar al cuidado de otra persona diferente a sus padres, pertenezca o no ésta al ámbito familiar del

I. PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR

1. Las pautas para definir el interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado

Una de las principales cuestiones para dilucidar las demandas civiles en el ámbito del derecho de familia, que incluyen peticiones de sistemas de períodos de convivencia con los hijos menores, es lo que se denomina el interés superior de los mismos.

Son muchas las ocasiones en las que los propios justiciables, a través de los representantes legales y profesionales que han asumido su dirección jurídica, han puesto de manifiesto ante los tribunales, que nos encontramos ante un concepto jurídico de carácter indeterminado. Se deja a los órganos jurisdiccionales la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido a fin de determinar qué tipo de modelo parental habrá de regir las futuras relaciones de los padres para con los hijos. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido la que lo ha dotado de contenido práctico, a través de sus resoluciones, argumentando el triple contenido que abarca la noción, haciendo referencia a su aspecto sustantivo, interpretativo y procedimental⁷⁶.

menor, pues de aceptarse ello se estaría alterando la finalidad de este tipo de régimen de custodia. Véanse, en ese sentido, los criterios de valoración para la atribución de la custodia compartida en sus sentencias núm. 641/2011 de 27 de septiembre (RJ 2011\7382, ECLI:ES:TS:2011:5880), núm. 94/2010 de 11 de marzo (RJ 2010\2340, ECLI:ES:TS:2010:963), núm. 94/2010 de 10 de marzo (RJ 2010\2329, ECLI:ES:TS:2010:962) y núm. 154/2012 de 9 de marzo (RJ 2012\5241, ECLI:ES:TS:2012:1845).

⁷⁶ Así lo contempla el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 416/2015, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2015:3216), en cuyo Fundamento de Derecho tercero, recoge lo siguiente: « 1. Interés superior del menor. La Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836) , al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre (RCL 1987, 2439) , que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ellas se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo

De esta forma, como analiza VERDERA IZQUIERDO⁷⁷, partiendo del estudio de la Observación General Nº 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁷⁸, el interés del menor se configura desde su triple

lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero (RCL 1996, 145), Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148. 20º de la CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia. Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (RCL 1990, 2712) (Nueva York, 20 de noviembre de 1989). En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales (...)»

En el mismo sentido, véase la sentencia núm. 748/2016 de 21 de diciembre (RJ 2016\5998, ECLI:ES:TS:2016:5532), cuyas argumentaciones se reproducen en el FD 3º de la STS núm. 4/2018 de 10 de enero (RJ 2018\61, ECLI:ES:TS:2018:21).

⁷⁷ Véase VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción* (2019). Consultado en <https://proview--thomsonreuters--com.us.debiblio.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F216986168%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=5ece66470570786bb4fb8fa0e43ddce5&eat=%5Bereid%3D%225ece66470570786bb4fb8fa0e43ddce5%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>

⁷⁸ Según la Observación General nº 14 (2013), el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la

óptica, como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento. La autora desglosa su contenido y concluye que se comprueba que el objetivo de la actual regulación no es establecer una definición de interés del menor, sino otorgar una serie de mecanismos o pautas para poder detectarlo ante la situación concreta particular. Así:

a) Desde el punto de vista del derecho sustantivo, parece no contemplarse dicho interés como un principio básico exclusivamente, sino como un verdadero derecho subjetivo cuyo titular es el menor. Esta configuración lo convierte en punto de referencia y base de toda la legislación referida a los menores y a la familia.

b) Por otra parte, el carácter interpretativo del concepto nos conduce a una función normativa, en el sentido de servir para colmar lagunas legales, en caso de que sea necesario interpretar y resolver una determinada situación en la que no exista norma particular aplicable al caso. Es por ello, que se configuraría como criterio hermenéutico de interpretación de las leyes, de carácter teleológico o finalista. Este aspecto hace muy problemática su concreción teórica y práctica, por lo que habrán de tenerse en cuenta todos los condicionamientos posibles ante una situación particular. Todo ello nos conduciría a interpretar las normas siempre a favor del interés superior del menor.

c) Finalmente, la dimensión procedimental enlaza necesariamente con las garantías procesales. El artículo 2. 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de

decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales (...)».

El contenido del texto de la Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial CRC/C/GC/14 (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, párrafo 1), está disponible en la página web de las Naciones Unidas: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11. Consultado el 23/12/2020.

enero, de Protección Jurídica del Menor, alude a dicha norma de procedimiento y concreta que toda adopción de una medida que afecte a un menor se deberá acordar respetando las debidas garantías del proceso. El cuerpo de garantías que se detallan en este artículo deberá ser aplicado a los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, cuya regulación se establece en los artículos 748 a 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A la materia que nos ocupa, sobre la apreciación de la conveniencia de un modelo de guarda conjunta, podemos aplicar los matices que refiere Martín Ostos⁷⁹ en torno a este concepto. El cambio de residencia del menor y su guarda y custodia constituyen un supuesto especial, en el que confronta el interés superior del menor con otros intereses. A los efectos, este autor estima que la resolución dictada «debe ser lo más detallada posible, precisando y concretando los diversos aspectos atinentes a dicha problemática, sin que sea suficiente una genérica regulación indeterminada y sin explicar las razones beneficiosas para el menor».

Normativamente, su consideración como derecho fundamental, hizo preciso el desarrollo del concepto de interés del menor en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que vino a modificar el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Tal y como expresaba la Exposición de Motivos de la LO 8/2015 de 22 de julio, la ley tiene como objeto introducir los cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir

⁷⁹ MARTÍN OSTOS, J., analiza la indefinición de la expresión en los distintos instrumentos jurídicos internacionales y en los textos de la legislación española. Concluye que su naturaleza nos lleva a tratarlo como un principio general con carácter fundamental (con repercusión material y procesal), público (con aplicación obligatoria por parte de la Administración Pública, en defecto de la correcta actuación de los progenitores), prioritario y basado en la consideración social de la evidente debilidad del menor, en su comprensible vulnerabilidad. Cf. MARTÍN OSTOS, J., «En torno al interés superior del menor» (2012), pp. 39-65.

en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la CE.

Dada la importancia en las cuestiones que nos ocupan, es primordial hacer referencia a la literalidad íntegra de este artículo. En su virtud, «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

A fin de interpretar, lo que se denomina como ese «interés superior del menor», se vienen a recoger unos criterios generales, sin la pretensión de ser un *numerus clausus*, ya que se deberá atender a las circunstancias específicas de cada caso concreto⁸⁰. Se acoge el principio de acudir a una ponderación o

⁸⁰ Art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera

valoración conjunta de elementos tales como la edad y madurez del menor, las garantías de igualdad y no discriminación por razones de vulnerabilidad, su desarrollo y estabilidad tanto material como emocional, sus capacidades, etc. Se le atribuye el rango de la primacía sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir con el mismo, para el caso de que no se puedan respetar todos los intereses concurrentes.

2. El contenido procedimental del interés superior del menor

En lo que se refiere a los aspectos procesales, los parámetros que deben garantizarse en el protocolo de actuación en este tipo de procesos de derecho de familia, serán los recogidos en el apartado 5 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Así, constituyen garantías procesales las siguientes:

a) «Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente».

b) «La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados».

Dado el carácter de la materia que tratamos, en la práctica, se revela especialmente significativo el dato de la especialización del personal y los profesionales implicados que actúan en los procesos de esta naturaleza. Como indica Martín Ostos⁸¹, lógicamente se aplicará el interés superior de los

otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.».

⁸¹ *Vid. supra*, MARTÍN OSTOS, J., «En torno al interés superior del menor» (2012), pp. 39-65.

menores de forma más acertada por parte de aquellas personas que tengan la debida preparación y se encuentren sensibilizadas con la problemática de los mismos. Añadiría, que este aspecto es más relevante si tratamos con casos de procesos contenciosos y hay que valorar las múltiples cuestiones relativas al ámbito familiar a fin de configurar el régimen de custodia más apropiado.

c) «La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses».

d) «La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas».

e) «La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

Con todo ello, se ha venido a introducir unos cánones a seguir por los Tribunales a la hora de establecer el régimen de guarda, de forma que se observe su cumplimiento en la medida de lo posible. Así, serán objetivos primordiales el preservar el mantenimiento de sus relaciones familiares y el proteger la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas. Estas pautas han de ser valoradas para razonar el interés superior del menor en aquellos procesos de guarda conjunta confrontándose con las pretensiones de los progenitores⁸².

⁸² Para ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M., el interés superior del menor resulta «el elemento determinante o "clave bóveda" en los procesos familiares, en el sentido de constituir la última pieza que se coloca en la construcción de proceso judicial y hasta que dicha "pieza" no se encuentra colocada en su lugar necesario, la familia (siguiendo con el símil del "arco") se

En cada caso concreto, habrán de atenderse a las circunstancias de los hijos, como pueden ser, a título de ejemplo, las siguientes:

- a) Situación escolar y educativa, y con ella, los hábitos relativos a actividades extraescolares o deportivas.
- b) Seguimiento y tratamientos médicos relacionados con su salud, que puedan implicar unos cuidados o necesidades especiales.
- c) Relaciones personales como la existencia de hermanos e implicaciones afectivas familiares con los parientes maternos y paternos.

3. La doctrina jurisprudencial

Sobre los anteriores criterios, y asentando la doctrina jurisprudencial, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 257/2013 de 29 abril⁸³, concluyendo en sus argumentaciones que la interpretación del artículo 92 en sus apartados 5, 6 y 7 del CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar. Se asienta el principio de que el régimen deseable, ordinario y más adecuado para la corresponsabilidad parental, es aquel que establece un periodo de alternancia y convivencia que permita un reparto

encuentra inestable». *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, p. 168.

⁸³ *Vid.* STS núm. 257/2013 de 29 abril (ECLI:ES:TS:2013:2246), que luego se ha visto avalada por muchas posteriores como las siguientes: núm. 654/2018, de 20 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4044), núm. 593/2018, de 30 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3684), núm. 519/2017, de 22 septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3327), núm. 86/2016, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2016:785), núm. 55/2016, de 11 febrero (ECLI:ES:TS:2016:359), núm. 33/2016, de 4 febrero (ECLI:ES:TS:2016:335), núm. 585/2015, de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2015:4442), núm. 52/2015, de 16 febrero (ECLI:ES:TS:2015:258), núm. 616/2014, de 18 noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4608), núm. 619/2014, de 30 octubre (ECLI:ES:TS:2014:4342), núm. 515/2015, de 15 octubre (ECLI:ES:TS:2014:3900), núm. 368/2014, de 2 julio (ECLI:ES:TS:2014:2650), núm. 200/2014, de 25 abril (ECLI:ES:TS:2014:1699), núm. 762/2012, de 17 diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5966), núm. 761/2013, de 12 diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5824), núm. 757/2013, de 29 noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5641) y núm. 758/2013, de 25 noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5710).

equitativo en el tiempo y unas condiciones de igualdad en el ejercicio de las funciones de la patria potestad.

En las resoluciones reseñadas se refieren criterios que permitan a los menores una vida adecuada, aunque la realidad pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Se exponen, en sus considerandos, las pautas a las que ya se hizo referencia cuando se analizaron las bondades objetivas del sistema, y específicamente las relativas a: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; 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, tanto con los menores como con la otra parte; el resultado de los informes exigidos legalmente⁸⁴; y como criterio general, cualquier otro que permita proteger el interés del menor caso por caso.

Los argumentos esgrimidos en dichas sentencias, pasan por subrayar la primacía de aquel sistema que se adapte mejor al menor y a su interés, y no al interés de sus progenitores. El sistema está concebido en el artículo 92 del CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda⁸⁵. El Alto Tribunal convierte en

⁸⁴ Aquí incluiríamos los dictámenes convenientes que se puedan solicitar a los equipos que intervienen en la materia, ya sean los Equipos Psicosociales (en los Juzgados de Familia) o bien las Unidades de Valoración Forense Integral (en el ámbito de los Juzgados de Violencia contra la mujer). Como veremos, no son informes vinculantes, aunque sí ayudan al Juez a determinar y valorar la situación del núcleo de convivencia familiar.

⁸⁵ *Cfr.* las sentencias indicadas en el FD 2º de la STS núm. 257/2013 de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2246): «SSTS de 11 de marzo de 2010; de 7 de julio de 2011; de 21 de febrero de 2011; de 10 de enero de 2012 (RJ 2012, 3642) entre otras.».

En la STS de 11 marzo de 2010, FD 2º (RJ 2010\2340, ECLI:ES:TS:2010:963) se recogen los siguientes argumentos, que reproduzco íntegramente por su aspecto clarificador: «Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por

virtudes del régimen de guarda y custodia compartida, aquello que, para la interpretación de algunos órganos jurisdiccionales, pudiera considerarse como problemas para su ejercicio, como pueden ser la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución.

La doctrina de la Sala ha insistido en manifestar que, en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial, de forma que todos los requerimientos establecidos en la mencionada norma han de ser interpretados con esta única finalidad⁸⁶. Las predilecciones y relaciones entre los miembros de la pareja solamente se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven", criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor. En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al Juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable.». Estos criterios son citados y reiterados en la STS núm. 681/2007 de 1 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4861).

⁸⁶ Así se desprende del análisis de la STS núm. 155/2017 de 07 de marzo, FD 2º y 3º (ECLI:ES:TS:2017:849), que nos viene a recordar otras como las de fechas 8 de octubre de 2008, 10 octubre 2010, 11 febrero 2011 y 22 de julio de 2011.

La interpretación de la Jurisprudencia se ha llevado al extremo, inclusive, de entender el interés del menor como una prevalencia sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores. Así lo viene a decir la sentencia de la Sala núm. 641/2011 de 27 de septiembre⁸⁷, que se expresa en los siguientes términos: «La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida 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 art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011 (RJ 2011, 5676), 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes».

En Portugal, la doctrina apunta la argumentación de partir de la base de la realidad familiar involucrada. En este sentido, Chaves Marianna⁸⁸ nos deja reseñado que no hay lugar para generalizaciones y suposiciones absolutas en este tipo de asunto y sería necesario analizar cada supuesto de forma

⁸⁷ Vid. STS núm. 641/2011 de 27 de septiembre, FD 5º (RJ 2011\7382, ECLI:ES:TS:2011:5880).

⁸⁸ Vid. su obra «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária» (2019): «Cada interesse, de cada criança, em cada caso de regulação das responsabilidades parentais é único e deve ser visto como tal. (...) O melhor interesse da criança, como conceito jurídico indeterminado que é, varia muito e dependerá sempre do caso concreto. A doutrina, com trabalhos de investigação a nível mundial, e a própria jurisprudência vêm esboçando parâmetros que poderão auxiliar no caminho da concretização do princípio do melhor interesse, que deverá ser sempre preenchido diante da realidade fática de cada família e de cada criança.», pp. 101-117.

minuciosa. Así, por ejemplo, la conveniencia de ejercer conjuntamente las responsabilidades de los padres con residencia alternativa, habría que interpretarla a la luz del interés superior del niño, que se materializará solo después de una exploración exhaustiva del hecho planteado por el caso específico. Coincido plenamente con la autora en que los parámetros dibujados por la doctrina y la jurisprudencia para el interés superior pueden ayudar, pero siempre debe llenarse de la realidad fáctica de cada familia y cada niño.

4. Conclusión sobre los intereses concurrentes en la guarda y custodia compartida

Como resumen de lo expuesto anteriormente, en mi opinión, no se debe generalizar y habrá que valorar cada situación de hecho concreta. Se trata de aproximar el régimen de guarda y custodia al modelo existente anterior a la ruptura entre los progenitores y garantizarles la participación en igualdad de condiciones en el desarrollo de los hijos. La labor del juzgador pasa por ahondar y valorar cada supuesto, así como motivar lo que se acuerde. El objetivo consiste en desgranar el concepto abstracto del interés del menor y argumentar adecuadamente los aspectos y criterios que basan la decisión del Juez en cada proceso, estimando un tipo de custodia u otra.

Más allá de idealizar el concepto del interés del menor, y apreciando los condicionantes de la realidad social actual, los diferentes foros de Derecho de Familia ponen de manifiesto la problemática relativa al hecho de tener que asumir la posibilidad de que, cuando se produce la ruptura de la pareja, los hijos vivirán peor. Acorde con las reales y actuales crisis económicas que se están viviendo, quizás a los hijos no se les pueda costear los caros estudios

prometidos o no puedan continuar cursando las interesantes clases particulares de su afición favorita⁸⁹.

En ocasiones, por parte de los órganos jurisdiccionales y las partes, se puede confundir el concepto de interés del menor con la continuación en la práctica de ciertas actividades. A partir de la ruptura de los progenitores, se cambia, consecuentemente, la situación de convivencia y ciertos aspectos no son asumibles económicamente. Por tanto, el «bienestar» del menor deberá ser cumplido acorde con la situación asumida por los progenitores.

En la práctica, la realidad de la guarda y custodia compartida entronca con el propio deseo e intención de los progenitores de ejercerla y sus posibilidades económicas para poder llevarla a cabo. Es por ello, por lo que puede ocurrir que los intereses de los progenitores, en el intento de satisfacer su deseo de equilibrar sus derechos y obligaciones para con sus hijos, encuentren las limitaciones en sus particulares recursos económicos. Finalmente, en ese acto de ponderación de los intereses individuales de los padres, la balanza deberá primar en favor del «superior interés del menor». Por ello, entiendo que este concepto tan indeterminado se tiene que ajustar a la propia realidad familiar, que se viene a asumir después de la crisis de pareja, y a las nuevas capacidades económicas.

Este aspecto nos lleva a los puntos que serán analizados en los apartados siguientes, referentes a la vinculación afectiva, las relaciones entre

⁸⁹ Como pone de manifiesto DIAZ MARTÍNEZ, A., «El nuevo escenario de crisis económica del país, cuyos efectos son conocidos en el ámbito contractual en el aumento de la morosidad y la insolvencia de personas físicas y jurídicas, está presente ya desde hace algunos años en el Derecho de familia no sólo en el incremento de las ejecuciones por impago y de las pretensiones de modificación de medidas económicas fijadas en procedimiento de separación y divorcio sino en el momento inicial de fijación de tales efectos en estos procedimientos. Así, a ningún operador jurídico le pasa en este momento desapercibido el flujo de demandas que pretenden la reducción de pensiones (compensatorias o alimenticias de los hijos), la extinción o temporalización de la compensatoria o incluso la suspensión de los alimentos de los menores, éstas últimas, lógicamente, con escaso éxito.». *Vid.* DIAZ MARTÍNEZ, A., «Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica» (2012), p. 1.

los progenitores, el mantenimiento del *status quo*, el alojamiento y la cobertura de las necesidades materiales a través de los alimentos.

II. VINCULACIÓN AFECTIVA Y PRESERVACIÓN DE LAS RELACIONES FRENTE A LA CRISIS FAMILIAR

1. Las aptitudes personales de los progenitores

Entre los varios criterios reiterados por la Sala del Alto Tribunal para la adopción de la medida de guarda a adoptar, se encuentran los relativos a la importancia de la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus propias aptitudes personales.

Resulta inevitable hablar de las habilidades de los progenitores para ejercer de manera continuada las funciones parentales después de la ruptura y la valoración que deba hacerse de tales circunstancias. La jurisprudencia no se aparta del objetivo que es el de procurar ofrecer un entorno de bienestar y estabilidad al menor en el modelo de guarda conjunta. El órgano jurisdiccional deberá apreciar, por tanto, la capacidad de los padres a partir de medios probatorios como informes que podrá provenir del Equipo Técnico o de otros servicios especializados como psicólogos, psiquiatras u otros profesionales sociales similares.

En ocasiones, inclusive, no se ha descartado el concepto de la asignación tradicional de roles desempeñados por madre y padre como un pretexto para desestimar la guarda y custodia compartida⁹⁰. En opinión de

⁹⁰ En este sentido, la STS núm. 15/2020 de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2020:61) pone de manifiesto como la AP de Santander, en una sentencia relativamente reciente, concretamente de 19 de diciembre de 2018, revoca la guarda y custodia compartida sobre dos hijas menores de edad, atribuyéndosela a la madre. Y ello fundándose en síntesis que el matrimonio se había desenvuelto con una asignación tradicional de roles desempeñando la madre las tareas de atención y cuidado de la familia, siendo en el pasado escasa la implicación del padre en las actividades cotidianas de las niñas pues, por las tardes, el padre se dedicaba a sus actividades deportivas. Añadió que tampoco se ofrecía por el padre un programa de guarda y custodia,

Garriga Gorina⁹¹, la regulación de los criterios legales de atribución de la guarda puede señalar la preferencia política por un sistema de organización familiar más o menos igualitario, pero no va a modificar los roles de género. Siendo así, la idea será adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento.

Otros indicadores reseñables, como son los relativos a las enfermedades o los trastornos de los progenitores, deberán ser evaluados a fin de determinar su incidencia en el cuidado de los hijos. La existencia de patologías mentales que dificulten o impidan el ejercicio de la custodia deberá ser corroborada con la práctica de la prueba precisa. Las unidades de valoración integral forense, especialmente en los casos de violencia de género, aportan información relevante a través de la prueba pericial forense acordada sobre capacidades y patologías.

Como se analizará en el capítulo dedicado a los aspectos procesales, concretamente los aspectos de la valoración de los dictámenes técnicos, según la opinión de los jueces, el papel que representa el informe psicológico es decisivo. Con dichos informes se valoraran los aspectos básicos sobre los que se centra la pericia psicológica, a la hora de acordar la idoneidad de los progenitores y decidir la mejor alternativa de custodia⁹².

que fuera viable y permitiese deducir un compromiso de asunción de aquellos deberes parentales que hasta entonces no había desempeñado, siendo además inespecífico el apoyo familiar con el que el padre contaba.

⁹¹ «La finalidad es lograr soluciones realizables, respetuosas con las preferencias de cada familia, que permitan la continuidad de las relaciones de los hijos con sus padres tras el divorcio y que mitiguen el carácter enfrentado de las relaciones entre ellos». *Vid.* GARRIGA GORINA, M., «El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 3, 2008, p. 13.

⁹² *Vid.* AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F.: «En relación con el papel del informe psicológico, también los resultados obtenidos en relación a la utilidad percibida (ítem 9, tabla 3) vienen a apoyar esta opinión positiva de los jueces, lo que ratifica la necesidad y justificación del informe pericial, su validez, y la presencia del Psicólogo en este foro.», en

Por su parte, la vinculación afectiva entre padres e hijos ha sido recogida como un criterio adicional que debe ser ponderado como complemento y conjuntamente a otros aspectos⁹³.

De forma lógica y comprensible, la organización familiar que existía previamente a la ruptura de la pareja no va a ser la misma que rija en el modelo de convivencia posterior a la separación. De ahí que la doctrina haya puesto de manifiesto algunas dificultades o inconvenientes en aplicar las preferencias probables y probadas de cada progenitor a futuras situaciones diferentes. No obstante, en el marco de las relaciones posteriores en el ejercicio de la custodia compartida, se ha puntualizado que el juzgador realiza una tarea de adecuación en función de las circunstancias preexistentes, no pudiendo realizar una labor de previsualización o adivinación de las circunstancias que pudieran sobrevenir.

Haciendo mención a un apunte de la jurisprudencia portuguesa, en el caso resuelto por el Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão de 17 de dezembro de 2015 (TRL, Proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Rel. Anabela Calafate, j. 17/12/2015)⁹⁴, se aprobó el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. En el asunto abordado, se acordó un régimen de residencia alternativo cuando se demostró que había una relación armoniosa y afectiva

«Opinión de los jueces (derecho penal y de familia) sobre el informe psicológico forense», *Anuario de psicología jurídica*, Vol. 13, 2003, p. 115.

⁹³ Vid. VIÑAS MAESTRE, M.D.: «La conclusión que se extrae de las diferentes resoluciones judiciales analizadas es que el criterio psicológico no resulta ni prioritario, ni determinante, y normalmente se supedita a otros criterios o parámetros. Si bien es utilizado para adoptar o denegar la guarda compartida junto con otros criterios, lo que se deriva asimismo del sentido común, pues la vinculación afectiva viene determinada o condicionada por el tipo de relación existente entre cada progenitor y el menor (calidad), tiempo de dedicación (cantidad), y capacidad o habilidad parental.» en *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*, (2012), p. 25.

⁹⁴ Vid. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de dezembro de 2015 (TRL, Proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Rel. Anabela Calafate, j. 17/12/2015). Disponible en <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce625c0f1abedc4780257f31004531be?OpenDocument&Highlight=0,Proc,6001-11.6TBCSC.L1-6,Rel,Anabela,Calafate,j,17%2F12%2F2015>. Consultado el 20/10/2020.

entre el niño y sus padres, así como una coexistencia rutinaria del niño con las familias, tanto del lado de la madre como del padre, lo que sería fundamental para apaciguar cualquier conflicto relacionado con el niño⁹⁵.

Al mismo tiempo, se subraya en reiteradas ocasiones que el respeto mutuo en las relaciones particulares entre los progenitores influye en el cumplimiento de sus deberes hacia los hijos⁹⁶. En este punto podemos hablar de varias eventualidades que tratamos a continuación.

2. Existencia de una previa relación conflictiva entre los progenitores

Normalmente, la existencia de relaciones conflictivas previas entre los padres viene a desembocar en procedimientos contenciosos, con las consecuentes posturas beligerantes y diferentes actitudes para cooperar respecto a las relaciones del otro progenitor con los hijos. Dado que la guarda y custodia compartida requiere una dosis mayor de comunicación sobre la vida diaria del menor, las respuestas de los tribunales ha sido la de denegar este régimen por impedir su viabilidad, más aún cuando la conflictividad es extrema. Las razones se basan en que el sistema fracasaría al requerirse ese mínimo de colaboración que aparque la hostilidad apostando por el diálogo y los acuerdos.

⁹⁵ *Vid.* CHAVES, Marianna; «(...) evidências de que, apesar das divergências que os separam, os pais colocaram as diferenças pessoais de lado em prol da filha, sendo referenciados pelo colégio como participativos nas reuniões e nas atividades da criança, recebendo ambas comunicações es- colares», en «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária» (2019) p.115.

⁹⁶ Así lo argumenta en su interpretación del concepto del interés de los menores, recogido en el artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil, en sus sentencias: núm. 4/2018 de 10 de enero (FD 3º, ECLI:ES:TS:2018:21), núm. 138/2016 de 9 de marzo, núm. 115/2016, núm. 368/2014 de 2 de julio, núm. 495/2013 de 19 de julio y núm. 257/2013 de abril de 2013.

Así, a título de ejemplo, la STS núm. 154/2012 de 9 marzo⁹⁷, atendiendo a la especial conflictividad entre los cónyuges, cuya comunicación se realiza por mensajes de texto de móvil o «sms», viene a confirmar que es más conveniente para la protección del interés de una menor la custodia materna estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre. El Tribunal realizó una valoración conjunta de la prueba practicada, tanto del informe psicológico emitido como del interrogatorio de las partes.

Por su parte, en el caso expuesto en la STS núm. 370/2013 de 7 de junio, la Sala se pronuncia en el sentido de que, aunque ambos padres estuvieran en condiciones de ejercerla guarda y custodia de forma individual, la ausencia de diálogo y las malas relaciones entre ellos impedía que el ejercicio de la guarda pudiera ser compartido sin que se perjudicara a las menores⁹⁸.

No obstante, el Tribunal Supremo viene a declarar que las relaciones entre los progenitores solo se convierten en relevantes cuando perjudiquen el interés del menor⁹⁹. En este sentido, en el supuesto resuelto en la sentencia

⁹⁷ Vid. STS núm. 154/2012 de 9 marzo, FD 4º (RJ 2012\5241, ECLI:ES:TS:2012:1845). Argumentaciones similares las encontramos en la STS núm. 143/2016 de 9 de marzo, FD 3º (RJ 2016\842, ECLI:ES:TS:2016:1159).

⁹⁸ «(...) la incomunicación existente entre ambos "son un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y coordinación que exige el sistema de guarda y custodia compartida (...) que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores ..." (...) Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de los menores la custodia materna en atención a la prueba practicada: informe de valoración sobre guarda y custodia, confeccionado por el Instituto de Medicina Legal, los mensajes de correo y la existencia de procedimientos penales, con independencia de su resultado.». Vid. STS núm. 370/2013 de 7 de junio, FD 2º (RJ 2013\3943, ECLI:ES:TS:2013:2926).

⁹⁹ «En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTs, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son

núm. 757/2013 de 29 noviembre¹⁰⁰, en segunda instancia se denegó la medida de guarda y custodia compartida de dos hijas menores de edad que había acordado el Juzgado de 1ª Instancia por anualidades completas. En este caso, el TS casó y anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que otorgaba la guarda a la madre, reponiendo íntegramente la resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia.

En general, en estos casos de posiciones divergentes y conflictivas por sistema, la mayoría de autores, como expone Alonso Espinosa¹⁰¹, hacen desaconsejable la custodia compartida, por ser incompatible con el interés superior del menor. Ello se pone en relación con la defensa de un concepto de sociedad civil sana, basada en familias con hijos emocionalmente sanos y normalmente equilibrados. En estos supuestos, el efecto exclusivo de la guarda conjunta parece ser la mera alternancia en los tiempos de custodia, sometiendo al menor a dos modelos alternos de educación y de vida, siendo instrumentalizado en función de servir como simple medio para dañar al otro progenitor.

relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.». *Vid.* STS núm. 579/2011 de 22 de julio, FD 4º (RJ 2011\5676, ECLI:ES:TS:2011:4924).

¹⁰⁰ *Vid.* STS núm. 757/2013 de 29 noviembre, FD3º: «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011 (RJ 2011, 5676)), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación "no tienen buenas relaciones", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores.». (RJ 2013\7449, ECLI:ES:TS:2013:5641).

¹⁰¹ *Vid.* ALONSO ESPINOSA, F.J. y LÓPEZ ROMERO, P., «Custodia compartida e interés superior del menor» (2015), pp. 17-18.

3. Existencia de acuerdos después de la ruptura y antes del procedimiento judicial

Una vez producida la ruptura, pueden llevarse a cabo pactos informales entre los progenitores que tratan de organizar la relación familiar. Estos acuerdos, fruto de un principio de buena fe y el compromiso de los padres, vienen siendo practicados previamente a recaer cualquier resolución judicial sobre la crisis planteada. En estos casos los tribunales tienden a mantener el modelo de guarda que venía existiendo si se prueba que ha funcionado y no hay evidencias de que resulte perjudicial para los hijos menores.

Este es el sentido del caso contemplado en la STS núm. 94/2010 de 11 marzo, que fue la primera sentencia dictada por el TS en la que se acordó este sistema de guarda, siendo ponente la Excm. Sra. D^a Encarnación Roca Trías. En la sentencia dictada en 1^a Instancia se acordó la guarda y custodia compartida, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomendaban esta medida, que, en realidad, era la que ya se había producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación¹⁰².

El argumento se apoya en el respeto a la estabilidad emocional más beneficiosa para el menor. No obstante, habría que tener en cuenta si se ha producido algún cambio en las circunstancias que concurran, por si habría que dar una respuesta diferente al régimen de custodia.

¹⁰²Vid. STS núm. 94/2010 de 11 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2010:963).

4. Desencuentros propios de la crisis o ruptura

La existencia de relaciones «no buenas» suele ser habitual por los efectos propios de la ruptura de la pareja, una vez inmersa ya en el procedimiento de familia. En el proceso de evolución tendente al favorecimiento del otorgamiento de la guarda y custodia compartida, nuestros tribunales se han pronunciado aclarando que ello no desautoriza *per se* este régimen, salvo que afecte de modo relevante a los menores causándoles un perjuicio¹⁰³.

Este es el caso abordado en la STS núm. 51/2016 de 11 de febrero¹⁰⁴, viniendo a concluir que este sistema conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista «una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal. No obstante, en segunda instancia la AP vino a revocar la

¹⁰³ «El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación 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», *vid.* FD 2º de la STS núm. 182/2018 de 4 de abril (RJ 2018\1182, ECLI:ES:TS:2018:1156). En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 433/2016 de 27 de junio (2016\3717, ECLI:ES:TS:2016:3145) en su FD 5º: «Si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad. La mala relación entre las partes se circunscribe, por lo atinente a la menor, a las múltiples denuncias interpuestas por la recurrida por incumplimientos horarios relacionados con el régimen de visitas. Con independencia de que en derecho penal rija el principio de intervención mínima, por lo que el encaje adecuado de las diferencias entre las partes deba dilucidarse en el procedimiento civil, lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar.»

¹⁰⁴ *Vid.* el comentario a la sentencia realizado por Morillas Fernández, M. en BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), *La custodia compartida en España*, pp. 103-104.

sentencia que establecía la guarda y custodia de ambos progenitores de forma compartida por meses alternos, acordando un régimen monoparental. Esta decisión se explicaba por la existencia de ese enfrentamiento entre los padres, según el informe del equipo técnico psicosocial, que no entraba a analizar los beneficios que para los menores podría entrañar el régimen de custodia compartida.

En conclusión, y en base a dichos argumentos, para la adopción de una guarda conjunta o alterna, no se exige un acuerdo sin fisuras, sino unas habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor.

III. ARRAIGO SOCIAL Y MANTENIMIENTO DEL *STATUS QUO*

Desde una visión de análisis del «pasado del núcleo familiar», a la hora de decidir sobre el modelo de custodia, en ocasiones los tribunales han sobreestimado las ventajas del mantenimiento del estado de las cosas, por encima de valorar la necesidad o no de la guarda compartida. Entiendo que hablar de «arraigo social» y «mantenimiento del *status quo*» nos puede llevar a una confusión de conceptos, por su cercanía y similitud dentro del componente familiar de la guarda de los hijos.

En el año 2013, la Sala manifestaba su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen, indicando que, junto a las innegables virtudes que conllevaba, como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presentaba «inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la

necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc.»¹⁰⁵.

En el contexto de tratar de dar una interpretación flexible a la literalidad del art. 96.1 CC, el Tribunal Supremo viene a propugnar, dentro de los factores que suman el interés del menor, las circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar, en lo posible, un factor de riesgo para la estabilidad del niño. Esos pormenores van a condicionar, a la postre, el mantenimiento de un status, sino similar, sí parecido al que disfrutaba el menor hasta ese momento.

Así, en el asunto expuesto en la STS núm. 426/2013 de 17 de junio, se argumenta que la conservación de ese *status* se conseguiría «no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros»¹⁰⁶.

En ocasiones, se puede confundir el concepto analizado anteriormente del interés del menor con otros matices que, de forma lógica, pueden llevarnos al examen de las consecuencias inherentes a la ruptura de los progenitores. En este escenario, se llegaría a facetas tan subjetivas como las que parecen querer quitar al menor del «sufrimiento» de los cambios que se producen en el *status quo* de su vida¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid. SSTS núm. 449/2015 de 15 de julio, FD 6º y 7º (ECLI:ES:TS:2015:3207) y núm. 257/2013 de 29 de abril, FD 1º (ECLI:ES:TS:2013:2246).

¹⁰⁶ Cf. STS núm. 426/2013 de 17 de junio, FD 1º (RJ 2013\4375, ECLI:ES:TS:2013:3347).

¹⁰⁷ Véase la STS núm. 11/2018 de 11 de enero, en su Fundamento de Derecho 2º: «Considera el recurrente que debe establecerse este sistema de guarda porque se ha ocupado de su hijo durante el nacimiento; ha aportado mensualmente 400 euros de alimentos y gastos extraordinarios; alquiló un domicilio muy cercano al de la madre; su horario laboral es prácticamente igual que el de la madre; su salario cubre las necesidades del menor y sus padres y familiares viven cerca. Además, entiende que su idoneidad es absoluta y que está

Así, el TS ha manifestado su discrepancia respecto a resoluciones de tribunales de segunda instancia, cuando declaraban la improcedencia de la guarda y custodia compartida basándose exclusivamente en la valoración de las ventajas del mantenimiento del *status quo*, infringiendo así su doctrina jurisprudencial sobre el art. 92 CC. A criterio de la Sala de lo Civil del TS, «el fomento de la integración de los menores con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, la ausencia del sentimiento de pérdida en ellos y la cooperación de los padres en beneficio de los menores sin cuestionarse su idoneidad favorecen la concesión de este sistema.»¹⁰⁸.

Por otra parte, dentro del proceso de familia, la forma de valorar el criterio del arraigo social y familiar se hace a través de distintos medios probatorios como el interrogatorio de las partes, la audiencia de los menores, las testificales, los informes periciales o los dictámenes de especialistas imparciales.

En este punto, es interesante un reciente estudio realizado por Fabregas¹⁰⁹ que expone un análisis, efectuado por parte de psicólogos forenses españoles, y ofrece los primeros resultados empíricos en España sobre la valoración de los criterios, propuestos en la literatura científica, para evaluar los casos de solicitud de traslado de los menores tras la ruptura de pareja. En lo referente a las características de los progenitores, resaltan que es importante evaluar las capacidades parentales y la presencia de psicopatología activa en uno de los progenitores, ya que constituyen un aspecto que puede incidir de forma directa en el menor. Según sus

preparado para el cuidado de su hijo por lo que una custodia exclusiva de la madre sería contraria al interés del niño dado que le privaría de una relación con su padre en iguales condiciones de las que tiene con su madre» (ECLI:ES:TS:2018:40).

¹⁰⁸ Así lo declara la Sala en el asunto decidido en la STS núm. 465/2015 de 9 septiembre, FD 3º (RJ 2015\4179, ECLI:ES:TS:2015:3707).

¹⁰⁹ Vid. FABREGAS, M., ARCH, M., GARCÍA-ARCH, J., SEGURA, J. y PEREDA, N., «El Cambio de residencia del menor tras la ruptura: la importancia de los criterios valorativos» (2020), pp. 35-41. Consultado el 25/10/2020 y disponible en <https://doi.org/10.5093/apj2019a13>.

conclusiones, «los hallazgos han evidenciado que el bienestar del progenitor primario es muy influyente en la adaptación del menor al divorcio (Kelly y Lamb, 2003). En casos de traslado, la estabilidad emocional y los recursos de afrontamiento del progenitor que se quiere trasladar ayudarán al menor a manejar el estrés asociado al traslado; de lo contrario, progenitores que presenten psicopatología (por ejemplo, depresión, o un trastorno de la personalidad) mostrarán dificultades para adaptarse ellos mismos al cambio (nuevo trabajo, nueva residencia, red social, entre otros) y, consecuentemente, no podrán ayudar de forma eficaz al menor en su adaptación al nuevo escenario (Austin, 2008)». Igualmente, el papel de los profesionales en esta materia del derecho de familia también es un factor a valorar. Este estudio anterior pone de manifiesto que, en el asesoramiento técnico sobre la conveniencia o inconveniencia de los traslados, los resultados indican que en pocas ocasiones los profesionales informan de forma positiva al cambio de residencia del menor, apreciándose una inclinación hacia el mantenimiento del *statu quo*. Así, se incurre en creencias como que «los progenitores no deben cambiar de residencia con el menor a excepción de casos extraordinarios».

Entiendo que, a la hora del establecimiento de la guarda de los menores, sería un error escudarse en la idea de continuidad de la figura cuidadora principal o primaria, bajo la excusa de preservar la estabilidad de los hijos. Partiendo de que la ruptura conlleva cambios por sí misma, no es conveniente la implementación por defecto del mantenimiento de los roles que se venían desempeñando durante la convivencia. Ello nos llevaría a la imposibilidad de aceptar una reorganización de roles familiares que es necesario asumir tras la ruptura parental.

IV. CONVIVENCIA Y ALOJAMIENTO: VIVIENDA FAMILIAR

1. Delimitación del concepto de vivienda familiar

Los factores relativos a la convivencia y al alojamiento, que conlleva el funcionamiento de la guarda conjunta de forma implícita, nos acerca a la vivienda como elemento físico en el que se ejercerá la guarda y custodia sobre los hijos. Es por ello que debe considerarse la subsistencia de una familia, pues partimos de la existencia de hijos mejores sobre los que recaerá la mecánica de un eventual sistema de guarda alterna.

Una vez más, la doctrina y la jurisprudencia han sido las que se han pronunciado sobre tal concepto, al no ser precisado por el Código Civil. Montero Aroca¹¹⁰ considera que, dentro de una precisión en los términos, únicamente podría admitirse que el «domicilio conyugal» deja de existir cuando se produce la ruptura matrimonial (al no vivir los dos cónyuges ya en el mismo), mientras que la misma no implica la desaparición de lo que debe entenderse por «vivienda familiar», pues la misma sigue existiendo aunque en ella no resida uno de los cónyuges (o ex cónyuges). Naturalmente si se produce esa crisis matrimonial puede seguirse hablando de vivienda familiar, en tanto en cuanto se ha decidido a cuál de los cónyuges se atribuye su uso¹¹¹.

¹¹⁰ Cf. MONTERO AROCA, J., El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil) (2002), pp. 11-13.

¹¹¹ Vid. GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico* (2019), pp. 37-51. En su obra, empieza por apuntarnos que «sea como fuere, exista o no descendencia, lo cierto es que el art. 96 CC se sigue refiriendo a la vivienda familiar aun después de sobrevenida la ruptura matrimonial»; de ahí que, si no hay hijos, a pesar de no seguir existiendo familia como tal, jurídicamente la vivienda se sigue considerando familiar.

En iguales términos, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., matiza ese concepto jurídico y entiende que «no deja de ser familia, incluso en el sentido nuclear (núcleo de padres e hijos) cuando el matrimonio se ha disuelto por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio de éstos o se ha declarado su nulidad o se han separado. Aunque ciertamente no cabe hablar de familia si los cónyuges no tienen hijos y el matrimonio se disuelve (muerte o divorcio), se anula o se produce la separación». Cf. «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, (1986), p. 180.

Tomando como referencia las connotaciones jurisprudenciales¹¹², se podría definirla vivienda familiar como:

- La sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión de ambos cónyuges o designio de la autoridad judicial.
- El lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad.
- Un inmueble urbano habitable, destinado habitualmente a vivienda y afecto a las necesidades de los miembros de la familia y no de uno solo de ellos.
- Un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Conceptuado como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es auxilio indispensable para el amparo y educación de estos».

Siendo así, la doctrina nos viene a aglutinar esos requisitos mínimos y rasgos elementales que la definen: - edificación habitable (habitabilidad); - ocupada de hecho y con habituación (habitualidad); - habitada por la familia (familiaridad)¹¹³.

En lo que se refiere al sistema de guarda y custodia compartida, se deben traer a colación ciertos aspectos que son relevantes en la práctica

¹¹² Así se considera en las relevantes sentencias del TS núm. 1199/1994 de 31 diciembre (RJ 1994\10330), núm. 1085/1996 de 16 de diciembre (RJ 1996\902, ECLI:ES:TS:1996:7256) y núm. 340/2012 de 31 mayo de 2012 (RJ 2012\6550, ECLI:ES:TS:2012:3850).

¹¹³ *Vid.* en tal sentido: MARTÍN MELENDEZ, M^a T., Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96, p. 1, 2 y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial, (2005) p. 39; PEREZ UREÑA, A.A., La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas, (2008); PINTO ANDRADE, C., La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio, (2011), p. 40; COSTAS RODAL, L., «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS.» (2016), pp. 1-9.

jurídica y que deben ser igualmente resueltos por el juzgador. De esta forma, es importante deslindar ciertos factores, en orden a dar soluciones pertinentes en cada proceso de familia. A continuación, se delimitan algunas nociones como son las relativas a las dependencias anexas, los supuestos de existencia de varias viviendas, la segunda residencia y los aspectos relativos a los objetos de uso ordinario en el hogar familiar.

1.1. La extensión de la vivienda familiar: las dependencias anexas

Generalmente, la atribución del uso de la vivienda familiar implica también la de los llamados «elementos anejos» como aquellas zonas de recreo, jardines y elementos comunes de un edificio con atribución individualizada de su uso o anexos que son dependientes de ella de forma conexa. Se incluirían aquí los garajes que están integrados en la vivienda de la que forma parte de modo inseparable, lo que sucede en las edificaciones unifamiliares, de modo que no cabe un aprovechamiento independiente del mismo.

No obstante, se viene a generar más incertidumbre cuando se trata de elementos que tengan un uso independiente, como pueden ser las plazas de garajes o los trasteros (*v. gr.* pisos con plaza de aparcamiento en el sótano). Respecto a los mismos, las líneas interpretativas tienden a considerar que no se incluirían en el concepto de vivienda familiar, de tal forma que su adjudicación se resuelva en la liquidación del régimen económico matrimonial¹¹⁴.

En algunas ocasiones, la propia configuración jurídica registral que puede darse a determinados elementos arquitectónicos de un inmueble, admite combinaciones diversas que pueden prejuzgar la solución como finca

¹¹⁴ Para MORENO VELASCO, V., no son pocas las resoluciones judiciales que se ocupan de este problema, observando un patrón de decisión que se repite y concluye en la posibilidad de un aprovechamiento independiente. *Vid.* «Atribución del uso de inmuebles distinto de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de pareja de hecho» (2009), p. 3.

individualizada totalmente independiente¹¹⁵. Estos casos se prestan a una diversidad de controversias, especialmente a la hora de la atribución convencional o judicial del uso o del ejercicio del *ius disponendi* sobre la misma. No obstante, entiendo que, para el establecimiento de una guarda compartida, puede suponer una solución perfectamente válida y bastante cómoda como vía de canalizar las soluciones, al menos a corto plazo, para atender las necesidades de esa convivencia en domicilios diferentes y autónomos, aunque cercanos.

1.2. La segunda residencia y varias viviendas

En las familias con una economía más acomodada, podemos encontrar casos de existencia de varias viviendas, cuyo posible destino puede ser, en unas ocasiones secundario y, en otras, una finalidad prioritariamente de uso familiar como tal.

Las viviendas de uso «secundario» suelen ser destinadas al esparcimiento, recreo o vacaciones del núcleo familiar. Existe jurisprudencia reiterada en orden a que este tipo de vivienda no podía entenderse incluida en el art. 96 CC, independientemente de su eventual interés pecuniario o sentimental.

En otras ocasiones, cabe la posibilidad de que la misma familia ocupe dos viviendas y que las dos pueden calificarse en el sentido legal de familiares. Se incluirían aquí aquellos inmuebles que se mantienen simultáneamente y donde se moran por razones laborales o escolares, como son los supuestos de doble residencia y simultánea por necesidad familiar. En los casos de familias de alto nivel y poder adquisitivo, se entiende como una prolongación de la vivienda habitual.

¹¹⁵ No se plantearía problema, en el caso «de que la vivienda sea divisible y pueda dar lugar, sin graves quebrantos, a dos. Así, en un chalet de varias plantas con salidas independientes, en un piso formado por la unión de dos contiguos (“dúplex”)». *Vid. supra O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., op. cit., p. 179.*

En el plano económico, y asomándonos a las estadísticas, la vivienda constituye una de las máximas preocupaciones de los españoles. De ahí, que «el colchón patrimonial» es un mecanismo de primer orden a la hora de la protección de los hijos menores, en los casos como los que suponen el establecimiento de una guarda conjunta alterna, en los que las decisiones de los progenitores o acuerdos judiciales adquieren un aspecto primordial.

En orden a dar unas soluciones reales, útiles y eficaces al sistema de guarda y custodia compartida, considero que, en estos casos, más que un problema, el disponer de una segunda residencia o varias viviendas, supone un verdadero desahogo a la hora de llegar a mutuos acuerdos. Dadas las diversas opciones de reparto que se puedan admitir, cada progenitor podría hacer uso de una vivienda distinta para el ejercicio del régimen de custodia en los períodos que le corresponda. Y todo ello, más allá de restrictivas interpretaciones doctrinales sobre lo que debería pronunciarse el Juez acerca de lo que fue o no realmente la vivienda en un tiempo pasado. No obstante, se tendrían que dar unos condicionamientos y requisitos apropiados para un reparto de sus usos, como pudiera ser la cercanía en distancia a los lugares donde se desarrollará la vida escolar de los hijos.

Cuando no hay consenso entre las partes, y se trata de viviendas destinadas al uso temporal de la familia, generalmente distanciadas entre sí, las situaciones suelen ser más complejas. Por tanto, las soluciones pasarían por apreciar si dichas viviendas satisfacen en igual medida el interés de los hijos¹¹⁶.

¹¹⁶ Así se pronuncia la STS núm. 5/2015, de 16 de enero, FD 2º: «Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor». (RJ 2015\355, ECLI:ES:TS:2015:190).

1.3. Los objetos de uso ordinario que se contienen en el inmueble

En relación con los objetos que se contienen en el inmueble, que ha sido la vivienda familiar, se generan conflictos habituales en la práctica. Y ello es así porque, para ejercer la guarda conjunta sobre los hijos, es necesario contar con una continuidad en el uso del mobiliario, electrodomésticos, enseres, pertenencias y todo tipo de documentos y regalos materiales recibidos y cuyo destinatario era la familia en su conjunto.

Como se analizará, tanto si la atribución de la vivienda es alterna (casa nido), exclusiva a uno de los progenitores, o, inclusive, no la haya (por acordarse la liquidación del bien), el enfrentamiento puede aflorar y habrá que gestionar el reparto de dichos objetos.

A todo ello, se concluye, como nos subraya Torrelles Torrea,¹¹⁷ que la casuística es de tal dimensión, que deberemos resolver caso por caso aquello que se deba atribuir concretamente dentro del concepto «vivienda familiar».

2. Referencia normativa

La referencia constante en la doctrina, que ha tratado el régimen jurídico de la vivienda familiar, ha sido la de señalar los preceptos del Código Civil en los que encontramos dicha terminología. De tal forma, se usan expresiones como «vivienda familiar» (arts. 90, 91, 96, 103.2º y 1.357 del CC), «domicilio conyugal» (art. 70 del CC), «hogar familiar» (1362.1ª del CC), «vivienda habitual» (art. 1.320 del CC), «residencia habitual» (art. 1.406 del CC) y «domicilio familiar» (art. 93 del CC).

¹¹⁷ Cf. TORRELLES TORREA, E., «Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación» (2017), p. 3.

El punto de partida será el bien inmueble que fue señalado para ser la casa de la familia, hasta el momento de la crisis del matrimonio o de la pareja, y el destino que se le dará a partir de ese momento.

Normativamente, la Ley estatal 15/2005 no hace mención alguna a dicha cuestión, pero el Código Civil, en su regulación anterior del año 1981, preceptuaba tal circunstancia en el artículo 96. En su virtud, el criterio es que la atribución de su uso se hará conforme al acuerdo de los cónyuges¹¹⁸ y, en defecto del mismo, el uso de la vivienda familiar y de los objeto de uso ordinario que queden en ella corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Por su parte, en la legislación autonómica¹¹⁹, encontramos el Código Civil de Cataluña, redactado por Ley 25/2010, relativo a la persona y la familia, en cuyo artículo 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron.

Asimismo, el artículo 81 del Decreto Legislativo 1/2011, 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) atribuye, en primer lugar, el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda. En su defecto, será el Juez el que decida su destino, en función del mejor interés para las relaciones familiares. Se señala, igualmente, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

¹¹⁸ Se debe hacer una lectura del término como «los progenitores», para el caso de que se trate de uniones de hecho.

¹¹⁹ En todas las leyes autonómicas, excepto Navarra que no hace mención alguna, prevalece el criterio de atribuir la vivienda familiar al cónyuge más necesitado y se habla de una atribución temporal.

V. COBERTURA DE LAS NECESIDADES MATERIALES: LOS «ALIMENTOS»

El deber constitucional recogido en el art. 39.3 de la CE conlleva como expresión directa la obligación de alimentar a los hijos. En igual medida, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores implica ese deber como muestra ineludible e inexcusable. La forma de determinar la prestación de alimentos que un progenitor o ambos deban abonar de forma periódica al otro, es un criterio sustantivo fundamental tras la crisis familiar. En definitiva, se trata de garantizar que los menores tengan un estado vital y existencia dignos, para dar cumplimiento a su interés prioritario y derecho a recibir los alimentos necesarios.

1. El concepto de prestación alimenticia aplicado a la guarda y custodia compartida

El Tribunal Supremo ha recordado algunos conceptos sobre la obligación legal de alimentar a los hijos menores, como que va más allá de la solidaridad entre parientes a que se refiere el Título VI del Libro I del Código Civil. De igual forma, «la expresión pensión alimenticia se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción»¹²⁰.

En este tema, va a resultar de gran interés la tesis que haya confirmado el Tribunal Supremo en los últimos años en sus pronunciamientos en las situaciones de custodia compartida, ya que en ellas ambos progenitores serán custodios. Y ello es así, teniendo en cuenta que la cuestión no se encuentra

¹²⁰ Véanse las SSTS núm. 579/2014 de 15 de octubre, FD 4º (RJ 2014\5811, ECLI:ES:TS:2014:4438) y núm. 557/2016 de 21 de septiembre, FD 1º y 2º (RJ 2016\4448, ECLI:ES:TS:2016:4097).

regulada en los apartados del art. 92 del Código Civil. Tampoco el art. 93 del CC concreta la forma en que deba hacerse el tratamiento específico de la cuestión en los supuestos de guarda alterna. Es por ello, por lo que serán los tribunales los que se responsabilicen de fijar la proporción y el modo en que cada progenitor deba contribuir, atendiendo a la diversidad de casos que sean sometidos a los criterios de cada Juez.

Después de la ruptura, los hijos vivirán con los dos progenitores y ambos tendrán que afrontar los gastos en función de sus circunstancias económicas. A priori, y dada la alternancia del tiempo de estancia con los menores, parece que cada uno puede satisfacer directamente los alimentos sin necesidad de que se señale la prestación alimenticia periódica a su cargo. No obstante, y según el tenor del mencionado artículo 93 del CC, no se exime al Juez de hacer un pronunciamiento, ya que, 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»*.

Para la debida comprensión de la cuestión, debemos acudir al contenido de los artículos 142, 145 y 154 del CC. La práctica de los tribunales es la de recurrir a esas normas a fin de determinar la cuantía de los alimentos, aunque la obligación de su prestación a los hijos menores de edad no sea propiamente alimenticia en los mismos términos, ya que aquí se presupone y acepta como tal. Los arts. 142 y siguientes del Código Civil vienen a recoger los alimentos legales entre parientes en los casos en que sea preciso acreditar la situación de necesidad del alimentista.

Por semejanza con la guarda conjunta, se acude al artículo 145. 1º del CC, ya que esa obligación de dar alimentos viene a recaer sobre dos personas, en cuyo caso *«se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo»*. El deber de mantenimiento recae sobre

ambos progenitores, como parte de esos deberes y facultades con respecto a los hijos no emancipados, que vienen preceptuados en el artículo 154 del CC.

En el asunto referido en la STS núm. 55/2016 de 11 de febrero¹²¹, la Sala argumenta que este tipo de custodia no implica necesariamente que los alimentos de los hijos deban ser satisfechos en todo caso directamente por el progenitor bajo cuya guarda se encuentren los menores, con exclusión de las prestaciones alimenticias.

Costas Rodal¹²² pone de manifiesto, en el estudio que realiza de dicha sentencia, que «el cumplimiento de la obligación de alimentos resulta incondicional y existe con independencia del sistema de organización de la custodia de los menores pues éstos tienen unas necesidades a las que hay que subvenir». Con la custodia compartida no se trataría tanto de perseguir tiempos y obligaciones iguales, como de atender a las necesidades materiales de los hijos no emancipados mientras se encuentren bajo la custodia de uno u otro progenitor. Es por ello, por lo que las soluciones del Tribunal Supremo pasan por argumentar que, si uno de ellos no pudiera encargarse de dar cumplimiento a esa obligación por falta de recursos económicos, la misma recaería exclusivamente sobre el otro que sí dispusiera de esos medios.

Por otro lado, el TS ha establecido que, llegado el momento de cuantificar la fijación de los alimentos y el modo de contribución, tendremos que tener en cuenta dos factores. Por un lado, se deberá computar la atribución el uso del domicilio que fue conyugal, y, por otro lado, valorar la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos¹²³.

¹²¹ Vid. STS núm. 55/2016 de 11 de febrero, FD 6º (RJ 2016\249, ECLI:ES:TS:2016:359).

¹²² Cf. COSTAS RODAL, L., «Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016.» (2016), pp. 1-8.

¹²³ Vid. la STS núm. 368/2014 de 2 de julio (FD 1º, 2º y 3º), como resolución imprescindible para entender la guarda y custodia compartida como una medida no excepcional, sino normal

A través de las estadísticas sobre nulidades, separaciones y divorcios, el Instituto Nacional de Estadística¹²⁴ nos da una visión sobre los porcentajes de pago de las pensiones en la guarda y custodia compartida. Este organismo realiza un provechoso trabajo a propuesta del CGPJ, en aras a la obtención de unas tablas orientadoras que contribuya a facilitar la intervención de los órganos jurisdiccionales en esta materia. Los estudios enfocados en esos datos, nos ofrecen tablas comparativas desde el año 2007 en adelante. De ellos, se han señalado algunas conclusiones como que el padre paga pensión de alimentos en un alto porcentaje y que es menos frecuente que la madre pague pensión, aunque a partir del año 2014 su porcentaje haya ascendido¹²⁵.

y deseable, y su procedencia cuando los progenitores tengan capacidad para atender a sus hijos de manera adecuada. (ECLI:ES:TS:2014:2650).

¹²⁴ Como pone de manifiesto PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., las discrepancias en orden a la cuantía de la pensión de alimentos determinan una gran parte de los procesos contenciosos de familia. En ello, motiva el hecho de que cada vez sea más clara la demanda de criterios que puedan servir a todos los operadores jurídicos para orientar la cuantificación de las pensiones de alimentos intentando conseguir mayor previsibilidad que la hasta ahora existente. «Por ello la Comisión de Familia del CGPJ solicitó al Instituto Nacional de Estadística la elaboración de unas tablas como criterio orientador que se basaran en un estudio científico del referido organismo. El INE ha presentado a la Comisión de Familia un interesante informe para calcular de una manera rigurosa el coste de atender a las necesidades básicas de los hijos cuando los padres están separados y los primeros conviven con uno de los progenitores. Se parte por el INE de la Encuesta de Presupuestos Familiares Base 2006 cuyo objetivo es la estimación del gasto de consumo de los hogares residentes en España, con estimaciones de diferentes variables como la geográfica, o las relativas al hogar o a las personas que representaban el sujeto principal de sustento a la familia», *Vid.* «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», *Diario La Ley* (2009), pp. 1-7.

¹²⁵ Véase a BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), en *La custodia compartida en España*, pp. 89-90: «Durante los años 2007 a 2009 en torno al 55% de pensiones las pagaba el padre en custodias compartidas. Sin embargo, entre 2010 y 2011 este porcentaje disminuyó bruscamente, pasando al 37%. Incluso en 2014 ha descendido al 32%. Aun así, en la actualidad un tercio de los padres pagan pensiones alimenticias. (...) Siendo esto así, la realidad que ha ido tomando fuerza en las custodias compartidas es que ambos progenitores paguen pensiones. Con el descenso del pago único del padre, en 2010, el pago de ambos superó el 50% y en 2014 llega al 62%. En conclusión, cuando hay custodia compartida son los padres quienes generalmente han seguido pagando pensión y lo siguen haciendo en uno de cada tres casos. Para la práctica totalidad del resto, dos de cada tres, las pensiones se pagan por ambos. (...) La custodia compartida no significa, de por sí, que no se paguen pensiones, de hecho, los padres las pagan, curiosamente al mismo porcentaje si se quedan en exclusividad con los hijos, pero obviamente muy diferencialmente de la exclusividad de la madre. (...) Por otra parte, hay que tener en cuenta que no se detalla aquí la cantidad exacta que se pague, sino únicamente el porcentaje

Estos datos, junto con los criterios jurisprudenciales que serán analizados, romperían el mito de que la custodia compartida la solicitan padres que quieren dejar de pagar pensiones a sus hijos. Respecto a este tema, resalta la cuestión sobre la relación entre ese deber de alimentos y el chantaje que se aprecia en la *praxis* a la hora de llegar a acuerdos sobre la modalidad de la guarda de los hijos. Siendo así, en ocasiones, parecen generarse situaciones de abuso de los progenitores varones, que no desligan el conflicto con la madre, y del uso y destino que puedan dar al dinero que deben satisfacer en concepto de pensión a favor del menor¹²⁶.

Dada la lista tan variada de costes, que deben asumir los progenitores, en su obligación de alimentar a sus hijos, el clarificar el contenido de los gastos, reduciría en gran medida el agravamiento de los conflictos interparentales. Siendo así, ante la indefinición legal, las decisiones judiciales han sido las que han distinguido, en esos alimentos debidos, aquellos que se consideran como pensión y los gastos extraordinarios. La discrecionalidad judicial lleva a una diversidad de criterios a nivel estatal en las diversas Audiencias Provinciales, que discuten los conceptos que se incluyen en una y otra clasificación.

de progenitores que pagan. Lo que se refleja es una distribución asimétrica del pago de estas pensiones que, sin duda, tienen que ver con las diferencias en recursos económicos.»

¹²⁶ En tal sentido, cf. ALONSO ESPINOSA, F.J.: «(...) aquéllos que utilizan de forma abusiva su supuesto derecho a obtener la custodia compartida como arma o recurso para cerrar acuerdos de separación por los que la cuantía de la pensión debida a favor de los menores es sustancialmente menor a la que debiera ser satisfecha según las circunstancias. (...) De esta forma, la madre se ve abocada a aceptar pensiones de cuantía a veces irrisoria para no arriesgarse a soportar una custodia compartida que rechaza por bien de su hijo. Sufren así la conocida como «custodia compartida-chantaje». Vid. «Custodia compartida e interés superior del menor» (2015), p. 17.

2. Los gastos ordinarios

El primer término, «pensión», se utiliza para aludir a la dimensión más «ordinaria» en el sentido de cotidianidad y regularidad de la obligación de alimentos que los progenitores tienen respecto de los hijos. Esta se establece en una cantidad fija y determinada, si bien se puede actualizar o revisar ante una alteración sustancial de las circunstancias que fueron contempladas para su fijación.

El Tribunal Supremo viene a recoger algunos casos puntuales de la amplia jurisprudencia menor resultante de las Audiencias Provinciales acerca del tema de los gastos ordinarios. Estas han ido estableciendo ciertos criterios con carácter de recomendaciones, encasillando los gastos en diversas clases, aunque no de forma exhaustiva. A los efectos que nos ocupa, estas distinciones serían las mismas, ya se trate de casos de custodias compartidas como de custodias monoparentales o individuales.

En primer lugar, se deberá de estar a lo que hayan convenido las partes respetando el interés del menor, caso de que se haya establecido algún tipo de convenio regulador de su situación y sus peculiaridades. A este respecto, la STS núm. 569/2018 de 15 de octubre, declara que: «los criterios jurisprudenciales deben aplicarse solo en defecto de pacto entre los progenitores, criterio seguido por el juzgador «a quo», que resuelve la cuestión suscitada, en atención al interés del menor, y conforme a lo pactado por las partes. Acuerdo que previamente consideró válido a los efectos de regular los efectos de la separación de los cónyuges, respecto al hijo menor de edad, afirmando en el fundamento jurídico tercero que, con independencia de la consideración de tales gastos como extraordinarios imprescindibles, se pactó expresamente que los mismos se sufragarían como extraordinarios por mitades, por lo que no es dable en este momento, cuestionar la naturaleza de tales gastos. (...)La sentencia recurrida ha interpretado el pacto sobre gastos extraordinarios, y lo motiva, de forma lógica y no arbitraria; por lo que, en

sintonía con el Ministerio Fiscal, se ha de estar a lo convenido y no al examen de los requisitos jurisprudenciales respecto a tales gastos.»¹²⁷.

En este sentido, existen una serie de desembolsos que los hijos e hijas menores precisan de forma habitual y cuyo devengo es previsible a lo largo de una anualidad. Se entienden generalmente comprendidos en este concepto como «ordinarios» los gastos relativos a alimentación, vestido, educación (como puede ser la matrícula, libros, material escolar, ropa) y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.

La mayoría de las decisiones judiciales establecen que este tipo de gastos de mantenimiento del hijo, serán abonados por cada progenitor mientras el menor se halle a su cargo. Siendo así, habrá que estar a los periodos asignados de convivencia.

Igualmente, la jurisprudencia menor ha resaltado la consolidación de la idea de la instauración de un «fondo común» en la que los progenitores puedan ingresar las cantidades mensuales que oportunamente se acuerden. No obstante, esta fórmula de la «caja única»¹²⁸ se revela más importante para garantizar las responsabilidades o gastos de carácter extraordinario que pudieran presentarse.

¹²⁷ Vid. STS núm. 569/2018 de 15 de octubre, FD 1º y 2º (ECLI:ES:TS:2018:3485).

¹²⁸ En tal sentido, IVARS RUIZ, J. nos apunta el comentario a la SAP de Castellón de 10 de abril de 2003 que efectúa un estudio del modo en que la mayor parte de las resoluciones ha tratado el reparto de los gastos en casos de régimen de custodia compartida. Según el autor, esta resolución judicial establecía que los gastos que no fueran los estrictos de alimentación de los que cada progenitor debía hacerse cargo, fueran sufragados por ambos con cargo a un fondo común al que contribuirían los padres a razón de una cantidad mensual aportada por ellos, siendo por los dos la administración conjunta de dicho fondo. Además, la contribución de la carga económica a sufragar por los progenitores no tenía por qué pensarse que debiera ser por partes idénticas, sino fijarse en proporción de la capacidad económica de cada uno. Vid. *Op. cit.* (2008) pp. 169-171.

3. Los gastos extraordinarios

El segundo término, «gastos extraordinarios», se usa para dar respuesta a la necesidad de sufragar los gastos generados de forma urgente, imprevista o, simplemente, fuera de lo cotidiano. Su consideración como impredecibles, los lleva a ser asumidos por ambos progenitores como algo añadido a la pensión ordinaria. No obstante, la ausencia de un concepto estable, ha llevado a una disparidad de clasificaciones respecto a los tipos de gastos que incluye.

La imprevisibilidad o no habitualidad de estos gastos se presenta como un rasgo definitorio¹²⁹. Se entienden por gastos extraordinarios todos aquellos de carácter excepcional que pueden surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma no habitual. En el caso resuelto en la STS núm. 579/2014 de 15 de octubre¹³⁰, la Sala viene a puntualizar que estos gastos «son imprevisibles, de manera que no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos».

En cuanto a la necesidad del gasto, se discute sobre lo que cabe subsumir en el concepto de necesario¹³¹, habida cuenta de la relatividad de la

¹²⁹ Según CARPI MARTÍN, R., «es quizá la característica más repetida a la hora de formular un concepto de gasto extraordinario que presenta el inconveniente de su escasa precisión. En muchas de las sentencias en las que se trata la cuestión de los gastos extraordinarios se alude como rasgo característico a la idea de imprevisibilidad, bajo diversas denominaciones: *propriadamente como gastos imprevistos* (SAP Albacete de 1 de marzo de 1993, AAP Burgos, Secc. 2.ª, de 3 de junio de 2008, SAP Barcelona, Secc. 18, de 9 de mayo de 2008, SAP Castellón, Secc. 2.ª, de 28 de marzo de 2005, AP Madrid, Secc. 24, de 17 de julio de 2008; Secc. 22, auto de 9 de mayo de 2006, sentencia de 26 de septiembre de 2003, SAP Murcia, Secc. 4.ª, de 9 de mayo de 2008 y SAP Tarragona, Secc. 1.ª, de 18 de junio de 2007), *ocasionales o puntuales y fuera de lo común y de lo que es razonable esperar en cada momento según la realidad cotidiana* (la misma sentencia de la AP Castellón), *esporádicos o imprevistos en su frecuencia o presencia* (SAP Cuenca de 20 de enero de 1999, y SAP Jaén, Secc. 3.ª, de 27 de junio de 2008), *no periódicos* (SAP Madrid, Secc. 24, de 17 de julio de 2008 y Secc. 22, auto de 9 de mayo de 2006), *inesperado e impuesto* (SAP Tarragona, Secc. 1.ª, de 18 de junio de 2007), *inhabituales* (AAP Burgos, Secc. 2.ª, de 3 de junio de 2008, SAP Jaén, Secc. 3.ª, de 27 de junio de 2008 y SAP Guipúzcoa, Secc. 3.ª, de 30 de enero de 2001)...», «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial» (2009), pp. 8-9.

¹³⁰ Vid. la STS núm. 579/2014 de 15 de octubre, FD 5º (RJ 2014\5811, ECLI:ES:TS:2014:4438).

¹³¹ En opinión de ROMERO COLOMA, A.M., «Los gastos extraordinarios no siempre son imprescindibles y necesarios, ya que, a veces, se trata de prestaciones de carácter accesorio,

noción cuando se alude a la cobertura de los «mínimos vitales» como obligación de los padres hacia sus hijos, dependiendo de la situación social y económica de los progenitores como alimentantes. Es evidente, que no se puede generalizar. La casuística también ha distinguido entre aquellos gastos que son «necesarios (como pueden ser por ejemplo el cambio de unas gafas), que no requieren el previo consentimiento del progenitor no custodio, y los no necesarios (como pudieran ser unas clases de tenis, por ejemplo), que sí precisan del previo conocimiento y consentimiento del progenitor no custodio»¹³². Es por ello, por lo que también se hablaría de gastos opcionales o voluntarios.

Algunos desembolsos podrán tener un carácter urgente y necesario, pudiendo realizarse sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial. Pero de forma general, aquellos que no sean considerados como apremiantes o inminentes, es conveniente que sean consentidos por ambos progenitores. Igualmente, se recomienda que ese consenso haya de ser de forma expresa y por escrito antes de hacerse el pago. Siendo así, que la decisión, que se pretenda adoptar, se notificará fehacientemente a la otra parte, detallándose el tipo de gasto concreto que precisara el menor, así como el importe o coste del mismo, junto con los documentos o presupuestos correspondientes. Se trataría de recabar el consentimiento del otro progenitor a la decisión proyectada. En el supuesto

como, por ejemplo, una intervención quirúrgica que está cubierta por la Seguridad Social, pero se practica, sin embargo, en un Centro Privado; otras veces tienen una naturaleza complementaria, como los viajes de estudios o las clases particulares. Pensemos en el supuesto de un hijo que necesita recibir explicaciones complementarias a las que ya recibe en su Colegio de la asignatura de Matemáticas, o de Física. Aquí, estaríamos en el claro ejemplo de gasto extraordinario complementario a los gastos ordinarios de carácter educativo y formativo. En términos similares habría que incluir como gasto extraordinario un viaje de estudios, muy costoso económicamente, a una ciudad extranjera, como Florencia o Roma, de un hijo que, en el futuro próximo, pretende realizar la Licenciatura en Historia del Arte. Aquí, evidentemente, estaríamos ante un gasto que, en aras del beneficio del hijo, ha de ser sufragado por uno de los progenitores o por ambos, en un esfuerzo, individual, o conjunto, por la formación integral de éste.», «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica» (2013), p.2

¹³² Vid. *supra* STS núm. 579/2014 de 15 de octubre.

que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia¹³³.

Desde el punto de vista procesal, en caso de desacuerdo, debería de acudir al Juzgado para que autorice el gasto en cuestión, instándose la correspondiente acción por vía del artículo 156 del Código Civil¹³⁴. En este punto, conviene resaltar las recomendaciones de algunos foros del ámbito de derecho de familia, que subrayan la importancia de que en la práctica forense se distingan con precisión, en sentencias y convenios reguladores, los capítulos que integran los gastos ordinarios de los que, legal y jurisprudencialmente, son extraordinarios (imprevisibles y no periódicos), en aras a evitar las numerosas incidencias y discrepancias que surgen en el ámbito de las ejecuciones¹³⁵.

A modo de conclusión, entiendo que en los casos de guarda alterna, adquiere especial relevancia una actuación transparente y de común acuerdo

¹³³ En tales términos, *vid.* la STS núm. 545/2016 de 16 de septiembre (Antecedente de Hecho Primero), que sigue la mencionada interpretación: «Dichos gastos extraordinarios deben ser notificados vía correo electrónico, entendiéndose consentidos si a los siete días de recepción de los mismos no han sido rechazados. Tales gastos se abonarán en la cuenta que decidan los progenitores. (...) Los gastos de las clases de judo, inglés y natación, serán abonadas, al 50%, por ambos progenitores, tal como viene efectuándose en la actualidad, así como la prima del seguro médico del menor.» (RJ 2016\4449, ECLI:ES:TS:2016:4089).

¹³⁴ *Cf.* Art. 156 del Código Civil: «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 madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá 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.».

¹³⁵ Así se viene a declarar en las conclusiones del Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes Técnicos de Psicología Jurídica del Menor y Forense, organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ los días 4,5 y 6 de noviembre de 2019 en Madrid. Consultado el 20/07/2020 y disponible en <https://www.mujeresjuristasthemis.org/prensa/noticias/217-conclusiones-encuentro-con-la-abogacia-especializada-en-derecho-de-familia-y-gabinetes-tecnicos-de-psicologia-juridica-del-menor-y-forense-ano-2019>.

entre los padres. De esa forma, todos aquellos actos, que implique la vida cotidiana del menor, obtendrán la debida determinación y decisión a la hora de concretar y cuantificar el gasto en cuestión. Por lo que estimo muy recomendable acudir a la decisión judicial como última vía y caso de que no fuera posible de otra manera.

Considero, en igual medida que, en relación con la cuestión del *status quo*, el ejercicio de la guarda y custodia compartida, tras la ruptura de la pareja, se enfrenta a una logística de coordinación para mantener las actividades que realiza el menor en su entorno social y su integración en el ambiente que lo rodea (enseñanza, actividades lúdicas o recreativas, gastos escolares, comedor, deportes, excursiones, etc.). De ahí, la importancia de la colaboración y coordinación de la actuación de ambos progenitores custodios.

En un intento de acotar lo que se considere como gasto extraordinario, a modo de ejemplo, los que se indican a continuación podrían serlo, así como cualquier otro de análogas características¹³⁶:

- Los gastos de carácter médico con prescripción facultativa, óptica, dentista, o gastos de farmacia no básicos y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que puedan tener las partes.

¹³⁶ En este sentido, se encuentra una sentencia muy comentada dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sevilla, núm. 585/2013 de 13 de noviembre (JUR 2016\247939, ROJ: SJPI 218/2013 - ECLI: ES:JPI:2013:218), en cuyo fallo se viene a informar a las partes a modo orientativo aquello que puede entenderse como gastos ordinarios y extraordinarios: «Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, bailes, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones tales como Primera Comunión, así como los gastos de colegio/universidad privados, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares. Estos gastos deben ser siempre consensuados de forma expresa y escrita para poderse compartir el gasto y a falta de acuerdo, sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para que se comparta el gasto al no revestir el carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de ello de la acción del artículo 156 del código civil, si la discrepancia escriba en si debe o no el menor realizar la actividad. Se entiende por gastos extraordinarios los que tengan carácter excepcional, imprevisible, y estrictamente necesario.»

- Las actividades extraescolares necesarias o consensuadas. Algunas sentencias han puntualizado que, tratándose de estas actividades «extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo, solo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por los menores de común acuerdo por los progenitores, siendo en caso contrario asumido el coste de dicha actividad por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad»¹³⁷.
- Los gastos de carácter educativo, como las clases de apoyo o refuerzo, motivadas por un deficiente rendimiento escolar, la matrícula universitaria o de estudios superiores.
- La compra de los libros escolares, uniformes y pagos relativos al comedor del colegio. El resto de gastos escolares de carácter educativo habituales se considerará dentro del concepto de alimentos como ordinario¹³⁸.
- Los gastos de naturaleza deportiva y cultural.

En cuanto a la forma de sufragarse, generalmente, se suele establecer el criterio de que serán abonados a partes iguales por cada progenitor. También cabe la posibilidad de instaurar ese «fondo común» del que nos hablaba la jurisprudencia menor, que se nutra de las contribuciones de ambos progenitores y dirigido a costear los gastos de carácter extraordinario, en función de la suficiencia económica de cada uno.

¹³⁷ Vid. STS núm. 569/2014 de 14 de octubre, FD 1º (RJ 2014\5798, ECLI:ES:TS:2014:4437).

¹³⁸ En este sentido, la STS núm. 135/2017 de 28 febrero (RJ 2017\606, ECLI:ES:TS:2017:709), Antecedente de Hecho 1º: «Respecto a los alimentos cada progenitor sufragará los mismos durante el tiempo que los menores permanezcan en su compañía, abonando al 60% el padre y el 40% la madre todos los gastos que conlleven su educación, considerando que los mismos serán: colegio, clases extraescolares, uniforme y libros de texto, debiendo Sufragar los demás gastos que se generen cada uno durante el tiempo que le correspondan los menores.»

VI. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Como corolario lógico de las explicaciones expuestas sobre el interés del menor y las cuestiones sobre las relaciones entre los progenitores, indiscutiblemente, el hecho de que se produzcan situaciones de maltrato familiar, ha sido tenido en cuenta por el TS a la hora de denegar la custodia compartida. A tales efectos, la doctrina de su Sala ha repetido que lo importante es garantizar o proteger el interés del menor, que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales. Y ello, sin perjuicio de que las medidas puedan ser revisadas, cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior. De ahí que las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no serían relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, salvo cuando perjudiquen aquél interés¹³⁹.

Desde la perspectiva de la normativa, este aspecto se ha desarrollado en la Ley Integral de Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre (LOMPIVG)¹⁴⁰, que supuso la introducción de la valoración de los supuestos de violencia intrafamiliar a la hora de adoptar el sistema para con los hijos. En su articulado encontramos una serie de medidas cautelares de suspensión de la patria potestad, la custodia de menores, el régimen de visitas, la estancia,

¹³⁹ Así lo declara la STS núm. 579/2011 de 22 de julio en su FD 4º (RJ 2011\5676, ECLI:ES:TS:2011:4924), en relación con otras como la núm. 54/2011 de 11 de febrero (RJ 2011\2311, ECLI:ES:TS:2011:505).

¹⁴⁰ Artículos 65 y 66 redactados por los apartados tres y cuatro de la Disposición Final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 julio), con vigencia desde el 12 de agosto 2015. Esta normativa hay que ponerla en relación junto a otras de ámbito nacional como los arts. 2 y 12.3º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor tras la modificación operada por La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y en el ámbito internacional, el Convenio de Estambul - Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, entrada en vigor en España el 1 de agosto de 2014 - Artículo 31 sobre «Custodia, derecho de visita y seguridad».

relación o comunicación con los mismos. Para su adopción habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, así como la gravedad y el perjuicio para los hijos menores¹⁴¹.

De esta forma, en virtud del artículo 65 de la mencionada ley, el hecho de que un investigado se hallare inculcado por violencia de género puede ser motivo suficiente para que el Juez pueda suspender el ejercicio de la guarda y custodia respecto de los menores que dependan de él, o bien, pronunciarse sobre la forma en la que se deba ejercer. Siendo así, la sola circunstancia de estar inculcado, no dice sentenciado, podría llevar no sólo a la privación de la custodia, sino inclusive a la suspensión de la patria potestad e incluso el régimen de visitas¹⁴².

La propia Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, lo vuelve a recordar en la redacción del artículo 92. 7 del Código Civil¹⁴³, haciéndolo extensivo a ambos progenitores. Así, se especifica la improcedencia de acordar la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres

¹⁴¹ La Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aclara que estas medidas deben ser de aplicación limitada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje. Nos recuerda que el legislador ha pretendido arbitrar una medida cautelar dirigida a la protección de los menores, no una medida sancionadora.

¹⁴² Para HERNANDO RAMOS, S., la cautela exigida para la denegación de la custodia compartida cuando alguno de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por un delito contra las personas, de su cónyuge o de sus hijos, debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena. En opinión de la autora, la aplicación literal de la norma podría vulnerar el principio constitucional de presunción de inocencia al inhabilitar a cualquier progenitor para obtener un pronunciamiento legal de custodia compartida por la simple denuncia de un supuesto delito. *Vid.* «El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida» (2009), pp. 1-8.

¹⁴³ Según anuncia el Boletín Oficial del Estado (BOE), en su edición del 22 de diciembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 15 de diciembre de 2020, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4701-2020, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 23/2020, en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), reservar para sí el conocimiento de la cuestión. Consulta disponible a 26/12/2020 en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/12/22/pdfs/BOE-A-2020-16670.pdf>

esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Igualmente se prohíbe acordar la custodia compartida cuando se advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En este último supuesto, no se requiere que haya abierto un proceso penal determinado.

Berrocal Lanzarot señala como, en algunas legislaciones autonómicas, es preciso que se haya dictado sentencia firme en actos de violencia familiar, como el art. 233-11.3 del Código Civil catalán y el art. 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del gobierno vasco. Por su parte, para Ureña Carazo, resulta necesaria la exigencia de sentencia firme, pues, mientras no exista tal sentencia de condena por estos delitos, supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, que está siendo sacrificado en aras del interés superior del menor. Se apela a la conveniencia de una regulación más completa del sistema de la custodia compartida¹⁴⁴.

A continuación, se realizará una interpretación del apartado 7 del art. 92 del CC, desglosándolo según los propios términos de su redacción, como criterios para considerar cuándo no es procedente la guarda conjunta o compartida.

¹⁴⁴ Cf. BERROCAL LANZAROT, A.I., «Violencia de género y custodia compartida» (2016), pp. 1-3 y UREÑA CARAZO, B., «La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género» (2016), pp. 1-12.

1. Existencia de un proceso penal

El precepto analizado se refiere a que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Podemos reseñar diversas situaciones, sirviendo a título de ejemplo las siguientes¹⁴⁵:

a) El padre ha sido condenado por violencia de género:

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Alto Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias núm. 680/2015 de 26 de noviembre y núm. 36/2016 de 4 de febrero, entre otras. En la primera de ellas, se establece como doctrina¹⁴⁶ que el Juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge y/o pareja, valorando los factores de riesgo existentes. En la segunda resolución, se retoman dichos argumentos para aplicarlos a un caso de unión

¹⁴⁵ Se vienen a recoger aquí algunos puntos de la exposición realizada por D. Francisco M. Gutiérrez Romero, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Sevilla, titulada «Custodia Compartida en relación a los supuestos de Violencia de Género. Supuestos prácticos», actuando como ponente en la sesión formativa de la Sección de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, el pasado día 23 de enero de 2020.

¹⁴⁶ Se falla en dicho sentido, sentando doctrina jurisprudencial, tras considerar improcedente el régimen de visitas a favor del padre, que fue penalmente condenado y en prisión por delito de malos tratos a su exesposa y a la hija mayor del matrimonio. Subsistiendo la orden de alejamiento respecto de las dos víctimas, se acordó la suspensión del régimen de visitas de la hija menor hasta el cumplimiento de la pena, a reserva de su eventual restablecimiento posterior en procedimiento contradictorio valorando el superior interés de la menor. *Vid.* STS núm. 680/2015 de 26 de noviembre (RJ 2015\5624, ECLI:ES:TS:2015:4900).

Iguales argumentos se utilizan para resolver el supuesto contemplado en la STS núm. 54/2011 de 11 de febrero (RJ 2011\2311, ECLI:ES:TS:2011:505), cuando se considera improcedente el derecho de visitas por conducta violenta del padre que no llegó a ser condenado en la vía penal por el perdón de la ofendida.

extramatrimonial y denegar la custodia compartida de los hijos comunes por quedar probada la violencia de género¹⁴⁷.

Los argumentos reseñan la diferencia entre la lógica conflictividad del proceso de ruptura y el marco de condena que conlleva la medida de orden de alejamiento sobre el ejercicio de las relaciones familiares, como obstáculo importante para el entorno del menor. El denominador común de las sentencias es el de concluir que la condena influye en el bienestar y la estabilidad emocional del menor, máxime cuando existe la pena de alejamiento, impidiendo acordar la guarda y custodia compartida. En este punto, se ha de recordar el contenido del art. 158 del Código Civil¹⁴⁸, tras su modificación operada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del

¹⁴⁷ En este supuesto, quedó incorporada al recurso interpuesto una sentencia de condena al padre por delito de amenazas en el ámbito familiar con conformidad de éste con la petición del Ministerio Fiscal por arrepentimiento de su conducta. Se considera injustificable la condena, que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre por la orden de alejamiento, que imposibilita el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de los hijos comunes. *Vid.* STS núm. 36/2016 de 4 de febrero (RJ 2016\260, ECLI:ES:TS:2016:188).

En el mismo sentido se relacionan las SSTS núm. 139/2016 de 9 de marzo (RJ 2016\840) y 585/2015 de 21 de octubre (RJ 2015\4784).

¹⁴⁸ Art. 158 del Código Civil: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad. 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.»

Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, respecto a las medidas procesales de prohibición de acercamiento o de comunicación hacia el menor¹⁴⁹.

Otro caso tratado en modo diferente, es aquel en el que al padre se le condene por un delito leve. En algún caso, la jurisprudencia menor ha admitido este tipo de custodia, al no considerarlo como una violencia estructural y encontrarse el interés del menor por encima del interés particular de los progenitores¹⁵⁰.

A sensu contrario, se ha declarado la procedencia de la guarda y custodia compartida en casos en los que al progenitor se le absolvía de los delitos de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado. En tal sentido, se pronuncia la STS núm. 348/2018 de 7 de junio¹⁵¹, siguiendo los propios razonamientos del Ministerio Fiscal, al haberse dictado sentencia absolutoria en el ámbito penal.

Todas estas circunstancias evidencian la importancia de conocer en la esfera civil cuándo se ha producido el sobreseimiento de la causa en un proceso penal o su finalización por una sentencia absolutoria¹⁵².

¹⁴⁹ Véanse, para los delitos de lesiones y amenazas, las SSTS núm. 257/2013 de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2246), núm. 96/2015 de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:615) y núm. 585/2015 de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4442).

¹⁵⁰ Así lo entendió la AP de Barcelona Sección 18ª, en su sentencia núm. 920/2015 de 10 de diciembre (ECLI:ES:APB:2015:12497), argumentando en su FD 3º que: «En tales circunstancias entendemos que no nos encontramos ante una violencia estructural, sino ante una actuación puntual que ha ocasionado un exceso de crispación que ya ha merecido el correspondiente reproche penal. La injuria, el insulto puntual, y que, además, por lo que se deriva de los sms y comunicaciones enviadas entre ambos, en ocasiones ha sido recíproca, no constituye un acto de violencia familiar que determine la exclusión de la guarda al progenitor. La crispación en las relaciones de ambos progenitores se ha ido incrementando con la situación de necesidad económica en la que se ha encontrado la madre al ser despedida y ante los desacuerdos existentes en materia económica. El resultado puntual de tal crispación no merece la calificación de acto de violencia a los efectos del art. 233-11,3 CCC.»

¹⁵¹ *Vid.* STS núm. 348/2018 de 7 de junio (RJ 2018\2417, ECLI:ES:TS:2018:2102).

¹⁵² Dentro de las intenciones de la «Guía de criterios de actuación judicial en materia de Custodia Compartida», aprobada por el Pleno del CGPJ el pasado 25 de junio de 2020, se

b) El padre inmerso en unas Diligencias Previas por violencia de género:

La corriente mayoritaria se pronuncia en el sentido de considerar que este supuesto impide la guarda y custodia compartida. Así, en un proceso de modificación de medidas, el TS ha llegado a casar parcialmente una sentencia anterior y dejar sin efecto la custodia compartida, atribuyéndosela a su madre, por el hecho de encontrarse el padre incurso en un procedimiento abreviado por delito de coacciones a la misma. Este es el caso contemplado por la STS núm. 350/2016 de 26 de mayo¹⁵³, argumentándose la necesidad de que el menor viva en un ambiente de convivencia pacífico y estable emocionalmente. En el caso analizado, constaba un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretaban indicios existentes de un delito de violencia doméstica. Todo ello, se unía a los hechos probados de que el padre mantenía con la madre «una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante». Siendo así, el Tribunal concluye que hay una ausencia del mínimo de respeto y actitud colaborativa que la guarda conjunta exige *per se*, haciéndola desaconsejable.

encuentra la de poner de manifiesto la necesidad inaplazable de mejorar la coordinación y el sistema de intercambio de información entre los órganos judiciales que tramitan los procedimientos civiles de separación, divorcio o ruptura de la pareja en casos de violencia de género y los que tramitan los procedimientos de naturaleza penal. Se subraya la desconexión que actualmente existe entre unos y otros órganos judiciales, lo que provoca que en la causa civil (en la que se resuelve la ruptura de la pareja) no se suela tener constancia de lo que se va produciendo en la causa penal y viceversa. Esta circunstancia ya fue puesta de manifiesto por UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., en «Aspectos civiles de la violencia doméstica: especial referencia a la coordinación de las jurisdicciones penal y civil», Encuentros «Violencia doméstica», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 217-222.

¹⁵³ La Sala viene a recordar en su FD 5º, como hizo en la sentencia de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016\260), que el art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Fueron criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, ha tenido reiteradamente en cuenta la Sala a la hora de integrar el interés del menor. *Vid.* STS núm. 350/2016 de 26 de mayo, FD 5º (RJ 2016\2292, ECLI:ES:TS:2016:2304).

Igualmente, en el asunto decidido en la STS núm. 529/2017 de 27 septiembre¹⁵⁴, que refería un proceso de modificación de medidas desde un régimen monoparental a favor de la madre a un sistema de custodia compartida, solicitada por cambio de circunstancias, el TS declaró su improcedencia por motivo de las relaciones tensas y conflictivas entre los progenitores. La existencia de denuncias penales y una relación de mutuo respeto negada, se entendieron como motivos que perjudicarían el desarrollo del menor, al constituir algo más que unos desencuentros propios de las crisis matrimoniales.

No obstante, en estos supuestos habrá que diferenciar el estado en que se encuentre el procedimiento penal. La cuestión es plantearse si es suficiente la mera presentación de la denuncia penal para que ello sirva de obstáculo para el régimen de custodia¹⁵⁵. La praxis jurisprudencial entiende que no es bastante la admisión a trámite de la denuncia, ya que debe haber una resolución o auto judicial que acredite indicios racionales de criminalidad. Y dicha circunstancia se produciría con el dictado de un auto de Procedimiento Abreviado, por el que se le impute un hecho a la persona concreta y se le atribuye participación en los hechos delictivos que se estén dilucidando¹⁵⁶.

¹⁵⁴ *Vid.* STS núm. 529/2017 de 27 septiembre, RJ 2017\4111, FD 2º, (ECLI:ES:TS:2017:3378)

¹⁵⁵ En tal sentido GARCÍA RUBIO, M.P., plantea la falta de una sentencia que acredite tal situación, «El marco civil en la violencia de género» (2009), p. 169. *Vid.*, por alusión, VITERI ZUBIA, I., «La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio» (2013), nota al pie 73.

¹⁵⁶ En consecuencia, igualmente, la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, Conclusión Vigésimoquinta: «Para vetar la adjudicación de la custodia (compartida o individual) por hallarse incurso el progenitor en un procedimiento penal por violencia de género o doméstica, no será suficiente la simple denuncia, debiendo haber sido objetivados indicios fundados y racionales de criminalidad en ese procedimiento».

c) La madre condenada o inculpada en proceso por delito de violencia doméstica:

Otras situaciones, que pudieran ser consideradas en este primer apartado del apartado 7 del artículo 92 del CC, son las referidas a aquella madre condenada en un procedimiento penal por delito de violencia doméstica o aquellas en las que hay una doble imputación de ambos progenitores. En todos estos supuestos es primordial la labor jurisdiccional de acudir a los informes técnicos periciales a fin de valorar correctamente el interés prevalente del menor a la hora de elegir el régimen de custodia procedente.

2. Existencia de indicios fundados de violencia doméstica

El inciso final del artículo 92. 7 del CC declara que tampoco procederá la guarda conjunta cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Esta redacción podría interpretarse como un cajón de sastre que hace referencia a diversas hipótesis con suficiente rango para ser valoradas causas determinantes que impedirían la custodia compartida.

La cuestión consiste en atribuir suficiente entidad a la prueba practicada, en relación con los delitos relacionados que se hubieran podido cometer, para llegar al convencimiento de que realmente ha habido una violencia doméstica. De esta manera, deberían de apreciarse aspectos como la forma de la violencia y su repercusión en el desarrollo de las relaciones de convivencia de la familia. En resumen, podrían tener encaje en este segundo apartado aquellos delitos que no estén incluidos en el apartado primero del artículo 92. 7 del CC pero que, por su trascendencia, afecten al ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos menores.

Recordemos aquí la propuesta que nos hace el ALECP de inclusión de un art. 92.bis del CC, que en su apartado 5 venía a prohibir la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, en los casos de:

- Progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.
- Progenitor incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- El Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

La aportación del Anteproyecto pasa por la llamada de la familia extensa en los casos excepcionales de que ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriores. Siendo así, el Juez podría atribuir la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos y, en su defecto, a las entidades públicas que tuvieran asignada la función de protección de los menores.

3. Problemática específica de la custodia en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género¹⁵⁷ prevé la adopción de medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se acuerde en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el art 92.7 del Código Civil. Entre dichas medidas, las contenidas en los números 143 a 147 procedentes del documento del Congreso, contemplan las prohibiciones e impedimentos que se exponen en este capítulo.

No obstante, a fecha de hoy, no hay una previsión legal general de regulación homogénea entre las normas de las Comunidades Autónomas y la estatal.

A modo de ejemplo, y concluyendo, destacan los siguientes criterios que se tienen en cuenta, en virtud de la praxis jurisprudencial del Tribunal Supremo:

- 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. Su desarrollo emocional y crecimiento personal no puede verse perturbado. Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno

¹⁵⁷ El Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, que incluye medidas en todos los ámbitos, fue el resultado de intensas negociaciones parlamentarias en los grupos de trabajo constituidos en la subcomisión parlamentaria en el Congreso de los Diputados y en la Comisión de Igualdad el Senado. Tras un año de comparecencias y negociaciones, en septiembre de 2017 se aprobó, sin ningún voto en contra, el Informe de la Subcomisión parlamentaria para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género en el Congreso de los Diputados, y la Ponencia del Senado, siendo el primer Pacto de Estado consensuado por los grupos parlamentarios desde el año 2015.

familiar y de la comunicación con la madre. Esta circunstancia imposibilitaría el ejercicio compartido de la función parental¹⁵⁸.

- La condena del padre por amenazas a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores¹⁵⁹.
- Si en la investigación del proceso penal se evidencian indicios racionales de un delito de coacciones, en el ámbito de la violencia de género, y unas actitudes de abuso y dominación del padre, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa¹⁶⁰.
- A la hora de valorar el cambio del régimen, es importante tener en cuenta la posible resolución de absolución del delito que haya podido recaer, como uno de los elementos que hubieran podido motivar la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del Código Civil¹⁶¹. En tal sentido, la sentencia absolutoria o el

¹⁵⁸ Este es el sentido de las argumentaciones contenidas en los casos resueltos en las SSTS núm. 36/2016 de 4 de febrero (RJ 2016\260, ECLI:ES:TS:2016:188), núm. 257/2013 de 29 de abril (RJ 2013\3269, ECLI:ES:TS:2013:2246), núm. 96/2015 de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:615) y núm. 585/2015 de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4442).

¹⁵⁹ Así se contempla en los supuestos abordados en las SSTS núm. 23/2017 de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2017:161) y núm. 242/2016 de 12 de abril (RJ 2016\1336, ECLI:ES:TS:2016:1636)

¹⁶⁰ En estos términos se pronuncia la STS núm. 350/2016 de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2304).

¹⁶¹ *Vid.* STS núm. 251/2016 de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1638).

sobreseimiento libre firme dictado en un proceso penal es causa de revisión del régimen adoptado, a petición de parte¹⁶².

¹⁶² Si el procedimiento penal finaliza por sentencia absolutoria, sobreseimiento libre (arts. 637.1 y 2 LECRIM) o sobreseimiento provisional (art. 641.1 y 2 LECRIM), será posible revisar la resolución civil que haya vetado la atribución de la custodia a ese progenitor por razón del procedimiento penal.

CAPÍTULO III

Ad probationem et ad solemnitatem

CAPÍTULO III
ASPECTOS PROCESALES EN LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA

I. REGULACIÓN LEGAL Y DIRECTRICES PROCESALES

1. Introducción

Los procesos en los que vienen a resolverse las peticiones del régimen de guarda y custodia sobre los hijos menores, incapacitados y ausentes, se configuran como especiales, aplicándose, por lo tanto, las disposiciones generales del Capítulo I, Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶³.

Se entiende que el objeto de estos procesos es indisponible, dado que afecta, en su contenido inmediato, al estado de las personas (pervivencia y circunstancias del vínculo matrimonial, así como a aspectos existenciales, educativos y personales de los hijos menores, incapacitados o ausentes). Dado esos aspectos indisponibles, el tribunal detenta un amplio poder de configuración del proceso, que no queda abandonado al juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Las peticiones de las partes intervinientes, acerca de la nulidad, separación y divorcio, conllevan, implícitamente, la petición al tribunal de que resuelva sobre la totalidad de los efectos que se deriven de la ruptura. Igualmente, se solicita que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre las consecuencias legales, que se han de seguir de la judicialización de la

¹⁶³ La actual LEC puso fin a la dispersión normativa que caracterizaba la regulación anterior de los procesos matrimoniales, comprendiendo la regulación de los mismos en los arts. 769 a 781 LEC. En su momento, se vienen a derogar los arts. 1880 a 1900 inclusive de la LEC de 1881 y las Disposiciones Adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio - Disposición Derogatoria única, 1, 1ª, párrafo 1 y Disposición Derogatoria única, 2, 10ª LEC, respectivamente.

crisis matrimonial y, por supuesto, las peticiones de guarda y custodia sobre los hijos menores o incapacitados.

Partimos de que, lógicamente, no hay diferencia legal entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. La única distinción se advertirá en el procedimiento judicial que regula las medidas a las que quedarán sometidos como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los progenitores. En el caso de personas que no estén unidas por un vínculo matrimonial y que tengan descendientes menores en común, la petición de las partes será resuelta a través de un procedimiento específico que permite concretar las medidas que regirán la vida de los menores. Al no existir vínculo matrimonial, el objeto carece de cualquier petición concerniente a la separación o divorcio del matrimonio. No obstante, los criterios para atribuir la guarda y custodia de los hijos son idénticos a los de los procedimientos relativos a la disolución del vínculo entre los cónyuges.

En los casos en los que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la guarda conjunta, ha analizado los apartados del artículo 92 del Código Civil que hacen referencia a los aspectos procesales atinentes a la adopción de este régimen. El legislador parte de la regla general de que la guarda y custodia compartida se puede establecer cuando es solicitada de común acuerdo por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro. Al mismo tiempo, se contempla como excepción la posibilidad de que la custodia compartida sea instada por uno solo de los progenitores, que el otro se oponga y sea el Juez el que la acuerde, decidiendo entre ambas pretensiones.

Según el tenor literal de la norma, el tribunal está facultado para acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en dos supuestos¹⁶⁴:

a) Cuando sea pedida por ambos progenitores, el art. 92 apartado 5 del CC prevé que estos efectúen la solicitud de guarda compartida al iniciar el procedimiento, en la propuesta de un convenio regulador, o bien durante el transcurso del proceso cuando las partes lleguen a un acuerdo. Las fórmulas procesales de los supuestos de consenso previstos en este apartado del precepto, serán analizadas de forma detallada en el capítulo IV.

b) Excepcionalmente, y fuera del supuesto anterior, la guarda conjunta o compartida puede ser acordada por el tribunal cuando únicamente de esta forma sea posible proteger el interés superior del menor, tal y como indica el art. 92.8 del CC.

Tales criterios se completan con lo establecido en el artículo 91 del CC¹⁶⁵, que otorga al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder. En tal sentido, el Juez se ve investido de potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial.

¹⁶⁴ Interpretado así en su Sentencia núm. 614/2009 de 28 septiembre (RJ 2009\7257), FD 4º. Esta fue la primera sentencia en la que el TS se pronunció sobre la guarda y custodia compartida; aunque en ella se negó este sistema, sentó algunos criterios a tener en cuenta en las resoluciones que fueron dictadas con posterioridad.

¹⁶⁵ Artículo 91 del Código Civil: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

2. La petición de, al menos, uno de los progenitores

El establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida debe de partir del requerimiento de alguno de los litigantes. Como se ha dicho, la norma parte de la base de que es necesaria la solicitud por, al menos, uno de los progenitores. Si faltara la petición expresa del otro, lógicamente, el juzgador se enfrentaría a la ausencia de un plan parental, aunque fuese contradictorio, ya que las partes no aportan la información necesaria para una adecuada valoración y toma de decisión. Realmente, para otorgar la guarda y custodia compartida, a lo largo del desarrollo procedimental del litigio, debería producirse un debate con actividad probatoria sobre la conveniencia del régimen adecuado de guarda.

Es por ello, por lo que el principio de justicia rogada rige, *ab initio*, en la atribución judicial de la custodia compartida. Tal régimen no podrá ser adoptado de oficio, como el resto de medidas del art. 92 del Código Civil¹⁶⁶.

Una vez más, tenemos que hacer alusión al criterio material de la relación entre los progenitores y sus canales de comunicación en aras de una actitud colaborativa. Para Carrasco Perera, especialmente crítico con esta modalidad, si no existe un adecuado nivel de comprensión, empatía y solidaridad, el establecimiento de la custodia compartida acaba siendo impracticable. Según este autor, «el legislador incurre en el infantilismo de creer que debe ofrecer a los protagonistas del conflicto unas técnicas que aquéllos podrían igualmente procurarse sin intervención del legislador, si

¹⁶⁶ Así lo refiere PINTO ANDRADE, C., en *El convenio regulador y su aplicación práctica* (2013) p. 23. En similar conclusión, desde el punto de vista de ROMERO COLOMA, A.M., «dejar a la iniciativa del Juez una decisión tan importante, una medida tan trascendental como lo es la guarda y custodia compartida es, cuanto menos, aventurarse a dictar una medida que, en muchas ocasiones, puede que no llegue a ser cumplida, ya que las circunstancias personales y profesionales (y laborales), así como los domicilios de cada uno de los progenitores pueden llegar a hacer inviable –e imposible- esta medida», *vid. La guarda y custodia compartida: (una medida familiar igualitaria)* (2011), p. 24.

quisieran. Pues no es la técnica lo que al conflicto matrimonial le falta, sino la voluntad cooperativa, que el legislador no puede inventar»¹⁶⁷.

El TS nos ofrece argumentaciones en respuesta a la cuestión que planteamos aquí. Así, las SSTS núm. 229/2012 de 19 de abril y 400/2016 de 15 de junio sostienen que en los dos casos contemplados en el art. 92 del CC (apartados 5 y 8), es un requisito esencial para acordar este régimen que haya petición de al menos uno de los progenitores. Si lo piden ambos, se aplicará el apartado 5, y si la pide uno solo, y el Juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el apartado 8, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda¹⁶⁸.

No obstante lo anterior, como recuerda la STS núm. 614/2009 de 28 septiembre¹⁶⁹, y acorde con lo preceptuado en el art. 91 del CC, el Juez está facultado para acordar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos y siempre acorde con el interés superior del niño.

Desde la interpretación de estas normas en función del interés del menor, la anterior doctrina jurisprudencial fue ratificada en la STS núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013, que viene a invocar los criterios ya reseñados como la práctica o actitud de los progenitores, sus relaciones, aptitudes y deseos manifestados. En su fundamento jurídico 2º indica que, en el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni en el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas

¹⁶⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A., «Custodia compartida» (2004), p. 1; IVARS RUIZ, J., *op. cit.* (2008), p. 47.

¹⁶⁸ Vid. SSTS núm. 229/2012 de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2905) y núm. 400/2016 de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2877).

¹⁶⁹ Vid. STS núm. 614/2009 de 28 septiembre, FD 2º, 3º y 4º (ECLI:ES:TS:2009:5707), La citada sentencia nos recuerda las soluciones legales que estaban recogidas en el art. 80 del CDFA (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) y en el art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Se indica que, no obstante, no es lo que precisamente determinaba el Código Civil.

necesarias para hacer efectivo este régimen. Por tanto, no concurriría ninguno de los requisitos legalmente exigidos, tales como «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven(...)». En el recurso interpuesto se destacaban, sin embargo, las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una maternidad/paternidad responsable, olvidando, según el Tribunal, que lo que ha de primar es aquel sistema de guarda que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores¹⁷⁰.

3. Las peticiones contradictorias de las partes: el procedimiento contencioso

Para los casos en que los progenitores no se pongan de acuerdo sobre las medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos, la norma nos remite al proceso contencioso. En el caso de este estudio, nos encontraremos con solicitudes para establecer un régimen de guarda y custodia compartida a petición bien de una sola de las partes, o bien de ambas, que habrán de ser tramitadas a través de un juicio verbal especial, conforme a lo preceptuado en los artículos 753 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La demanda habrá de ir acompañada de la documentación que acredite la situación matrimonial (certificado correspondiente del Registro Civil), de la existencia de hijos (certificados de nacimientos), al igual de lo referente al

¹⁷⁰ Vid. STS núm. 257/2013 de 29 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2013:2246).

domicilio o vivienda familiar¹⁷¹. Igualmente, a la demanda habrá de adjuntarse aquellos otros documentos de los que dispusieran las partes, y sirvan a los efectos de una evaluación de la situación económica de los progenitores, tales como declaraciones tributarias, nóminas, documentos bancarios, títulos de propiedad, certificaciones registrales, etc. Si el actor careciera de dichos documentos podrá instar una diligencia preliminar antes de presentar la demanda o, si lo manifiesta así en el propio escrito de demanda, el tribunal podrá requerir a la otra parte o a terceros, que estuvieran en posesión de dicha documentación, para su aportación.

Si solo uno de los progenitores se decidiera a dar el paso para iniciar el procedimiento, de su escrito de demanda tendrá que darse traslado al otro como demandado, así como al Ministerio Fiscal, que dispondrán, cada uno y por su orden, de un plazo de veinte días para contestar. Conforme a lo establecido en el art. 405 de la LEC, el progenitor demandado expondrá los fundamentos que considere para oponerse a las pretensiones del actor, pudiendo manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las medidas demandadas por el actor, así como a solo una parte de la única pretensión aducida. Respecto a los hechos alegados por el demandante, relativos al establecimiento del régimen de guarda y custodia sobre los hijos, el demandado podrá negarlos o admitirlos.

De acuerdo con dicha sustanciación, el trámite central del proceso lo encontramos en el acto de la vista. En esta, las partes desplegarán y expondrán adecuadamente los fundamentos de sus pretensiones, propondrán y practicarán la prueba y formularán las alegaciones pertinentes -art. 443 de la LEC-. Los principios de oralidad, intermediación judicial y concentración, que caracterizan a la vista, refuerzan las garantías en la producción de la prueba y la participación contradictoria de las partes.

¹⁷¹ Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial* (2019), pp. 79 a 83.

Por su parte, el art. 770.3^a de la LEC fija la carga procesal que recae sobre los cónyuges, los cuales deben comparecer a la vista por sí mismos, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca, quedando así fundamentadas sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

La ley prevé la transformación de los procesos iniciados como contenciosos y su reconducción a un procedimiento de común acuerdo, si las partes lo solicitan, concurriendo los requisitos del art. 777 de la LEC –como así se dispone en el art. 770.5^a de la LEC-¹⁷². Siendo así, el procedimiento, a efectos de la aprobación de los acuerdos sobre guarda conjunta, se encauzaría por los trámites que a continuación se exponen.

4. El mutuo acuerdo en el establecimiento de la guarda conjunta: el procedimiento consensual

La vía para encauzar aquellas peticiones de guarda y custodia compartida que se hagan en procedimientos de separación y divorcio de común acuerdo se establece en el art. 777 de la LEC. Lógicamente, al ser sustanciados de forma consensuada, no existe propiamente una parte demandada, pues la demanda se presenta con el consentimiento de ambos progenitores o por uno con el beneplácito del otro.

En estos casos, el procedimiento principia por un escrito presentado de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, al que obligatoriamente se debe acompañar el convenio regulador previsto en

¹⁷² Para MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P., esta posibilidad de transformación del procedimiento al previsto legalmente para estos casos en el art. 777, poniendo fin al contencioso, literalmente sería factible incluso en fase de recurso, pues el acuerdo cabe «en cualquier momento del proceso» (mencionando a la regla 5.^a). *Vid. Derecho jurisprudencial. II, Proceso civil.* (2019), p. 789.

la legislación civil -art. 90 del CC-. Los cónyuges ratificarán por separado la solicitud y tras completarse la documentación presentada, si estuviere incompleta, se practicará la prueba necesaria¹⁷³.

El procedimiento terminará por sentencia, concediendo o denegando, en su caso, la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador, en el que se contendrán las disposiciones reguladoras de la guarda conjunta. A pesar de que en dicho documento las partes vengan a autorregular, de forma particular, cómo haya de ejercerse el régimen de custodia compartida, ello no implica que el Juez deba limitarse a su aprobación sin más. Desde el punto de vista procesal, el juzgador debe controlar la idoneidad de lo propuesto y asegurarse de que beneficia a los intereses de los hijos menores, por encima de aquel interés que puedan presuponer los progenitores como el más beneficioso. Por tanto, podría darse el supuesto de que las medidas propuestas sean rechazadas, en virtud del principio de protección de la prole, a pesar del acuerdo de los padres. Podríamos hablar entonces de una denegación total o parcial de aquellas cláusulas que supongan alguna lesión para los hijos.

En el sentido expuesto, el art. 777.7 de la LEC viene a disponer que, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Tanto si los cónyuges (progenitores) ofrecen una nueva propuesta como si dejan transcurrir el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal adoptará la

¹⁷³ Sobre el expediente consensual, consúltese a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial* (2019), pp. 83 a 87. Del mismo modo, véase a MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Derecho jurisdiccional. II, Proceso civil*. (2019), pp. 789 a 791.

decisión que estime pertinente y dictará una resolución en forma de auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente¹⁷⁴.

Por su parte, como se analizará en el apartado siguiente, el Ministerio Fiscal puede impugnar la decisión judicial que se conforme con la propuesta de convenio de los cónyuges, si estima que resulta perjudicial para los hijos menores o incapacitados -art. 777. 8 párrafo 2 de la LEC-. Los actos de impugnación del Fiscal deberán fundarse en motivos serios y meditados que justifiquen el rechazo, en su caso, de los términos del convenio judicialmente homologado por estimarlos verdaderamente incompatibles con el interés público y con el interés de las personas afectas, ya sean los hijos menores o adultos incapacitados sometidos a un régimen de tutela o de prórroga de la patria potestad.

5. El sistema de guarda conjunta y el cambio de circunstancias: el procedimiento de modificación de medidas

El régimen de guarda y custodia aprobado sobre los hijos menores, se aplicará sin perjuicio de que las medidas acordadas puedan ser revisadas. Dicha revisión podrá ser provocada por la acreditación de un cambio de la situación de hecho o por la justificación del acaecimiento de nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

En tal sentido, una vez fijada la medida definitiva de guarda y custodia compartida en sentencia, su eficacia no se suspenderá, aunque se recurra la

¹⁷⁴ Un supuesto que nos menciona IVARS RUIZ, J., citando a Montero Aroca J. y otros (*Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, (2006) p. 143), es aquel que se refiere a la difícil probabilidad de pensar en que un Juez decreta la guarda conjunta por medio de auto, partiendo de una propuesta inicial de convenio con guarda exclusiva, no aprobada por el Juez, y se cambie a la petición de una guarda y custodia compartida solo por una de las partes. A parecer de los autores citados, el Juez no podría decretar la guarda compartida de oficio. *Vid.* (2008), *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, nota al pie 183, p. 149.

decisión judicial -art. 774. 5º de la LEC- y no podrá instarse su modificación si no se produce una alteración sustancial en las circunstancias que se tomaron en consideración para su adopción.

Realmente, el tribunal aplica la cláusula *rebus sic stantibus* respecto a sus pronunciamientos judiciales sobre las medidas contenidas en sus resoluciones, ya sean contradictorios o consensuales. De esa forma, se contemplaría una situación de hecho determinada que se mantendrá mientras no varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su adopción¹⁷⁵. Por tanto, son susceptibles de modificación las medidas que hacen referencia a la custodia de los menores, al uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas del matrimonio o las reglas para la administración de los bienes, siempre y cuando se aprecie un cambio de circunstancias que así lo justifiquen¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial* (2019), pp. 79 a 83.

¹⁷⁶ Véase el art. 103 del CC: « Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. 3.ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. 4.ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se

Efectivamente, en virtud del art. 775 de la LEC, el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Es por ello que la legitimación para instar la modificación de los acuerdos sobre la guarda y custodia de los hijos, se atribuye al Ministerio Fiscal y a los progenitores (cónyuges).

El procedimiento comenzará con el correspondiente escrito de demanda, al que se habrá de acompañar los documentos que justifiquen la alteración o la variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al aprobar las medidas propuestas por las partes o las acordadas por el juez. La petición de modificación se tramitará de modo diverso según exista o no acuerdo de los cónyuges. Si no hay acuerdo, se seguirá el trámite del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, si hay acuerdo y la solicitud se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirán los trámites del procedimiento indicado en el art. 777 de la LEC.

En relación con la demanda solicitando el cambio de modelo de custodia, Pérez Martín¹⁷⁷ precisa que además del relato de las circunstancias que concurrieron cuando se dictó la custodia individual y de las que concurran en el momento de presentación de la demanda, es importante tener en cuenta que deberán detallarse en los hechos, y concretarse en el suplico, ciertas cuestiones como las referentes al desarrollo futuro de las relaciones de los hijos con ambos progenitores, la adjudicación de la vivienda o viviendas en las

hayán de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. 5.ª Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.»

¹⁷⁷ Vid. PÉREZ MARTÍN, A.J., «Modificación de medidas» (2017), p. 9.

que vayan a residir los menores y la forma en la que se atenderán sus necesidades ordinarias y extraordinarias. El autor se refiere, así, al plan de ejercicio de la custodia compartida que no sólo sea beneficioso para el menor, sino que, además, lo sea en mayor medida que la custodia individual o exclusiva.

En tal sentido lo declara la STS núm. 553/2016 de 20 de septiembre: «La guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio del menor la desigualdad de los progenitores que, manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo, se ven privados de la custodia, que se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro. Lógicamente el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para el menor sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual.»¹⁷⁸.

6. La actividad probatoria

6.1. La actividad probatoria del órgano jurisdiccional

Es importante recordar en este punto que, en los procedimientos judiciales sobre menores, no rige el principio dispositivo, tal como afirma el legislador en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y dispone en el artículo 752. Según lo dispuesto en este último precepto en relación con la prueba, los procesos se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos en el procedimiento.

Ello supone que, además de las pruebas que se puedan practicar a solicitud del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el órgano jurisdiccional

¹⁷⁸ Vid. STS núm. 553/2016 de 20 de septiembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:4092).

podrá acordar de oficio aquellas que estimase pertinentes. En ese mismo orden de cosas, la posible conformidad de las partes sobre los hechos no tendrá carácter vinculante para el tribunal, «ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria». Igual regla se aplica a la fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Corresponde, además, al tribunal la tarea de acordar la práctica de cuantas pruebas considere precisas para alcanzar un conocimiento cabal de la realidad. Las pruebas se incorporan al proceso en el momento más adecuado, sin sujetarse a los rígidos cánones de preclusión de los trámites característicos del proceso civil común, dotando de particular fluidez al procedimiento probatorio¹⁷⁹. En tal sentido, y completando al mencionado art. 752.1 de la LEC, esta establece que:

- El Tribunal, dentro del plazo que no podrá exceder de treinta días después de practicado el acto de la vista, podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso (art. 770.4^a, párrafo segundo, de la LEC).
- Si en la comparecencia prevista para la adopción de medidas provisionales previas a la demanda, no hubiere acuerdo o no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan,

¹⁷⁹ Como recoge la STS núm. 749/2012 de 4 de diciembre, en su FD 2º: «Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010 (RJ 2012, 1239); 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009 (RJ 2011, 6705); 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 4526), RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008 (RJ 2011, 3711)) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

siempre que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio (art. 771.3, párrafo segundo, de la LEC).

- Para las medidas definitivas, a falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar (art. 774.2 de la LEC).
- En los casos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el LAJ competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen (art. 777.4 de la LEC).

6.2. La actividad probatoria de las partes

Desde el punto de vista de las partes, a partir del inicio de la tramitación del procedimiento de familia, tanto en la demanda como en la contestación a la misma, deberán alegar y acreditar suficientemente todos aquellos hechos que amparen sus peticiones¹⁸⁰. Conviene recordar aquí el análisis inicial de los primeros aspectos de este estudio relativo a la consideración de la institución de la guarda y custodia compartida como un servicio conjunto que han de prestar los padres a los hijos. La comprensión de este régimen evoluciona desde la presunción de que el cuidador primario, normalmente la madre, es quien tiene la aptitud general para ejercer la guarda, a la convicción de considerar la guarda y custodia como un servicio conjunto de ambos progenitores. Se ha pasado de contemplar la custodia como un privilegio materno, sin discutir la naturaleza asistencial de la función materna como

¹⁸⁰ A la hora de englobar los distintos factores del núcleo familiar, que deben tenerse en consideración en el procedimiento, algunos autores resaltan contemplarlos desde tres perspectivas: de pasado, de presente y de futuro. *Vid.* PÉREZ MARTÍN, A.J., «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica» (2017), p. 6.

cuidadora, a no establecer preferencia a favor de ninguno de los progenitores. En esa prestación conjunta, ni el Código Civil ni ninguna otra norma impone preferencia a favor de alguno de ellos, padre o madre. A priori, por tanto, ambos gozan de la misma capacidad y aptitud natural.

La casuística ha dado lugar, en la práctica, a la incorporación de una serie de medios probatorios que se presentan en apoyo de las solicitudes de cada parte en estos procedimientos de familia. A estos efectos, entre las pruebas, especialmente las documentales, resaltan:

- Los certificados de los colegios a los que asisten los menores, centros de actividades, pediatras, etc. El informe del colegio donde estudian los hijos tiende a acreditar, a efectos de la solicitud de custodia compartida, la estabilidad educativa y la implicación de cada progenitor en las tareas educativas del menor, bien como cuidador principal o bien como secundario. No obstante, los colegios son reticentes a elaborar dichos informes cuando detectan que hay algún tipo de conflicto por un régimen de custodia entre los padres. Por ello, entiendo que es aconsejable solicitar que dicho requerimiento se haga judicialmente¹⁸¹.

- Las fotografías, aunque pueden resultar una prueba trivial. Entiendo que se le den escasa validez, ya que realmente vienen a reflejar momentos puntuales (normalmente de ocio o festivos) y no la cotidianidad del ejercicio de la guarda y custodia.

¹⁸¹ Este aspecto enlaza con el tratamiento de los datos de los menores de edad en los colegios y la protección de su privacidad. Con la entrada en vigor, el 25 de mayo de 2018, del Reglamento General de protección de Datos (UE) y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, se incorporaron distintos aspectos a tener en cuenta sobre el tratamiento de datos personales en centros educativos. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha elaborado una Guía para Centros Educativos donde se exponen recomendaciones en relación con una amplia variedad de casos y situaciones de la vida cotidiana académica. Dicha guía está disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/GuiaCentrosEducativos.pdf> . Consultada a fecha de enero de 2021.

- Los documentos firmados ante la figura del mediador en el proceso de ruptura matrimonial¹⁸².

- La documentación relativa a informes médicos. Los informes médicos de los pediatras, como profesionales que habitualmente tratan a los menores, pueden certificar el interés de sus progenitores en la situación médica de los hijos. Así, independientemente de los problemas de salud que puedan tener los hijos, los mencionados informes pueden poner de manifiesto el hecho de que ambos padres acuden en igual medida a las visitas médicas realizadas, el cumplimiento del calendario de vacunas obligatorias y la asistencia de ambos progenitores con normalidad, ya sea juntos o por separado.

- En el interrogatorio de testigos, generalmente se suele permitir que terceras personas, por su relación con la familia y los menores, aporten datos del supuesto familiar planteado. Si son familiares directos es comprensible que sus testimonios estén mediatizados y se suele inadmitir. En la mayoría de los casos, los testigos están unidos por unos lazos u otros a las partes, por lo que la prueba testifical sigue estando sujeta a las reglas de la sana crítica¹⁸³.

Igualmente, dentro del escenario tecnológico actual, resaltan, por sus particularidades, aquellos medios de prueba relacionados con lo dispuesto en el art. 382 de LEC. Se trata de los referidos a la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de grabación y semejantes. A los efectos de acreditar la falta de aptitud para el

¹⁸² La relevancia de tales documentos es admitida en el supuesto abordado en la STS núm. 109/2011 de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:714), cuando el Tribunal procedió declarar la nulidad de las actuaciones ya que, en el acto de la audiencia previa, se inadmitió los documentos acompañados con la contestación a la demanda, cuya aportación se consideró ilícita por tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar. Se consideró que existía una directa relación con la tutela judicial que se pretendía obtener por la parte demandada, no se referían a actividad prohibida por la ley, ni se habían vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención.

¹⁸³ Sobre esta cuestión, así lo aprecia VIVES MARTÍNEZ, G. respecto a la valoración de la prueba, en su artículo «Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia», p. 92.

ejercicio de la guarda y custodia compartida, las partes suelen recurrir a la aportación de grabaciones que pueden comprometer la capacidad del contrario, con la finalidad de que se acuerde una guarda exclusiva a su favor.

Por otra parte, como pone de manifiesto De Prada Rodríguez¹⁸⁴, en el ámbito de las relaciones familiares, es innegable la influencia de la digitalización en la vida cotidiana. Las pruebas digitales ya son habituales en los procesos de familia, debido al uso cotidiano de las nuevas tecnologías. En el plano de las peticiones de las partes, y en orden a avalar el plan de parentalidad propuesto para la guarda conjunta, estas herramientas informáticas muestran y revelan datos que eran muy difícil de conocer al producirse en el seno de la intimidad familiar. Por tanto, en el contexto de la práctica probatoria, se muestran nuevas posibilidades que eran inaccesibles en el pasado, con la finalidad de acreditar, por ejemplo, las comunicaciones entre los progenitores relativas a las costumbres sobre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos.

Actualmente, los correos electrónicos se aceptan como medios de prueba documental válidos, al igual que los contenidos y manifestaciones en redes sociales (Facebook, Twitter o Instagram, *v. gr.*) o páginas web. El uso de la mensajería instantánea o WhatsApp es cada vez más frecuente como medio de prueba, aunque carezca de regulación específica fuera de la contemplada en

¹⁸⁴ Véase, DE PRADA RODRÍGUEZ, M.: «Estos procesos especiales, tan sensibles por los intereses que tutelan, no se encuentran al margen de la realidad social y económica actual. Por ello, es muy frecuente que las principales y más determinantes pruebas de los conflictos que surgen entre los ciudadanos estén esencialmente asociadas a un mensaje de datos guardado y transmitido por medios informáticos. Como ya hemos visto, estos datos pueden hallarse ocultos en el hardware de cámaras, ordenadores, portátiles, tablets, pendrives, CD's y móviles, entre otros. A su vez, estos contenidos serán generalmente transmitidos mediante sistemas de comunicación (telecomunicaciones, Internet, etc.), a través de plataformas sociales como WhatsApp, blog's, redes sociales o páginas web. La intangibilidad y el carácter efímero del entramado tecnológico al que debe enfrentarse el órgano jurisdiccional conllevan, naturalmente, una mayor dificultad en el acceso, conocimiento y valoración de la información. Es lógico que, en la medida en que estos datos pueden eliminarse y modificarse fácilmente, su aportación al proceso se convierta en todo un reto para los operadores jurídicos.», en «La prueba digital: especial incidencia en los procesos de familia» (2018), pp. 5-6.

la general del art. 299.2º de la LEC. Según, Magro Servet, con este mecanismo se almacena en formato electrónico un texto o contenido sonoro o visual vinculado a un número de teléfono, que facilita su identificación. Estos mensajes son posteriormente introducidos como prueba documental en transcripciones escritas del contenido de teléfonos móviles y Smartphone¹⁸⁵.

Los documentos, en que las partes funden su derecho a la tutela judicial, habrán de ser presentados, a fin de proponerlos y ser llevados al proceso, junto con los escritos de demanda o de contestación (art. 265 de la LEC, en relación con el art. 269 del Código Civil). En los supuestos descritos en los párrafos anteriores, se impone el deber procesal de acompañar una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso que se trata de dilucidar¹⁸⁶.

En todo caso, toda prueba digital requiere un conocimiento técnico que sea capaz de garantizar la autenticidad de la prueba y que esta se ha obtenido de forma lícita, que el mensaje que se presenta es auténtico, exacto e íntegro.

¹⁸⁵ Sobre esta cuestión, MAGRO SERVET, V.: «Recuerda Concepción Morales (4) que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre (LA LEY 1935/2003), de firma electrónica, establece en su art. 3.5 (LA LEY 1935/2003), que «Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». Y no podemos olvidar que un documento electrónico también puede ser el soporte de un documento privado [art. 3.6 c) de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre (LA LEY 1935/2003)], y en esta específica categoría de documentos deberíamos encuadrar el WhatsApp, pues no deja de ser un «contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual» vinculado a un número de teléfono y a una IMEI, lo que facilita su identificación.», en La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de whatsapp en el proceso civil» (2018), p. 3-4.

¹⁸⁶ Respecto a los medios de prueba, de los que se puede hacer uso en juicio, véase el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.»

Igualmente, los operadores jurídicos habrán de actuar con cautela y procurando respetar las máximas garantías.

Con el propósito de determinar la idoneidad del régimen de custodia y el modo de ejercerla, las directrices procesales establecidas en el art. 92 del Código Civil pasan por:

- recabar informe del Ministerio Fiscal;
- oír a los menores cuando tengan suficiente juicio;
- tener en cuenta el informe de los equipos técnicos; y
- valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, así como la prueba practicada en ella.

Pues bien, la conveniencia de la guarda alterna precisará, en todo caso, que el Juez realice una valoración conjunta de la prueba practicada en el proceso. El fin último será emitir una decisión basada en el interés de los hijos¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* SSTS núm. 370/2013 de 7 de junio, 27 de abril de 2012, núm. 154/2012 de 9 de marzo, 3 de octubre de 2011 y núm. 496/2011 de 22 de julio.

II. INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

A fin de delimitar el objeto de este estudio, los requisitos que deben concurrir, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, vienen a ser reseñados en los apartados 6 y 9 de este art. 92 del CC¹⁸⁸. Entre los principales aspectos, mencionados en la norma, se encuentra el relativo al informe del Ministerio Fiscal, que se pasa a analizar a continuación.

1. El papel garante del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia compartida

El Ministerio Fiscal como defensor del principio de legalidad, del interés público y del interés del menor, tiene un papel esencial en el proceso sobre la custodia de los menores¹⁸⁹. Su necesaria intervención, ostentando una legitimación propia, se deduce de la propia redacción del art. 749 de la LEC¹⁹⁰, partiendo del hecho de la existencia de menores de edad o incapaces como afectados en los procedimientos de familia.

¹⁸⁸ En su comentario a dicho artículo, ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., viene a recordar esa ausencia de directrices ofrecidas por el legislador para tener en cuenta la aprobación de la custodia compartida en casos de discrepancias entre los progenitores, contrastando con las legislaciones francesa o inglesa referidas por el TS en su sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre. Para la autora, una vez interesado este régimen, «en la propuesta de convenio regulador sometida a su homologación judicial, o en la tramitación del procedimiento, o solicitado este régimen por uno sólo de los progenitores, no fija el citado precepto los criterios o directrices que ha de valorar el Juez para su aprobación, ya que al margen de las exigencias procesales relativas al informe del Ministerio Fiscal, y en su caso, la audiencia de los menores, que podrá decretarse de oficio, a petición del Ministerio Público, de las partes, de los miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, sólo se alude al resultado probatorio y a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos». *Vid.* «Comentario al art. 92 del Código Civil» (BIB 2011\5959), pp.3-4.

¹⁸⁹ Así lo recoge su estatuto orgánico, contemplándose entre sus funciones la de «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.» Art. 3.7 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁹⁰ En su redacción dada por el apartado seis de la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 julio), con vigencia desde el 23 julio 2015.

Por su parte, el artículo 92 del CC, con carácter general, exige la audiencia preceptiva del Fiscal, cuyo informe se deberá recabar, en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia. Igualmente, y de forma excepcional, aun cuando no lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando no haya acuerdo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar un sistema compartido de guarda y custodia fundamentándolo en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La crítica, por parte de la doctrina, a la redacción inicial del apartado 8º del mencionado artículo no se hizo esperar. Así, se puso de manifiesto una cierta desconfianza del legislador del año 2005 hacia el modelo de guarda conjunta en el que no mediara acuerdo de los progenitores. De esta forma, parecía que la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos casos de mutuo acuerdo (guarda y custodia compartida consensual) se limitaba a aprobar, en su caso, los términos contenidos en el convenio regulador aportado por las partes, mientras que en los supuestos contenciosos (guarda y custodia compartida disensual) tendría que emitir un informe «favorable» para su establecimiento¹⁹¹.

- a) En líneas generales, la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos contenciosos comprende lo siguiente¹⁹²:
 - Deberá negar los hechos que no consten debidamente acreditados en la documentación que acompañe a la demanda, proponiendo en el acto de la vista la prueba que estime pertinente en relación con los hechos que afecten a la situación y derechos de los hijos menores o incapacitados.

¹⁹¹ Vid. en este sentido ÁGUEDA RODRÍGUEZ R.M., *ob. cit.* (2016) p.106.

¹⁹² Vid. *infra*, Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

- Antes de acudir a la vista, estudiará la documentación que el demandante haya acompañado con la demanda y, en su caso, la que haya aportado el demandado, lo cual le permitirá tener un conocimiento previo de las pretensiones de las partes y sus fundamentos, así como de los posibles acuerdos que hubieren alcanzado.
- Su intervención es obligada en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapacitados y controlando el contenido de los acuerdos que sobre medidas definitivas hayan alcanzado las partes. El Fiscal impugnará en la vista cuantos acuerdos de los cónyuges resulten perjudiciales o incompatibles con el superior interés de los hijos menores o incapacitados y, si fuera preciso, propondrá la prueba oportuna para clarificar las necesidades a las que se debe atender – art. 774 de la LEC-.
- Por el Ministerio Fiscal se propondrá la prueba pericial psicológica que se estime precisa para determinar la solución más adecuada para el correcto desarrollo del menor o incapacitado.
- Tomará parte en la prueba que se practique en los treinta días siguientes a la vista -art. 770.4^a de la LEC- y en la exploración de los hijos menores o incapacitados, los cuales han de ser preceptivamente oídos si tienen suficiente juicio para ello y en todo caso si han cumplido los doce años de edad. Como veremos, la formación del criterio correcto sobre el interés del menor exige un contacto directo con el mismo, en una comunicación fluida y personal.
- Está legitimado para solicitar la modificación de las medidas definitivas, si afectan a hijos menores o incapacitados.

b) Tratándose de custodia compartida consensuada, el informe del Ministerio Fiscal versará sobre los términos del convenio regulador relativos a los hijos menores o incapacitados, tal y como preceptúa el art. 777.5 de la LEC. Por tanto, no es de su competencia alegar los defectos sustantivos en los escritos de demanda o el convenio regulador, sino solamente revisar las cláusulas que afectan al menor¹⁹³.

En conclusión, y de conformidad con la norma procesal recogida en el art. 749.1 de la LEC, la presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos que versen sobre la guarda y custodia compartida de los hijos es preceptiva y su inobservancia sería causa de nulidad de las actuaciones, según lo dispuesto en el art. 225.3º de la LEC. En todo caso, habrá que ponderarse la entidad de la indefensión producida, conforme a los términos de la nulidad de pleno derecho que recoge el mencionado artículo, y que no permita un defecto subsanable¹⁹⁴.

¹⁹³ Cf. IVARS RUIZ, J, *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia* (2008), nota al pie 155, p. 119.

¹⁹⁴ A los efectos expuestos, y ante la práctica injustificada en los Juzgados Mixtos que lleva a la ausencia del Fiscal, generalmente aceptada por los Jueces y por las partes, se ha criticado un posible abandono de funciones por las faltas de intervenciones en los actos procesales. En este sentido, VIVES MARTÍNEZ, G., como fruto de muchos años de vivencias en juzgados mixtos y su percepción del decepcionante resultado de la constitución del proceso con la ausencia de su máximo defensor, indica que: «Algo que los letrados de las partes jamás pasarían por alto se ha aceptado de manera tácita, es más, de manera concluyente, respecto del Ministerio Fiscal. Y ése es el primer escollo con el que todo Juez se encuentra en sus procedimientos de Familia, sin excepción. No hay intervención alguna del máximo defensor y representante de los menores, según preceptúa su Estatuto Orgánico en el art. 3.7º, no hay esfuerzo alguno por participar activamente en los procesos de mediación que posteriormente veremos, no hay presencia del Fiscal en las exploraciones de los menores, ni mucho menos hay una valoración directa de la prueba (...), *vid.* VIVES MARTÍNEZ, G., «Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia» (2007), p. 90.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 185/2012 de 17 de octubre¹⁹⁵ declaró inconstitucional y nulo el término «favorable» del informe contenido en el artículo 92.8 del Código civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

De esta forma, corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen de guarda conjunta. En el marco de la controversia entre los progenitores, es al Juez al que atañe valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño. Si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al Juez le incumbe la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente solo cuando quede demostrado que sea lo más beneficioso.

Los argumentos del Tribunal Constitucional refieren la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la CE otorga en exclusiva a Juzgados y Tribunales. Igualmente se razonaba una posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, dado que «el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen menoscaba *de facto* el derecho a obtener una resolución sobre el

¹⁹⁵ *Vid.* STC número 185/2012 de 17 de octubre, Pleno del Tribunal Constitucional en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8912/2006, siendo ponente D^a Encarnación Roca Trías.

fondo, al estar aquel pronunciamiento irremediabilmente vinculado al dictamen del Ministerio Fiscal»¹⁹⁶.

De este modo, mientras se estuvo aplicando como normativa vigente, y antes de ser derogada -tras seis largos años esperando la respuesta constitucional-, se impedía o dificultaba las decisiones judiciales favorables a la guarda y custodia compartida. En el supuesto excepcional de que no concurriera el acuerdo de los progenitores, el Juez únicamente podía otorgarla guarda compartida cuando el Fiscal emitía un informe favorable a su establecimiento. *Contrario sensu*, si faltaba dicho informe del Fiscal, el órgano juzgador no podía conceder la guarda conjunta, a pesar de que, tras la valoración de la prueba, esta se percibiera como la mejor opción. Se debe destacar, no obstante, que todas las sentencias son revisables y podían ser modificadas por la instancia superior a través de los diferentes recursos¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Véase en este sentido el Fundamento Jurídico 8 de la referida STC: «Se afirma en el Auto de planteamiento que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial cuestionante que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común. Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE. Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término «favorable» referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE. El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.».

¹⁹⁷ *Vid.* BAUTISTA LÓPEZ, J., «Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida» (2012), pp. 1-2; CAMPO IZQUIERDO, A.L., «Guarda y custodia compartida: ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?»(2009), pp. 1-3; CORDERO CUTILLAS,

En conclusión, en la actualidad, aun cuando el Ministerio Fiscal emita un informe desfavorable respecto a la procedencia del régimen de custodia conjunta, ello no impedirá que el Juez apruebe dicha modalidad de guarda para con los hijos, siempre que considere que es lo más adecuado para el menor, y así lo justifique. Por su parte, en los foros jurídicos relativos al derecho de familia, ya se insistía en dicho aspecto y en estimar conveniente que «por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo»¹⁹⁸.

3. Recomendaciones de la Fiscalía General del Estado: Instrucción 1/2006 de 7 de marzo y Circular 6/2011 de 2 de noviembre

Los Fiscales son conscientes de los problemas que pueden surgir en la toma de decisiones por la atribución o reparto de la custodia entre los progenitores. En tanto en cuanto se les confiere la función de velar por que la decisión de guarda compartida se adecue al interés superior del menor, en la práctica es interesante que su informe contenga una serie de consideraciones.

Si consultamos el análisis exegético que se hace por parte de la Fiscalía General del Estado en materia de derecho civil y derecho procesal civil,

I. y FAYOS GARDÓ, A., «La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del Código» (2014), pp. 1-4.

¹⁹⁸ Así es el sentido de las conclusiones reiteradas en el IV ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE FAMILIA y VI JORNADAS NACIONALES DE MAGISTRADOS, JUECES DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS JUDICIALES celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de octubre del 2009. Igualmente, así fueron las recomendaciones en el Encuentro de abogados, fiscales, secretarios y jueces de familia organizado por la AEAFA y el CGPJ .de noviembre de 2005, ratificadas posteriormente en las Jornadas de octubre de 2008. Consultado el 10/01/2020 y disponible en <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf> y <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>.

encontramos una serie de circulares e instrucciones que merecen ser reseñadas en las cuestiones tratadas. Por orden cronológico, mencionaremos las siguientes como más relevantes para la materia que nos ocupa:

- Circular 1/2001 de 5 de abril¹⁹⁹, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles. Tras la entrada en vigor de la LEC aprobada por la LO 1/2000 de 7 de enero, viene a resaltar la importancia de la delimitación de la presencia del Fiscal en el proceso como defensor constitucional de los intereses públicos.
- Instrucción 1/2006, de 7 de marzo²⁰⁰, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores.
- Circular 6/2011, de 2 de noviembre²⁰¹, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Respecto a la cuestión de la determinación del domicilio habitual de los menores de edad involucrados en procesos judiciales derivados de crisis matrimonial o rupturas parentales, analizaremos en profundidad en el capítulo octavo las recomendaciones que hace la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo sobre la inscripción en el Padrón Municipal del mismo. Y ello, por tratarse de un acto administrativo que además de venir exigido por la legislación administrativa es útil y necesario para el propio menor.

Se plantean como problemáticas aquellas situaciones en las que la distribución de los períodos de estancia con cada progenitor no permita con claridad determinar con cuál de ellos va a permanecer el menor durante

¹⁹⁹ Cf. en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2001-00001>.

²⁰⁰ Cf. en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2006-00001>.

²⁰¹ Cf. en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00006>.

mayor parte del tiempo al año. A tales efectos, se le encomienda al Ministerio Fiscal, en aquellos casos en los que sea procedente el régimen de guarda conjunta, que interese que la propuesta de convenio o, en su caso, la propia resolución judicial, se pronuncie sobre cuál habrá de entenderse como domicilio del menor a efectos padronales. Se puntualiza que, en defecto de acuerdo, habrá de valorarse especialmente la conveniencia de que el menor se empadrene tomando como referencia el domicilio en el que haya permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquellos en los que va a continuar viviendo.

Por otra parte, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre viene a recoger los criterios de la Fiscalía de cara a la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Así, se viene a referir los casos ya analizados referentes a la no procedencia de la atribución de la custodia compartida ni individual, al progenitor respecto de quien se adviertan esos indicios de criminalidad. En estos procedimientos es fundamental la labor de los Fiscales, a la hora de advertir la existencia de supuestos penales relativos a atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, o bien, la existencia de indicios fundados de violencia de género y doméstica.

En este tipo de cuestiones, se dispone que, si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia de género, las/los Sras. y Sres. Fiscales²⁰² velarán porque se convoque y celebre la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2) LEC, salvo que tales indicios se deduzcan a través de la aportación de testimonio de una resolución dictada en un procedimiento penal, en cuyo caso se procederá de conformidad con lo establecido en al art. 49 bis-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁰² Véase la conclusión Vigésimoquinta de la mencionada Circular 6/2011, de 2 de noviembre de la Fiscalía General del Estado.

III. EXPLORACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL MENOR

Los deseos manifestados por los menores y el derecho a expresar su opinión sobre la forma en la que se va a ejercer el régimen de guarda y custodia, ya sea conjunta o exclusiva, constituyen aspectos que deben ser valorados igualmente por el tribunal conecedor del proceso de familia al tratarse de asuntos que afecta a los mismos²⁰³.

El «derecho a ser oído y escuchado» se recoge en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁰⁴. Dentro del ámbito familiar, este precepto establece que 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.

En todo caso, la normativa de protección a la infancia, asienta el principio de que se garantizará el ejercicio de tal derecho al propio menor, cuando tenga suficiente madurez, y, en su caso, a través de la persona designada para que le represente. En cuanto al criterio de la madurez, el menor habrá de ser explorado por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. En este sentido, tener cumplidos los doce años, se considera, en todo caso, como signo de suficiente madurez. Además, como garantía, se recoge la asistencia a través de intérprete, para el caso, por ejemplo, de que el menor no hable español o se necesite apoyo para

²⁰³ Ello nos lleva a la consagración del derecho contemplado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que establece que «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»

²⁰⁴ En su redacción dada por el apartado cuatro del artículo primero de L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 julio) y vigente desde el 12 de agosto de 2015.

entender el lenguaje de señas o signos, a fin de facilitar el canal de comunicación con los mismos. Igualmente, en cuanto a la expresión de su opinión, se contempla tanto la forma verbal como las formas no verbales de comunicación.

1. La regulación insuficiente del carácter preceptivo de la exploración del menor

Dentro del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a los procesos matrimoniales y de menores, ubicado en el Libro I «De los procesos especiales», la sustanciación de la regla que guiará el procedimiento se viene a recoger en el artículo 770.

Así, si el procedimiento fuere de carácter contencioso y se estimara necesario, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. La práctica de tal audiencia podrá acordarse de oficio o a petición del Fiscal, de las partes, del equipo técnico judicial o incluso del propio menor. Se normaliza, así, que en dichas exploraciones, por parte del Juez se garantice que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para salvaguardar sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando, excepcionalmente y cuando fuera preciso, el auxilio de especialistas²⁰⁵.

La insuficiente ordenación legal de este tipo de exploración, ha provocado que la doctrina ponga en duda su naturaleza jurídica como medio de prueba o si debe ser considerada como «diligencia judicial», su finalidad en

²⁰⁵ Art. 770: «4ª. Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable (...)»

la obtención de la certeza de los hechos, la forma de su documentación y la procedencia de dar o no traslado a las partes²⁰⁶.

El derecho de los menores a ser oídos en cualquier procedimiento en el que deba adoptarse una medida que les concierna, ya sea el régimen de custodia o las estancias con sus progenitores, se conecta, en todo caso, con la línea del cumplimiento de los doce años de edad. Para el caso de que su edad fuese inferior, sería necesario evaluar la suficiencia de juicio o discernimiento.

Este dato nos conecta con la problemática en torno a, si con el fin de determinar la procedencia de la guarda alterna, la exploración del menor es o no preceptiva. A priori, parece haber una contradicción entre la normativa sustantiva del tenor literal del art. 92 del CC y la procesal del mencionado art. 770.4º de la LEC. El primer precepto nos habla del carácter potestativo de la decisión de estimarla necesaria por parte del Juez²⁰⁷. La segunda norma nos indica esa naturaleza obligatoria cuando se trate de los hijos mayores de doce años.

Igualmente, en la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Civil da a la audiencia al menor, hay que distinguir según estemos ante un procedimiento contencioso o uno de mutuo acuerdo. En aquellos casos en que los cónyuges estén de acuerdo con respecto a la guarda y custodia de los hijos, se plantea si es necesario o conveniente oír al menor. En la práctica, también se aprecia que no es obligatorio llamar siempre como testigos a los hijos menores o

²⁰⁶ Vid. VIÑAS MAESTRE, M.D., «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda» (2012), pp.31-32; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia» (2016), pp. 1-3 y PÉREZ MARTÍN, A.J., «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica» (2017), pp. 31-34.

²⁰⁷ Para GOIRIENA LEKUE, A., «(...) con la Ley 15/2005 la audiencia del menor prevista en el art. 92 CC deja de ser un trámite procesal de obligado cumplimiento, ya que aunque el menor tenga juicio suficiente para poseer una opinión propia, el Juez puede estimar que no es necesario oírla. El Juez decide sobre la «oportunidad» de dar audiencia al menor, siendo esta decisión inapelable, en el sentido de que no es susceptible de ser revisada posteriormente por otro órgano jurisdiccional», *vid.* «La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio» (2007), p. 4.

incapacitados, sino sólo cuando tal prueba resulte útil y pertinente por ser su testimonio necesario para el proceso. Si son mayores de doce años, el Juez está obligado a oírles en todo caso, pero si son menores, «queda a la discrecionalidad del tribunal decidir si los llama o no, en función del juicio que se puede prever que tengan»²⁰⁸.

La cuestión ha sido tratada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo²⁰⁹, pronunciándose en el sentido de considerar la necesidad de oír al menor en los procedimientos que directamente les afectan. Nos viene a decir que esa aparente contradicción entre las normas se ve aclarada por la Ley Protección del Menor y por el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la

²⁰⁸ *Vid. supra* nota al pie. Según GOIRIENA LEKUE, A., esta interpretación ha sido objeto de crítica al entender que la audiencia del menor prevista en el art. 770 LEC no es en concepto de testigo, sino en calidad de «sujeto digno de protección, y cuya opinión ha de ser escuchada por el juzgador», interpretación que viene avalada por el reconocimiento que la Ley 1/1996 otorga al mayor protagonismo de los menores en los asuntos que les conciernen, recogido expresamente en su art. 9.

²⁰⁹ Tales pronunciamientos los encontramos en las SSTS núm. 413/2014 de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233), 427/2015 de 10 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3158) y 578/2017 de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3751). La Sala ha relacionado su análisis con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2016 (TEDH 2016, 72, recurso 23.298/2007), por la que estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño. Pero, añade, descendiendo al Derecho español, que, en caso de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos por el Juez y en todo caso los menores de más de 12 años, debiendo motivarse en cualquier caso la denegación del trámite de audiencia.

La STS núm. 663/2013 de 4 de noviembre, declara que «la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del Juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor», FD 3º (ECLI:ES:TS:2013:5185).

proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el Juez de oficio²¹⁰.

Se concluye, por tanto, que para que el Juez o el tribunal puedan decidir no practicar la audiencia del menor será preciso que lo resuelva de forma motivada y que justifique su decisión atendiendo al interés superior del niño. En su sentencia núm. 18/2018 de 15 de enero el TS se plantea que el Juez o tribunal pueda acordar no practicar la exploración, ya sea por la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor pudiendo realizarse con la ayuda de un especialista o evitando preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables. La Sala fundamenta que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba (FD 4º).

²¹⁰ El Tribunal Constitucional recoge unas argumentaciones similares en su sentencia núm. 152/2005 de 6 de junio de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:152) en el Recurso de Amparo núm. 1966/2004 (Fundamento Jurídico 1º), siendo ponente D. J. Rodríguez-Zapata Pérez: «Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico 5. 4. Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor Alberto P. G., será de añadir que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, dicho derecho a ser oído debe ahora extenderse a su hermana pequeña Natalia P. G., al haber alcanzado ésta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión.»

2. La forma de llevar a efecto la exploración

En este contexto, y en virtud de la normativa protectora del menor, partimos de que, en los procedimientos judiciales, las comparecencias o audiencias al mismo tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Si fuera necesario, el tribunal podrá auxiliarse de profesionales cualificados o expertos, siendo necesario, en todo caso, preservar la intimidad del menor.

Las normas reguladoras de los procesos matrimoniales no especifican la manera en que deba realizarse la audiencia al menor y, desde el punto de vista práctico, no existen protocolos comunes para su realización, lo que hace que cada órgano judicial actúe de una forma distinta²¹¹.

A tales efectos, algunos apuntes sobre la cuestión pueden ser extraídos de las conclusiones elaboradas por el *IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia* y las *VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales*, celebrados en Valencia los días 26 a 28 de octubre de 2009, que establecieron varias pautas en orden a alcanzar un compromiso para que el proceso no incremente, o lo haga lo menos posible, el nivel de conflicto y el estrés de las partes y de las demás personas involucradas. Por su interés práctico para los operadores jurídicos, paso a reproducirlas literalmente:

²¹¹ Así se puso de manifiesto en las conclusiones del «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia»: «6. Para el enjuiciamiento de los dos procesos examinados en este estudio coexisten juzgados de primera instancia generalistas y especializados, estos últimos denominados «juzgados de familia». En un ámbito tan vinculado con los menores, el juzgador requerirá, además de una formación en ámbitos no específicamente jurídicos, disponer de equipos técnicos de apoyo. También ha de tenerse en cuenta que en órganos generalistas resulta más difícil disponer de espacios adecuados y de protocolos de actuación para facilitar que el menor pueda sentirse cómodo. La extensión de los órganos judiciales especializados en este ámbito aseguraría un tratamiento más adecuado y ágil en el conjunto del territorio.» Defensor del Pueblo, publicado en Madrid, mayo de 2014. Consultado el 01/09/2019 y disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>.

«4.2.4. Audiencia de los menores: A fin de velar por el interés superior del menor en esta diligencia judicial se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones.

1.- Momento de su práctica: En ningún caso se debe hacer comparecer a los menores en sede judicial salvo requerimiento expreso del Juzgado, dados los inevitables perjuicios (desasosiego, sentimientos de culpa, conflictos de lealtades) que tal diligencia judicial suele acarrearles.

En el Juzgado se procurará no hacer esperar a los menores, practicando la diligencia en el lugar más adecuado de que se disponga.

Cuando haya prestado declaración en un proceso penal competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el proceso civil de familia bastará con unir testimonio de dicha declaración.

2.- Desarrollo de la exploración: Se consideran «buenas prácticas» a observar por los intervinientes en el desarrollo de la exploración las siguientes²¹².

a) La exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones, pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate.

b) El Juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como Juez, quien adopte la decisión y no el niño/a.

c) La exploración se realizará sin toga.

d) Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo

²¹² En este sentido, sobre el modo en que ha de realizarse la exploración del menor, las personas que hayan de estar presentes y la constancia de la misma, véase a PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia»(2016), pp. 1-7.

largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida).

e) Se debe planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su «victimización» innecesaria... etc.

f) Debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de «situar» al menor: explicarle por qué se le ha llamado, donde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista... etc. Igualmente debe existir un protocolo de «despedida» que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas «neutros» (aficiones, deportes...) y en forma positiva, alabando su colaboración.

g) El Juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores, el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales...). Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate)²¹³.

En conclusión, se recalca la importancia del lugar y la forma de realización de la audiencia a los menores, así como la capacitación o sensibilidad de los operadores jurídicos para llevar a cabo dicha actuación con menores²¹⁴. Verdera Izquierdo²¹⁵ recuerda que es conveniente que no se

²¹³ Cf. el estudio realizado por ARANGÜENA FANEGO, C. sobre el modo de realizar la audiencia, sus condiciones mínimas, los sujetos intervinientes, la proscripción del empleo de medios de grabación de imagen y sonidos y la constancia de la diligencia. Vid. «La diligencia de exploración del menor en los procedimientos matrimoniales» en *Aspectos civiles y Penales de las crisis matrimoniales*, Coord. Guilarte Martín-Calero, C. (2009), pp. 140-160.

²¹⁴ Como establece la Observación General N° 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, (GE.09-43702 (S) 051009 071009), párrafo 134 e): «Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños». Disponible en la página web de las Naciones Unidas:

realice en una sala de vistas, e inclusive, respecto a la vestimenta utilizada por el Juzgador, que es acertado que no realice la entrevista togado, sino, por el contrario, con una vestimenta informal que no pueda causar temor al menor. La autora menciona las denominadas «salas amigables» que se están implantando en distintos juzgados de España, como «espacios seguros y confortables, evitando situaciones traumáticas y estresantes a los niños, con un mobiliario adecuado, materiales lúdicos y un sistema de videoconferencia o un sistema de espejos/cristal que evite que el menor comparezca directamente ante los juzgadores, incluso pudiendo estar acompañados de sus padres, tutores, educadores o terapeutas, según el caso y proceso».

Por su parte, en iguales términos, la regla 4ª del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil subraya la necesidad de preservar la intimidad del menor, evitando realizarle preguntas que puedan considerarse improcedentes en torno a su persona.

Aunque la práctica de la audiencia se realice de forma reservada, o sea, sin que asistan las partes, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva acorde a lo establecido en el artículo 749.2 de la LEC, pues la posición procesal del Ministerio Fiscal es diferente de la de los progenitores, ya que éste, por disposición legal, asume la función de defender los intereses del menor²¹⁶.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 17/2006, de 30 de enero, puntualiza algunos aspectos en cuanto a la inasistencia de las partes a la práctica de la exploración. De este modo, la presencia de las partes

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&Treaty/D=5&DocTypeID=11. Consultado el 23/12/2020.

²¹⁵ Vid. VERDERA IZQUIERDO, B., La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción (2019), *op. cit. supra*.

²¹⁶ El artículo 3 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que «Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.».

supondría una falta de libertad nada deseable para los hijos menores, a los que ya afecta negativamente el mero hecho de comparecer en un Juzgado. Y ello es así, porque se trata de un medio que se lleva a cabo en interés y beneficio de los propios menores, a fin de conocer realmente su actitud y situación ante el conflicto surgido entre sus progenitores. Justamente para proteger ese interés, debe intentarse minimizar los efectos negativos de la exploración, adoptando las necesarias medidas para que la misma pueda realizarse en un entorno adecuado, con el respeto proporcionado a su sensibilidad e intimidad. Según se expone en sus fundamentos jurídicos, la exploración debe llevarse a efecto con discreción y de forma reservada, con la debida seguridad²¹⁷.

3. La sustitución de la exploración judicial del menor por los informes psicosociales

La forma de conjugar la exploración del menor para ser oído por el órgano jurisdiccional con la actividad desarrollada por el Equipo Psicosocial, resulta otro aspecto procesal especialmente relevante. En este punto, parece que se podrá prescindir de la práctica de la audiencia al menor cuando su opinión haya podido ser conocida por el juzgador a través de los informes periciales psicosociales que sean emitidos por el Equipo Técnico. En estos dictámenes se analiza la relación entre el niño y ambos progenitores, a través del contenido de una serie de entrevistas en las que se puede apreciar la voluntad de los hijos de estar o no con alguno de ellos, su cercanía hacia la figura paterna o materna y el resto de relaciones familiares.

Esta posibilidad de combinación entre ambos medios, nos la da el propio tenor literal del art. 9 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al recoger que el menor podrá ser oído de diversas formas,

²¹⁷ Véanse los Fundamentos Jurídicos 3º y 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/2006 de 30 de enero de 2006 (ECLI:ES:TC:2006:17), siendo ponente D. M. Aragón Reyes en el Recurso de Amparo núm. 6707/2001.

ya sea por sí mismo, por medio de sus representantes legales y a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. Siendo así, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia de Sala Pleno núm. 163/2009 de 29 de junio²¹⁸ viene a manifestar que no será necesario realizar la exploración o audiencia de manera directa para el caso de que el menor haya sido oído por el Equipo Psicosocial²¹⁹.

Según expone Pérez Martín²²⁰, existe un sector de la doctrina que entiende que la realización de la exploración judicial o audiencia del menor tiene la finalidad de que el Juez tome contacto directo con el menor y éste pueda manifestarle lo que considere más conveniente. El Juez podrá interpretar la intención del menor auxiliándose de los Equipos técnicos del Juzgado que le aportarán los conocimientos especializados adecuados para valorar correctamente el resultado de la prueba. El autor concluye que lo que no puede realizarse es sustituir la intervención directa del órgano judicial por la de los equipos técnicos.

²¹⁸ STC núm. 163/2009 de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\163), siendo ponente D. E. Gay Montalvo, en el Recurso de Amparo núm. 273/2008 (Fundamentos Jurídicos 3º, 4º y 5º).

²¹⁹ PÉREZ DAUDÍ, V., realiza un análisis de dicha sentencia en el que pone de manifiesto su desacuerdo en la justificación de la no admisión de este medio de prueba. Entiende que el Órgano Judicial no puede justificar la no audiencia al menor en que ya ha manifestado su voluntad ante el Equipo Psicosocial en la emisión de su informe y éste lo ha plasmado en el mismo. La finalidad de la exploración judicial o audiencia al menor es que el Juez tome contacto directo con el mismo y éste pueda manifestarle lo que considere más conveniente. Opina que «para que el Juez pueda interpretar de forma correcta la intención del menor se puede auxiliar en este acto de los Equipos Técnicos Judiciales que le aportarán los conocimientos técnicos adecuados para valorar correctamente el resultado de este medio de prueba. Lo que no puede realizarse es sustituir la intervención directa del Órgano Judicial por la de los Equipos Técnicos». *Vid.* en «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, Sala 2ª de 29 de junio del 2009)» (2010), pp. 1-6.

²²⁰ *Cf.* PÉREZ MARTÍN, A.J., «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica» (2017), p. 33.

4. La valoración de la exploración de los menores

El tribunal habrá de enlazar la estimación del contenido de la audiencia practicada al menor, con el resto de factores que se den en el proceso y, caso que los haya, con los dictámenes técnicos de los especialistas psicosociales que intervengan. Esa base de congruencia con los demás informes periciales y testificales, así como la regla de la sana crítica que refiere el artículo 348 de la LEC, ayudarán al juzgador a valorar elementos de juicio que se consideren más razonables a fin de denegar o admitir el sistema de custodia compartida. Esas piezas harán referencia a cuestiones como la disponibilidad de la atención debida a los hijos, la situación familiar de la pareja y la mayor o menor espontaneidad del menor en su exploración.

Así se deduce de la sentencia del TS de 25 de abril de 2016²²¹, en la que se desestima la guarda alterna al valorar la inexistencia de una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y de unas escasas habilidades para el diálogo; todo ello unido a una tensa situación de la pareja por haber sido condenado uno de los progenitores como autor de un delito de injurias. Según el tribunal, durante la exploración se pudo apreciar una escasa espontaneidad del menor en la exploración, al estar mediatizado por el padre.

²²¹ Vid. STS núm. 276/2016 (ECLI:ES:TS:2016:1790), FD 1º, 3º y 6º: «En la sentencia del juzgado, asumida por la Audiencia, se analiza con exhaustividad y congruentemente la cuestión de la custodia compartida, en la que se ha centrado la mayor parte del debate, analizando las pruebas de forma que unas adquieren para el Tribunal un papel más relevante que otras (arts. 217 y 218 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), motivándolo, por lo que no se produce indefensión (art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)). (...) El análisis efectuado no es ilógico y se funda en las testificales, y exploración del menor, pruebas que entiende más relevantes, frente a la de los informes periciales. Consta que uno es a instancia del padre (sin que oyese a la madre) y el otro solo contiene referencias sociológicas y no psicológicas, estando firmado solo por un/a profesional en nombre del equipo técnico. Poniendo en relación la referida doctrina con la sentencia de apelación, debemos declarar que, en la sentencia recurrida, bien por sí, o por asunción de la detallada sentencia del Juzgado, se hace un análisis preciso de las circunstancias concurrentes desde la óptica de la necesaria protección del interés del menor. (...) Frente a ello las pruebas periciales no reúnen suficientes garantías, al estar huérfana, una de análisis psicológico y la (Don. Constantino), por no haber entrevistado a la madre, a la que no consta que se le ofreciese la posibilidad, por lo que el psicólogo tuvo una visión parcial de la situación, pues solo entrevistó al menor, al padre (demandante) y a la abuela paterna.»

Junto a la exploración de la voluntad del menor constaban dos informes periciales, uno de parte y otro emitido por el Equipo Psicosocial, que consideraban favorable para el menor la adopción de un régimen de custodia compartida. Conforme a los criterios sentados por nuestra jurisprudencia sobre los informes periciales, es de recordar que estos informes no ostentan una especial eficacia probatoria si lo comparamos con las restantes pruebas practicadas en el acto del juicio²²². Es por ello, por lo que el juzgador de instancia se apoyó en la prueba testifical y en la exploración del menor, practicados para denegar la guarda conjunta.

La relevancia de tener en cuenta las manifestaciones de los menores, durante su exploración, ha sido subrayada por la doctrina jurisprudencial del TS. Así en su sentencia de 20 de junio de 2017²²³ casa la sentencia recurrida en la que se modificaba la custodia de una menor por alteración de las circunstancias, sustituyéndola por una custodia compartida, a pesar que no había sido solicitada por ninguno de los progenitores. El Tribunal argumenta que la labor del Ministerio Fiscal pasó por poner de manifiesto que el testimonio de la menor no fue irreflexivo, caprichoso ni motivado por una mayor permisividad del padre sin perjuicio de mostrar cariño hacia su madre, con la que no encajaba por su carácter. Se interpreta que el deseo de la menor de vivir con el padre fue madurado a lo largo del tiempo y se basaba en la mayor sintonía o entendimiento con el mismo²²⁴.

²²² En este sentido, lo indican las siguientes resoluciones del TS sobre la valoración del dictamen pericial (art. 348 LEC), entre otras: sentencia núm. 123/2020, de 25 febrero (RJ 2020\718), FD 2º; auto de 23 octubre 2019 (RJ 2019\4214), FD 3º; sentencia núm. 541/2019, de 16 octubre (RJ 2019\4132) FD 2º; auto de 10 julio 2019 (RJ 2019\2695) FD 3º; sentencia núm. 471/2018, de 19 julio (RJ 2018\296) FD 2º.

²²³ STS núm. 389/2017 de 20 junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2510), FD 4º, 6º y 7º.

²²⁴ Considera la Audiencia que el deseo firme de la hija, constatado en la exploración judicial no es irrelevante, pues afecta de forma decisiva a las relaciones de la hija con su madre y con su padre. El mismo padre demandante reconoce que la única razón de su demanda es que se lo pide la hija sin referir ningún otro motivo para hacerlo. No justifica ni posibles problemas en la convivencia con la madre ni tampoco futuras mejoras con el cambio de custodia, por lo que no existe más beneficio para la menor que la expresión de su voluntad. Se puede apreciar la

Finalmente, el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos refiere que, en las resoluciones sobre el fondo, habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor. Para el caso de que se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, ya sea directa o inmediata ya sea por medio de persona que le represente, la resolución deberá justificar su motivación atendiendo al interés superior del menor y tendrá que ser comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

permanencia de este deseo, pero finalmente se deduce que es simplemente una mayor comodidad, como concluye la Juez a quo en el mismo fundamento en el que también destaca que ambos progenitores están por igual capacitados para atender a la menor. *Vid.* STS núm. 389/2017 de 20 junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2510) Fundamentos de Derecho 4º, 6º y 7º.

IV. INFORME TÉCNICO PSICOSOCIAL

1. Introducción

En el ámbito de los Juzgados de Familia, el Equipo Psicosocial está formado por las figuras del psicólogo forense y del trabajador social. Ambos son profesionales especializados de la Administración Pública cuya función es la de asesorar al Juez en el proceso que se dilucida. Así, en este tipo de procedimientos de derecho de familia, se hace preciso contar con los conocidos como gabinetes psicosociales que están adscritos al Juzgado (compuestos por personas expertas técnicas en medicina, psicología y psiquiatría), así como asistentes sociales y educadores²²⁵.

La labor que realizan estos Equipos Psicosociales pasa por realizar, en el caso concreto, una evaluación de la realidad familiar, en la que se utilizan diversas técnicas enfocadas al peritaje. De esta manera, se elaborará un dictamen pericial en función de la petición que se realice por parte del Juez o el Fiscal, siendo los procesos contenciosos aquellos en los que se solicita mayormente su intervención. Entre otros aspectos, el resultado de sus informes está dirigido a determinar aquello que parezca más conveniente respecto a la patria potestad, el régimen de visitas oportuno, así como a concretar las aspiraciones de cada uno de los progenitores sobre la guarda de los menores hasta su mayoría de edad. Se trata de analizar, pues, cuál de los progenitores está más capacitado para ejercer la guarda y custodia y, en su caso, si es procedente una conjunta. Con dichas valoraciones, se sopesarán los

²²⁵ En este punto resulta especialmente útil el estudio realizado por AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F., sobre la opinión de los jueces de derecho penal y de familia respecto a los informes periciales que son presentados en los Juzgados y, más concretamente, respecto a la relevancia de la pericial psicológica de cara a tomar decisiones sobre el eje de la pericia (responsabilidad penal y alternativa de custodia), así como respecto a determinados aspectos del informe (formales, de contenido, éticos y metodológicos). Los resultados demuestran que no hay una clara preferencia por que el informe sea realizado por el psiquiatra o por el psicólogo. Se aprecia un cierto desconocimiento de las funciones diferenciales de cada uno e incluso el solapamiento de éstas. *Vid.* «Opinión de los jueces (derecho penal y de familia) sobre el informe psicológico forense» (2003), pp.95-122.

acuerdos o medidas de atribución que serían más beneficiosos de cara al desarrollo socioemocional de los menores implicados en los procesos de ruptura de la pareja y padres. Cabe resaltar que, en los asuntos civiles que se tramitan en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la tarea de evaluación de estos técnicos tiene una especial relevancia, pues aportan información acerca de la situación a nivel psicológico y/o social de todos los miembros del grupo familiar²²⁶.

La metodología para elaborar el informe pericial por parte de los Equipos Psicosociales conlleva una fase de evaluación y vaciado de autos con la lectura del expediente y otra de análisis de todo lo actuado judicialmente hasta que se acuerda la prueba pericial psicosocial²²⁷.

En numerosas ocasiones se ha hecho hincapié en la necesidad de que el informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, sin obviar que aquel debe tener una motivación rigurosa y una metodología precisa. La disciplina con la que se procede, generalmente, sigue los siguientes pasos²²⁸: 1. Vaciado de autos. 2. Entrevista individual con los progenitores. 3. Entrevista individual con los menores. 4. Observación de la interacción de los menores con ambos progenitores. 5. Conclusiones. 6. Propuesta.

²²⁶ Vid. CASTELLANO DOMÍNGUEZ F., NIETO MORALES C. Y CALDERÓN LOZANO A. (2014). *Guía de intervención judicial sobre violencia de género*, pp. 110 y 111.

²²⁷ En el Informe Especial de fecha de julio de 2018 elaborado por el Defensor del Pueblo Andaluz para el Parlamento de Andalucía, se dedica un apartado a la consideración de los Equipos Psicosociales de Andalucía al servicio de la Administración de Justicia: «Los profesionales de Sevilla consideran que hay que definir unos contenidos mínimos y considerar una estructura que den forma a un informe psico-social que merezca ese nombre. Entienden que, en los trabajos iniciales o preliminares, la información clave viene dada en el propio asunto judicial y que la extraen de un vaciado selectivo de los autos, que realizan con solvencia y experiencia». Se viene a indicar que Andalucía es la Comunidad Autónoma donde más divorcios se registran y que estos conflictos suponen un importante esfuerzo y costes para el sistema judicial. Disponible en <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/los-equipos-psicosociales-de-andalucia-al-servicio-de-la-administracion-de-justicia>.

²²⁸ Así lo recoge la STS núm. 194/2018 de 6 abril (RJ 2018\1430) en el FD 1º. A tales efectos, y entre otras propuestas, resultan especialmente prácticas las plantillas elaboradas por ALCÁZAR RUIZ, R. para establecer puntuaciones a la hora de valorar la custodia compartida, indicar el riesgo y proponer una medida por parte del técnico, *vid.* en «Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial»(2014), pp. 271-277.

A modo de resumen, los criterios con los que habitualmente se elabora, serían los siguientes²²⁹:

- Evaluación de los motivos e intereses de los miembros de la pareja al solicitar la custodia compartida, su capacidad y propósito de asumir la responsabilidad que implica la guarda de los hijos. Todo ello implicaría la valoración de sus profesiones, ocupaciones, ingresos económicos y disponibilidad de tiempo para la dedicación oportuna. Igualmente se evaluará la existencia de posibles patologías mentales en el padre o la madre, en su caso²³⁰.
- Análisis de la opinión de los menores, si su edad se lo permite.
- Valoración de la comunicación interparental.
- Evaluación del entorno y apoyo familiar, sobre todo de figuras como la de los abuelos. Para ello caben realizarse entrevistas con los miembros del grupo familiar, tanto individuales como conjuntas.
- Valoración de la ubicación y distancia de los domicilios y su repercusión en la educación y la rutina cotidiana de los menores. En casos conflictivos pueden realizarse visitas a los domicilios de los progenitores y/o procederse a la recogida de información de otros profesionales conocedores de la situación, como son servicios sociales comunitarios, salud mental, equipos de tratamiento familiar, colegios, centros de atención a la mujer, etc.

²²⁹ Así los expone la psicóloga forense Martín Montalbán A., en su estudio «Construyendo la custodia compartida entre todos» dentro de la obra de BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017) *La custodia compartida en España*, pp. 153-162.

²³⁰ En este sentido, FÁBREGA RUIZ, C.F. hace un breve recorrido sobre las posibles periciales a practicar en el proceso civil y sus principales particularidades. Los estudios de la personalidad y capacidad de los cónyuges para el ejercicio de la guarda y custodia, los trastornos e incompatibilidades de éstos con los menores, etc. No sólo los padecimientos patológicos tienen trascendencia, sino también determinadas conductas que, sin revestir tal carácter, son nocivas para la convivencia, por su anormalidad. *Vid.* «La actuación de los psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales» (2005).

En definitiva, en la evaluación psicosocial se sopesarán las circunstancias que pueden influir en la vida y el desarrollo de los menores. Igualmente, en lo referente al aspecto psicológico de los progenitores se medirán sus competencias parentales, la calidad de la relación de los vínculos con sus hijos y la implicación en su crianza²³¹. Una vez evacuado el informe forense, generalmente deberá ser ratificado en fase de juicio.

Junto con los dictámenes de los equipos adscritos a los Juzgados, nos encontramos con la prueba pericial psicológica que puedan proponer las partes a fin de justificar la capacidad de los padres para asumir las respectivas funciones de la guarda. Las valoraciones de estos especialistas se realizan, en su caso, a través de las correspondientes declaraciones de los peritos en la vista del juicio. En opinión de Pérez Martín²³², este tipo de actuación tiene un escaso valor probatorio por varias razones, entre ellas, el escaso rigor técnico al recoger únicamente el relato y la opinión de una parte, falta de neutralidad del entorno de la evaluación o la ausencia de un análisis conjunto de elementos.

En este orden de cosas, la posible evidencia de que alguno de los progenitores presente alguna patología que no le haga capaz para ejercer correctamente la custodia, nos conduce a la necesidad de proponer la prueba pericial psiquiátrica. Las peticiones llevarían a la acreditación del padecimiento de algún trastorno, y debe ser valorado por el Juez a fin de acordar o desestimar su admisión en el proceso.

²³¹ Para PÉREZ DAUDÍ, V., existe una total indefinición de cómo se organizan los equipos técnicos judiciales y cómo intervienen en el proceso judicial, erigiéndose como defensores de los intereses del menor, obviando su posición procesal de auxiliares del Juez, que es su función inicial. Indica igualmente que estos equipos carecen totalmente de regulación y, en su opinión se trata de un Cuerpo Técnico al servicio de la Administración de Justicia similar a los médicos forenses; vid. en «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, Sala 2ª de 29 de junio del 2009)» (2010), p. 3.

²³² Cf. PÉREZ MARTÍN, A.J., «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica» (2017), pp. 10-12.

2. Valoración y conveniencia del informe técnico psicosocial

El resultado del trabajo realizado por los especialistas adscritos a los gabinetes psicosociales se traduce en un informe escrito en el que se viene a recoger una propuesta no vinculante que se remitirá al Juez, al cual le corresponde el dictado de la sentencia. Siendo así, la conveniencia de este tipo de dictámenes técnicos tiene un reconocimiento generalizado²³³.

No obstante, y como decimos, el Juez no está vinculado por los informes de los profesionales. El juzgador debe valorarlos en conjunto con las demás pruebas practicadas para formarse una opinión sobre la conveniencia o no de que se adopten las medidas sobre la custodia. La doctrina jurisprudencial²³⁴ pasa por considerar que las conclusiones a las que lleguen estos especialistas en su informe deberán ser analizadas, y podrán ser cuestionadas jurídicamente, en su caso, por parte del juzgador, tal y como ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales. Se establece que sus decisiones sólo serán revisables cuando, de la motivación de la sentencia, se deduzcan que son arbitrarias o erróneas. A tenor de la redacción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es, precisamente, la motivación el elemento que permite valorar la arbitrariedad.

²³³ Así lo recuerda la STS de 9 de septiembre de 2015, núm. 465/2015 (ECLI:ES:TS:2015:3707). En el supuesto contemplado, el informe psicosocial del perito judicial venía a confirmar el hecho de que los propios progenitores se reconocían la capacidad y aptitud para desempeñar sus funciones con los tres hijos, así como el cariño que los hijos les tenían a ambos, sin que constara afectación psicológica de los menores. El perito judicial concluyó que convendría mantener la custodia de la madre, para evitar nuevas adaptaciones y solo estimaría la custodia compartida si hubiese acuerdo entre las partes. A pesar de dicha conclusión, la Sala interpretó que la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida. Y siempre bajo el prisma del mejor interés del menor, tal como refleja igualmente la STS núm. 795/2011 de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8348).

²³⁴ Como así se viene aludiendo en las SSTS núm. 296/2017 de 12 mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1792), núm. 252/2011 7 abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2005), de 1 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4861), núm. 94/2010 de 11 marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:963) y núm. 614/2009 de 28 septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5707).

Al igual que ocurre respecto a la valoración de la exploración a los hijos, la apreciación del valor probatorio de estos informes deberá realizarse por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica conforme indica el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aunque, de forma general, y dado que se presume que son apreciaciones imparciales de los especialistas, en la práctica los jueces no suelen apartarse de lo que hayan recomendado²³⁵. En ocasiones, se llega inclusive a que el contenido de la sentencia emitida por el Juez sea una simple remisión a lo expresado por el perito en el informe²³⁶.

El dilema surge cuando las partes hayan propuesto y presentado informes particulares, se cuente con varios y, además, sean contradictorios. En estos casos, el Juez deberá argumentar sus apreciaciones de forma razonada en la sentencia, a la hora de acordar una u otra elección, adoptando o denegando el tipo de guarda solicitada, así como la fórmula de ejercer la custodia compartida cuando sea la estimada.

Respecto de la conveniencia de estos dictámenes técnicos, la doctrina jurisprudencial considera que:

²³⁵ «La mayor parte de los jueces, responden que sólo en algunas ocasiones, toman decisiones diferentes a las recomendadas en los informes. Ahora bien, como este desacuerdo se produce, aunque sea en escasas ocasiones, y la decisión última es competencia del Juez (el informe no es vinculante), sí parece muy recomendable, tal y como apunta de la Torre (1999, pág. 13), la Sentencia del Tribunal Superior de 6 marzo de 1995, RJ 1995/1811, que exige que cuando el Juez llega a conclusiones distintas del informe, debe expresar las razones que justifiquen tal decisión porque si no nos encontramos “ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico”». Cf. AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F., *op. cit.* p. 116.

²³⁶ *Vid.* en dicho sentido el artículo de ARCH MARÍN, M. y JARNE ESPARCIA, A., sobre los instrumentos de evaluación psicológica que se aplican a los adultos en las evaluaciones periciales de guarda y custodia de los niños. En su principal conclusión afirman que la práctica habitual de la evaluación pericial a adultos en un proceso judicial de familia, incluye la administración de test y pruebas psicológicas. «Instrumentos de evaluación psicológica en peritaciones de guarda y custodia de los niños: uso y admisibilidad», pp. 59-70.

- A tenor de la redacción del art. 92 del CC, la práctica de la prueba del informe psicosocial es facultativa, aunque se reconoce su importancia en la mayoría de los casos²³⁷.
- Los dictámenes reflejan las apreciaciones de los especialistas sobre aquel régimen de guarda que consideran más apropiado. Dichas consideraciones se elaboran en función de los datos que tienen a su disposición, y que revelan la situación de las relaciones afectivas de los hijos y el grado de conflictividad entre los progenitores²³⁸.
- La inexistencia de este tipo de informes técnicos impediría, de forma significativa, valorar la situación del menor, ya que se prescindiría de una perspectiva integral de la misma²³⁹.

²³⁷ En la STS núm. 619/2014, de 30 octubre (RJ 2014\5268), el Alto Tribunal rechaza la alegación de indefensión por parte del recurrente, al no habersele permitido la práctica de un informe psicosocial: «pues la denegación de la prueba en las dos instancias se debió a que el Tribunal de apelación partía, expresamente, de la igual capacidad de los dos progenitores para ostentar la custodia, por lo que consideró innecesaria la práctica de la prueba...» (FD 5º).

²³⁸ En este sentido, la STS núm. 155/2017 de 7 marzo (RJ 2017\705), FD 2º: «(...) el informe pericial obrante en autos no considera aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el actual apego a la madre, de modo que quedaría comprometido el propio interés de la menor que podría resultar perjudicado cuando no existe acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad. No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria, como refleja el informe psicosocial, lo que según la juzgadora de primera instancia - opinión que es ratificada por la Audiencia- justifica la atribución de la guarda y custodia la madre atendiendo a la corta edad de la menor y al encontrarse la madre en mejor posición para el ejercicio de dicha función. Se atiende para ello a distintos factores como su horario laboral, los apoyos sociolaborales con los que cuenta y por haber sido ella la principal encargada del cuidado y crianza de la niña siendo en la actualidad la madre quien aporta seguridad a la menor, por lo que lo aconsejado es el mantenimiento de la guarda y custodia atribuida a la madre con un amplio régimen de visitas para el padre».

²³⁹ Véase la STS de 19 de octubre de 2017, núm. 567/2017 (RJ 2017\4484): «(...) dado que los informes (escolares y médicos) aportados datan, el más reciente, de 2015 y no se emitieron desde la perspectiva integral de los informes psicosociales (art. 92.9 del C. Civil) que abarcan tanto al menor, como a los progenitores».

3. Informes favorables a la guarda y custodia compartida

En estos supuestos partimos de un análisis del equipo de profesionales encargados del caso en el que se exponen una serie de circunstancias que apoyan la conveniencia para el establecimiento de una guarda conjunta o alterna. Pueden concurrir factores que hagan referencia al estilo de vida de los progenitores, su implicación en el desarrollo y supervisión de las tareas cotidianas y escolares de los menores, el horario laboral y la colaboración de los familiares.

Contando con este tipo de dictámenes, importantes y trascendentes para apreciar los casos concretos, finalmente, la decisión de los tribunales ha sido diversa en función de la valoración de los informes. A continuación, exponemos algunos ejemplos recopilados de la casuística jurisprudencial.

3.1. Valoración junto con el informe del Ministerio Fiscal

En un procedimiento de divorcio, ninguno de los progenitores interesó que la guarda y custodia fuera compartida, ya que ambos la solicitaron de forma exclusiva con fijación de un régimen de visitas para el otro progenitor no custodio. Sin embargo, el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda conjunta, mostrando su no oposición a la adopción de dicho régimen. En el supuesto de hecho, se incide en que el informe psicológico se destaca la suficiente capacidad y voluntad, por parte de ambos progenitores, de ejercer una maternidad/paternidad responsable en sus distintas dimensiones «cognitivas, afectiva y social». En segunda instancia, la AP confirmaba la decisión del Juzgado *a quo* de otorgar una custodia exclusiva a favor de la madre y acordar un amplísimo régimen de visitas para el padre. Haciendo una estimación conjunta de los distintos informes, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, si bien no accediendo a la guarda y custodia compartida con una motivación diferente. El TS reafirma

la doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada(vid.la STS núm. 257/2013 de 29 abril)²⁴⁰.

3.2. Informes favorables con matices contradictorios

En algunas ocasiones, y pese a encontrarnos con todos los elementos que hacen beneficioso un acuerdo a favor de la implantación del sistema compartido, se ha referido a la excusa del «esfuerzo de readaptación de los menores» para finalmente desestimar y denegar el régimen conjunto por parte del órgano jurisdiccional. *V. gr.:*

- Uno de estos casos es el resuelto en la STS núm. 135/2017 de 28 de febrero de 2017²⁴¹, que refiere cómo en el informe pericial se afirmaba que ambos progenitores contaban «con adecuada red de apoyo social para ayudarles en las tareas de cuidado y atención de los menores», y la comunicación entre ellos, aunque no era la deseable, no adolecía de una conflictividad alta. Igualmente se citaba por dichos peritos que los menores se

²⁴⁰ La sentencia sienta como doctrina jurisprudencial que la «interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». STS núm. 257/2013 de 29 abril, FD 1º, 2º y 4º (ECLI:ES:TS:2013:2246).

²⁴¹ En ella, el TS casa parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores. «Se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases: a) Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños, atendiendo a los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa. b) No se podrá separar a los dos hermanos. c) Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores. d) Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal (...). Cf. STS núm. 135/2017 de 28 de febrero, FD 2º y 3º (ECLI:ES:TS:2017:709).

encontraban básicamente adaptados a las distintas áreas de su vida escolar, personal social y familiar y que toda modificación sobre la situación actual supondría un esfuerzo de readaptación en los menores sin justificación técnica. Es por ello por lo que se recurre alegando que «el que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedir la custodia compartida». Se evidencia, pues, que, tras venirse a reconocer una serie de elementos favorables para el establecimiento de la guarda conjunta, finalmente se niega su adopción «tomando como referencia un informe pericial que no hace sino «entronizar» la rutina como causa de denegación de la custodia compartida, en palabras de la sentencia 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249)».

- En el supuesto contemplado por la STS núm. 94/2010 de 11 marzo²⁴², el Equipo Psicosocial y el Fiscal informaron favorablemente a la guarda y custodia compartida, tal como solicitaba la madre, toda vez que el régimen que venían siguiendo los padres hasta aquel momento podía equivaler a un sistema de guarda compartida, aunque se señalaba en dichos informes que no parecía que los padres estuvieran dispuestos a mantener el *status quo* después del divorcio.

- En otro caso, el informe psicosocial y las manifestaciones vertidas en el acto de la vista de quienes lo emitieron, fueron motivo para decretar la guarda conjunta que ya se acordó en el auto de medidas provisionales, atendiendo a la corta edad de las hijas, el vínculo afectivo estable con ambos progenitores y su necesidad de contacto frecuente con ellos. A pesar de lo indicado, en el dictamen se puso de manifiesto que las malas relaciones entre los progenitores influían en las niñas y las únicas incidencias objetivadas en el procedimiento fueron expuestas por la parte actora: una denuncia por malos tratos frente a quien fuera su marido, que resultó sobreseída por resolución judicial firme, y alegaciones relativas a que las niñas no acudían al comedor

²⁴² Vid. STS núm. 94/2010 de 11 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2010:963).

escolar mientras se encontraban en compañía del padre. *Vid.* la STS núm. 296/2017 de 12 mayo²⁴³.

3.3. Acuerdos de custodia monoparental a pesar de la existencia de informe favorable

La STS núm. 578/2011 de 21 julio²⁴⁴ contempla un caso en el que se procede a aplicar una norma (refiriéndose a los apartados 8 y 9 del art. 92 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 15/05 de 8 de julio) con vigencia inferior a los cinco años antes de la presentación del recurso y que, en el momento en el que se interpone, no había jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Juzgado de 1^a Instancia establece la guarda y custodia compartida y señala que la prueba practicada demostraba: a) que ambos progenitores habían participado hasta aquel momento en el desarrollo de los menores, que se habían encargado por igual de su cuidado; que la relación entre ellos era buena y que ambos estaban plenamente capacitados para continuar con los sus cuidados diarios y que los horarios de ambos eran flexibles, por lo que podían adaptar sus propias profesiones a las necesidades de los hijos; b) el informe psicosocial mostraba que los niños deseaban seguir viviendo con ambos progenitores, que las viviendas estaban próximas y que aun cuando las relaciones actuales no eran buenas, el escollo podía ser superado, pues se refería básicamente a la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, en informe desfavorable, el Ministerio Fiscal solicitó de forma expresa que se atribuyese la guarda y custodia a la madre. Basaba su petición en una mala relación entre los padres con procesos y denuncias penales y puso de relieve que dada la edad de los hijos era una «grandísima equivocación llevar a los niños a ser oídos en primera instancia», porque a su edad solo grandes expertos pueden llegar a obtener en este caso «un testimonio susceptible de consideración».

²⁴³ Cf. STS núm. 296/2017 de 12 de mayo, FD 1º, 2º y 3º (ECLI:ES:TS:2017:1792).

²⁴⁴ *Vid.* STS núm. 578/2011 de 21 de julio, FD 1º, 2º y 3º (ECLI:ES:TS:2011:4925).

Posteriormente la Audiencia Provincial otorgaba la custodia a la madre, en base a argumentos como los siguientes: 1) que los niños no permanecieran en el domicilio familiar donde nacieron y tuvieran que rotar entre el domicilio familiar y el nuevo domicilio del padre; 2) que se privó a la madre de algún tipo de custodia con sus hijos sin haber sido oída; 3) que el beneficio del menor no se consigue residiendo fuera de su casa y con un cambio y trasiego domiciliario mensual, contrario a su adecuada estabilidad como medio necesario para favorecer su desarrollo personal y educativo. Añadió la sentencia que «(...) los niños debieron de estar en régimen de custodia con la madre y en su casa, y debe reponerse esta situación para que residan de forma estable en su domicilio». Dicha resolución quedó confirmada, al no poder entrar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a examinar el criterio alegado por el recurrente y tratarse de una cuestión de hecho que no podía ser revisada en casación. Aunque recuerda que, en esta materia, las decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas, siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor.

3.4. Interpretación probatoria del informe técnico psicosocial conjuntamente con otros informes complementarios

En el asunto resuelto por la STS núm. 751/2016 de 22 diciembre²⁴⁵, el informe psicosocial no apreciaba incapacidad en ninguna de las partes para asumir los cuidados que requería el menor, a pesar de los antecedentes de uno de los progenitores. Se mantiene la guarda y custodia compartida por semanas, habida cuenta de la edad de la menor, para que tuviese un contacto más frecuente con ambos padres. La decisión de primera instancia fue recurrida argumentando que el padre estaba en ese momento en situación de dependencia de sustancias estupefacientes y en tratamiento por alteraciones

²⁴⁵ Cf. STS núm. 751/2016 de 22 de diciembre, FD 1º y 2º (ECLI:ES:TS:2016:5537).

psíquicas. Dicha circunstancia no se reflejaba en la prueba pericial psicológica evacuada en los autos, aunque sí se refería que el padre tenía un historial de tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico asociado a un trastorno por dependencia de sustancias. Sin embargo, no se aportaron al procedimiento, ni fueron pedidos, otros informes complementarios relativos a tal circunstancia y/o diagnóstico, ni datos sobre profesionales que hubieran intervenido en algún proceso psicoterapéutico, por lo que se desconocía el alcance y situación real con relación al cuadro que pudiera presentar en aquel momento el evaluado.

4. Informes desfavorables a la guarda y custodia compartida

Los temas a los que se recurre en estos tipos de dictámenes hacen referencia, frecuentemente, a la existencia de conflictividad entre los padres, a factores psicopatológicos en ellos, a la vinculación afectiva positiva de los hijos menores hacia alguno de los progenitores, a desavenencias presenciadas por los hijos, a falta de buenas competencias parentales y a las actitudes facilitadoras del contacto paterno-materno-filial, entre otros.

Podemos extraer dos bloques, según el TS haya considerado, en la resolución del recurso de casación, la procedencia o no de la guarda y custodia compartida. Sirvan a modo de ejemplo:

4.1. Se estima el régimen de guarda conjunta

En el asunto planteado en la STS núm. 51/2016 de 11 de febrero²⁴⁶, se parte de la existencia de un dictamen psicosocial que opta por aconsejar la custodia a favor de la madre, dada su estabilidad laboral y su actitud facilitadora del contacto paterno-filial. A pesar de que cada progenitor solicitó la custodia de los hijos para sí en exclusividad, el Juzgado de 1ª Instancia determinó que

²⁴⁶ Cf. STS núm. 51/2016 de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:437).

quedaran en compañía y bajo la guarda y custodia de ambos progenitores de forma compartida, por meses alternos²⁴⁷. En segunda instancia, la Audiencia Provincial acordó que los menores quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre. La decisión de la Audiencia se apoyó en los argumentos del informe de los especialistas en el que se interpretaba una conflictividad en ascenso entre los progenitores y que los menores presenciaron en muchas ocasiones sus desavenencias. Por el contrario, se apreciaba que no se presentaban factores psicopatológicos en los padres, que los menores tenían vinculación positiva con ambos progenitores y que ambos contaban con buenas competencias parentales. A favor del padre propone fines de semana alternos, mitad de vacaciones y dos tardes en semana. Finalmente, el TS casa parcialmente la sentencia recurrida, acordando el sistema de custodia compartida sobre los menores. En su fallo se determina que el reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores, estableciendo que a falta de acuerdo «el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada».

Los antecedentes expuestos en el asunto tratado en la STS núm. 433/2016 de 27 junio²⁴⁸, exponen cómo en primera y segunda instancia se

²⁴⁷ «El régimen de guarda y custodia compartida será el siguiente: A.- Los años pares la madre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de enero, el mes de abril, el mes de mayo, el mes de agosto, el mes de septiembre y el mes de diciembre y el padre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de febrero, el mes de marzo, el mes de junio, el mes de julio, el mes de octubre y el mes de noviembre. B.- Los años impares la madre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de febrero, el mes de marzo, el mes de junio, el mes de julio, el mes de octubre y el mes de noviembre y el padre tendrá consigo a los hijos menores de edad en el domicilio familiar el mes de enero, el mes de abril, el mes de mayo, el mes de agosto, el mes de septiembre y el mes de diciembre.» (Antecedente de Hecho Primero).

²⁴⁸ Cf. STS núm. 433/2016 de 27 de junio, FD 3º, 4º y 5º (ECLI:ES:TS:2016:3145).

denegó la guarda y custodia compartida, basándose en la valoración de un informe del Equipo Psicosocial que no consideraba adecuado dicha modalidad de guarda. Entre los argumentos esgrimidos en el informe, se argumentaba la falta de comunicación entre los progenitores y la nula fluidez de la relación entre ellos. Se hace mención a las manifestaciones de la madre sobre las causas que llevaron a la ruptura conyugal, que se consideraba criticada y anulada, y ello, acompañado de continuos desacuerdos y denuncias.

No obstante, el TS argumenta que «la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifica *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio». A todo ello, se unía la circunstancia de que el informe aludía al hecho de que ningún progenitor fuera incapacidad para el ejercicio de las funciones inherentes al régimen de guarda.

4.2. Se desestima el régimen de guarda conjunta

En la STS núm. 4/2018 de 10 de enero²⁴⁹, la Sala declaró improcedente la guarda y custodia compartida que venían compartiendo los padres cada tres semanas, y ello, por causa de la gran distancia existente entre las residencias de los progenitores (1000 km) que obstaculizaría la escolarización obligatoria. La Sala analizó el informe psicosocial en el que se podía apreciar que: - los dos progenitores mantenían habilidades parentales; - la madre disponía de habilidades de planificación, toleraba la frustración de forma adecuada, tenía un estilo de personalidad abierto y mayor flexibilidad que el padre que, por su parte, no asumía la realidad de la ruptura, planteándose una ilusoria reconciliación.

²⁴⁹ Vid. STS núm. 4/2018 de 10 de enero, FD 3º y 4º (ECLI:ES:TS:2018:21).

En el asunto abordado en la STS núm. 750/2015 de 30 de diciembre²⁵⁰, se consideró no haber lugar a la modificación de la guarda de los hijos a un régimen compartido. El Tribunal valoró el informe del equipo de psicólogos manteniendo como más adecuado el régimen acordado en el procedimiento de divorcio, determinando que los menores estaban en una situación de estabilidad y que el contexto en el que se desenvolvían distaba mucho de ser una situación de abordaje coparental. En su lugar, se propusieron modificaciones en el reparto de los tiempos de estancias y colaboración parental. Varios informes evidenciaban la fuerte conflictividad que medió entre los progenitores con la ruptura matrimonial y la posterior judicialización de algunos conflictos, siendo patente que había una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que, el único medio de comunicación entre ellos era a través de la aplicación de *WhatsApp*.

El fallo de la STS núm. 265/2016 de 20 de abril, pasó por mantener la custodia materna con ampliación de las visitas a favor del padre. La propuesta del informe psicosocial aconsejaba un período de adaptación al nuevo sistema compartido, siendo más favorable ampliar la pernocta del jueves, en la semana que el padre tiene a los menores de fin de semana, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales. En la evaluación psicológica se calificaba al padre por sus rasgos de impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto entre los padres; sobre la madre, se subrayaba su impulsividad, sus variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor. La decisión de la Sala se basó en los argumentos de la sugerencia de la prueba pericial²⁵¹.

La conflictividad entre los progenitores es un dato relevante, que fue tenido en cuenta en el caso resuelto en la STS núm. 154/2012 de 9 marzo. Según el informe psicosocial emitido, la comunicación entre los cónyuges era

²⁵⁰ STS núm. 750/2015 de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5687).

²⁵¹ *Vid.* FD 3º de la STS núm. 265/2016 de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1655).

mínima, ya que se realizaba por mensajes de móvil, y afectaba perjudicando al interés del menor. Igualmente, constaba el informe desfavorable del Ministerio Fiscal a que se estableciera una guarda conjunta. El TS resolvió atribuyendo a la madre la guarda y custodia, y estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre²⁵².

Los argumentos jurídicos expuestos en la STS núm. 194/2018 de 6 de abril²⁵³, recordaron el dato de que, por la edad de los menores, no fuera aconsejable la exploración judicial de ellos, pero sí la importancia de una exploración llevada a cabo por los expertos, a través de la entrevista individual con los menores, como fue el caso. Las conclusiones del equipo adscrito al juzgado, atendiendo a la premisa básica de la máxima estabilidad para los menores, aconsejó la guarda y custodia para la madre y el establecimiento de un régimen de vistas padre-hijos. Se apreció el principio de protección del interés del menor y la ponderación correcta de las circunstancias a la vista de las pruebas practicadas (mayor disponibilidad horaria de la madre, sin depender tanto de terceros, y un padre que vivía en el domicilio de sus padres compartiendo dormitorio con sus hijos).

Por otro lado, el factor de la corta edad de los menores en el momento de dilucidar la custodia sobre los mismos, ha sido un dato importante para que algunos especialistas rechacen, en sus dictámenes técnicos, la conveniencia del establecimiento de una guarda conjunta. Así, en el asunto abordado por la STS núm. 32/2019 de 17 enero²⁵⁴, el informe técnico psicosocial emitido recomendaba que la guarda y custodia fuera para la progenitora y se aconsejaba que, transcurrido un tiempo, se realizaran nuevos exámenes que confirmaran la óptima adaptación de la menor y que serían necesarios para poder llegar a instaurar, en su caso, el sistema de custodia compartida. Las

²⁵² Cf. STS núm. 154/2012 de 9 de marzo, FD 3º y 4º (ECLI:ES:TS:2012:1845).

²⁵³ Vid. STS núm. 194/2018 de 6 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:1167).

²⁵⁴ Vid. STS núm. 32/2019 de 17 de enero, FD 1º y 2º (ECLI:ES:TS:2019:49).

visitas para el progenitor no custodio consistirán en el régimen aumentativo existente. El informe calificaba satisfactoriamente a ambos progenitores y, en el acto de la vista, el trabajador social precisó que el informe se había elaborado en un momento en que, debido al régimen progresivo de visitas establecido en el auto de medidas provisionales, la menor aún no pernoctaba con el padre. En el caso en cuestión, tanto el Juzgado de 1ª Instancia como la Audiencia Provincial acordaron la custodia a favor de la madre, por considerar que la decisión era la acertada y adecuada a los intereses de la menor, especialmente por su corta edad y la evaluación objetiva e imparcial emitida por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado.

V. SOLICITUD DEL EJERCICIO ALTERNO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Este apartado analiza una serie de cuestiones de fondo relacionadas directamente con el momento procesal en el que son solicitadas por las partes. Por un lado, se exponen aquellos supuestos de petición de la fijación de una «futurible» guarda y custodia compartida de los hijos menores. Por otro lado, se aborda la exposición de aquellas solicitudes de adopción del régimen de guarda conjunta en la fase procedimental de modificación de medidas. Este último tema se completa con el análisis sustancial de aquellas razones que son tenidas en cuenta, por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a favor de la aprobación de un cambio a la modalidad de guarda alterna, como los motivos que deniegan la procedencia de dicho cambio.

1. Supuestos de petición de la fijación de una futura guarda y custodia compartida

Se dan casos, no infrecuentes, en los que, en el momento de fijar la guarda y custodia de los menores, éstos cuentan con una corta edad, pretendiéndose por los padres el establecimiento de un régimen compartido para un futuro. El condicionante puede identificarse con el hecho de que los hijos alcancen una mayor edad y sean un poco menos dependientes.

Siendo así, los órganos jurisdiccionales han recurrido al argumento de que sus sentencias deben dictarse en base a circunstancias concurrentes y no en las futuras. En tales respuestas, se ha procedido a denegar la fijación de la guarda y custodia compartida de forma anticipada y condicionada a la eventualidad del cumplimiento de una determinada edad por parte de los hijos.

Un ejemplo de este supuesto lo contempla, entre otras, la STS de 13 de julio de 2017²⁵⁵, en la que se confirmó la resolución recurrida y denegó establecer la guarda conjunta en previsión futura para cuando la hija menor tuviera 2 años. Mientras ello ocurriera, se solicitó la atribución a un solo progenitor y, posteriormente, el interesado debería acudir a una modificación de las medidas acordadas. El actor en primera instancia solicitaba que se acordara atribuir la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, hasta los dos años de edad con un amplio régimen de visitas a favor del padre, peticionando que, a partir de entonces, la guarda y custodia fuese compartida entre ambos progenitores. La sentencia decidió que la patria potestad se ejerciera por ambos progenitores, pero confió la guarda y custodia de la menor a la madre, si bien concediendo al padre un régimen de visitas progresivo, que se tornaba muy amplio a partir de que la hija tuviese un año de edad. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14^a) confirmaba dicha

²⁵⁵ *Vid.* STS núm. 442/2017 de 13 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2017:2840).

decisión en fase de recurso de apelación, exponiendo la sintonía con los pronunciamientos del TS y puntualizando que la guarda conjunta no constituye una solución única que valga para todas las situaciones de ruptura matrimonial con hijos. Salvando la no buena relación y comunicación entre los litigantes y, pese a las circunstancias favorables de la ayuda familiar, residencia y domicilios cercanos, la Audiencia no se aventuró a establecer este régimen para un momento futuro, sustentando tal argumento en la ausencia de base probatoria de futuro que permitiese inferir que la guarda y custodia compartida sería la más beneficioso para la menor a partir de los dos años.

El efecto anteriormente expuesto, supone que a los progenitores interesados se les compele a acudir a una posterior fase de modificación de medidas. La explicación se argumenta en el parecer prematuro de decidir en el momento para cuando suceda la contingencia del cumplimiento de la edad referida del hijo menor.

En conclusión, en estos supuestos que pretenden la fijación de una futurible guarda y custodia compartida, se parte de la base de desconocerse las circunstancias, tanto familiares como de otro tipo, que pudieran existir para entonces. La opción, a la que invita el Alto Tribunal, es la prudencia para tener un mayor conocimiento de causa. Así, llegado el momento del procedimiento, en fase de modificación de medidas, se podrá realizar una mejor valoración del interés del menor, con un adecuado informe psicosocial y un plan contradictorio.

2. Solicitudes de adopción del régimen de guarda y custodia compartida en fase de modificación de medidas

La modificación del sistema adoptado que viniese previamente fijado, puede solicitarse en un doble sentido, según los casos. Nos referiremos en este apartado a los supuestos de demandas de modificación de medidas definitivas, en los que, por las circunstancias de las relaciones familiares, se plantea la adopción del régimen de guarda y custodia compartida desde un régimen monoparental previamente existente.

La respuesta doctrinal pasa por el análisis del art. 90. 3 del Código Civil, que establece: «Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.».

En este punto, hay recordar que el apartado veintitrés de la Disposición Final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó el art. 90 del Código Civil, de forma que ya no es necesario un cambio «sustancial» de circunstancias para pedir la modificación de medidas. No obstante, las redacciones de los artículos 91 del CC y 775. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil siguen conservando ese adjetivo y exigiendo un «cambio sustancial». La falta de coherencia entre dichos preceptos fue debida a que estos últimos artículos no fueron objeto de modificación por la Ley de 15/2015.

En definitiva, el calificativo de «sustancial», que en reiteradas ocasiones ha acompañado a la doctrina para referirse a ese cambio de circunstancias, nos lleva a perfilar lo que el TS entiende por causas justificadas y serias que motivan un acuerdo de guarda y custodia compartida. La reciente STS núm. 124/2019, de 26 de febrero, y la núm. 529/2017, de 27 de septiembre,

recogen la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, interpretando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto²⁵⁶. Afectando el mantenimiento de la situación al interés del menor²⁵⁷.

También quedarían comprendidos, aquellos casos en los que haya precedido un convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos. Así, la Sala de lo Civil del TS tiene sentado que no es necesaria una variación de las circunstancias esenciales, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, y todo ello, en base al *favor filii*²⁵⁸.

El factor del beneficio para los hijos, que debe suponer el cambio del modelo a una guarda y custodia compartida, conecta con las diversas causas que originan esta petición. En este sentido, Pérez Martín reseña una serie de causas concretas para argumentar los alegatos de la solicitud de la modificación, tales como: el transcurso del tiempo; la finalización del procedimiento penal; el deseo de los hijos; el cambio de residencia de los progenitores; el acceso a un trabajo por parte del progenitor custodio; la

²⁵⁶ Vid. SSTS núm. 124/2019 de 26 de febrero, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:647), núm. 529/2017 de 27 de septiembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2017:3378) y núm. 346/2016 de 24 de mayo, FD 3º y 4º (ECLI:ES:TS:2016:2322).

²⁵⁷ Cf. MARTÍNEZ CALVO, J., «Modificación de medidas definitivas relativas a los hijos menores sin necesidad de que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias» (2020) pp. 5-8; MORÁN GONZÁLEZ, M.I., «El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor» (2009), p. 74; LÓPEZ JARA, M., «Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida» (2016), pp. 8-10.

²⁵⁸ Así, en un supuesto de juicio sobre regulación de medidas paterno-filiales en el que se suscribió un convenio notarial por parte de los litigantes, se vino a establecer un sistema de custodia compartida a favor de ambos progenitores respecto de su hijo menor. Se declaró que habían cambiado las circunstancias concurrentes desde que dicho pacto fue suscrito: el padre había comprado una vivienda cerca de la de la madre, su horario laboral era más flexible y el niño estaba matriculado en un colegio a mitad de distancia de ambos domicilios. Al estar ambos progenitores capacitados para su cuidado, se valoró el interés del menor. Vid. STS núm. 616/2014 de 18 de noviembre, FD 4º y 5º (ECLI:ES:TS:2014:4608).

desaparición de los obstáculos laborales que tenía el progenitor no custodio para poder atender a los hijos en un régimen de custodia compartida; la obstaculización del régimen de visitas; la guarda y custodia compartida ejercida *de facto* por los progenitores; la ampliación progresiva del régimen de visitas; el cumplimiento del régimen de visitas y plena adaptación del menor con el progenitor no custodio; la superación de problemas físicos o psíquicos en los progenitores; los cambios de circunstancias económicas en los progenitores; la delegación de la custodia en terceras personas; la existencia de nueva descendencia del progenitor no custodio y necesidad de fomentar la relación entre los hermanos; la asunción por el progenitor no custodio de funciones de guarda respecto a hijos de otra relación; y el haber contraído el progenitor custodia nuevo matrimonio²⁵⁹.

2.1. Razones a favor de la aprobación de un cambio a la modalidad de guarda conjunta

Entre las razones que se han argumentado para atender a una modificación de medidas, encontramos las siguientes:

- El transcurso del tiempo, por el que los menores pasan desde una edad más temprana a una más madura, que hagan más aconsejable un régimen alterno. En este tipo de razonamiento se encuadra la respuesta dada en el asunto resuelto por la STS de 17 de noviembre de 2015²⁶⁰, donde se contempla un cambio de circunstancias porque la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador. En el momento de la nueva petición, tenía ya 10 años e inclusive los propios

²⁵⁹ Vid. PÉREZ MARTÍN, A.J., «Modificación de medidas» (2017), pp. 8-22.

²⁶⁰ Vid. STS núm. 658/2015 de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5218). Por su parte, la STS núm. 529/2017 de 27 de septiembre, FD 2º: «Consecuencia de lo expuesto es que la doctrina de la sentencia recurrida no se compadece con la de esta sala, pues cuando se dictó la sentencia de divorcio el menor tenía año y medio y ahora tiene seis, con lo que la nueva edad no es óbice para la existencia de un cambio en la guarda y custodia, pues entonces no podía ser conveniente la compartida, por su escasa edad, y ahora si podría ser, en evitación de petrificar su situación.» (ECLI:ES:TS:2017:3378).

progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

Otro caso, más reciente, es el abordado en la STS núm. 311/2020, de 16 de junio²⁶¹, que declara la procedencia del sistema de custodia compartida de los hijos menores del matrimonio con sus dos progenitores, al haberse producido un cambio sustancial de circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron y el tiempo transcurrido desde entonces. En el momento de dictarse la sentencia de divorcio los menores tenían 3 y 5 años. Tres años más tarde, cuando contaban, respectivamente, con 6 y 8 años, se añadió la circunstancia de que el padre disponía de la utilización en exclusiva de una vivienda independiente, con espacio suficiente para acogerlos. Igualmente, se subraya que, ambos progenitores habían reconstruido sus vidas afectivas, eran idóneos como educadores y el informe psicosocial no apreciaba causas que desaconsejara la custodia compartida.

- La flexibilización del sistema inicialmente pactado.

²⁶¹ Vid. STS núm. 311/2020 de 16 de junio de 2020, FD 3º y 5º: «QUINTO.- Interés de los menores. Constan como hechos probados: 1.- La demanda de divorcio de común acuerdo (373/2014) se interpuso, acordando las partes que la madre ejercería la custodia. El convenio regulador databa de 15 de octubre de 2014. En ese momento los menores tenían 3 y 5 años. La sentencia de primera instancia se dictó el 7 de enero de 2015. 2.- La demanda de modificación de medidas se interpuso el 17 de mayo de 2017, contando los menores con seis y ocho años al momento de dictarse la sentencia de primera instancia de modificación de medidas. 3.- El padre cuenta en la actualidad con vivienda independiente. 4.- El sistema que en su día acordaron se constituía con un régimen de visitas, por el padre, consistente en fines de semanas alternos y dos tardes entre semana. 5.- El informe psicosocial no apreciaba causas que desaconsejaran la custodia compartida. En base a lo expuesto, se debe declarar que concurre un cambio cierto y sustancial en las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la custodia compartida, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado. En base a lo expuesto, procede casar la sentencia recurrida confirmando en todos sus extremos la sentencia de 11 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000.» (ECLI:ES:TS:2020:2197)

- Le evolución de la relación de los progenitores.
- La no conveniencia de petrificar la situación de la menor y no atender a los cambios que se hayan ido produciendo desde la ruptura originaria de la familia. En este sentido, la STS núm. 162/2016, de 16 de marzo²⁶², argumentando que se atiende a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor, el Tribunal decide accediendo a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.

Es importante señalar que los pactos acordados en el convenio regulador, en la mayoría de los casos pueden modificarse o extinguirse por mutuo acuerdo, cuando cambien las circunstancias y por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en ellos, entre otras razones²⁶³. En tal sentido, pueden servir de ejemplo los siguientes casos:

- En el asunto resuelto en la STS núm. 124/2019 de 26 febrero²⁶⁴, el Alto Tribunal acuerda la procedencia de la guarda y custodia compartida solicitada en sustitución del régimen de guarda y custodia materna. La modalidad exclusiva a favor de la madre la habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en un anterior procedimiento de

²⁶² Vid. STS núm. 162/2016 de 16 de marzo, FD 2º (RJ 2016\1137, ECLI:ES:TS:2016:1295). A *sensu contrario*, se desestima cuando no concurre causa que justifique el cambio, como en el supuesto abordado en la STS núm. 527/2018 de 25 de septiembre (FD 1º Y 3º, RJ 2018\3857, ECLI:ES:TS:2018:3247), ya que, de común acuerdo, padre y madre adoptaron el sistema de custodia para la madre, tan solo dos años antes y en fechas en el que la doctrina jurisprudencial de la sala ya era propicia a la custodia compartida, y además, la situación entre los progenitores era tensa y llena de desconfianza, lo que dificultaba la relación entre ellos.

²⁶³ Resaltando los malos acuerdos que se puedan adoptar en un primer momento, algunos autores nos ponen de manifiesto el aumento de los procesos civiles en fase de modificación de uno anterior, que no pudo ser llevado a cabo. Así, el abogado José Luis Sariego Morillo, defensor de la custodia compartida, estima que «en occidente casi el 60% de los costes de juicios en divorcios, se producen en procedimientos de modificaciones de medidas mal resueltas desde el divorcio primario, consensuado o no». Consultado en <https://confilegal.com/20180203-11-mitos-mentiras-desmontadas-torno-la-custodia-compartida>.

²⁶⁴ Vid. STS núm. 124/2019 de 26 febrero, FD 2º (RJ 2019\631, ECLI:ES:TS:2019:647).

divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad. Se declaró que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no podía servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

- Las razones que se argumentan en las SSTS núm. 242/2016 de 12 de abril²⁶⁵ y núm. 251/2016 de 13 de abril²⁶⁶, refieren el incremento de la edad del menor, los informes favorables del Equipo Psicosocial del Juzgado, la absolución del progenitor del delito de maltrato habitual y amenazas (en el supuesto de la segunda sentencia), la capacitación similar de ambos padres, la implicación y vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios. En ambos supuestos abordados, se establecieron unos repartos del tiempo de convivencia en defecto del mutuo entendimiento entre los

²⁶⁵ Vid. STS núm. 242/2016 de 12 de abril, FD 2º y 4º (RJ 2016\1336, ECLI:ES:TS:2016:1636). El FD 5º argumenta la postura jurisprudencial que se viene a recoger en la redacción última del art. 90.3 del CC, de forma que el TS concluye que: «A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil (LEG 1889, 27), en su última redacción establece que: «3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto. En el presente supuesto se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: 1. Tras el convenio regulador se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida. 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones. 3. El menor tenía cinco años y en la actualidad doce años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores. 4. El informe de la psicóloga del Juzgado aconseja el sistema de custodia compartida. Por lo expuesto debemos estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, acordando el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.».

²⁶⁶ Vid. STS núm. 251/2016 de 13 de abril, FD 3º, 4º, 5º y 6º (RJ 2016\1339, ECLI:ES:TS:2016:1638).

progenitores. De esta forma, los menores ya no residirían habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores. Las circunstancias abocaron en la no existencia de una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podría hacer adscripción de la vivienda familiar, de forma indefinida, a la menor y al padre o madre con los que convivía.

Álvarez Olalla²⁶⁷ concluye, tras realizar un estudio de la evolución jurisprudencial en esta materia, que los juzgados de primera instancia son proclives a admitir el cambio de custodia de exclusiva a compartida, si bien es frecuente la revocación de dichas sentencias por las Audiencias Provinciales. La autora apunta que, de llegar el asunto abordado al Tribunal Supremo, en casación, si en el caso concreto existe un informe psicosocial que no desaconseje la custodia compartida ni existen otras circunstancias que dificulten este régimen, tales como la distancia de la residencia de ambos progenitores o las malas relaciones entre los progenitores más allá de las desavenencias propias de las crisis familiares, es más que posible que el TS admita el cambio de custodia. En este sentido, el Alto Tribunal tiene en cuenta la alteración de circunstancias tales como la mayor edad de los menores y la nueva concepción social y jurisprudencial respecto a la custodia conjunta.

Esto último lleva a tener en cuenta el factor atinente al favorecimiento de la guarda y custodia compartida provocado por las reformas legislativas y la evolución jurisprudencial. Estos aspectos pueden ser considerados como «circunstancias alteradas» y tener una entidad suficiente para justificar una petición de modificación, de la guarda sobre los menores, hacia un sistema conjunto o alterno. La postura del Tribunal Supremo parece no ser uniforme en sus consideraciones en este tema. La línea jurisprudencial más consolidada entiende que no serían razones por sí solas para su concesión. En todo caso,

²⁶⁷ Cf. ALVAREZ OLALLA, P., «Modificación de medidas y custodia compartida» (2019), pp. 2-7.

habría que estar igualmente a la existencia de las circunstancias para una modificación a un sistema de guarda conjunta, por las razones expuestas en este apartado, y siempre en beneficio de los menores. De esta forma, el hecho de que en su día se adoptara un régimen de guarda y custodia exclusivo o monoparental y, ahora, con el tiempo, se conciba a la guarda conjunta como un régimen normal a adoptar, no implicaría *per se* razón suficiente para aprobar una modificación de medidas si no hay una alteración en las circunstancias²⁶⁸.

No obstante, este criterio se ha flexibilizado en las argumentaciones expuestas en la STS núm. 654/2018 de 20 de noviembre, en cuyo FD 2º subraya el progresivo cambio jurisprudencial de la siguiente forma: «Cambios ha habido desde entonces: la edad de la niña, su deseo de estar más tiempo con su padre o el mismo que con su madre y el progresivo cambio jurisprudencial de esta sala respecto a la modificación de medidas acordadas con anterioridad. Lo que hace la sentencia es petrificar la situación de la niña desde el momento del pacto, frente a una decidida voluntad de aumentar la relación con su padre, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Con frecuencia se olvida que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea, como con reiteración ha dicho esta sala desde la sentencia 257/2013, de 29 de abril (...)»²⁶⁹.

²⁶⁸ Así lo recogen las consideraciones de la SSTS núm. 139/2016 de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1157), núm. 162/2016 de 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1295), núm. 567/2017 de 19 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3722) y núm. 527/2018 de 25 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3247).

²⁶⁹ *Vid.* STS núm. 654/2018 de 20 de noviembre de 2018, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:4044).

Por su parte, se ha de recordar en este punto, como razón a favor de la aprobación de un cambio a la modalidad de la guarda conjunta, el cambio normativo que supuso la STC núm. 185/2012 de 17 de octubre²⁷⁰, que declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe contenido en el artículo 92. 8 del Código civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Como se indicó, mientras se estuvo aplicando como normativa vigente, y antes de ser derogada, algunas decisiones judiciales favorables a la guarda y custodia compartida se vieron impedidas o dificultadas. En el supuesto excepcional de que no concurriera el acuerdo de los progenitores, el Juez únicamente podía otorgar la guarda conjunta cuando el Fiscal emitiera un informe favorable a su establecimiento. Igualmente, si faltaba dicho informe del Fiscal, el órgano juzgador no podía concederla, a pesar de que, tras la valoración de la prueba, esta se percibiera como la mejor opción. Siendo así, la modificación de las decisiones adoptadas por sentencias que hubieran rechazado el establecimiento de una guarda compartida, antes de la reforma operada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, adquiere especial interés.

En mi opinión, la valoración del establecimiento de la guarda y custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas, debe de recibir un tratamiento similar a cualquier proceso de familia en el que se cuestione el régimen de guarda por primera vez. Siempre deberá regir el régimen más beneficioso para los hijos menores, a lo que se añadirá todos los demás condicionantes como las vinculaciones afectivas, preservaciones de las relaciones familiares, modalidades de convivencia, alojamiento y cobertura de las necesidades materiales. Lógicamente, la comparativa con el sistema de guarda anterior a la petición de modificación es inevitable. Al igual que se hace

²⁷⁰ *Vid* STC número 185/2012 de 17 de octubre, Pleno del Tribunal Constitucional en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8912/2006, siendo ponente D^a Encarnación Roca Trías.

ineludible el estudio de las circunstancias en las que se venía desarrollando el régimen de guarda y los tipos de cambios que hayan podido derivarse.

En conclusión, procedería el cambio a un régimen de guarda alterna cuando haya un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia.

2.2. Motivos que deniegan la procedencia del cambio a la guarda conjunta

Como conclusión de la doctrina jurisprudencial asentada y anteriormente comentada, el simple transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia exclusiva de un solo progenitor, no debe ser usada como excusa para rechazar su transformación en custodia compartida²⁷¹. Por su parte, la ausencia significativa en el cambio de las circunstancias ha sido un elemento recurrente del que se ha servido el Alto Tribunal para desestimar el cambio al régimen de guarda alterna.

En algunos supuestos, y a pesar de encontrarnos con informes del Equipo Psicosocial, favorables a la guarda alterna, y avalados por el Ministerio Fiscal en ambas instancias, por parte del órgano jurisdiccional se ha mantenido el sistema de exclusividad parental anterior, declarando la improcedencia del sistema de guarda conjunta. Este es el caso expuesto en la STS núm. 261/2012, de 27 abril²⁷². En los antecedentes del caso, se parte de un procedimiento de separación de mutuo acuerdo en el que se acordó la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre. En fase de modificación de medidas, el padre solicitó se adoptara la guarda conjunta. No obstante, tanto en primera como

²⁷¹ Vid. STS núm. 211/2019 de 5 de abril, FD 2º (RJ 2019\1866, ECLI:ES:TS:2019:1411).

²⁷² Cf. STS núm. 261/2012 de 27 de abril, FD 1º y 2º (RJ 2012\6105, ECLI:ES:TS:2012:2908). En este mismo sentido, las SSTS: núm. 526/2016, de 12 septiembre (RJ 2016\4435), núm. 758/2013, de 25 noviembre (RJ 2013\7873); núm. 370/2013, de 7 junio (RJ 2013\3943); núm. 154/2012, de 9 marzo (RJ 2012\5241) y núm. 578/2011, de 21 julio (RJ 2011\5438).

segunda instancia, no se apreció un cambio sustancial de las circunstancias que justificasen que en aquel momento el interés de los menores solo se fuera a proteger adecuadamente con la guarda y custodia compartida. El Juez vino a valorar que lo más adecuado para el menor era el mantenimiento del régimen acordado por sus progenitores en el procedimiento de separación.

Por otro lado, en casos como el abordado en la STS núm. 346/2016, de 24 mayo²⁷³, se argumentó, como motivo para rechazar la guarda conjunta, la escasa diferencia de edad desde que se adoptó la custodia inicial, que además permitía un régimen de visitas muy amplio y más flexible que el normalmente fijado.

En otras ocasiones, el TS ha considerado improcedente el cambio por no ser estrictamente un régimen de guarda conjunta o alterna, sino más bien, una ampliación de las estancias o comunicaciones que existían en el régimen monoparental previo. Así, su sentencia núm. 413/2017, de 27 de junio, viene a declarar que «el cambio propuesto en la demanda ni se ha justificado, ni puede ser considerado como una custodia compartida, aunque dicha denominación haya sido otorgada en la sentencia dictada por el Juzgado, sino como una ampliación del régimen de visitas a favor del padre». Se consideró que el régimen propuesto no era el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental

²⁷³ Vid. STS núm. 346/2016 de 24 de mayo, (RJ 2016\2284, ECLI:ES:TS:2016:2322), en cuyo FD 4º se dice lo siguiente: «Puesta en relación la jurisprudencia referida con la sentencia recurrida debemos concluir que: 1. Cuando se solicitó el divorcio y se concedió con carácter firme (13/6/2012), el menor tenía seis años y su hermana 4 años. 2. Al interponerse la demanda de modificación de medidas (3/7/2013) tenían 8 y 5 años. 3. El sistema de visitas que fue establecido permitía al padre las visitas intersemanales de lunes a jueves. En base a lo expuesto, debemos concluir que no se ha producido un cambio de circunstancias significativo, dada la escasa diferencia de edad y la ausencia de elementos de juicio que permitan entender que se ha producido una alteración de las bases de enjuiciamiento, máxime cuando el padre mantiene un régimen de visitas amplio y mucho más flexible que el normalmente fijado. En suma, no se acredita que un cambio del sistema de custodia, en este caso, beneficie el interés de los menores. De la doctrina jurisprudencial antes expuesta se deduce que al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores.»

con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. El peticionario se basaba en el deseo manifestado por sus hijas para que disfrutaran con cada progenitor de los fines de semana alternos y dos días intersemanales con pernocta cada uno, es decir, lunes y miércoles el padre y, martes y jueves la madre. Se declaró que, en atención a los intereses de los menores, el plan propuesto y el modo de articular la custodia no era el más favorable²⁷⁴.

En estos supuestos, para ayudar al tribunal a tener mayor conocimiento de la causa y llegar a una adecuada decisión, es conveniente y útil la existencia de los informes psicosociales. Así lo recuerda la STS núm. 155/2017, de 7 de marzo²⁷⁵, cuando en su FD 2º refiere que tanto los argumentos de primera como segunda instancia remitían al hecho de que el informe pericial obrante en autos no consideraba aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el apego a la madre, de modo que quedaba comprometido el propio interés de la menor que podría resultar perjudicado cuando no existía acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad.

²⁷⁴ La Sala desestima el recurso afirmando que “si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana». FD 2º (RJ 2017\3077, ECLI:ES:TS:2017:2572).

²⁷⁵ «No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria, como refleja el informe psicosocial, lo que según la juzgadora de primera instancia -opinión que es ratificada por la Audiencia- justifica la atribución de la guarda y custodia la madre atendiendo a la corta edad de la menor y al encontrarse la madre en mejor posición para el ejercicio de dicha función. Se atiende para ello a distintos factores como su horario laboral, los apoyos sociolaborales con los que cuenta y por haber sido ella la principal encargada del cuidado y crianza de la niña siendo en la actualidad la madre quien aporta seguridad a la menor, por lo que lo aconsejado es el mantenimiento de la guarda y custodia atribuida a la madre con un amplio régimen de visitas para el padre». (FD 2º, STS núm. 155/2017 de 7 de marzo, ECLI:ES:TS:2017:849).

CAPÍTULO IV

Ab utraque parte

CAPÍTULO IV
GUARDA COMPARTIDA Y VOLUNTAD DE LAS PARTES

I. EL PLAN DE EJERCICIO CONJUNTO DE LAS RESPONSABILIDADES PARENTALES.

Como fue expuesto en la introducción del apartado dedicado a los aspectos procesales, el requisito esencial que exige el Código Civil para acordar este régimen es la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. La explicación que da la doctrina jurisprudencial, pasa por entender que debe ser una decisión razonada en aras a garantizar el éxito de la institución de la guarda compartida, ya que los hijos precisan de la colaboración de sus progenitores para armonizar la convivencia²⁷⁶.

Retomamos aquí, toda aquella memoria jurídica a la que apelaba la doctrina para denegar este régimen en caso de disenso. La jurisprudencia menor, en sus resoluciones más tempranas de los años 2005 a 2007, ya declaraba, convencida, que se requería la existencia de una armonía y relación satisfactoria entre las partes, unos estilos homogéneos o condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales y culturales²⁷⁷.

²⁷⁶ Así se interpreta en las SSTS núm. 229/2012 de 19 de abril (RJ 2012\5909, ECLI:ES:TS:2012:2905), núm. 257/2013 de 29 de abril (RJ 2013\3269, ECLI:ES:TS:2013:2246) y núm. 400/2016, de 15 de junio (RJ 2016\2780, ECLI:ES:TS:2016:2877). Conforme a ese razonamiento, en el caso de la sentencia núm. 389/2017 de 20 de junio (RJ 2017\3052, ECLI:ES:TS:2017:2510), ninguno de los progenitores solicitó la guarda conjunta y sólo se referenciaba una solicitud del Fiscal como petición subsidiaria. De ahí que el Alto Tribunal argumentó que no se podía aceptar la custodia compartida establecida en la sentencia de la Audiencia Provincial, máxime cuando el propio Fiscal, al oponerse al recurso de apelación, alegaba que existía una nula relación entre los padres que lo imposibilitaba (FD 6º y 7º).

²⁷⁷ En opinión de DOMINGO MONFORTE J., y sin perjuicio del juicio individualizado caso a caso, el canon sociológico, con nuevos factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman nuevas necesidades, llevan a la convicción de que se evolucionará hacia un modelo

1. El plan de parentalidad

En el Código Civil nada se indica sobre la obligación de los progenitores de la presentación de un plan de parentalidad, a diferencia de lo regulado en la legislación catalana²⁷⁸. No obstante, es constante la recomendación del Tribunal Supremo de que se presente un plan contradictorio por parte de los progenitores, cuando sea objeto de controversia el modelo de custodia.

Como refiere Pérez Martín²⁷⁹, la falta de presentación de ese plan contradictorio ha sido la base de Tribunal Supremo para rechazar numerosas peticiones de guarda y custodia compartida. Así, en el asunto tratado en la STS núm. 722/2016, de 5 de diciembre²⁸⁰, se contempla la existencia de un plan contradictorio como un elemento necesario de juicio que permite determinar la conveniencia del régimen para los menores. Se indicó que la falta de presentación de dicho plan por parte del padre, así como el hecho de no

de custodia y nido compartido estable y reglado para el adecuado desarrollo de la convivencia con el menor y mientras el interés de éstos así lo exija. *Cf.* «Custodia y nido compartido: todo cambia» (2014), pp.1-2.

²⁷⁸ Art. 233-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. 2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos. 3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.».

²⁷⁹ *Vid.* PÉREZ MARTÍN, A.J., «Modificación de medidas» (2017), pp. 8-10.

²⁸⁰ *Vid.* STS núm. 722/2016 de 5 de diciembre, FD 4^º (RJ 2016\5968, ECLI:ES:TS:2016:5285).

haberse practicado la prueba del equipo psicosocial ni la exploración de los menores, impedía considerar si era o no procedente dicha modalidad de guarda. En este supuesto, se mantuvo la custodia materna acordada en medidas provisionales que, según razonaba la Audiencia Provincial, venía funcionando correctamente.

El propósito que se persigue es concretar la forma y el contenido del ejercicio de la guarda de los hijos, a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas, que son los progenitores. Se trata de diseñar una propuesta que integre, con hechos y pruebas, los distintos criterios y las ventajas que la modalidad del régimen presentado vaya a tener para los hijos, tras la crisis de la pareja. Según el Alto Tribunal, los factores que se apunten no tienen que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos. Estos se referirán «a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión -STS 22 de julio de 2011 - de que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»²⁸¹.

²⁸¹ *Vid. supra.*

En iguales términos, la STS núm. 638/2016, de 26 de octubre²⁸², argumentó que, por parte del padre, no se había concretado la manera y el contenido del ejercicio de la guarda propuesta a través de un plan contradictorio. En este caso, se razonó que el niño había permanecido sin problemas con la madre y durante algunos meses no había habido contacto alguno con su padre, viviendo ambos progenitores en distintas y distantes localidades.

Las explicaciones jurisprudenciales de la Sala, se vuelven a ratificar en caso resuelto en la STS núm. 130/2016, de 3 de marzo, en el que el padre, bombero de profesión, que residía a unos 35 Km. de donde lo hacía la menor con su madre, no había acreditado cómo se iban a solucionar los pormenores relativos a su cuidado y escolarización. Esta circunstancia fue valorada como una situación generadora de verdadera incertidumbre frente a la estabilidad que tenía la menor, conviviendo con su madre, quien solicitó reducción de jornada para cuidarla y atenderla. Se reitera, por tanto, que no era suficiente con solicitar o interesar la custodia compartida, sino que, bajo el principio de contradicción, había que concretar el funcionamiento de esta modalidad con un plan de custodia propuesto²⁸³.

Desde otro punto de vista, y aunque se presentó el plan contradictorio, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 48/2017, de 26 de enero²⁸⁴, no

²⁸² Véase la STS núm. 638/2016 de 26 de octubre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:4634): «En el caso, no se vulnera la doctrina de esta Sala relativa a la guarda y custodia compartida. No se cuestiona que con este sistema se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco se cuestiona la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres de guarda. Lo que no se comparte es que, frente a una situación, como la presente, se pueda optar en estos momentos por este régimen. En efecto, el niño ha permanecido hasta la fecha sin problemas con la madre y durante algunos meses no hubo contacto alguno con su padre, viviendo ambos progenitores en distintas y distantes localidades (Alcorcón-Aranjuez), sin que por quien la solicita se haya concretado la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas...».

²⁸³ Cf. STS núm. 130/2016 de 3 de marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:801).

²⁸⁴ Vid. STS núm. 48/2017 de 26 de enero, FD 2º (ECLI:ES:TS:2017:164).

acordó la procedencia de la guarda conjunta o alterna. En este caso, consideraba que el propuesto por el padre, de que las hijas menores pasasen con él los miércoles y los jueves, además de los fines de semana alternos, no se consideraba favorable para aquellas, pues las sujetaba a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares y personales durante la semana. En los mismos términos se pronunció la STS núm. 553/2016, de 20 de septiembre²⁸⁵, al indicar que el régimen propuesto por el padre podía afectar, sin duda, negativamente a la estabilidad de la menor que, en una semana, pernoctaría dos días alternos en el domicilio de cada uno de los progenitores.

2. La vía contenciosa y el consenso

La esfera personal de la voluntad y los deseos manifestados, tanto por los menores como por los progenitores, adquiere especial relevancia cuando se trata de regular la vida familiar después de la crisis que provoca la ruptura de la pareja²⁸⁶. Según Capilla Roncero, el presupuesto de la autonomía de la voluntad es la libertad de decidir y «su marco viene dado por el margen que el sistema jurídico habilita para que los particulares configuren el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas en el ejercicio de esa libertad»²⁸⁷.

Cuando por las razones que sean, los progenitores no pueden alcanzar un concierto armonioso que regule el cuidado de los hijos comunes menores,

²⁸⁵ Vid. STS núm. 553/2016 de 20 de septiembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:4092).

²⁸⁶ «Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas». STS núm. 757/2013 de 29 de noviembre, FD 3º (RJ 2013\7449, ECLI:ES:TS:2013:5641).

²⁸⁷ Cf. CAPILLA RONCERO, F., «Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona o la autonomía personal en el Derecho privado», *Diario La Ley* Nº 7675, 2011, pp. 1-6.

es al Juez a quien le corresponde la resolución con la adopción de las medidas que correspondan²⁸⁸.

A falta de acuerdo, las peticiones de las partes se canalizan a través de sus escritos de demanda y contestación. Siendo así, si el procedimiento adquiere carácter contencioso, cabe la posibilidad de la práctica del interrogatorio de parte en el acto del juicio²⁸⁹. Con ella, se da tanto al demandante como al demandado la oportunidad de manifestar sus propias versiones y poner de manifiesto aquellos aspectos de la guarda familiar. No obstante, con este tipo de prueba, sus afirmaciones quedarán limitadas a aclarar los aspectos interrogados por la parte contraria, ya que no es una prueba propia.

Cuando haya pacto o convenio, se debe de entender como un compromiso de convivencia que puede tener tanto naturaleza familiar como patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado. Su finalidad pasa por regular y organizar el régimen de convivencia, relaciones, y todos aquellos extremos previstos legalmente.

En general, como afirman Alascio Carrasco y Marín García²⁹⁰, se debe entender que la custodia compartida no es intrínsecamente beneficiosa ni

²⁸⁸ Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., la dificultad de estas determinaciones es evidente, por la naturaleza de las decisiones y por la imposibilidad de adentrarse por parte del Juez en el conocimiento real de la familia y sus miembros. *Vid. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja* (2013), p.1133-1134.

²⁸⁹ PÉREZ GALVÁN, M., concluye que no debemos identificar proceso contencioso con conflictividad ni con ausencia de diálogo. El proceso de adaptación va implícito en la etapa posterior al divorcio o la ruptura de pareja, de ahí la importancia de acudir a buenos profesionales. En esta fase, se trata de no se desvincule a ninguno de los progenitores, siendo éstos corresponsables de las necesidades afectivas, sociales y educativas de sus hijos. *Vid. «Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida»* (2009), pp. 1-5.

²⁹⁰ «En otras palabras, los cónyuges pueden posicionarse a favor o en contra en función de intereses puramente personales sin priorizar el interés superior del menor y será el Juez el que, en última instancia, lo proteja.», *Vid. ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I., «Juntos pero no revueltos: La custodia compartida en el nuevo art 92 del CC», Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, p. 20. En similar sentido, opina GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. respecto a la fijación convencional del sistema, en «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial» (2008) p. 16.

perjudicial. Su funcionamiento dependerá en buena medida de la adecuación de los progenitores para su ejercicio, así como de sus circunstancias. Por ello, se hará necesario el control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso poco ortodoxo de su libertad de decisión.

Respecto al acuerdo entre los progenitores, Romero Coloma nos recuerda que éste no es vinculante para el Juez, de manera que no debe ser concedido de manera imperativa. El órgano judicial tiene libertad para decidir dentro de los parámetros que informan el proceso referidos al beneficio, interés y bienestar de los hijos menores²⁹¹.

Junto a las peticiones de las partes, es relevante la opinión manifestada por los hijos menores de edad en relación a sus deseos de convivir con uno u otro progenitor. Como se expondrá a continuación esa voluntad se canaliza a través de varios instrumentos procesales como pueden ser las pruebas de exploración y los informes técnico psicosociales.

3. La voluntad del menor

Como se ha reiterado, los deseos manifestados por los menores competentes constituyen un criterio a ser valorado por el juzgador a fin de aplicar el fin último de la norma, que es el de elegir el régimen más favorable²⁹².

Este tema nos lleva al planteamiento de diversas cuestiones cómo son la forma de influir la voluntad de los menores en la toma de la decisión, la manera en que se valora su deseo de permanecer con uno u otro progenitor y su relevancia en relación con otros elementos de la circunstancia familiar²⁹³. Varios factores son los se han tenido en cuenta a la hora de evaluar estos

²⁹¹ *Vid. op. cit.* (2011) p. 27.

²⁹² SSTS 9 de marzo de 2012 y 27 de abril de 2012.

²⁹³ *Vid.* la opinión de García García, N., disponible en <https://blog.sepin.es/2016/07/voluntad-menor-guarda-y-custodia/>. Consultado el 15/06/2018.

supuestos. Así, habría que descartar las manifestaciones caprichosas e influenciadas y las que obedezcan a la simple comodidad o al interés antojadizo del menor.

La edad es un elemento que tiene especial importancia a la hora de valorar el significado de la voluntad expresa. A medida que nos acercamos a los años como adolescente del menor implicado, los tribunales han tendido a dar prioridad a aquel régimen de convivencia que tiende a escoger el menor durante la práctica de la exploración. Todo ello, entendido según los criterios del *favor filli*.

Respecto a la problemática jurídica de las declaraciones de los hijos menores de edad, muchos estudios incluyen entre sus conclusiones los factores psicológicos a fin de apreciar las manifestaciones de los mismos. Siendo así, para conocer la voluntad del menor a través de su audiencia directa e inmediata habrá de tener en cuenta que se haga de la forma más racional posible, ajustándose a la verdad y a la realidad de los hechos. Como decimos, la repercusión de la edad tiene connotaciones sociales y técnicas, que de forma evidente habrán de ser consideradas. En la práctica se pide que se ofrezca a los juzgados y tribunales los medios suficientes para aplicar los procedimientos científicos oportunos en la toma de estas declaraciones para juzgar acerca de la veracidad de las mismas. Se ponen de manifiesto situaciones como la excesiva rapidez en la declaración, el carácter sugestionable de los menores, la forma del interrogatorio y la ausencia de intimidad que se debería tener en el marco de los procesos matrimoniales²⁹⁴.

Por su parte, como se indicó en el capítulo dedicado a los aspectos procesales, podría ser que la voluntad de los menores fuera coincidente con lo reflejado en el informe psicosocial, o bien disintiera de las conclusiones a las que llegaron los profesionales en su dictamen.

²⁹⁴ Cf. en este sentido a ROMERO COLOMA, A.M., *vid. supra ob. cit.* (2011) pp. 55-60.

Se recogen a continuación algunos ejemplos de la casuística jurisprudencial, que reflejan la opinión manifestada por los menores y su trascendencia en la elección del sistema de guarda elegido.

3.1. A favor de la guarda alterna

En algunos casos, los menores se han mostrado partidarios de la alternancia en la convivencia con ambos progenitores tras la ruptura de la vida en común de los progenitores.

Así, en el caso planteado en la STS núm. 52/2016, de 11 de febrero²⁹⁵, el hijo menor de 14 años expresó su deseo de vivir con ambos padres por razones de localización. Su opinión, conforme a las argumentaciones del tribunal, debía ser tenida muy en cuenta, no solo por su edad, sino por su madurez y lo expresado por el mismo en la exploración judicial. En dicha exploración el menor manifestó de forma «clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre, e incluso de vivir con él», pese a no tener problemas con su madre, lo que le permitiría estar más tiempo con su hermana mayor de edad, que vivía con el padre.

3.2. En contra de la guarda alterna

En otros supuestos, por lo contrario, las predilecciones de los hijos menores implicados estaban a favor de convivir exclusivamente con uno de sus padres.

Así, en el caso abordado en la STS núm. 409/2015, de 17 de julio²⁹⁶, se reconoció la voluntad de la hija menor como guía para decidir, tanto su interés como su beneficio. Valorando la práctica anterior de los progenitores, no había una aproximación a un régimen de guarda conjunta antes de la ruptura, ya que el padre provocó dicha ruptura en pleno embarazo de la madre. Siendo así, la menor no iba a retomar modelo de guarda conjunta, sino que sería iniciarlo *ex*

²⁹⁵ Vid. STS núm. 52/2016 de 11 de febrero, FD 1º y 2º (RJ 2016\524, ECLI:ES:TS:2016:480).

²⁹⁶ Vid. STS núm. 409/2015 de 17 de julio, FD 5º (RJ 2015\2784, ECLI:ES:TS:2015:3214).

novo. Se concluyó que el deseo de ésta, tras su exploración, era el de sentirse cómoda con ambos progenitores, pero querer vivir con su madre, con quien siempre lo había hecho, pues cuando se separaron sus padres «ella estaba en la tripa de su mamá».

Una situación peculiar se presenta cuando la voluntad de la menor, expresada en la exploración practicada ante el Juez y reflejada en los informes del Punto de Encuentro Familiar, era la de no tener relación alguna con su padre. El Alto Tribunal declara que «los progenitores han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia»²⁹⁷.

El TS manifiesta que el interés del menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad, que puede estar condicionada por uno de los progenitores en perjuicio del otro. Así, en la STS núm. 206/2018, de 11 de abril, la decisión judicial se adoptó de forma contraria a los deseos de la hija menor de edad, por cuanto que esta había manifestado que quería «seguir viviendo en Córdoba junto a su madre y abuela que se preocupan por ella, no queriendo irse a vivir con su padre, la pareja de éste y el hijo de ella, porque entre otras razones perdería sus amigos»²⁹⁸.

²⁹⁷*Vid.* STS núm. 519/2017 de 22 de septiembre, FD 3º (ROJ 3327/2017, ECLI:ES:TS:2017:3327).

²⁹⁸ STS núm. 206/2018 de 11 de abril, FD 3º (RJ 2018\1729, ECLI:ES:TS:2018:1351).

4. Breve apunte sobre la jurisprudencia en Portugal

De Oliveira²⁹⁹ analiza el tema del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales y la idea de una «residencia alternativa», según la regulación dada por la legislación en Portugal. El texto del Código Civil portugués se refiere explícitamente al modelo tradicional en el que el niño vive habitualmente con uno de los padres y el otro ejerce el derecho de visita. Este parecía ser el modelo que aún prevalecía en el año 2008, dado que las reformas legislativas no tenían la intención de «forzar» la realidad.

En dicho contexto, el requisito para poder llegar a soluciones menos tradicionales, que alcancen una distribución de los tiempos de convivencia progresivamente aproximados, sería la verificación de condiciones apropiadas para el interés del niño y la viabilidad práctica de los regímenes. Para el autor, la eventual decisión de residencia alterna sólo puede implicar la atribución alterna del ejercicio de la patria potestad por los actos de la vida cotidiana. Nos indica, como la jurisprudencia entiende que, aunque no exista un acuerdo parental, la alternancia de residencias puede ser una solución adecuada al ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales³⁰⁰.

Otra parte de la doctrina argumenta a favor de que se permite a los tribunales que acepten los acuerdos de responsabilidad parental que prevén la

²⁹⁹ Vid. DE OLIVEIRA Guilherme y su obra *Manual de Direito da Família* (2020) pp. 304-313: «669. O texto do art. 1906.º, n.º 5, sugeriu o caminho para a partilha crescente da convivência, como ficou evidenciado no novo fator de ponderação que ficou destacado na parte final do texto do n.º 5; na consagração de um amplo direito de informação do progenitor que tem um tempo de convivência mais limitado (n.º 6); e, sobretudo, na recomendação geral de que o tribunal deve fomentar amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores (n.º 7).».

³⁰⁰ Vid. supra: «1032/17.5T8CBR.C1 Responsabilidades parentais Criança Residência alternada. 3. Mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906º do CC (viabilizando, assim, a presença de ambos os pais na vida dos filhos, fundamental para o seu desenvolvimento integral e harmonioso, devendo os pais actuar com suficiente colaboração, sensatez e prudência na prossecução da estabilidade afectiva e emocional da criança) –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho. Fonte Ramos. Tribunal da Relação Coimbra. 12/11/2018.».

residencia alternativa. Se estipula que el juzgador decidirá de acuerdo con el interés superior del niño, lo que incluye el hecho de promover y ratificar los acuerdos sobre la toma de decisiones que favorezca el compartir responsabilidades entre los progenitores. Aunque, por su parte, Sottomayor³⁰¹, advierte de que todavía no hay homogeneidad en las posiciones de los tribunales sobre dicho tema. En tal sentido, la autora aclara que existe alguna doctrina que considera que el acuerdo es prescindible, basado en la evidencia de que el cuidado físico compartido (materializado en residencias alternativas) tendría buenos resultados prácticos.

En este punto, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de julho de 2012 (Proc.1796/08.7TBCTB-A.C1, Rel. Fonte Ramos, j. 11/07/2012)³⁰²: «(...) os pais devem sentir-se implicados e responsáveis pelo bem-estar dos filhos, colaborando para uma efectiva concretização do interesse e direito fundamental da criança em manter um saudável e profícuo relacionamento pessoal com ambos os progenitores».

En el contexto de nuestro país vecino, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia coinciden en que el acuerdo entre los padres es un requisito inevitable para la determinación de la residencia alternativa. Se hace hincapié en que la dinámica de convivencia de este tipo de guarda sobre los hijos, provenga de un pacto, ya que la iniciativa revela que cada padre quiere preservar el vínculo con el niño, asegurando su propio cuidado y dando prioridad a su desarrollo global. Como subraya Chaves³⁰³, en vista de esa

³⁰¹ Cf. SOTTOMAYOR Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças* (2014) pp. 68 y 137.

³⁰² Vid. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de julho de 2012 (Proc. 1796/08.7TBCTB-A.C1, Rel. Fonte Ramos, j. 11/07/2012). y Disponible en <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/623c4a10ccf2f34080257a86003e17e4?OpenDocument>. Consultado el 01/10/2020.

³⁰³ Vid. CHAVES, Marianna: «A doutrina majoritária e a jurisprudência que admitem esse tipo de arranjo indicam que um acordo entre os pais é requisito inafastável para a determinação de residência alternada. Afirmase que é importante que essa dinâmica residencial advenha de um pacto, uma vez que a iniciativa revela que cada progenitor deseja preservar o vínculo com o filho, assegurandolhe os cuidados próprios e conferindo prioridade ao seu desenvolvimento global. Temse, diante dessa manifestação volitiva inequívoca, um modelo de reorganização

manifestación volitiva inequívoca, existe un modelo de reorganización familiar basado en el afecto y el deseo de los padres de realizar los mejores intereses de sus hijos.

En conclusión, tanto la doctrina española como la portuguesa, coinciden en que la viabilidad de un plan de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales, es posible siempre que se cuente con la voluntad de cooperar de los padres, su facilidad de diálogo y su manifiesta afinidad en los propósitos educativos de los hijos.

II. MUTUO ACUERDO ENTRE LOS PROGENITORES: EL CONVENIO REGULADOR

Como se viene recalcando, en la materia que estamos tratando, alcanza especial importancia el tema de la autonomía de las partes. Debemos comenzar por considerar el hecho de que son los progenitores los que deben de ser capaces de presentar un proyecto para esa responsabilidad parental compartida. En defecto de este propósito, será el Juez el que deba dictaminar y determinar, de la forma más detallada posible, cuestiones tan relevantes como la residencia y los lapsos de alternancia³⁰⁴.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental (ALECP) consideraba necesario concienciar a los progenitores sobre la importancia de pactar y la necesidad de presentar un plan de corresponsabilidad parental para incorporar al proceso judicial. Esos pactos constituyen un instrumento primordial para concretar los compromisos asumidos respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como aspectos de orden económico.

familiar pautado nos afetos e vontade dos pais em concretizarem os melhores interesses dos filhos». En «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária» (2019), p. 113.

³⁰⁴ Cf. LATHROP GÓMEZ, F., *op. cit.* p. 512.

Para Casado Casado³⁰⁵ este plan de responsabilidad parental no tiene que ver necesariamente con una custodia compartida, ya que sería obligatorio para cualquier sistema de guarda (compartida o monoparental). Para la modalidad compartida, es especialmente útil a fin de detallar los períodos de convivencia con cada uno de los progenitores, el reparto de días festivos, días señalados o períodos vacacionales. Igualmente resalta como mecanismo para evitar conflictos posteriores.

1. La definición de Convenio Regulador

El Convenio Regulador se nos presenta como el mecanismo propio de pacto para alcanzar un acuerdo entre los progenitores sobre la custodia de los hijos, amén de otras cuestiones relativas a la ruptura y a sus futuras relaciones personales y económicas. A efectos de ordenar esas situaciones de desunión parental, la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja es un elemento que despliega una eficacia importante en el marco del derecho de familia.

El Convenio Regulador del artículo 90 del CC es considerado como un negocio jurídico familiar que expresa el principio de autonomía privada y, como tal, requiere la aprobación judicial como *conditio iuris* de su eficacia jurídica. Pinto Andrade resalta su carácter mixto, ya que, por un lado,

³⁰⁵ Así concluye la autora, para la que, en la actualidad, existe la idea de enlazar o relacionar la idea de custodia compartida generalizada con la idea de un plan de parentalidad generalizado y obligatorio: «La custodia compartida se fundamenta en este reparto convivencial y de responsabilidades cotidianas más igualitario, ya que el menor pasaría a convivir con los dos en períodos de tiempo más o menos similares; es sólo por tanto una parte del plan. Pero se podría conseguir una mayor igualdad e implicación en el ejercicio de responsabilidades parentales sin necesidad de establecer necesariamente una custodia compartida. La custodia compartida procedería cuando fuera aconsejable para el menor conforme al cumplimiento de ciertos criterios. El plan de parentalidad sí debería convertirse en instrumento de utilización generalizada e imperativa salvo cuando la situación del menor no lo haga aconsejable, bien porque no sea conveniente una distribución igualitaria de funciones parentales por peculiaridades psicológicas del progenitor, por ejemplo, progenitor con problemas mentales, bien porque estemos en supuestos de prisión del progenitor, casos de violencia género, padre suspendido o privado parcial o totalmente de la patria potestad, etc.». CASADO CASADO, B., en «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial» (2018), p. 18.

intervienen los particulares y, por otro, la autoridad pública. Los cónyuges o progenitores ostentan la facultad de regular los efectos sustantivos, dentro de los límites que afectan a materias indisponibles para las partes, como son los acuerdos referentes a los hijos menores de edad. Por su parte, la autoridad judicial deberá aprobar su contenido, con la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal³⁰⁶.

En nuestra jurisprudencia³⁰⁷ se ha relacionado con otras figuras que conllevan también acuerdos en estas situaciones. Así, se ha distinguido:

a) Por un lado, el convenio en principio y en abstracto, al que se le reconoce la eficacia correspondiente a todo **negocio jurídico**. Dentro de este tipo se contemplan aquellos acuerdos entre los cónyuges en contemplación de situaciones futuras de crisis matrimonial y estipulaciones transaccionales posteriores al convenio regulador. El común denominador sería que no han llegado a ser aprobados judicialmente.

Sobre estos acuerdos, las declaraciones jurisprudenciales han sido clarificadoras y apelan al ejercicio de la autonomía privada para celebrarlos y disponer con carácter contractual de cuestiones económicas o patrimoniales (arts. 1255 y 1261 del CC). A parte del cumplimiento de las formalidades especiales, que puedan ser exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* y *ad substantiam*, su validez y fuerza vinculante inter-partes no están condicionadas a la aprobación y homologación judicial.

Respecto al fenómeno de los pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial o posibles rupturas, deben formalizarse en escritura

³⁰⁶ En tales términos, PINTO ANDRADE, C., *El convenio regulador y su aplicación práctica* (2013), pp. 7-9.

³⁰⁷Se realiza en este apartado una interpretación y resumen de las SSTs: núm. 572/2015 de 19 de octubre (RJ 2015\4869, ECLI:ES:TS:2015:4175), núm. 392/2015 de 24 de junio (RJ 2015\2657, ECLI:ES:TS:2015:2828), núm. 217/2011 de 31 de marzo (ROJ: STS 2158/2011, ECLI:ES:TS:2011:2158) y núm. 1053/2007 de 17 de octubre (ROJ: STS 7256/1996, ECLI:ES:TS:1996:7256).

pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 del CC). Podrían tratarse de acuerdos privados o innominados como cautela ante una posible separación de los progenitores. Igualmente se podría incluir aquellos pactos recogidos en capitulaciones matrimoniales³⁰⁸. Sus disposiciones pueden afectar al interés del menor y tiene sus límites en la protección de la igualdad de los miembros de la pareja. Así, el art. 90.2 del CC establece como requisito para la aprobación de los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

b) Por otro lado, **el convenio regulador aprobado judicialmente** que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva.

Una vez homologado el convenio, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial. Si bien, lo anteriormente dicho será siempre válido dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el mismo.

c) Respecto a la validez del **convenio regulador no ratificado** por los cónyuges, se entiende que se generó como propuesta para presentarse en un proceso matrimonial. El documento de proyecto de convenio se suscribió a tal fin, no obstante, una vez iniciado el proceso, no fue ratificado por alguna de las partes y finalmente no cuajó.

La *conditio iuris* que determinaría la eficacia jurídica de tales pactos, pasaba por la aprobación judicial y, partiendo de la frustración de un mutuo

³⁰⁸ El art. 1325 del Código Civil preceptúa que «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Art. 1327 del CC: «Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública». Artículo 1333 del CC: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio...»

acuerdo, se podría decir que fue un simple elemento de negociación. No obstante, la respuesta jurisprudencial establece que la falta de ratificación, y por ende de homologación, le impide que forme parte del proceso de divorcio, aunque no pierde su fuerza como negocio jurídico y tendría un carácter contractualista sobre algunas cuestiones económicas o patrimoniales³⁰⁹.

2. Los referentes en las legislaciones autonómicas

En el ámbito de las legislaciones autonómicas encontramos otros referentes complementarios o sustitutos del convenio regulador y encausados a obtener un consenso. Así:

- en Aragón se habla de Pacto de relaciones familiares³¹⁰;
- en Cataluña de Plan de parentalidad para concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales³¹¹;
- en Valencia de Pacto de convivencia familiar³¹²;

³⁰⁹ Vid. la STS 465/2015 de 9 de septiembre (RJ 2015\4179, ECLI:ES:TS:2015:3707), argumentando que sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó. En este supuesto, el TS confirma la decisión del Juzgado de 1ª Instancia estableciendo la GCC: «En cuanto a lo acordado inicialmente en convenio no ratificado se valora como indicio de voluntad en el momento de su firma, valorando el cumplimiento del régimen de visitas pactado con tres noches de pernocta; excluye que los conflictos entre los progenitores tengan intensidad tan relevante como para que los progenitores olviden el interés de sus hijos al objeto de hacer valer su propio interés. Excluye dificultad por ubicación de los respectivos domicilios y por horarios y actividades de uno y otro progenitor y no comparte la conclusión del informe sicosocial que considera como obstáculo para la guarda y custodia compartida la discrepancia de los progenitores sobre la misma» (FD 1º).

³¹⁰ Art. 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (vigente hasta el 23 de abril de 2011) de Aragón.

³¹¹ Art. 233-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

³¹² Art. 4 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valencia, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (vigente hasta el 16 de noviembre de 2016).

- en el País Vasco, dentro del convenio regulador, se incluyen algunos aspectos coincidentes con los recogidos en el Plan de Cataluña³¹³;
- y, por último, en Navarra se denomina Pacto de parentalidad³¹⁴.

Desde el punto de vista estadístico, concluyen algunos autores que existe una fuerte correlación directa entre el divorcio por consenso y el peso de la custodia compartida. Al parecer, ello es así porque las provincias que presentan un punto porcentual más de sentencias consensuadas, muestran mayores puntos porcentuales de custodia compartida. De igual manera concluyen que disponer de una ley específica con instrumentos que favorecen el pacto entre los cónyuges respecto al cuidado de los hijos después del divorcio, desde luego favorece la coparentalidad después de la ruptura³¹⁵.

3. El contenido de los acuerdos para el ejercicio de la guarda y custodia compartida

La viabilidad del sistema de guarda conjunta implica un adecuado plan de parentalidad que recoja correctamente la forma del ejercicio de las responsabilidades de los progenitores. En este aspecto, el ALECP proponía la modificación del artículo 90 del Código Civil³¹⁶ relativo al contenido del

³¹³ Art. 5 de Ley 7/2015, de 30 de junio, del Gobierno Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

³¹⁴ Esta última referencia es la más reciente y ha sido recogida en la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, dando redacción al contenido de los extremos que debe contener el pacto de planificación parental como parte integrante del Convenio Regulador, en la Ley 69.

³¹⁵ *Vid. infra*, nota sobre BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017).

³¹⁶ Artículo 90 del CC, redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio), de la siguiente manera: «CAPÍTULO IX DE LOS EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO Artículo 90 1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre,

convenio regulador. La norma debe contemplar ese plan de ejercicio de la corresponsabilidad parental respecto de los hijos, si los hubiera. Los pactos que se regulan para su inclusión, según la proposición del citado Anteproyecto, se refieren a: «1º La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos. 2º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos. 3º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente. 4º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento. 5º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos»³¹⁷.

el interés de aquéllos. c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges. 2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador. Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio. 3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código. 4. El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.».

³¹⁷Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>

Con carácter general, el contenido de las estipulaciones que debe incluir tanto el propiamente llamado Convenio Regulador, como los pactos que se establecen en las leyes autonómicas, pasa por los siguientes aspectos comunes³¹⁸:

- a) El régimen de convivencia y de relaciones o visitas con los menores para garantizar el contacto habitual con cada progenitor. Se deben establecer las reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. Asimismo, se deberá prever las reglas de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- b) El lugar o lugares donde vivirán los menores, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

En este punto recordamos las consideraciones que hacía la Fiscalía General del Estado con respecto al papel del Ministerio Fiscal en sus informes³¹⁹. Se recomienda que, en los supuestos en los que sean los padres los que a través del convenio propongan el régimen de custodia compartida, los Fiscales informen en el sentido de que se requiera a los progenitores para que pacten cuál habrá de entenderse domicilio del menor a efectos padronales. Y ello, se hará si, pese a considerarlo adecuado, entiendan que puede generar problemas en orden a la determinación de su residencia.

³¹⁸ Cf. «Calidoscopio de la custodia compartida en España» en BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), en *La custodia compartida en España*, pp. 50-51, 61 y 69.

³¹⁹ Véase el análisis expuesto en el capítulo dedicado a las modalidades de alternancia y las menciones respecto al domicilio en las conclusiones de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo: «(...)Es evidente que la aprobación de un convenio que incluya régimen de custodia compartida exige un grado de consenso, colaboración y cooperación cualificadamente intenso por parte de los progenitores, por lo que el acuerdo en una cuestión de segundo orden como la analizada no habrá de revestir mayores dificultades.»

- c) El régimen de relación entre los hermanos, abuelos, parientes y otras personas allegadas.
- d) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y/o fechas especialmente señaladas y significativas.
- e) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- f) Las tareas de que deba responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos: su cuidado, educación, actividades extraescolares, formativas y de tiempo libres u ocio, 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 como educación, salud, bienestar y residencia habitual.
- i) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos ordinarios y extraordinarios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías para su abono.

4. El tratamiento procesal del Convenio Regulador

Desde el punto de vista sustancial o de fondo, el Convenio Regulador facilita a los progenitores la puesta en común de su voluntad, a fin de que sea manifestada en aquellos supuestos en que exista un acuerdo sobre los efectos de la crisis familiar, entre ellos, la deseada guarda y custodia compartida sobre los hijos.

Desde el punto de vista procesal, la labor de elaboración y cumplimentación de los pactos comienza en los despachos de los abogados de familia, que intervienen en una tarea propiamente de mediación y consenso, a fin de que queden concretados todos los aspectos, especialmente aquellos que resulten más contradictorios.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 749.2 de la LEC, respecto a la representación y defensa de las partes, y fuera de los casos en que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, estas actuarán en este tipo de procesos con la debida asistencia de abogado y representadas por procurador. Especialmente cuando se traten de procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación.

La presentación del Convenio ante la autoridad judicial es un requisito indispensable en los casos de separaciones y divorcios tramitados por mutuo acuerdo o por iniciativa de un cónyuge con consentimiento del otro. Igualmente, en los casos de regulación de las medidas paterno-filiales sobre los hijos en uniones de hecho, los pactos convenidos deberán presentarse junto con la demanda que inicia el procedimiento de mutuo acuerdo. Un vez redactado y firmado por ambas partes, en sus correspondientes copias (generalmente tres, una para cada uno y otra para el Juzgado), el documento en el que se plasme el convenio deberá adjuntarse junto con la demanda ante el Juzgado.

Admitida la demanda, el proceso civil continúa con la ratificación por las partes, a fin de que los pactos sean homologados, en su caso, por el órgano jurisdiccional. Por tanto, la eficacia de un posible acuerdo de guarda conjunta sobre los hijos menores, quedará condicionada a la previa homologación judicial. Aquello que haya sido acordado por los progenitores requiere ser controlado por el Juez, previo su traslado al Ministerio Fiscal, al existir hijos menores de la pareja. Como señala Pinto Andrade³²⁰, las estipulaciones del Convenio Regulador no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del CC impone a la autonomía de la voluntad, o sea, no deben ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Concretamente, a tenor del art. 90.2 del CC, los acuerdos serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

No obstante lo anterior, la norma prevé que cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con la suya propia.

Aprobado el Convenio, este quedará incorporado junto con la sentencia que se dicte, siendo eficaz y pudiendo ser testimoniado a los efectos oportunos de su ejecución.

³²⁰Cf. PINTO ANDRADE, C., *El convenio regulador y su aplicación práctica* (2013), p. 8.

III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. Introducción

La mediación constituye un sistema alternativo de resolución de conflictos, a través del cual las partes pueden llegar a un acuerdo auxiliado por un tercero, imparcial y cualificado, llamado mediador. La finalidad de este método consiste en permitir a la familia que se reestructure, tras la crisis provocada por la ruptura familiar, teniendo en cuenta la voluntad de sus miembros, siempre sometiéndose posteriormente al control judicial³²¹.

Con la mediación se persigue conseguir una herramienta de solución de conflictos apta para supuestos necesitados de diálogo y composición. Cuando resulta insuficiente la intervención de un tercero, puede mostrarse muy conveniente la participación de un sujeto independiente, neutral y con formación profesional adecuada, que aporte menos *auctoritas* y más diálogo³²².

El mecanismo de la mediación familiar fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En su Exposición de Motivos se refiere que, «con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.»

³²¹Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., Derecho procesal civil. Parte especial (2019), p. 82.

³²² En tales términos, CASTILLEJO MANZANARES, R., Guarda y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC, (2007), p. 370-393.

Con este propósito, desde el punto de vista procesal, el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al derecho de disposición de las partes litigantes y la transacción sobre el objeto litigioso. De tal forma que, iniciado un proceso contencioso, relativo a las medidas sobre los hijos menores, las partes-progenitores están facultadas para someterse de común acuerdo a la mediación. Igualmente, y acorde con la literalidad del artículo 770 regla 7ª de la LEC, podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

Es por ello, por lo que se puede afirmar que este tipo de mediación intrajudicial está pensada para ser aplicada, igualmente, a los supuestos en los que se dilucidan las cuestiones relativas a los sistemas de distribución de la responsabilidad parental, en el marco de las discusiones sobre la guarda y custodia de los hijos menores.

Los conflictos no solo surgen en el momento de la ruptura de la pareja, sino que se producen antes, durante y después. Como subraya Souto Galván³²³, la práctica diaria de los Juzgados de Familia está protagonizada por un sinnúmero de procedimientos motivados, en su gran mayoría por incumplimientos, ya sean del régimen de visitas, el no haber pasado la pensión de alimentos, la no contribución a las cargas del matrimonio etc. De ahí, que sea relevante potenciar la mediación no sólo en el momento inicial de la ruptura, sino también durante las relaciones familiares surgidas con posterioridad. Se hablaría, en dicho caso, de las soluciones que pueda ofrecer este mecanismo en los acuerdos sobre guarda y custodia sobre los hijos en los procedimientos de modificación de medidas y ejecución.

³²³ Cf. SOUTO GALVÁN, E., *Mediación familiar* (2012), pp. 27-44. Consultado a 1/11/2020 y disponible en <https://app-vlex-com.us.debiblio.com/#/sources/11631>

En resumen, la concurrencia a este resorte puede efectuarse no sólo en las fases iniciales del proceso contencioso, sino también en la fase de ejecución de sentencia. En opinión de Castillejo Manzanares³²⁴, ante el silencio de la Ley sobre el momento en que puede solicitarse, se debería entender que incluso es posible en segunda instancia, antes de dictar sentencia.

La judicialización del conflicto familiar y su repercusión en las relaciones de los progenitores, ha llevado a que, desde el sector de los operadores del Derecho de Familia, se haga un llamamiento a la necesidad de que se inste a los jueces de familia para que puedan derivar a las partes a la mediación. De esta forma, para el caso de que el acuerdo fuera posible, parece hacerse imprescindible una regulación sobre la necesidad de la existencia de sesiones informativas sobre mediación familiar. No obstante, también se pone de manifiesto que, una vez que los progenitores obtengan la información adecuada, la posibilidad de acudir al cauce del proceso de mediación deberá ser voluntaria³²⁵.

La ruptura de la vida familiar provoca la necesidad de una reorganización, que, implica decisiones sobre aspectos como la residencia de los hijos con cada uno de sus progenitores, o sea, la forma de atribuir la custodia de los hijos menores. Dichas cuestiones serán decididas por ambos progenitores en entrevistas con la persona mediadora, que le informará de los diferentes tipos de custodia y particularidades. El mediador actuará como guía de la comunicación, que se celebrará en un «clima de respeto, y reflexión, y en el que cada uno de los progenitores – verdaderos protagonistas de la

³²⁴ *Vid. supra.*

³²⁵ En tal sentido, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. y CABEZUELO ARENAS, ANA L.: «A tales efectos, se hace impostergable dotar a los juzgados de familia de servicios intrajudiciales de mediación familiar para la gestión de controversias familiares. Ello supondría, además de la consecución de acuerdos sobre custodia de menores, reparto de bienes, establecimiento de pensiones o uso de la vivienda familiar, una importante descongestión de los juzgados de familia, lo que redundaría en una mayor agilidad y calidad de la justicia, y así, en el propio Bien Común». Véase *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (2017), p. 300.

mediación familiar- sopesan cuidadosamente y con detalle las alternativas de guarda y custodia que mejor se adaptan a su situación, y las que son más beneficiosas para sus hijos e hijas.»³²⁶.

En este contexto, en los últimos años se han desarrollado diversos programas de mediación, a fin de que el órgano jurisdiccional informe a las partes de la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación³²⁷.

La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, supuso la plasmación definitiva de las iniciativas impulsadas por la Directiva 2008/52/CE de la Unión Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

Por su parte, en el contexto de la regulación de la mediación en las leyes autonómicas, cabe resaltar la Ley 9/2020, de 31 de julio (con fecha de entrada en vigor el 4 de noviembre de 2020), de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado, que modifica el artículo 233-6 del Código civil de Cataluña³²⁸, quedando redactado en el sentido de que la

³²⁶ Véase <https://www.mediador.org/mediacion-para-el-acuerdo/custodia-compartida-y-mediacion-familiar/>. Consultado a 1/11/2020.

³²⁷ Véase en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion-Familiar/relacionados/Mediacion-Familiar>. Consultado a 10/11/2020.

³²⁸ Artículo 233-6 del Código civil de Cataluña: ««Mediación. (...)3. Una vez iniciado el proceso judicial, la autoridad judicial, a iniciativa propia o a petición de una de las partes o de los abogados o de otros profesionales, puede derivar a las partes a una sesión previa sobre mediación, de carácter obligatorio, para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden decidir si optan o no por el procedimiento de mediación, y pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes. 4. La falta de asistencia no justificada a la sesión previa obligatoria sobre mediación no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial. 5. Las partes pueden solicitar de común acuerdo la suspensión del proceso judicial mientras dura la mediación. El proceso judicial debe reanudarse en cuanto finalice el plazo previsto para hacer efectiva la mediación,

sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales si se ha pactado expresamente. Así, los cónyuges, antes de presentar la demanda, en cualquier fase del proceso judicial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación en vistas a alcanzar un acuerdo, excepto en los casos de violencia familiar o machista. El art. 233-9 de esta misma norma, prevé expresamente, en relación a la forma de concretar las responsabilidades parentales, que las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

Recientemente, la guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el 25 de junio de 2020³²⁹, dedica un apartado a la «derivación, seguimiento y coordinación a servicios sociales especializados», en el que describe los puntos de encuentro familiar, el servicio de orientación familiar y el servicio de mediación. Respecto a este último aspecto, se afirma que el proceso de mediación también puede resultar útil y positivo para rebajar la intensidad del conflicto, aun cuando no se alcancen acuerdos entre los progenitores.

cuando lo solicite cualquiera de las partes o cuando se alcance un acuerdo en la mediación. 6. El inicio de un procedimiento de mediación familiar está sometido a los principios de voluntariedad y confidencialidad. En caso de desistimiento del procedimiento de mediación, este no puede perjudicar a los litigantes que han participado. La comunicación a la autoridad judicial del desistimiento de cualquiera de las partes o del acuerdo alcanzado en la mediación da lugar al levantamiento de la suspensión. 7. Los acuerdos alcanzados en la mediación, una vez incorporados en forma al proceso judicial, deben someterse a la aprobación judicial en los mismos términos que el artículo 233-3 establece para el convenio regulador. 8. Los acuerdos alcanzados en la mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público y de interés del menor».

³²⁹ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>. Consultado a 15/07/2020.

Por tanto, se reconocen las ventajas que tiene la mediación familiar, como un eficaz instrumento, a la hora de resolver las decisiones de los progenitores sobre los puntos en los que se desarrollará una guarda conjunta o cualquier otra modalidad de guarda. A tal efecto, se menciona que la derivación a mediación puede llevarse a cabo por el propio órgano judicial, previa selección de aquel o aquellos casos que se estiman adecuados o idóneos para este tipo de proceso. En estos supuestos, el Juez o la Jueza comunicarán a las partes, a través de sus abogados, la conveniencia de iniciar dicho proceso.

En este contexto, surge la figura del «coordinador parental», como un profesional que acompaña y asiste en casos conflictivos, con el fin de evitar perjuicios a los hijos menores, que se encuentren inmersos en disputas y tensiones derivadas de la ruptura de sus progenitores. Aunque el derecho español no regula esta figura, su principal función es la de proteger el interés de los menores ante una ruptura, para evitar conflictos de futuro. El coordinador parental es un auxiliar de los Juzgados o Tribunales, y, entre sus obligaciones estaría la de velar por el cumplimiento de las sentencias judiciales sobre custodia y régimen de visitas³³⁰.

2. El papel de la mediación en la guarda y custodia compartida

El punto de partida es reconocer la utilidad de la mediación familiar como instrumento para abordar la ruptura de las parejas con hijos menores. Sobre esa base, el fomento del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales puede verse favorecido, si se dan las circunstancias para el ejercicio efectivo de la modalidad de guarda y custodia compartida.

³³⁰ Consultado a 10/11/2020 y disponible en <https://www.diariodemediacion.es/el-papel-de-la-mediacion-en-la-custodia-compartida/> y en <https://www.divorcios.me/coordinador-parental/>.

Los acuerdos logrados en un proceso de mediación, acerca de la guarda y custodia de los hijos, pueden ayudar a que los progenitores no se sientan ni como vencedores ni como vencidos. En tal sentido, la actuación de la figura del buen mediador, desde el punto de vista de su experiencia en el manejo del conflicto y las técnicas de negociación en las relaciones interpersonales, puede conllevar una buena gestión en la redacción de los planes de parentalidad. En situaciones de equilibrio, no cabría hablar de ganadores o perdedores.

Así, el hecho de aceptar la intervención de un tercero competente e imparcial, conllevaría la percepción de la no existencia de gestos preferentes hacia ninguna de los progenitores. Ello puede suponer el que las partes adopten acuerdos equilibrados respecto al reparto de las responsabilidades parentales. La mediación implicaría la sensación de que los pactos y decisiones han sido alcanzadas por los progenitores en un plano de equidad, en lugar de serles impuestos por un tercero, tal y como pudiera ocurrir en el caso de los juicios con la figura del Juez.

En este sentido, en opinión de Parkinson³³¹, es importante reconocer que el papel del mediador independiente no es compatible con la ostentación de autoridad y responsabilidades institucionales y legales. Es por ello que, la colaboración, que debe ser inherente a la corresponsabilidad parental que implica la guarda conjunta o alternativa sobre los hijos, puede favorecerse con las técnicas de la mediación. El objetivo primario debe ser la protección del bienestar de los menores. Los objetivos secundarios serán aportar ayuda a los progenitores para que afronten la tensión y hacer cesar comportamientos abusivos. El requisito será la alianza entre la familia y el sistema institucional de intervención, para alcanzar metas compartidas.

³³¹ Véase, en tales términos, sobre la mediación en casos de guarda y acogimiento familiar, PARKINSON, L. y SÁNCHEZ DURÁN, A.M., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas* (2005), pp. 290-291.

La comunicación directa, sin intermediarios, y el menor coste económico y emocional, son algunas de las ventajas que se han atribuido a esta metodología. La voluntad de comunicación y el deseo de cooperar deberán ser las máximas a seguir, al igual que ocurre en el ejercicio de la guarda y custodia compartida³³².

En conclusión, la mediación familiar, tanto como fórmula intrajudicial como extrajudicial, facilita la elaboración de acuerdos dentro de un plan de coparentalidad tendente al establecimiento de la custodia compartida. Este mecanismo proporciona un contexto adecuado para la resolución de las discrepancias, tras la ruptura de los progenitores, y aporta un método viable para regular la organización conjunta en la atención y cuidado de los hijos, tanto en el terreno emocional como en el material.

³³² «La mediación familiar posee una serie de características que le convierten en una alternativa sumamente ventajosa a la hora de afrontar una ruptura matrimonial o convivencial cuando se tienen hijos/as en común: - Permite el restablecimiento de la comunicación entre ambos progenitores, ofreciendo a la pareja un espacio neutral y confidencial, donde hablar de los problemas que les preocupan con respecto a su separación. - Fomenta en los participantes actitudes de colaboración frente a las de confrontación propias de un procedimiento contencioso. En una mediación, ambos progenitores están de un mismo lado, del lado de la familia y por tanto son capaces de priorizar un interés compartido, como es la parentalidad, frente a los intereses personales de cada uno de ellos. - Ofrece a los padres la oportunidad de tomar sus propias decisiones con respecto al futuro de sus hijos/as, sin que nadie deba hacerlo en su lugar. El acuerdo que se busca es su acuerdo y la búsqueda se realiza por ambos progenitores de forma conjunta. - Facilita la posibilidad de aprender nuevas maneras de encontrar soluciones a los problemas tantas veces discutidos entre la pareja. Nuevas formas de encontrar zonas de consenso que en un futuro pueden ayudarles a dar respuestas en común a los problemas que puedan surgir una vez producida la ruptura.» Cf. en <https://www.custodiacompartida.com.es/es/pages/show/mediacion>, Consultado a 9/11/2020.

CAPÍTULO V

In aetate puerorum

CAPÍTULO V

GUARDA COMPARTIDA Y EDAD DE LOS HIJOS

I. LA LOGÍSTICA DE LA GUARDA ALTERNA Y LA EDAD DEL MENOR

Cuando se habla de los hijos menores de edad, se entra en una esfera que contempla un abanico de posibilidades que va desde un bebé recién nacido hasta un adolescente³³³. Las pautas de análisis a considerar en el régimen de guarda conjunta atienden desde la dependencia para las áreas básicas y físicas de la vida hasta la autonomía en la ejecución del sistema, pasando por una actividad colaborativa en el buen funcionamiento del mismo.

Legalmente no existe ninguna norma que venga a prohibir o limitar la edad mínima para el establecimiento del régimen de custodia compartida. Es ineludible hablar sobre la logística acerca del cuidado de los hijos y que afecta a la vida cotidiana de los padres. El factor de la edad del hijo menor debe tenerse en cuenta a la hora de construir el modelo de guarda y custodia que se pretenda ejercer desde el momento en que los progenitores cesan su vida en común.

De forma evidente, las necesidades no son las mismas según la edad y estas condicionarán la facilidad o dificultad en la forma de poner en práctica el sistema de custodia. Los roles, que se van asumiendo en el desarrollo de la vida cotidiana, irán permitiendo, en la medida del crecimiento personal de los

³³³ En la práctica de los despachos de abogados, pueden tratarse, inclusive, las propuestas de padres en orden a establecer un sistema de guarda alterna sobre un *nasciturus*, cuando sus progenitores rompen su convivencia o relación y quieren dejar regulado dicho tema con carácter anticipado.

hijos, descargar a los padres de sus actividades de ayuda directa hacia ellos (toma de alimentos, higiene y ropa diaria, etc.)³³⁴.

Aplicando en este punto las teorías estadísticas respecto al cambio de residencia del menor tras la ruptura, algunos autores han apreciado la contemplación de su estadio evolutivo y edad a fin de valorar la idoneidad del plan de parentalidad³³⁵. Se ha asociado un mayor riesgo en el cambio de residencia pos-ruptura en niños de corta edad y adolescentes. Para ello se alude a razonamientos como la teoría del apego, la inmadurez cognitiva del menor para mantener relaciones normalizadas pese a la distancia y su deseo³³⁶.

Inclusive, en algunos supuestos, junto al dato de la edad del hijo, se pueden añadir situaciones como la que éstos puedan padecer algún tipo de enfermedad. En tales circunstancias, dependiendo del tipo de enfermedad o

³³⁴ Así, la STS núm. 154/2012, de 9 marzo (RJ 2012\5241, ECLI:ES:TS:2012:1845), viene a desestimar el recurso de casación interpuesto por el padre, confirmando la resolución dictada en apelación en iguales términos que la de primera instancia, por la que se «decretó el divorcio y acordó en cuanto a la guarda y custodia de la hija menor, en atención a la pericial judicial practicada y al interrogatorio de los padres, que «a la vista de la edad de la menor y la relación existente actualmente entre los padres, sería más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre» FD 1º.

³³⁵ *Vid. supra, op. cit.* de FABREGAS, M., ARCH, M., GARCÍA-ARCH, J., SEGURA, J. y PEREDA, N., (2020), p. 39: «Así, en niños muy pequeños se recomienda retrasar el traslado hasta que el menor cuente al menos con tres años de edad, basándose dichos argumentos en la teoría del apego y en la inmadurez cognitiva del menor para mantener relaciones normalizadas pese a la distancia (Austin, 2010; Kelly y Lamb, 2003), mientras que en adolescentes se sugiere tener en cuenta el deseo del menor y respetar su derecho a ser escuchado (Warshak, 2013; Zafran, 2010), ya que difícilmente se podrá llevar a cabo el traslado en contra de su voluntad (Austin, 2008). Respecto al plan de parentalidad, para un niño o niña de dos o tres años la separación temporal del progenitor custodio debe ser limitada a pocos días, mientras que en niños y niñas mayores (de siete a 10 años) se pueden tolerar periodos de dos semanas o más (Kelly y Lamb, 2003).»

³³⁶ *Vid. DE OLIVEIRA, Guilherme, Manual de Direito da Família (2020) pp. 304-313: «Fonte: dgsi 60/16.2T8VLF.G1. Responsabilidades parentais. Residência alternada. I. Pese embora a lei não exija o acordo de ambos os pais na fixação da residência alternada do filho, o facto é que tal solução deve ser encontrada de acordo com o interesse do menor e ponderando todas as circunstâncias relevantes. II. De entre essas circunstâncias relevantes, há a considerar nomeadamente a idade do menor, e a distância entre as residências dos progenitores. Fernanda Proença Fernandes. Tribunal da Relação Guimarães (12/17/2018)».*

limitación del hijo afectado, el tribunal ha considerado improcedente la guarda alternativa y optar por establecer una situación de custodia monoparental. Así, a modo de ejemplo, los casos de menores diagnosticados de trastorno de espectro autista, que por su «situación peculiar» se aconseja que no deban ser sometidos a alternancias de convivencia³³⁷.

II. DE 0 A 3 AÑOS

1. Lactantes

Las estancias y pernoctas en menores de tres años, nos llevan necesariamente a hablar de la «primera infancia o puericia» de los hijos y la conveniencia de estar mayor tiempo con uno u otro progenitor. En estas edades tan tempranas, en aras a establecer la regularidad de las alternancias en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, se debe tener en cuenta la conjugación entre las ocupaciones laborales de los padres y los hábitos de vida del pequeño (dormir, comer, bañarse, jugar, etc.).

Inevitablemente, en esta franja de número de años, o incluso meses, de los hijos, entra en juego el tema de la lactancia materna como factor relevante en la toma de la decisión oportuna. La especial incidencia de la lactancia natural ha sido puesta de manifiesto por la doctrina como claro condicionante del régimen de guarda para la madre y comunicaciones para el padre. Inclusive, en líneas generales, la guarda compartida parece ser rechazable cuando los traslados sean de grandes distancias o supongan una pernocta lejos de la madre. Es por lo que la jurisprudencia menor opta, más prudentemente,

³³⁷ La STS de 19 de octubre de 2017, núm. 567/2017 (RJ 2017\4484, ECLI:ES:TS:2017:3722) nos habla de «un continuo trasiego» o de un «continuo cambio» del menor de 9 años de edad. En su caso, el padre no se había implicado en los momentos iniciales de la enfermedad, en los que precisó de más atención médica, de la misma manera que la madre. Por lo que se opta por el mantenimiento de la custodia a favor de ésta, al ser el sistema menos desestabilizante para el menor, añadiendo una ampliación del régimen de visitas al padre. (FD 4º).

por establecer una guarda y custodia individual y, en su caso, un régimen de visitas sin pernocta.

El artículo 5.3 de la anulada Ley Valenciana de Relaciones Familiares hacía una referencia específica a los lactantes, relacionando lo que se ha venido a llamar «custodia progresiva», que va cambiando conforme cambian las circunstancias. En su redacción establecía que, en los casos de menores lactantes, el Juez podría establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña y que debería ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. Y este aspecto, que tenía en cuenta la edad de los hijos, debería hacerse antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los menores y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos hubiera presentado.

Si atendemos al enunciado del articulado de la Convención sobre Los Derechos del Niño, «el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»³³⁸. Esta línea de declaración viene a adaptarse a las nuevas realidades sociales, afinando la invocación que se hacía en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU, de 20 de noviembre de 1954 que decía que «salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre»³³⁹. La interpretación de esta última argumentación parece ser una de las motivaciones que llevó a nuestra Jurisprudencia a atribuir a la madre la guarda de los hijos en ese periodo de la infancia. Se consideraba, con carácter general, como inadecuada la guarda alterna de niños de corta edad, reparando en la idea clásica de la distribución de roles familiares.

³³⁸ Artículo 7 de la Convención Europea sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

³³⁹ Sobre este aspecto, véase el análisis de PÉREZ MARTÍN, A.J., La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo(2011), pp.151-152.

1.1. Ejercicio de la guarda conjunta y lactancia materna

Los sectores de la doctrina se polarizan entre aquellos que piensan que cuando nos encontramos ante lactantes no es apropiado contemplar la posibilidad de una guarda compartida y aquellos otros que, en cambio, creen oportuno su establecimiento en aras a la búsqueda de la estabilidad emocional de los pequeños. En este punto se planteando diversas cuestiones que necesitan de una respuesta en la práctica³⁴⁰.

Una primera cuestión es la relativa a la posibilidad de conceder la guarda conjunta, si el hijo es lactante, salvaguardando los períodos de lactancia. Partiendo de una respuesta afirmativa a la posibilidad de acordarse este régimen, la respuesta a los diferentes supuestos de viabilidad de la guarda alterna se ciñe a los casos concretos de los períodos y forma de lactancia de cada niño. Añadiría, que es más factible dicho ejercicio cuanta más cercanía haya entre las viviendas entre los progenitores (pensemos, por ejemplo, en que los padres residan en viviendas próximas). Lógicamente, seguirá existiendo el factor de la dependencia física hacia la figura de la madre desde el nacimiento del menor, lo que limita un ejercicio equilibrado, inclinando la balanza a favor de la conveniencia de respetar dichos espacios y tiempos de lactancia.

No obstante, el grado de dependencia de la madre, para recibir el alimento, es un dato primordial que, en muchos casos, nos lleva a fijar la

³⁴⁰ En este sentido, se plantean dichas cuestiones en foros jurídicos en los que participan varios Magistrados, Magistradas y juristas exponiendo su opinión y aportando sus ideas al respecto. Así, Galán Cáceres E. entiende que para que la lactancia tenga relevancia debe ser natural. Otros (González del Pozo J.P., Jiménez de Parga Gastón J.M., Pérez Martín A.J. y Sacristán Represa G.) ven inviable la custodia compartida durante la lactancia e incluso los regímenes de estancia con pernocta. Próxima a ellos, Espinosa Conde G. considera que en esta etapa de la vida del menor lo ideal son periodos de guarda cortos de manera que nunca pasen demasiados días sin contacto con el otro progenitor. Véase las conclusiones del artículo de ELDERECHO.COM «Posibilidad de guarda y custodia compartida o régimen de visitas normalizado con hijo lactante o de corta edad», fechado el 04-01-2017 en <https://elderecho.com/posibilidad-de-guarda-y-custodia-compartida-o-regimen-de-visitas-normalizado-con-hijo-lactante-o-de-corta-edad>. Consultado el 15/07/2020.

guarda a favor de la misma³⁴¹. Pero a este respecto, se ha de tener en cuenta que se habla de un lapso de tiempo de meses, por lo que favorecer un régimen de comunicaciones y estancias diarias con el padre, ayudaría en gran medida a crear los vínculos para poder pasar posteriormente a una guarda alterna.

Otro aspecto es el referente a la edad en la que se aconseja respetar los períodos de lactancia, a fin de normalizar un ejercicio viable de las medidas de guarda conjunta. Aquí, habrá de considerar la posibilidad de que, aun existiendo alimentación materna, esto no supone un obstáculo ya que se puede compatibilizar en la mayoría de los casos con otro tipo de alimentación adecuada³⁴². Entraríamos aquí en el campo de las opiniones científicas, aunque parece asumirse la respuesta que considera que el periodo de lactancia se extiende hasta los 24 meses, diferenciando dos fases: una menor, hasta los 12 meses, y otra mayor, de 12 a 24 meses³⁴³.

³⁴¹ Para GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, Magistrado titular del Juzgado de Familia nº 24 de Madrid y pionero en el nombramiento de la figura de Coordinador de Parentalidad en Madrid: «En los casos de separación, divorcio o ruptura de pareja con hijos de corta edad (hasta tres años) lactantes, es obvio que debe primar, en primer lugar, por encima de cualquier otra consideración, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales y físicas como afectivas (art. 2.a) LO 1/1996), y ello con preferencia, aunque sin olvido, de la satisfacción de sus necesidades educativas, de menor importancia que las primeras en esta primera etapa de su vida. En este sentido, la necesidad de alimentación del lactante, que solo la madre puede proporcionarle, determina la absoluta conveniencia de atribuir la custodia exclusiva a la madre para garantizar al niño la alimentación adecuada, mediante su amamantamiento “a demanda”, al ser básico que el menor esté próximo a su fuente de alimentación. Como quiera que, en los primeros meses de vida, la frecuencia de las ‘tomas’ por el lactante, suele ser de cuatro o cinco al día, es desaconsejable que los niños sean trasladados a grandes distancias o que pernocten fuera del domicilio materno. En consecuencia, salvo casos aislados o excepcionales de ineptitud o incapacidad materna para el desempeño de las funciones de cuidado y crianza del menor, la guarda y custodia de los lactantes debe atribuirse a la madre.» *Vid. supra* enlace al debate del artículo de ELDERECHO.COM.

³⁴² Atendiendo a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Española de Pediatría, la introducción de alimentación complementaria al pecho es a partir de los seis meses de edad. Consultado el 01/03/2020 y disponible en https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/newborn/nutrition/comp_feeding/es/y <https://www.aeped.es/comite-nutricion-y-lactancia-materna/nutricion-infantil/documentos/recomendaciones-aep-sobre-alimentacion>.

³⁴³ «(...) Sin que esto constituya regla general seguida por nuestros tribunales de justicia, como lo demuestra, a título de ejemplo, (i) las SAP de Madrid de 15 de marzo de 2005 (EDJ 2015/44623) y SAP Soria de 21 de octubre de 2002, que admiten la pernocta del menor

Siendo así, y salvando supuestos especiales, una vez que cesa el tipo de alimentación con lactancia materna, ambos progenitores estarían en igualdad de condiciones para facilitar al menor las atenciones que precise y requiera en su desarrollo.

1.2. Soluciones ofrecidas sobre el tiempo de alternancia

Actualmente y separándose del secular barniz de los roles familiares, las soluciones dadas respecto al tiempo de alternancia del menor, pasan por casos como:

a) Establecer unos espacios de tiempo, muy cortos y frecuentes, de estancias de pocas horas y en varios momentos del día. Es frecuente esta respuesta en las etapas de «bebé» con necesidades biológicas de lactancia materna. Progresivamente se pasa de marcar pautas desde determinados días de la semana hasta periodos de alternancia que coinciden con la semana o la quincena. En este primer periodo de tiempo parece preferible esperar a un régimen de pernocta con el padre, hasta una vez finalizada esta fase que puede oscilar entre los 12 y 24 meses de vida del niño, teniendo en cuenta el momento en el que su alimentación pasa a complementarse con otra distinta a la lactancia materna³⁴⁴.

En este sentido, Pinto Andrade³⁴⁵ nos expone el dato de la conveniencia de la frecuencia de contactos con los padres en función de la edad del menor. De esa forma, a menor edad debían ser comunicaciones que iban desde franjas

cuando supere la lactancia, con independencia de su edad, (ii) la SAP Cádiz de 17 de diciembre de 2008 (EDJ 2018/285121) que admite un régimen de visitas con pernocta a partir del primer año, (iii) la SAP Córdoba de 28 de marzo de 2014 (EDJ 2014/64476), que admite pernocta con padre de niña de 18 meses, (iv) la SAP Toledo de 9 de marzo de 2005 (EDJ 2015/36017), que admite un régimen normalizado a partir de los 2 o 3 años.» *Vid. supra* enlace en <https://elderecho.com/posibilidad-de-guarda-y-custodia-compartida-o-regimen-de-visitas-normalizado-con-hijo-lactante-o-de-corta-edad>.

³⁴⁴ A tal planteamiento reconduce la Jurisprudencia menor reseñada por ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M., *vid. op. cit.*, pp.196-199.

³⁴⁵ El autor nos refiere el modelo orientador de la institución estadounidense Children's Rights Council, *Vid. La custodia compartida* (2009), nota al pie 67 p. 83.

horarias en turnos de mañana o tarde, y así progresivamente pasando a días alternos o alternancias semanales.

b) Acordar una alternancia por anualidades de custodia, propiciando igualmente el contacto permanente y reiterado del progenitor no custodio. Así fue el caso contemplado en la STS núm. 757/2013 de 29 de noviembre, en la que la progenitora proponía un régimen de visitas y periodos vacacionales para el padre hasta que la hija menor cumpliera los tres años y otro a partir de dicha edad. El Alto Tribunal en casación argumenta que «una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores.»³⁴⁶.

2. De 2 a 3 años

La llegada a los tres años de edad por parte de los hijos, conlleva una fase de mayor independencia y autonomía en sus hábitos de vida. Sus horarios de comida, sueño y actividades se hacen más previsibles ya que se conectan con unos horarios estándares escolares y un entorno socio-familiar más estable. Esta circunstancia permite establecer unos modelos de guarda y custodia compartida con periodos más similares entre ellos.

A este respecto, el Tribunal da Relação de Lisboa³⁴⁷ ha dictaminado recientemente que no es admisible permitir que un niño pueda vivir en los

³⁴⁶ El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, que fue confirmada en casación, por la que «Se atribuye la guardia y custodia de las hijas menores del matrimonio, Cecilia y Elisenda, a ambos progenitores, quienes la ejercerán de forma alternativa y con carácter exclusivo por anualidades completas, desde el 1 de septiembre hasta el 31 de agosto del año siguiente, comenzando el padre el próximo año escolar, es decir, desde el 01/09/2011 hasta el 31/08/2012.» FD 3º (RJ 2013\7449, ECLI:ES:TS:2013:5641).

³⁴⁷ En tal sentido sus resoluciones argumentan lo siguiente: «Se até aos 3 anos de idade a criação tem uma ou duas figuras parentais de referência com quem se vincula para toda a vida, aos 6 anos de idade a criança está habilitada a interagir com um leque muito mais alargado de pares e adultos, motivo pelo qual, a guarda alternada, desde que se verifiquem os

esquemas de guarda compartida en viviendas distintas y de forma alternativa hasta la edad de tres años. Entiende dicho Tribunal que un régimen de residencia alternativo con cada uno de los padres, no favorece la estabilidad y el desarrollo de un niño de tan corta edad.

Vasconcelos³⁴⁸ afirma que las residencias alternativas pueden comprometer las necesidades de los niños pequeños de mantener relaciones continuas con el cuidador que les da más confianza y seguridad, perjudicando su estabilización emocional. Apoyando tal tesis, el TRL considera que todas las investigaciones apuntan, de forma consolidada, a la teoría del enlace. Se indica que la ausencia repetida del cuidador principal del niño es excepcionalmente estresante para el bebé. Siendo así, por tanto, la doctrina y jurisprudencia portuguesa pasan por recomendar mucha precaución para determinar la residencia alternativa en disputas en el ejercicio de las responsabilidades parentales que involucran a niños de 0 a 4 años de edad³⁴⁹.

requisitos subjacentes à mesma, não é prejudicial nestas idades” (TRL, Proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Rel. Anabela Calafate, j. 17/12/2015). Disponible en <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce625c0f1abedc4780257f31004531be?OpenDocument&Highlight=0,Proc.6001-11.6TBCSC.L1-6,Rel.Anabela,Calafate,j.17%2F12%2F2015>

Esas advertencias pasan por afirmar que “não favorece a estabilidade e o desenvolvimento de uma criança de tão tenra idade um regime de residência alternada com cada um dos progenitores» (TRL, Proc. 82-14.8TBSRQ-A.L1-8, Rel. António Valente, j. 12/11/2015). *Vid.* en <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8656234ac510c87780257f020043a321?OpenDocument>

Asimismo, en otro supuesto se niega un acuerdo de cambio de residencia debido al hecho de que el bebé tenía «cerca de três anos e meio de idade, fase da vida em que mais se fazem sentir necessidades de segurança e estabilidade, tendencialmente comprometidas com situações de residência alternada» (TRL, Proc. 2526/11.1TBRR.L1-1, Rel. Graça Araújo, j. 19/06/2012). Disponible en <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cda5bda55b037a6780257a41004928ae?OpenDocument>

³⁴⁸ *Cfr.* VASCONCELOS, Ana. «Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda com residência alternada» (2012), pp. 77-89.

³⁴⁹ *Vid. op. cit.* CHAVES, Marianna (2019) p. 115, la autora cita a TRINDER, Liz, «Shared residence: a review of recent research evidence» p. 492, en su nota al pie 97.

III. DE 3 A 11 AÑOS

La jurisprudencia menor ha ido teniendo en cuenta el factor de que el niño vaya a centros de guardería o preescolares para apreciar la posibilidad de que cualquiera de los progenitores pueda adaptar su horario laboral a las recogidas y entregas fuera del domicilio familiar. Acorde con ello, el Tribunal Supremo ha argumentado que la adaptación a un determinado entorno y la consolidación de la rutina no es razón para rechazar el establecimiento de la guarda conjunta.

Siendo así, para el Alto Tribunal no ha sido un óbice la edad de 3 años de los hijos menores para que proceda establecerse un sistema de guarda alterna. Lo contrario, sería perjudicial, al impedir avanzar en la relación del niño con ambos progenitores, a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. En términos de la STS núm. 753/2015 de 30 de diciembre, los cambios de domicilio son una consecuencia lógica de este tipo de guarda, no pudiendo ser un motivo para no establecerla³⁵⁰.

Cuestión distinta es, cuando a la corta edad de los hijos menores, se unen otros factores, como la distancia entre los domicilios, que pueden justificar resoluciones que consideren la inoperatividad del sistema alterno propuesto. Así, se pone de manifiesto en la STS núm. 115/2016 de 1 de marzo³⁵¹, que refleja cómo la edad del menor era de diez meses cuando se interpuso la demanda, y, llegado el momento de la resolución del recurso de casación, era de tres años. La decisión supuso declarar como improcedente la guarda y custodia compartida, dado que a la corta edad del menor se añadía la

³⁵⁰ «No puede privarse al padre de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de su hijo», FD 2º (RJ RJ 2015\5894, ECLI:ES:TS:2015:5687). La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a su escasa edad, viniéndola a compensar con el establecimiento de un amplio régimen de visitas. El TS completa sus alusiones con la doctrina jurisprudencial ya comentada y asentada en las SSTS núm. 257/2013 de 29 de abril, núm. 465/2015 9 de septiembre y núm. 658/2015 de 17 de noviembre, entre otras.

³⁵¹ *Vid.* STS núm. 115/2016 de 1 de marzo, FD 3º y 4º (RJ 2016\736, ECLI:ES:TS:2016:797).

circunstancia de la trascendental distancia geográfica entre las residencias (Cádiz, el padre, y Granada, la madre). Ello supondría una importante distorsión y alteración de la vida del menor próximo a su escolarización obligatoria. La solución subsidiaria consistía en proponer la ampliación del régimen de visitas.

1. La amplitud del régimen de visitas y la exclusión de la guarda compartida

En ocasiones, por parte de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, se ha venido a justificar la no adopción de la guarda conjunta por la corta edad del hijo. Por otro lado, y para compensar las comunicaciones, se ha venido a reconocer un amplio régimen de visitas al progenitor no custodio, que viene a ser prácticamente similar al de custodia compartida.

Pues bien, en la STS núm. 585/2015 de 21 de octubre³⁵² se abordaba el caso de dos menores que tenían cinco y tres años. En función del carácter más beneficioso para la estabilidad de los menores, se decretó un amplísimo régimen de visitas a favor del padre apelante, combinado con la posibilidad de comunicación telefónica diaria, que consistía en:

- mantenimiento de un contacto diario durante al menos cuatro horas durante todos los días laborables;
- fines de semana largos, esto es desde el viernes, ampliados en caso de puente cuando los tuviera en su compañía;
- la mitad real de todas las vacaciones de los menores incluidos los

³⁵² Vid. STS núm. 585/2015 de 21 de octubre: «(...) de modo que no se puede calificar como de simple relación protocolaria la otorgada al padre, sino de compromiso y participación activa en la crianza de dichos menores, proporcionando una relación realmente estrecha con los mismos similar a la que pudieran venir manteniendo antes de la crisis, hasta el punto de que como manifestó D.^a Serafina en el interrogatorio efectuado las relaciones paterno filiales desde la separación de hecho han venido siendo ideales, extremo este que además fue corroborado por la monitora que se ocupa de Guillermo en la guardería (...). FD 3º (RJ 2015\4784, ECLI:ES:TS:2015:4442).

flecos de finales de junio y principios de septiembre al finalizar y antes de iniciarse un nuevo curso escolar.

En este caso se reconocía abiertamente la instauración de un sistema de guarda compartida a excepción de la pernocta de los hijos con el padre en los días laborables. Se hizo hincapié en el buen funcionamiento del sistema adoptado durante la separación de hecho y la corta edad de los menores, que, por su parte, no habían percibido los perjuicios de la separación familiar.

El Tribunal Supremo termina concluyendo que, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas, tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida.

2. La excusa de la adaptación al entorno para petrificar la situación del menor

Como argumento a favor de la guarda conjunta, se ha criticado que las sentencias que rechazan este régimen y llegan al TS, vienen a petrificar la situación del menor, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno, generalmente el materno. Es por ello, por lo que no se razona cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni se pondera el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar en la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se estaría a tiempo de evitarlo.

En tal sentido, se perfila el pronunciamiento de la STS núm. 182/2018 de 4 de abril³⁵³, respecto a un menor de cuatro años de edad. En este caso, el TS vino a confirmar la resolución del Juzgado de 1ª Instancia que disponía atribuyendo a la madre la guarda y custodia del menor, si bien estableciendo dos fases: «hasta septiembre de 2016, consistirá en una visita intersemanal con pernocta los miércoles, a la salida de la guardería. Fines de semanas alternos, de sábado a domingo las dos primeras visitas y la tercera de viernes a

³⁵³ *Vid.* STS núm. 182/2018 de 4 de abril, FD 1º y 2º (RJ 2018\1182, ECLI:ES:TS:2018:1156).

domingo, a la salida de la guardería. A partir de septiembre de 2016, régimen de custodia compartida, de lunes a lunes, recogiendo al menor en la guardería; con una visita intersemanal los miércoles». La Audiencia Provincial revocó dicho fallo y declaró que la GC del hijo correspondería a la demandada. A todo ello, el TS aclara en su FD 2º que «la sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.» Como vemos, se hace hincapié en la cuestión relativa a las relaciones entre los progenitores, que fue analizada en el Capítulo II. De forma que, el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia.

Corroborando tales argumentos, igualmente encontramos la STS núm. 11/2018 de 11 de enero³⁵⁴, en la que se hace constar que la sentencia recurrida argumenta la necesidad de rutina y estabilidad de la corta edad de cuatro años del menor, para no hacer recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana. En tal sentido se estima el recurso revocando la sentencia que atribuía la guarda y custodia exclusiva a la madre y se señala que se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores.

Pasa a ser un hecho cierto que, en la última década, la custodia compartida se ha ido asentando como una realidad ya habitual y, por su parte, el régimen de visitas ordinario en la custodia monoparental también se ha expandido. Como indican Martín Martín, G.A. y Aliaga Casanova, A., se ha

³⁵⁴ STS núm. 11/2018 de 11 de enero, FD 2º (RJ 2018\104, ECLI:ES:TS:2018:40).

pasado de las visitas con una pernocta de sábados a la pernocta de los fines de semana con tres noches (de viernes a lunes)³⁵⁵.

IV. DE 12 AÑOS EN ADELANTE

El periodo de transición entre la niñez y la adultez, nos lleva a la adolescencia. Esta etapa está comprendida, según la Organización Mundial de la Salud, entre los diez y los diecinueve años de vida, con los matices del factor individual de madurez física, sexual, psicológica y social.

Respecto a los adolescentes, la Observación General n.º 20 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, establece la importancia de ser escuchados, en función de su edad y madurez, y que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta, por ejemplo, en decisiones relativas a su educación, salud, sexualidad, vida familiar y a los procedimientos judiciales y administrativos. Así mismo, se deberá informar del carácter voluntario de su intervención para expresar sus opiniones y de la posibilidad de cesar en su participación en cualquier momento en tanto el menor lo considere adecuado (*vid.* la Observación General N° 12 (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafo 134. b) ³⁵⁶.

Como tiene declarado el TS, a mayor edad, mayor debe ser el contacto con ambos progenitores por tratarse de los momentos decisivos en los que el

³⁵⁵ « (...) aunque sobre el momento en que debe introducirse la pernocta con el progenitor no custodio las resoluciones son, como no podía ser de otra manera de lo más variadas, aunque se suele situar la franja en los tres años de edad del hijo». *Vid.* MARTÍN MARTÍN, G.A. y ALIAGA CASANOVA, A., «Cuadernos de familia», *Revista jurídica de derecho de familia AJFV*, consultado el 18/12/2018 en www.ajfv.es.

³⁵⁶ El texto de la Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20) y de la Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (GE.09-43702 (S) 051009 071009), del Comité de los Derechos del Niño, está disponible en la página web de las Naciones Unidas: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11. Consultado el 23/12/2020.

menor va forjando su personalidad y, por ello, debería de contar con el apoyo y consejo de ambos progenitores. Como se expuso respecto a la audiencia y exploración de la voluntad de los menores, el límite de edad de los doce años resulta un criterio importante como elemento a valorar.

En atención a esas franjas de edad, podemos reseñar algunos ejemplos en los que se aprecian valoraciones sobre la opinión de los menores de edad respecto al ejercicio de una modalidad alternativa de guarda.

Así, en el supuesto contemplado por la STS núm. 519/2017 de 22 de septiembre³⁵⁷, al momento de dictarse la sentencia de divorcio la menor tenía cuatro años. La circunstancia de la corta edad inicial de la hija, parecía haber influido a la hora de adoptar la custodia a favor de la madre, y fue variando a lo largo del *iter procesal*, puesto que llegó a cumplir los doce años. No obstante, se viene a considerar que «resulta evidente que no es posible que una menor de doce años, por mucha madurez e inteligencia que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante en su vida como es el desarrollo de sus relaciones con su padre hasta el punto de excluir todo tipo de relación paterno filial sin expresar una causa razonable que así lo justifique».

En el caso resuelto en la STS núm. 52/2016 de 11 de febrero³⁵⁸, se adoptó un criterio favorable al régimen de guarda conjunta, valorando la opinión de un menor de catorce años, por su madurez y lo expresado por el mismo en la exploración judicial, en la que «manifestó de forma «clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre, e incluso de vivir con él», pese a no tener problemas con su madre, lo que le permitiría estar más tiempo con su hermana, mayor de edad, que vive con el padre».

³⁵⁷ Vid. STS núm. 519/2017 de 22 de septiembre, FD 1º (ROJ 3327/2017,ECLI:ES:TS:2017:3327).

³⁵⁸ Vid. STS núm. 52/2016 de 11 de febrero, FD 1º (RJ 2016\52, ECLI:ES:TS:2016:480).

Como pone de manifiesto Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga³⁵⁹, hay un concierto generalizado en aceptar la necesidad superior de oírles y atender sus opiniones y deseos, según vayan haciéndose mayores. De forma que, cuanto más nos aproximamos a «la mayoría de edad, parece difícil ordenar una modalidad en contra de la decisión del menor o no tener en cuenta sus rechazos, sus afinidades, sus coincidencias o sus identidades de gustos y aficiones».

A efectos del ejercicio de la custodia compartida, y dependiendo de la madurez de los hijos, el TS ha sido consciente de las dificultades de la aplicación e imposición de un régimen de estancias a partir de los dieciséis años, por las connotaciones que conllevan las relaciones en esa edad. La vida familiar se enmarca dentro de unas relaciones de autonomía en los desplazamientos de los hijos, alternancia entre los domicilios paternos según sus propias conveniencias y un cierto grado de libertad consustancial a su crecimiento. Es por ello, por lo que la imposición de una convivencia por vía forzosa se hace especialmente conflictiva.

En resumen, cuando se trata de adolescentes, por su capacidad para entender la trascendencia de las medidas de convivencia y por el grado de madurez próximo al que se presume por su cercanía a la mayoría de edad, se les hace partícipes en el procedimiento.

³⁵⁹ *Vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *op. cit.*, pp. 1239-1243.

CAPÍTULO VI

Servo et cibum

CAPÍTULO VI

GUARDA COMPARTIDA Y ALIMENTOS

I. CONNOTACIONES GENERALES DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Las posibilidades que se pueden presentar en el régimen de guarda conjunta, respecto a la asistencia de alimentos, son varias, puesto que los hijos vivirán con los dos progenitores y ambos tendrán que afrontar sus gastos. Puede ser que el que no conviva con los hijos en cada momento tenga que abonar una cantidad o no, dependiendo de las circunstancias económicas. En el Código Civil no encontramos una regulación específica que haga alusión a la forma en que deba concretarse dicha prestación en los casos de guarda y custodia de forma alterna³⁶⁰.

En cuanto a las necesidades de alimentos, se habrá de atender a los conceptos previstos en el artículo 142 CC, sobre sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. Parece evidente que el sustento y la habitación se darán directamente cuando los menores pernocten con cada uno de los progenitores, sin necesidad de añadir cantidad alguna cuando haya un equilibrio del tiempo de estancia y de ingresos entre los padres; no olvidemos

³⁶⁰ En este sentido, BERROCAL LANZAROT, A.I. refiere esa ausencia de mención expresa en el Código Civil sobre la obligación alimenticia en los supuestos de distribución de los hijos y guarda compartida. La situación contrasta con la previsión expresa que se hace en el art. 233-10.3 del Código Civil catalán en el que se dispone que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien, es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente. Finalmente, y en esa comparativa con la legislación autonómica, el Código de Derecho Foral de Aragón precisa en su art. 82 que, tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo que, determinará el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. *Vid.* «Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida» (2014), p. 19.

que la vivienda se incluye dentro de los alimentos que precisaran³⁶¹. Los gastos de vestido, asistencia médica y educación son gastos externos a los que deben de contribuir ambos progenitores, en principio, a partes iguales.

Los pactos que puedan alcanzar los progenitores, en materia de obligación de pago de alimentos de los hijos menores, deberán respetar el interés del menor y de su valoración se ocupará el Juez a fin de que cumplan las características que analizamos en los puntos siguientes. En cuanto a la validez y efectos que se otorga a los acuerdos no aprobados judicialmente, se determina que serán válidos y exigibles siempre y cuando protejan adecuadamente el interés superior del menor, no vulnere los límites establecidos en el artículo 1814 del Código Civil, y la exigibilidad de su abono no puede hacerse depender del cumplimiento o incumplimiento del resto de pactos incluidos en el convenio ajenos a dicha obligación³⁶².

³⁶¹ Cf. STS núm. 183/2017 de 14 de marzo: «(...) Si las hijas necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, una vez que concluya el régimen de guarda impuesto por la minoría de edad, podrán pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos (artículo 142 y s.s. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derecho sobre la misma.» FD 3º (RJ 2017\878, ECLI:ES:TS:2017:973).

³⁶² La STS núm. 569/2018 de 15 de octubre declara la procedencia de la reclamación de los alimentos en virtud de un convenio regulador no homologado judicialmente. Se hace hincapié en la limitación impuesta en el art. 1814 del CC, al conferir los cónyuges al documento naturaleza de convenio privado, no aprobado judicialmente, para regir las relaciones de la separación de hecho. En el supuesto abordado, el demandado convino con la actora las prestaciones alimenticias del hijo, reconoce que el convenio se ha ido cumpliendo, aunque irregularmente, y, ante la reclamación de lo adeudado, articula como defensa que el convenio carece de efectos al no haber sido objeto de aprobación judicial, sin que en todo el tiempo de vigencia del convenio haya llevado a cabo ninguna gestión judicial en orden a la adopción de medidas relacionadas con el menor. Se subraya que la obligación del pago de alimentos de los progenitores para con sus hijos menores de edad no puede hacerse depender del cumplimiento o incumplimiento del progenitor custodio de otras estipulaciones del convenio. FD 2º y 3º (RJ 2018\4295, ECLI:ES:TS:2018:3485).

1. Sobre la obligación del pago

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los alimentos en este régimen y ha recogido varios caracteres atinentes a este derecho-obligación. Dentro de los diversos pronunciamientos, podemos encontrar unos aspectos comunes y aglutinarlos según se expone a continuación.

1.1. *No se excluye el deber de abonar una pensión*

El hecho de establecerse una custodia compartida no exime de la obligación del pago de pensiones, siempre que se cumplan las condiciones de desproporción de ingresos entre los progenitores.

Así, en el caso resuelto en la STS núm. 55/2016 de 11 de febrero³⁶³, el alegato del recurrente partía de entender que, al adoptarse este sistema, no era necesario el pago de alimentos, pues cada uno se haría cargo de los mismos durante el período que tuviera la custodia de los menores. Sin embargo, en el supuesto concreto, la progenitora no percibía salario o rendimiento alguno, estableciéndose un pago de alimentos en cuantía proporcional a las necesidades del que los recibía, pero también al caudal o medios de quien los daba, y, todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 146 del Código Civil³⁶⁴.

En el supuesto planteado en la sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) núm. 560/2016 de 21 de septiembre³⁶⁵, se dilucidaba la petición de una modificación al régimen de guarda conjunta. El Tribunal argumentó que el régimen de custodia compartida no siempre ha de suponer la supresión de la

³⁶³Vid. STS núm. 55/2016 de 11 de febrero (RJ 2016\249, ECLI:ES:TS:2016:359).

³⁶⁴ Esta forma de articular la pensión de alimentos en los supuestos de custodia compartida, relacionando el art. 93 y 146 del CC, fue referida en el Capítulo II. Dicha interpretación se viene recogiendo igualmente en resoluciones como las SSTS núm. 133/2016 de 4 de marzo (RJ 2016\1399, ECLI:ES:TS:2016:973) y 263/2016 de 20 de abril (RJ 2016\3664, ECLI:ES:TS:2016:1658).

³⁶⁵Vid. STS núm. 560/2016 de 21 de septiembre, FD 2º (RJ 2016\4439, ECLI:ES:TS:2016:4100).

pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. Siendo así, no se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno.

1.2. No se debe limitar en el tiempo

El pago de la pensión de alimentos, que se haya podido acordar, no debe limitarse temporalmente. En la mencionada STS núm. 55/2016, se analizó la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia en la que se acordaba la custodia compartida y se fijaba alimentos para los hijos, pero los limitaba por un plazo de dos años, durante los cuales, se consideraba que la madre podría encontrar trabajo³⁶⁶. Este aspecto lo corrigió la Audiencia Provincial en segunda instancia, pues se viene a entender que los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pudiera o no encontrar trabajo.

Para Costas Rodal³⁶⁷, el fundamento de la obligación de alimentar a los hijos no coincide con el que es propio de la pensión compensatoria. Los alimentos de los menores no se podrán hacer depender del acontecimiento incierto de que la madre encuentre trabajo, y menos en una situación de crisis económica, pues puede que tal eventualidad no ocurra en el plazo de los dos años estimados. Si fuera así, llegado el mismo, se extinguiría sin más la pensión alimenticia que el padre debía pasar a los menores, es decir, aun sin concurrir ninguna de las causas de cesación de la obligación.

La afirmación sobre la «no limitación temporal» debe ser matizada tomando en consideración el propio tenor literal del Código Civil. Partimos de

³⁶⁶ « (...) Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil. Por lo expuesto, esta Sala mantiene el pronunciamiento de la sentencia (JUR 2015, 70310) recurrida, en relación con los alimentos al mantenerlos sin limitación temporal, sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 C. Civil).» FD 6º (RJ 2016\249, ECLI:ES:TS:2016:359).

³⁶⁷ Cf. «Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016.» (2016), pp. 5-8.

que esa deuda alimenticia familiar constituye una relación jurídica surgida a partir del vínculo de parentesco, en cuya virtud, los hijos menores, como alimentistas, reciben lo necesario para su subsistencia. En este contexto, tendrán cabida las causas de prescripción de las pensiones alimenticias vencidas y no satisfechas, por el transcurso del lapso de tiempo establecido en el art. 1966 del Código Civil. Igualmente, encontramos las causas de extinción de los alimentos entre parientes en los artículos 150 y 152 del CC³⁶⁸. En cierto modo, podrían considerarse una causa de limitación por su aplicación analógica.

En este punto, se debe tener en cuenta, que queda a salvo la posible y ulterior modificación de las medidas relativas a dichas pensiones de alimentos, para el caso de que varíen sustancialmente las circunstancias. Y todo ello, dentro del procedimiento de modificación correspondiente que nos lleve a una necesaria resolución judicial que acuerde o apruebe dichas alteraciones. Siendo así, si las circunstancias económicas varían en un futuro (reanudación de actividad laboral, obtención de ingresos o buena fortuna por cualquier causa), los progenitores podrán acudir a la solicitud prevista en el art. 91 *in fine* CC.

³⁶⁸ Art. 152 del Código Civil: «Cesará también la obligación de dar alimentos: 1.º Por muerte del alimentista. 2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. 3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. 4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación. 5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.».

2. Las fórmulas en la praxis jurisprudencial

Entre las conclusiones que se alcanzaron respecto a la custodia compartida en el *IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados y en las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales*³⁶⁹, debemos traer a colación en estas cuestiones, las expuestas en los siguientes apartados.

2.1. La determinación de la cuantía

A priori, se establece la obligatoriedad de establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos. El órgano jurisdiccional deberá valorar la distinta capacidad económica que presenten los progenitores a efectos de establecerla, en su caso, y fijar el montante de dicha obligación. Al mismo tiempo y a efectos de la precisión de la cantidad, deberá tenerse en cuenta la atribución del uso del hogar familiar que se haga a uno de los progenitores, aunque quede limitado en el tiempo³⁷⁰.

Las actualizaciones de las cuantías de las pensiones en general, conforme a los índices de precios al consumo (IPC) y publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, constituyen una referencia habitual en la práctica. Generalmente, los cálculos se realizan para periodos anuales completos, siendo solamente válidos los periodos comprendidos entre marzo de 1954 hasta la actualidad. Los indicativos para efectuar los cálculos son: la selección del periodo, el año inicial, el año final y la renta a actualizar. El método utilizado para el cálculo de las tasas de variación del IPC está descrito y

³⁶⁹ Celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009. En igual sentido, el Encuentro entre Magistrados y Jueces de Familia y Abogacía especializada organizado por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid durante los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015.

³⁷⁰ «En este contexto, conviene recordar que, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia como así se establece específicamente en el art. 233-20.7 del Código Civil catalán –como contribución en especie—. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común.» *Vid. supra, op. cit.* BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014), p. 20.

detallado en el apartado de la metodología de la página web donde se publican³⁷¹.

Habitualmente el texto que se recoge en las resoluciones a los efectos anteriores suele ser el siguiente: «Las cantidades anteriormente señaladas se actualizarán, automática y anualmente, cada (*se indica el mes*), a tenor de las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya.».

2.2. Los sistemas para el pago

Las fórmulas para sufragar los alimentos pueden ser diversas, entre las que se pueden incluir las siguientes:

a) El pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de similitud de las capacidades económicas de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonando por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios. Generalmente se suele realizar mediante domiciliación bancaria de los abonos en una cuenta común, que se nutre con iguales aportaciones dinerarias de las partes.

b) El ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada. En este supuesto podrán domiciliarse todos o parte de los gastos fijos que se genere. Esto supone un fondo común en el que contribuyan a partes iguales ambos y del que se lleve a cabo el pago de los gastos correspondientes a estos conceptos (domiciliación de los recibos del colegio o seguros médicos, domiciliación actividades extraescolares, compra de ropa, calzado y otras necesidades habituales). En lo que los gastos excedan de las cantidades ingresadas, se podrá acordar que se abonen por mitad, al igual que los gastos extraordinarios.

³⁷¹ Vid. <https://www.ine.es/calcula/>.

c) El pago directo a terceros, de determinados gastos que generen los hijos, bien por parte de un progenitor o por parte de ambos. En ocasiones, puede darse el sistema del anticipo por uno de los progenitores y la reclamación de la mitad de dicho gasto al otro. Esta última fórmula no la considero recomendable para los casos de mala relación, que conlleve falta de comunicación entre los progenitores. Esta última circunstancia puede implicar, desde el punto de vista procesal, un sinnúmero de procedimientos en orden a ventilar las posibles y continuas reclamaciones.

d) Las fórmulas anteriores podrán combinarse, atendiendo a las peculiaridades de cada supuesto concreto.

En síntesis, se opta por ir equiparando los gastos ordinarios y extraordinarios, fijando unos porcentajes para su cobertura. Debe reconocerse, que el sistema habitual, por el cual uno de los padres los abona para después reclamarlo al otro, acarrea dificultades y agravios comparativos, sobre todo en los procesos contenciosos³⁷². Esta práctica genera multitud de conflictos futuros y numerosos procesos de ejecución. En el ámbito procesal, la reclamación de los gastos extraordinarios genera una multiplicación de procesos, con las correspondientes aperturas de piezas separadas, dada su particularidad a la hora de determinarlos y cuantificarlos. En este punto, y a los efectos de la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, el art. 776 de la LEC establece que, al cónyuge o progenitor, que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan, podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 de la LEC y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas. Respecto a la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios, que no estén expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse, previamente al despacho de

³⁷² *Vid.* en este sentido a PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia» (2009), pp. 3-6.

ejecución, la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario³⁷³.

En cuanto a los modos de realizar el pago, deberán de hacerse en los plazos y conforme determine la sentencia, que recoge el fallo acordado por el Juez o que apruebe las previsiones convencionales de las partes. El medio más común suele ser el ingreso o transferencia en la cuenta bancaria designada a tales efectos. Otra modalidad, que deja constancia de su realización, son los giros postales a través del servicio de correos. No se suele recomendar las entregas de dinero en efectivo o metálico en mano al que deba recibirlo, sin dejar justificación o prueba documental de haberse realizado.

Recordemos que son gastos extraordinarios todos aquellos que son necesarios para la manutención, vestido, asistencia médica o educación de los hijos que no están incluidos en la pensión de alimentos, porque no se podían prever con antelación en el momento en que se fijó dicha pensión. El hecho de considerarlos como gastos imprevisibles, nos lleva a la característica de no ser habituales, ya que no se repiten en el tiempo. El criterio general seguido por los tribunales es el de que deberán abonarse por mitad, es decir al 50 por ciento por cada uno de los progenitores, aunque nada impide que se haga un reparto diferente en función de la consideración de los ingresos de cada uno de los padres (p. ej. 30% y 70% ó 40% y 60%).

En la práctica, es adecuado reiterar la conveniencia de afinar cuáles son los conceptos que presenten especiales dificultades de interpretación por parte de los padres y dejar clara la forma de sufragarlos. Sirva como ejemplo, el fallo de la STS núm. 33/2016 de 4 febrero³⁷⁴, por el que se establece que: «3º. Cada progenitor afrontará los alimentos en los periodos en que tenga la

³⁷³ Art. 776.4ª LEC: « (...) Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.»

³⁷⁴ STS núm. 33/2016 de 4 de febrero (RJ 2016\494, ECLI:ES:TS:2016:335).

custodia del menor, con excepción de los de inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme, si es el caso), que deberán compartirse en cada periodo pese a la consideración de ordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad teniendo la consideración de tales los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que pueda necesitar la menor y actividades extraordinarias consensuadas por ambas partes»³⁷⁵.

Atendiendo a la praxis jurisprudencial, se repiten los siguientes modelos³⁷⁶:

- 1) La totalidad de los gastos de manutención y del hogar familiar serán sufragados por cada progenitor en sus periodos respectivos del tiempo de convivencia.
- 2) Ambos progenitores podrán satisfacer por mitades o iguales partes los alimentos del menor o gastos ordinarios generados.
- 3) Uno de los progenitores satisfará una cantidad mensual al otro, en función de su capacidad económica.

Junto a estas posibilidades, se podrán añadir todas aquellas combinaciones y porcentajes que se adapten a las circunstancias familiares concretas. Y todo ello atendiendo a criterios como los siguientes, en orden a determinar la

³⁷⁵ Con el mismo ánimo precautorio, encontramos el punto 4º del fallo de la STS núm. 94/2010 de 11 de marzo: «Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del art. 143 del Código Civil (formación, salud, etc.). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial». (ROJ: STS 963/2010, ECLI:ES:TS:2010:963)

³⁷⁶ Así lo refleja la autora MORILLAS FERNANDEZ, M. en BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), *La custodia compartida en España*, pp. 99-100. Si bien, entiendo que las posibilidades pueden asociarse a los distintos tipos de domicilios en los que se desenvuelva la vida de los hijos menores, no teniendo por qué asignarse cada una de las opciones expuestas a una situación de vivienda en concreto.

pensión: las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares³⁷⁷. Así, en el asunto abordado por la STS núm. 630/2018 de 13 noviembre³⁷⁸, y en aras a concretar la cuantía de la pensión en un sistema de custodia compartida sobre las hijas menores de edad, se contempla la situación de que estas estarán con la madre cuatro días y medio, y con el padre dos días y medio. De tal forma, se extrae que la fijación se hará con proporcionalidad a las necesidades de las menores, a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno.

A esa regla de proporcionalidad entre los recursos de alimentante y alimentista, se refiere el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, formulando modulaciones a las reglas generales y atendiendo a las especialidades en sede de familia. Se concluye, por tanto, que la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago cuando exista esa desproporción entre los ingresos de ambos³⁷⁹.

³⁷⁷ Se debe recordar en este punto, una vez más, los términos de la modificación pretendida del artículo 93 del CC, por el ALECP del año 2013.

³⁷⁸ Cf. STS núm. 630/2018 de 13 de noviembre, FD 8º y 9º (RJ 2018\4930, ECLI:ES:TS:2018:3743).

³⁷⁹ Así lo resaltan MARTÍN MARTÍN, G.A. y ALIAGA CASANOVA A., *vid. supra. op. cit.*

II. ALIMENTOS A CARGO DE CADA PROGENITOR DE FORMA INDIVIDUAL

En la mayoría de los supuestos en los que se establece el régimen de custodia compartida, no se aprueba la fijación de una pensión de alimentos como tal. En estos casos, los gastos en concepto de alimentos de los hijos correrán de cargo del padre o la madre en cada momento. Los progenitores no tendrán derecho a exigirse recíprocamente cantidad alguna por este concepto en relación con el sustento ordinario que genere la estancia de los menores con cada uno de ellos.

Estas ocasiones se corresponden, generalmente, con aquellas en las que los hijos se desplazan al domicilio de la madre y al del padre por periodos alternos. La totalidad del sostenimiento del hogar familiar, en dichos tiempos, será satisfecha por cada progenitor. Así, las resoluciones, que deciden en tal sentido, vienen a puntualizar que ambos deberán hacerse cargo de los alimentos del menor en el periodo concreto que les sea asignado para el ejercicio efectivo de la guarda y custodia.

Las respuestas de la Sala de lo Civil del TS tienden a valorar la mencionada connotación de la concurrencia de desproporción en los ingresos de los progenitores, sobre los alimentos entre parientes y el reparto de la obligación de darlos en cantidad proporcional a su caudal respectivo, a fin de no vulnerar los artículos 142, 145, 146 y 147 del Código Civil.

En tal sentido, en el caso planteado en la sentencia núm. 545/2016 de 16 septiembre³⁸⁰, el TS analiza cómo en las respectivas sentencias dictadas en primera y segunda instancia se atribuye la guarda y custodia de los menores en favor de la madre, fijando una pensión de alimentos mensual en favor del hijo menor que debía pasar el padre. El TS acordó la supresión de la pensión de alimentos y el cese de la obligación de abonarla, una vez se estableciera el

³⁸⁰*Vid.* STS núm. 545/2016 de 16 de septiembre, FD 7º y 8º (RJ 2016\4449, ECLI:ES:TS:2016:4089).

paso de la guarda exclusiva a una de forma compartida, al no constar que concurriera desproporción en los ingresos de los progenitores. Por tanto, ambos satisfacerían directamente los alimentos del menor cuando este estuviera en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%³⁸¹.

III. PENSIÓN DE ALIMENTOS SATISFECHA POR MITAD E IGUALES PARTES

La expresión «satisfecha por mitad e iguales partes entre los progenitores» suele ser utilizada frecuentemente en aquellos casos en los que los hijos se quedan en la que fue vivienda familiar (casa nido) antes de la crisis parental y los padres alternan los periodos de convivencia en ella. Las fórmulas para sufragar los gastos pueden ser cualquiera de las expuestas anteriormente. Aunque en estos casos, al convivir en el mismo domicilio y tener que costear los mismos suministros (luz, agua, teléfono, seguro de hogar, impuestos o tasas municipales, etc.), considero que es especialmente práctico el método de cargar los recibos en una cuenta común para atender todas las domiciliaciones.

Para los casos en los que se resida en domicilios diferentes, las cantidades que las partes deban de abonarse respectivamente, pueden ser muy similares, aunque no exactamente idénticas. Así, por ejemplo en la STS núm. 94/2010³⁸² de 11 de marzo, se acoge una pequeña diferencia, en función de las diferencias de ingresos económicos de las partes, fallando que: «3º Cuando los menores se encuentren residiendo con su padre, su madre ha

³⁸¹ En este mismo sentido encontramos la STS núm. 658/2015, de 17 noviembre, por la que se «acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre la menor (...) Ambos progenitores satisfacerán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, al no controvertirse la situación equilibrada de los ingresos de los padres.», FD 7º (RJ 2015\5392, ECLI:ES:TS:2015:5218).

³⁸² Cf. STS núm. 94/2010 de 11 de marzo (ROJ: STS 963/2010, ECLI:ES:TS:2010:963).

de abonarles 300 € en concepto de alimentos, y cuando se encuentren residiendo con su madre, su padre habrá de abonarles la cantidad de 250 €.».

En conclusión, resumiendo la diversidad encontrada en el conjunto de los supuestos analizados, se puede aglutinar en este apartado lo que, indistintamente, la doctrina jurisprudencial del TS³⁸³ denomina como casos en los que: - «se suprime la pensión de alimentos», -«los alimentos son a cargo de cada uno de los progenitores» y, - «pensión de alimentos satisfecha por mitad e iguales partes». A priori, pueden parecer soluciones distintas, pero en la práctica terminan por confundirse en los matices de una misma forma de proceder a la hora de sufragar los gastos ordinarios y extraordinarios.

³⁸³*Vid.* STS núm. 681/2010 de 1 de octubre (RJ 2010\7302, ECLI:ES:TS:2010:4861): «1º) Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo menor de los litigantes, guarda mensual alternativa, con el sistema de comunicación y visitas que se detalla en el Fundamento de Derecho nº dos de la presente resolución, debiendo cooperar los progenitores en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de su hijo. 2º) Cada uno de los progenitores abonará los gastos ordinarios (estudios, alimentación, ocio, vestido...) que se produzcan cuando el menor se encuentre bajo su guarda, abonando por mitad los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, con independencia de cuando se produzcan. D. Eduardo, seguirá abonando los gastos del menor referentes al seguro médico de Sanitas, la cuota por pertenencia a la Falla y los gastos escolares de comedor".»

En tal sentido, véase igualmente la STS núm. 762/2012 de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2014\74, ECLI:ES:TS:2013:5966): «Se acuerda el régimen de custodia compartida de Rogelio y Alejandra, por D. Fructuoso y D.ª Juliana. 4 El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. 5 A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. 6 Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro. 7 Se señala una visita semanal con el progenitor que no los tenga bajo su cuidado, desde la salida del colegio el miércoles, hasta las 20 horas, en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor con quien estén conviviendo. 8 Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. 9 Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos extraordinarios al 50%.»

IV. PENSIÓN DE ALIMENTOS SATISFECHA POR UN SOLO PROGENITOR

Atendiendo a los criterios anteriormente expuestos, la opción de establecer la obligación del pago de una pensión alimenticia exclusivamente a cargo de uno de los padres es también viable en los casos en que se adopte el sistema de guarda conjunta o alterna. Los aspectos, que se ponderan para implantar esta forma de sufragar la manutención de los hijos menores, pueden ser variados, aunque, de forma lógica, el más representativo será la diferencia de capacidades económicas de las partes. El factor económico determina que la regla de cubrir los alimentos y las necesidades de los hijos, en función de los recursos de las partes, pueda producirse de forma no similar o desequilibrada, especialmente en aquellos momentos en que los hijos permanezcan bajo la custodia del progenitor menos favorecido.

En este contexto, puede servir de ejemplo el supuesto solucionado en la STS núm. 15/2020 de 16 de enero de 2020³⁸⁴, que recoge el sistema denominado como «casa nido», tan desaconsejado por ser conflictivo y antieconómico. Una vez resuelto el elemento de la vivienda, entendida como integrante en los alimentos debidos a los hijos, se procede a fijar un plazo de transición de dos años para la atribución de su uso, a la vista de los escasos ingresos de la madre. En el supuesto concreto, se consideró que la progenitora se encontraba en una situación más necesitada de protección que el padre. Fue

³⁸⁴Vid. STS núm. 15/2020 de 16 de enero, FD 3º, 4º y 5º (RJ 2020\666, ECLI:ES:TS:2020:61): «A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores. Sin perjuicio de ello, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia. En base a lo expuesto se fija, durante los mencionados dos años, una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre, teniendo en cuenta sus superiores ingresos (art. 146 del C. Civil), que durante dos años la vivienda solo la disfrutarán madre e hijas y que los períodos de estancia con el padre son superiores en tiempo. Transcurridos los dos años, el juzgado determinará, en función de las circunstancias, cuál será la nueva pensión de alimentos.».

por ello que, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia desde la ruptura familiar, se procedió a fijar, durante los mencionados dos años, una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, que serían abonables por el padre.

Siendo así, como en el caso anterior, la tenencia de unos ingresos superiores por parte de alguno de los progenitores supone un condicionante primordial para una decisión enfocada al establecimiento de la obligación del pago de la manutención o pensión de alimentos en exclusividad o a cargo del más favorecido. Dicho pronunciamiento nos lleva a la literalidad del texto del art. 146 del Código Civil, por el cual, la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

En el asunto resuelto en la STS núm. 390/2015 de 26 de junio³⁸⁵, se viene a reconocer que, al ser procedente el régimen de custodia compartida, ello comportaría que cada progenitor, con ingresos propios, atendiese directamente los alimentos cuando tuviese consigo a la menor. No obstante, las diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de los padres, determinó que uno de ellos viniese obligado a satisfacer una pensión de alimentos y la mitad de los gastos extraordinarios.

La consecuencia procesal de este tipo de decisiones dentro del derecho de familia, es que, en la mayoría de los casos y transcurrido el tiempo establecido para el pago de dichos alimentos, habrá que acudir a un nuevo procedimiento de modificación de medidas. Llegado el momento, será el

³⁸⁵*Vid.* STS núm. 390/2015 de 26 de junio, (RJ 2015\2658, ECLI:ES:TS:2015:2736) que falla lo siguiente: «Don Dionisio abonará en concepto de alimentos de la hija la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Deberá abonar además el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de Tablada, si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.».

juzgado el que nuevamente determine, en función de las circunstancias, cuál sea la nueva pensión de alimentos o si haya que ser suprimida.

CAPÍTULO VII

Custodia et habitationi

CAPÍTULO VII

GUARDA COMPARTIDA Y VIVIENDA

El presente apartado enlaza con los criterios sustantivos sobre la vivienda familiar que fueron abordados en el capítulo segundo. En el mismo se hizo una aproximación a la delimitación conceptual del núcleo del bien inmueble que fue ocupado durante el tiempo de estabilidad de la pareja en familia, antes de la crisis de la misma. Dichas referencias se han de conectar, ahora, con el régimen jurídico nacido a partir de la ruptura, bien matrimonial o de la pareja de hecho, con el objetivo de estructurar los posibles modelos de respuesta que compagine la guarda conjunta y la vivienda.

I. LOS FACTORES Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

Partiendo del hecho de la existencia de hijos menores, se llega al planteamiento de si el desarrollo de los mismos debe continuar haciéndose en el entorno en que habitualmente venían viviendo antes de la crisis familiar. El interrogante se centrará en apreciar los vínculos existentes y referentes a los caracteres afectivos, educacionales, sociales y similares³⁸⁶. Esto supondrá una valoración dentro del proceso que se inste de familia, acerca de si lo más conveniente sea el mantener ocupando la que fue vivienda hasta ese momento o la posibilidad de admitir un cambio de la misma.

El destino que se dará, tras la ruptura parental, a la que fue la casa familiar, ha sido un tema de estudio muy repetido por la doctrina científica.

³⁸⁶ GARCÍA MAYO, M., nos anota la denominada como «teoría del apego», que es utilizada en el ámbito de la psicología y el psicoanálisis, en relación con el alcance de la madurez y las bases de la personalidad en los hijos menores. Véase *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico* (2019), p. 76.

Muchos autores se han pronunciado sobre la repercusión que tiene la medida de la relación equilibrada de tiempo y responsabilidades con el derecho de uso, los cambios de domicilio y la estabilidad del menor, llegando a cuestionarse la esencia de la propia custodia compartida. Para Cuenca Casas³⁸⁷, el hecho de que los hijos continúen en el domicilio familiar no es esencial para salvaguardar sus intereses, al igual que no es discutible que éstos pueden sobrevivir en otro inmueble. A su juicio, para que la custodia compartida resulte una fórmula positiva, será preciso que «la materialización práctica de la misma resulte cómoda para todos disociando la petición de la custodia de los derechos sobre la vivienda y evitando así que se pida la custodia compartida sólo para obtener derechos sobre la vivienda y que se bloquee esta petición por el otro cónyuge sólo para mantener dicho uso»³⁸⁸. Según la autora, el tema consiste en determinar cómo están mejor los hijos, si dentro o fuera de la vivienda familiar.

³⁸⁷ La autora no se manifiesta contraria a la custodia compartida, que tiene evidentes ventajas para los menores, pero alerta de los efectos negativos reflejos que su adopción puede tener en la vida cotidiana de los menores, siendo fundamental la valoración de la pericial psicosocial: «Que lo mejor para los menores es continuar en su entorno habitual, tener un único «centro de operaciones», pienso que está fuera de toda duda. Se puede tener custodia compartida manteniendo esta situación. Creo que objetivamente es mejor para los menores convivir formalmente con el progenitor custodio y un amplio régimen de comunicación con el otro cónyuge que no sólo debe compartir «tiempo» con los menores, sino también «responsabilidades».» Cf. CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar» (2011), pp. 413-424.

Por su parte, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. es partidaria de que el Juez ordene la división de la vivienda familiar cuando fuere común, decisión que podría adoptar con base en el art. 96.2 del CC, *vid.* «Problemas que genera la actual regulación de la guardia y custodia compartida en el proceso contencioso» (2008) p. 8; *Vid.* también a LOPEZ ORDIALES, J.J., «Custodia compartida. Cuestiones procesales», (2007) p. 296.

³⁸⁸ En tal sentido, y acerca de las disputas sobre las peticiones de custodia que encubren la intención del uso de la vivienda, se manifiestan LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial» (2010) p. 261; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida» (2009), p. 2; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar» (2011): «(...)deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en orden a la determinación de cuál de los cónyuges debe ostentar la custodia (para tratar de evitar que se reclame la custodia de los hijos comunes solo por y para la obtención del uso de la vivienda familiar)», pp. 393-394.

Partiendo de la cuestión matriz, se pretende estructurar diferentes soluciones aportadas por las sentencias del Alto Tribunal en función de las variadas situaciones fácticas familiares. Cuando se asocia el uso de la vivienda con el régimen de alternancia de custodia, vemos cómo surge la problemática que viene a enfrentar la prioridad de la protección del interés de los hijos, en una situación de crisis de pareja, sobre el de la propiedad de los bienes o los derechos de titularidad dominical sobre ellos³⁸⁹.

Estos aspectos fueron tratados por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 593/2014 de 24 de octubre de 2014³⁹⁰, que estimó el recurso de casación por el que se pretendía instar a adoptar una solución con relación a la atribución de la vivienda al cónyuge no titular de la misma en casos de custodia compartida, supuesto sobre el que no existía jurisprudencia al respecto. Se puso de manifiesto la gravedad del problema para hacer efectivo este régimen de convivencia en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos. En estos casos, como refiere la

³⁸⁹ Así lo reseña DOMINGO MONFORTE, J., cuando expone este aspecto de la guarda jurídica que nos lleva a la STS núm. 622/2013 de 17 octubre (RJ 2013\7255, ECLI:ES:TS:2013:5003), quedando a salvo el pacto de los progenitores que deberá, a su vez ser controlado por el Juez. Se resolvía en dicha resolución un caso de limitación temporal al atribuirse el uso de vivienda familiar privativa del padre al hijo menor (de 2 años de edad) y a la madre bajo cuya guarda exclusiva y cuidado quedaba. Este criterio se mantiene y reafirma en la sentencia núm. 181/2014 de 3 de abril de 2014, FD 2º (RJ 2014\1950, ECLI:ES:TS:2014:1356), insistiendo en que cualquier otra interpretación «... implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor...». *Vid.* DOMINGO MONFORTE, J., «Custodia y nido compartido: todo cambia» (2014), p.1.

³⁹⁰ *Cf.* STS núm. 593/2014 de 24 de octubre (RJ 2014\5180, ECLI:ES:TS:2014:4249), posteriormente relacionada en las SSTs: núm. 7/2018, de 10 enero (RJ 2018\74), FD 3º; núm. 294/2017, de 12 mayo (RJ 2017\2203), FD 2º; núm. 522/2016, de 21 julio (RJ 2016\3445), FD 3º; núm. 434/2016, de 27 junio (RJ 2016\2876), FD 1º.

PANIZA FULLANA A., viene a concluir, a propósito de la STS núm. 593\2014, en la dificultad de encontrar fórmulas generales que sirvan para todos los casos, ante la variada casuística que se puede dar tras la ruptura matrimonial por las distintas circunstancias concurrentes y los distintos intereses que hay que conjugar para la atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida. «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar» (2015), pp. 10-11.

casuística jurisprudencial, se obligaba a los progenitores a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, resultando un total de tres viviendas en uso. También se planteó el caso de que uno de ellos fuera titular de la vivienda en la que la familia había convivido y el otro careciera de ella, puesto que existía el riesgo de que no pudiera cumplimentarse esta alternancia en los periodos en que le correspondía vivir en compañía de los hijos, como era el caso de la sentencia que se recurría.

La circunstancia relevante de la custodia compartida pasa por el hecho de que los hijos no se encuentran en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos. Siendo así, el tribunal que resolvía el caso aplicaba analógicamente el párrafo segundo del art. 96 del CC., contemplando el supuesto de que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, permitiendo al Juez resolver «lo procedente»³⁹¹. Dicha aplicación analógica daba unos patrones generales de resolución ante la falta de previsión legislativa, que, por otro lado, tampoco podemos exigir que sea exhaustiva.

En definitiva, y como se expondrá, se ha de resaltar el vacío legal existente en el artículo 96 del CC, sobre cómo y durante cuánto tiempo ha de atribuirse el uso de la vivienda que fue familiar (ya fuera común o ya fuera privativa de uno de los progenitores) en casos de custodia compartida. La limitación del uso es una constante en la doctrina del Tribunal Supremo, salvando el encuadre sobre los distintos plazos que sus resoluciones han ido trazando.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/2020 de 26 de octubre de 2020³⁹², viene a resumir precisamente las circunstancias que

³⁹¹ A pesar de tratarse de un tipo de custodia distinta, ya que sería «repartida» y no compartida. Siguiendo los parámetros de lo recomendado, dichos supuestos debían evitarse, al no ser conveniente la separación de los hermanos. Así nos lo recuerda GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico* (2019), p. 90.

³⁹² *Vid.* STS núm. 558/2020, de 26 de octubre, FD 3º (ECLI:ES:TS:2020:3562).

rodean al tema de la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida y los factores que se deben ponderar. En primer lugar resalta la situación de que el Código Civil no regula el régimen de atribución en estos casos, lo que produce, en consecuencia, «un vacío normativo que es necesario cubrir por exigencias derivadas del principio *non liquet* (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).» A los efectos de resolver los supuestos planteados, el TS confirma que no sería de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC, puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores y no a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa convivencia periódica con ellos. El tribunal se refiere a los supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

En segundo lugar, el TS viene a descartar la aplicación del párrafo tercero, que contempla una situación distinta cual es la del matrimonio sin hijos. Según el parecer del Tribunal Supremo, a la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima se encuentra en el párrafo segundo del art. 96 del CC, que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres, es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. En realidad, tampoco se trataría del mismo caso, aunque sí se asimilaría en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En definitiva, el mandato normativo confiere al Juzgador la apreciación de las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses que concurran en cada caso. Pues bien, esa labor de ponderación, según el propio razonamiento del Tribunal Supremo, precisa del análisis de factores como el interés más necesitado de protección, la

titularidad de la vivienda y los posibles modelos de distribución de su uso en los casos de la guarda y custodia compartida. Estos elementos son expuestos en los apartados siguientes.

1. El interés más necesitado de protección

A fin de determinar las posibilidades de compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos padres, se debe evaluar cuál sea el interés más necesitado de protección. Así, junto al reiterado interés superior del menor, habría que considerar el posible carácter gravoso, resultante tras la ruptura, para los progenitores, sobre todo para el titular de la vivienda³⁹³.

En opinión de Costas Rodal³⁹⁴, analizando la jurisprudencia al respecto, la única hipótesis en la que procede la fijación de un plazo de duración a la atribución del uso de la vivienda, cuando la custodia es compartida, sería aquella en la que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no titular. Cuando ambos cónyuges tuvieran recursos para acceder a una vivienda, en la que habitar con los hijos durante los períodos de efectiva custodia, no debería adjudicarse el uso a ninguno de ellos sino simplemente habría que conceder un breve plazo para el desalojo por parte de aquel que viniera disfrutando de la vivienda.

A parte del factor económico, entrarían en juego datos como los referentes a la salud y al patrimonio, a fin de concretar la probabilidad de disponer de otra vivienda en la que el progenitor conviva con los menores en

³⁹³ La pretendida modificación proyectada por el ALECP, para los arts. 96.2. II y 103 del CC, refiere la propuesta de que «en todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad».

³⁹⁴ Cf. COSTAS RODAL, L., «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS.» (2016), p. 8.

aquellos períodos que le corresponda tenerlos en su compañía. Por tanto, los criterios relativos a la capacidad económica, la posibilidad de habitar en otra residencia y la proximidad de los domicilios, son referencias obligadas y citadas por la jurisprudencia en sus resoluciones acerca del uso de la vivienda.

2. La titularidad de la vivienda

Otro elemento, que se habrá de ponderar, es el relativo a la titularidad de la vivienda que constituye el domicilio familiar, según sea privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenezca a un tercero. Esto nos enlaza con la eventualidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso para contrarrestar los efectos negativos.

Estos factores llevaron a la doctrina a discutir sobre lo que se llamó el «principio de solidaridad familiar» a efectos de reconocer una limitación temporal del uso. Se hace una comparativa entre las soluciones dadas en los casos de custodia monoparental y los de compartida. En los primeros, y al tratarse de una «guarda exclusiva», sí se reconocía existir un especial núcleo familiar que protegerse y se amparaba en el apartado 1º del art. 96 del Código Civil para atribuir el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor en cuya compañía quedasen. En estos regímenes se hablaba poco de establecer una limitación temporal del uso, con independencia del régimen de bienes del matrimonio o del tipo de titularidad³⁹⁵. Otro criterio argumentado hacía referencia a la posibilidad de extender el uso de la vivienda, inclusive hasta la

³⁹⁵ Generalmente, las decisiones judiciales pasaban por no limitar el derecho de uso al tiempo durante los cuales los progenitores ostentaran la titularidad sobre dicho bien. Esta es la interpretación que se recoge en la STS núm. 181/2014 de 3 abril, FD 1º (RJ 2014\1950, ECLI:ES:TS:2014:1356), cuando declara como única limitación temporal, la mayoría de edad de la hija, excluyendo la procedencia de la liquidación económica familiar.

eventualidad de la «adquisición de la independencia económica», aún después de que los hijos fueran mayores de edad³⁹⁶.

Por el contrario, en los regímenes de custodia compartida parece reducirse la existencia de ese núcleo a proteger. De este modo se abriría la contingencia de imponer una traba de tiempo en el uso, similar a los casos del párrafo 3º del art. 96 del CC, para los matrimonios sin hijos. Este aspecto es reflejado por la STS núm. 183/2017 de 14 de marzo, que recordó la doctrina reiterada de la Sala en el sentido siguiente: «esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales»³⁹⁷.

³⁹⁶ En mi opinión, hablar hoy día de la independencia económica en los hijos, nos llevaría a tratar con períodos cada vez más largos en el tiempo, ya que estos pueden no llegar a alcanzar la autosuficiencia económica hasta la edad de los 26 o 27 años. Según los informes de nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2019, el 56,7% de los matrimonios separados o divorciados tenían hijos menores o mayores dependientes económicamente. Consultado en https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf.

³⁹⁷ Vid. STS núm. 183/2017 de 14 de marzo, FD 3º (RJ 2017\878, ECLI:ES:TS:2017:973), en cuyos argumentos se citan otras sentencias como las núm. 593/2014, 24 de octubre (RJ 2014\5180), núm. 434/2016, 27 de junio (RJ 2016\2876), núm. 522/2016, 21 de julio (RJ 2016\3445), núm. 658/2015, 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5392), núm. 51/2016 de 11 de febrero de 2016, núm. 215/2016, 6 de abril (RJ 2016\1321) y núm. 110/2017 de 17 de febrero (RJ 2017\483)

Cabezuelo Arenas³⁹⁸ considera como incoherentes estas interpretaciones del Tribunal Supremo, respecto a la admisión de las acotaciones temporales y su consideración de lesivas al interés del menor, en unos casos sí y en otros no. Para la autora, no tiene ningún peso «el argumento de que la temporalización sea intrínsecamente lesiva al interés del menor por comprometer la cobertura de sus alimentos al limitar su permanencia en la vivienda». A su criterio, de ser así, «esta solución se rechazaría cualquiera que fuera el modelo de guarda implantado», es decir, tanto en una guarda monoparental como en una conjunta.

En las conclusiones a las que se han llegado en los múltiples Encuentros³⁹⁹, que se han celebrado entre los operadores jurídicos del ámbito del derecho de familia, se ha puesto de manifiesto la cuestión expuesta. El denominador común en ellas es la propuesta de una reforma del art. 96 del CC y los propósitos que se plantean serían, entre otros:

- La procedencia de una interpretación de la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar con carácter subsidiario y temporal, para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
- La distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el mismo, atendidas las circunstancias, mientras se realiza la liquidación. Y ello, dentro de unos plazos razonables a fin de evitar un desmerecimiento o perjuicio del valor de mercado, para atender a la

³⁹⁸ CABEZUELO ARENAS, A.L., «El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma», (2017), pp. 339-344.

³⁹⁹ Se trata de Encuentros entre Magistrados, Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrados en los meses de octubre de los años 2008, 2009 y 2015. *Vid.*: Conclusiones del III Encuentro, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, consultado en: <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf> y Conclusiones del IV Encuentro, celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de Octubre del 2009, consultado en: <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

venta a terceros o adjudicación a una de las partes. Esto último haría extinguir automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

- Evitar los obstáculos para la aprobación de cláusulas dentro del convenio regulador, por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. Ello se explicaría por una desafectación de la vivienda respecto del uso inicialmente atribuido.
- La recomendación de que, en las ocasiones de titularidad exclusiva de un solo progenitor, la sentencia o convenio regulador establezcan expresamente que, a la extinción del derecho de uso atribuido al titular, deberá éste proceder a desalojar el inmueble y podrá ser lanzado, a instancias del otro, si no lo hiciere en el plazo concedido al efecto.

3. Los modelos de distribución del uso de la vivienda en casos de guarda conjunta

Las opciones de distribución del uso de la vivienda en casos de custodia compartida no son muchas⁴⁰⁰. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, si se establece este régimen, las posibilidades pueden ser:

1. Que la vivienda familiar quede en uso y disfrute de los hijos y los progenitores conjuntamente, continuando conviviendo en el mismo domicilio en unión y armonía. Es un supuesto muy excepcional, dado que tendría que darse la circunstancia de que la vivienda familiar se

⁴⁰⁰ Así lo refieren CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar» (2011), p. 416. Sobre esta cuestión, véase también a MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE UU» (2009), p. 2-3. Véase, igualmente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. y CABEZUELO ARENAS, ANA L., *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (2017), pp. 86-94, 297-300.

divida en dos dependencias distintas, permitiendo que los hijos puedan estar indistintamente en una u otra e inclusive compatibilizar los espacios⁴⁰¹.

2. Que la vivienda familiar quede en uso y disfrute de los hijos, en compañía del progenitor con el cual convivan cada tiempo predeterminado. De eso modo, serán los padres los que se alternan, permaneciendo los hijos en el domicilio. Generalmente, cada progenitor retira sus objetos y efectos personales de su exclusiva pertenencia.

3. Se atribuya la vivienda a uno solo de los progenitores, normalmente el de menor capacidad económica, o más necesitado de protección. En este caso los hijos se quedarán junto a él en los periodos que le correspondan y se desplazarán a la vivienda del otro progenitor en el tiempo que se haya fijado.

4. El ejercicio de la guarda conjunta se haga en domicilios distintos al que fue la vivienda familiar. En estos casos los hijos se trasladarán a las nuevas residencias establecidas por los progenitores tras la ruptura.

Desde el punto de vista del ámbito judicial procesal, en la actualidad, la mayor parte de los pleitos versan sobre la vivienda. Es un asunto especialmente difícil el asumir que, tras la ruptura de la pareja, el modo de vida de los hijos puede verse empeorado. De ahí, que las controversias que suscitan todos los elementos que rodean el status de vida familiar anterior a la ruptura, suponen aumentar la saturación de procesos contenciosos que mezclan la pensión alimenticia y la casa. Así mismo, y acorde a la realidad socioeconómica actual, el gran problema es que hay parejas de progenitores que deben más de lo que realmente vale la vivienda, máxime en los casos en que la compraron entre los años 2000 a 2009.

⁴⁰¹ PÉREZ MARTÍN A.J., la denomina como Custodia compartida simultánea. *Vid.* "Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida" (2011).

En los próximos apartados se analizarán las vicisitudes que podemos encontrar en cada caso, así como las repuestas a su viabilidad que ha dado la doctrina jurisprudencial del TS.

II. LA CONTINUACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL COMO DOMICILIO DEL MENOR

La posibilidad de la llamada «guarda y custodia simultánea» supone un modelo en el que todo el núcleo familiar mantiene el mismo domicilio. Entiendo que podemos conectar esta categoría con lo expuesto en el Capítulo II sobre la delimitación de la extensión de la vivienda familiar y las dependencias anexas que la componen. Se trata de un sistema excepcional y poco frecuente, por la propia logística que implica. Es un modelo que resulta complejo y, según Águeda Rodríguez⁴⁰², «rara avis» en la práctica, ya que estaríamos hablando de casas de varias plantas o de varias entradas, patios comunes, pisos contiguos o próximos, etc. Por otra parte, este sistema da la oportunidad a los progenitores de compartir las tareas diarias y el cuidado del menor, de forma similar que en la situación de convivencia anterior.

Por lo demás, otro modelo, que permite compartir la que fue y es la vivienda familiar habitual con los hijos, es el siguiente que se examina y que intenta evitar el trasiego de los menores y sus enseres más personales.

⁴⁰² ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M., *Op. cit.* (2016) p. 50.

1. La casa nido: los hijos se quedan y los progenitores se alternan

Se presenta como una modalidad de permanencia de los menores «en el nido»⁴⁰³, atribuyéndoles el uso de la que fue vivienda familiar, y siendo los progenitores los que se alternen en ella, conforme a los períodos de tiempo concretos de convivencia que les corresponda. La duración de dichos espacios temporales alternos puede ser semanal, quincenal, mensual u otros aquellos que se establezcan en la sentencia, ya sea por decisión judicial o por aprobación de lo acordado en convenio regulador.

El pretexto que nos lleva a este tipo de reparto, lo encontramos en la intención de evitarle la trashumancia a los hijos menores y que es asumida por los padres. Esa ventaja ha sido reseñada en la doctrina portuguesa –Madaleno Rafael⁴⁰⁴– al considerar que la descendencia mantiene intactos sus espacios existenciales, aunque, como se indicará, tiene como desventaja el evidente costo financiero provocado por el tipo de dinámica familiar.

Este régimen de alternancia impone un nivel organizativo importante, sobre todo en lo que se refiere a la gestión doméstica (alimentación, suministros, aprovisionamiento del hogar, reparto de obligaciones según el período, etc.). Debido a ello, en estos casos se presentan incuestionables problemas, tanto de tipo económico como emocional. Ya desde fechas tempranas, tras la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, Lathrop

⁴⁰³ La doctrina brasileña denomina a esta modalidad como «guarda nidal». «Quando um chega, o outro sai, e o filho permanece em seu «ninho»», así nos lo apunta CHAVES, Marianna, *vid. op. cit.* p. 116, recordando los términos explicados sobre este modelo de ejercicio parental por OLIVEIRA, Euclides de. «Alienação parental e as nuances da parentalidade — guarda e convivência familiar», em em *Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM, pp. 277-339, 2015, p. 335.

⁴⁰⁴ «Em tal modalidade de exercício conjunto da parentalidade, os pais precisam possuir recursos financeiros suficientes para manter, solidariamente, a casa do filho (por onde irão circular alternadamente) e, cada um ainda deverá custear a própria residência. A vantagem de utilização de uma “residência ninho” é a de a prole conservar intactos os seus espaços existenciais, tendo como desvantagem o óbvio custo financeiro acarretado por essa dinâmica familiar». MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada* (2015), p. 186.

Gómez⁴⁰⁵ puso de relieve que en esta modalidad sería «necesario que los padres dispusieran de la máxima tolerancia y respeto mutuos y, desde luego, que cuenten con los recursos económicos que esta situación demanda (de hecho, tres viviendas)». Es un ambiente complejo, pues se sigue compartiendo mobiliario, electrodomésticos y todos aquellos elementos materiales necesarios en la cotidianidad de la vida ordinaria. Esta modalidad implica, igualmente, una recíproca tolerancia en la esfera de la intimidad, admitiendo las nuevas relaciones que puedan surgir en la vida personal de los que ya no son pareja.

En lo que se denomina «bird's nest arrangement», adquiere especial relevancia el tema de la titularidad de la vivienda y la repercusión de tal método de uso sobre la situación económica de los padres. Como se ha indicado, los padres deben de tener recursos financieros suficientes para mantener, conjunta y solidariamente, el hogar del niño (donde se mudarán alternativamente) y cada uno deberá pagar su propia residencia. Es por ello, por lo que se ha terminado por considerar como no recomendable por la mayoría de los operadores jurídicos del derecho de familia, por los inconvenientes que presenta en general⁴⁰⁶.

Siendo así, en sus últimas sentencias el TS recalca que no es el mejor sistema, puesto que no vela por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores. Por su parte, la jurisprudencia menor viene a apuntar, como elementos negativos, el de la exigencia de una

⁴⁰⁵ Vid. LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida de los Hijos* (2008), p. 510. Dada la cercanía de su obra (año 2008) a las fechas de vigencia de la Ley 15/2005, la autora comenta que por aquel entonces no era frecuente el establecimiento de este mecanismo y que VELÁSQUEZ, A. denominaba como «sistema de anidación» (nota 1126).

⁴⁰⁶ Así se califica en las Conclusiones del Encuentro de Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015. Y ese es el sentido de las SSTS núm. 343/2018, de 7 de junio (RJ 2018\2857, ECLI:ES:TS:2018:2104), núm. 215/2019, de 5 de abril (RJ 2019\1791, ECLI:ES:TS:2019:1363) y núm. 15/2020 de 16 de enero (ROJ 61/2020, ECLI:ES:TS:2020:61).

alta capacidad económica y la colocación del grupo familiar en un ambiente propicio a continuas controversias⁴⁰⁷.

La línea jurisprudencial ha tenido una evolución cambiante y las múltiples respuestas han pasado desde el criterio en el que se establecía como condicionante para su finalización el hecho de que los hijos alcanzarán la «mayoría de edad» hasta el parecer de la «liquidación del bien».

1.1. Ambos progenitores cotitulares de la vivienda familiar

En aquellas ocasiones en las que el bien inmueble tuviera carácter ganancial, o, en las que ambos progenitores fueran cotitulares del mismo, el Tribunal Supremo fue resolviendo tomando la cuestión de la liquidación de la sociedad de gananciales o cotitularidad en común, como referencia para terminar la limitación temporal establecida.

Realmente, y en el escenario de crisis económica que sufren las familias españolas desde el año 2008, se vino a reconocer⁴⁰⁸ el grave perjuicio de imponer a los progenitores el mantenimiento simultáneo de tres inmuebles: el familiar donde se alternarían cuando estuvieran con los menores y el que cada uno se provea para sí.

En este contexto se incluyen, como agravantes, determinados conceptos como el pago de la hipoteca que pueda gravar la vivienda de la que son cotitulares y gastos como el Impuesto de Bienes Inmuebles, seguros de hogar, suministros, cuota de comunidad, etc.

⁴⁰⁷Vid. STS núm. 15/2020 de 16 de enero, FD 5º (RJ 2020\666, ECLI:ES:TS:2020:61): «(...) En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y 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 (art. 96 del C. Civil)». Se reproducen las argumentaciones ya contempladas en las anteriores SSTS núm. 215/2019 de 5 de abril (RJ 2019\1791, ECLI:ES:TS:2019:1363) y núm. 343/2018 de 7 de junio (RJ 2018\2857, ECLI:ES:TS:2018:2104).

⁴⁰⁸ Vid. *supra*. STS núm. 593/2014 de 24 de octubre (RJ 2014\5180, ECLI:ES:TS:2014:4249).

Así, en los casos de sociedad de gananciales se razona que, en base a la ponderación de las circunstancias concurrentes, como el interés más necesitado de protección, es conveniente facilitar el tránsito a dos viviendas diferentes, para evitar las tensiones que pudieran producirse con la excesiva prolongación de la situación de uso alternativo de la vivienda⁴⁰⁹.

En tales términos se viene a recoger en la reciente sentencia del Tribunal Supremo núm. 396/2020 de 6 de julio⁴¹⁰, que viene a reafirmar que la «vivienda nido» 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. La decisión del caso establece la procedencia de fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y a la madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. El tribunal ratifica que esta medida es acorde al interés de los menores en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia.

También se asimilan los supuestos en los que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, perteneciendo en copropiedad el inmueble que fue vivienda familiar. Se argumenta que la atribución de la

⁴⁰⁹ Así se contempla en la sentencia núm. 343/2018 de 7 de junio, FD 1º y 3º (RJ 2018\2857, ECLI:ES:TS:2018:2104). El litigio versa sobre la atribución del uso de la vivienda familiar que era de carácter ganancial y tras el divorcio quedó establecida la custodia compartida por semanas alternas de los tres hijos menores. El bien común estaba gravado con una hipoteca, de la que cada excónyuge pagaba la mitad del préstamo garantizado. No quedaba fijada pensión de alimentos y se establece que cada progenitor asumiría los gastos de los menores durante el tiempo que estén en su compañía. Por lo que se refiere a la vivienda, la sentencia de primera instancia acordaba atribuir el uso a los menores, hasta que el pequeño alcanzara la mayoría de edad. De esta forma, los menores permanecían en la vivienda y los padres dispondrían de su uso de manera alterna las semanas en las que les correspondiera el cuidado de los menores. Se establecía que los padres satisfacerían por mitad los gastos de la propiedad. En segunda instancia, se acordó fijar el tiempo de duración del uso de la vivienda hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales, pronunciamiento que fue confirmado por el TS en casación.

⁴¹⁰ *Vid.* STS núm. 396/2020 de 6 de julio, FD 3º (ECLI:ES:TS:2020:2093).

vivienda a uno solo de los miembros de la pareja, generalmente la madre, hasta la mayoría de edad del hijo, equivalía a una atribución indefinida⁴¹¹.

1.2. Un solo progenitor como titular de la vivienda familiar

En estos casos en los que, bien solamente el padre o bien la madre, fueran los titulares de los derechos reales sobre el inmueble, la respuesta de la jurisprudencia ha sido la de fomentar la recuperación de la vivienda por su legítimo titular.

Ese es el sentido expuesto en el caso resuelto en la STS núm. 522/2016 de 21 de julio⁴¹², por la que se acuerda la custodia compartida y, aunque la

⁴¹¹ Vid. *infra*, STS núm. 95/2018 de 20 febrero, FD 3º y 4º (RJ 2018\573, ECLI:ES:TS:2018:503).

⁴¹²Vid. STS núm. 522/2016 de 21 de julio, FD 2º y 3º (RJ 2016\3445, ECLI:ES:TS:2016:3888). «Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida y que sería deseable que uno y otro pudieran responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas». Aplicada la referida doctrina al supuesto de autos, debemos recordar que se ha valorado con acierto en la sentencia recurrida que el interés preponderante es el de la menor, pero debe evaluarse si el tiempo por el que fija la adscripción de la vivienda (privativa del esposo) es acorde o no con el principio de proporcionalidad, dado que el art. 96.3 del C. Civil, exige que el plazo sea prudencial. El Juzgado fijó el momento de la desafectación de la vivienda, en la liquidación de la sociedad de gananciales. El ahora recurrente lo determina en dos años desde el dictado de la sentencia de casación, tiempo que debemos considerar más razonable y ponderado que el establecido en la sentencia recurrida, si tenemos en cuenta que desde la interposición de la demanda en mayo de 2012, han transcurrido cuatro años, unido a los dos que acepta el recurrente, se le estaría confirmando, en la práctica, a la esposa un período de seis años para restablecer su situación económica. El pedimento del recurrente es congruente con sus peticiones hasta el momento y más beneficioso para la demandante, pues si bien el juzgado determinó que ostentaría la posesión de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, esta ya se llevó a

vivienda familiar era privativa del padre, se asignó su uso a la hija menor y a la madre durante el período de dos años computables desde la fecha de la sentencia de casación. Se consideró que el interés preponderante era el de la menor, aunque se debió evaluar si el tiempo por el cual se fijaba la adscripción de la vivienda (privativa del padre) era acorde o no con el principio de proporcionalidad y la exigencia de que el plazo fuera prudencial, conforme al tenor de lo dispuesto en el art. 96.3 del CC, aplicado analógicamente.

2. El uso exclusivo de un progenitor y diferente domicilio con el otro guardador

Otras resoluciones nos llevan a los supuestos en los que, estableciéndose un régimen de guarda y custodia compartida, se acuerda atribuir el uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos menores junto con uno solo de los progenitores, de forma habitual a la madre. El otro guardador debe cambiar de domicilio y destinar esa nueva vivienda, igualmente, como domicilio del menor, en el tiempo de custodia alterna que le corresponda.

Esta opción ha sido denominada por algunos autores como modalidad «niño maleta». Se aconseja que los periodos de tiempo sean largos para que no suponga un estrés insuperable para el menor y, así mismo, requiere que los domicilios de ambos progenitores estén próximos para una mayor comodidad en los desplazamientos, así como para evitar cambios de entorno para los menores⁴¹³.

La razón que justifica esta medida es la de evitar a los menores los perjuicios que se les ocasionaría y los problemas que surgirían en la convivencia en el mismo domicilio.

efecto en el convenio regulador. Por lo que este nuevo plazo que admite el ahora recurrente resulta más beneficioso para la demandante que el obtenido del juzgado en la sentencia de primera instancia, que el esposo no recurrió.» (FD 3º).

⁴¹³ Cf. CUENA CASAS, M., *op. cit.* p. 419.

En un principio, las respuestas de la mayoría de los juzgados de primera instancia, al igual que en el apartado anterior, fue la de fijar el margen temporal de la mayoría de edad de los hijos. Posteriormente, y tomando concienciación del problema de forma progresiva, la atribución se fue haciendo por un breve plazo de tiempo, con la finalidad de propiciar que el progenitor beneficiario pudiera rehacer su status económico e igualmente facilitar el acceso a una nueva vivienda.

2.1. Ambos progenitores cotitulares de la vivienda familiar

En aquellos supuestos en los que ambos progenitores sean cotitulares de la vivienda, como ocurre en el régimen económico de gananciales, los efectos serían contradictorios. Tomando el criterio expuesto de la mayoría de edad, el cotitular del bien inmueble quedaría frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que los hijos permanecieran con él.

La respuesta dada por el TS ha sido en el sentido de reconocer que la vivienda no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad. A tal fin, se debe fijar un período para facilitar la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad matrimonial.

Con la finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año, dos años, tres años, el uso por anualidades alternas o, en fin, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales. En definitiva, la respuesta es el uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Véase la STS núm. 558/2020, de 26 de octubre, FD 3º (ECLI:ES:TS:2020:3562). En el supuesto litigioso contemplado en esta sentencia, se cuestionó el uso indefinido, y no temporal, con el que se atribuyó la utilización de la vivienda familiar a la madre. En el caso en cuestión, se atribuía a ambos progenitores la condición de cotitulares del inmueble objeto del

Siendo así, el objetivo o propósito último que se persigue es la liquidación del bien, ya sea por liquidación de la sociedad de gananciales u otra forma de división y liquidación del patrimonio conjunto. Esta ha sido la argumentación dada por las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, sobre todo a partir del año 2016⁴¹⁵.

En la recopilación de las respuestas dadas a la cuestión del límite de plazo en el uso de la vivienda, generalmente computable desde la fecha de la resolución dictada en casación, se encuentran las siguientes sentencias del Tribunal Supremo, que servirán de ejemplos para entender el tema suscitado.

A) Plazo de un año:

- En el caso resuelto en la STS núm. 658/2015 de 17 noviembre⁴¹⁶, se parte de un sistema monoparental de custodia materna que se modificará posteriormente a un régimen de custodia compartida, dado el común proyecto educativo y las aptitudes educativas de que

proceso, en consonancia con lo cual, se estableció que ambos litigantes continuasen abonando por mitad las cuotas del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Por su parte, la madre contaba con capacidad económica suficiente (y superior a la del padre) para disponer de otra vivienda, en la que llevar a efecto el régimen de custodia con sus hijos, al ganar unos 3.300 euros líquidos mensuales. El TS razona que no se vulnera el principio de la prevalencia del interés superior de los menores, ya que se presenta una situación de «satisfacción conjunta y coordinada». Siendo así, el tribunal resuelve limitando el uso de la vivienda familiar a favor de la madre por el plazo de dos años a contar desde la fecha de la sentencia en casación.

⁴¹⁵ Vid. *supra*, STS núm. 343/2018 de 7 de junio y, en el mismo sentido, la núm. 183/2017 de 14 de marzo. En la STS núm. 183/2017 de 14 de marzo se falla con la estimación del recurso y la confirmación de la sentencia del juzgado, «limitando la atribución del uso y disfrute del inmueble familiar hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide este bien».

Véanse, igualmente, los argumentos de la STS núm. 95/2018 de 20 febrero, FD 3º y 4º (RJ 2018\573, ECLI:ES:TS:2018:503): La ponderación de las circunstancias concurrentes permite concluir que con su sueldo y con lo que resulte de la división del patrimonio común, la madre podrá disponer de una vivienda que permita hacer efectivo el sistema de custodia compartido establecido en interés del menor. Se atribuye el uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio común de los litigantes, manteniéndose la esposa en el uso durante la primera anualidad confirmando lo acordado por la sentencia de primera instancia.

⁴¹⁶ Cf. STS núm. 658/2015 de 17 de noviembre (RJ 2015\5392, ECLI:ES:TS:2015:5218).

presentaban ambos progenitores, que fueron flexibilizaron notoriamente el sistema inicialmente pactado.

- En el asunto ventilado en la STS núm. 434/2016 de 27 de junio⁴¹⁷, se argumenta en el FD 1º que: «(...) estando como está la esposa en mejor situación económica que el esposo para proporcionarla durante este periodo una vivienda adecuada a sus necesidades, sin poner en riesgo el régimen instaurado de custodia compartida pues ambos progenitores pueden responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Siendo así, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia. Es la esposa la que ha venido disfrutando del domicilio hasta ahora y la que se mantendrá en el mismo durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda».
- En los supuestos planteados en las SSTS núm. 51/2016 de 11 febrero y núm. 545/2016 de 16 septiembre⁴¹⁸, la Sala declaró que la madre podía mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de las respectivas sentencias en casación, con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedaría supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En ambos supuestos, se apela a los principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

⁴¹⁷Cf. STS núm. 434/2016 de 27 de junio (RJ 2016\2876, ECLI:ES:TS:2016:3057).

⁴¹⁸Vid. SSTS núm. 51/2016 de 11 febrero (RJ 2016\248, ECLI:ES:TS:2016:437) y núm. 545/2016 de 16 septiembre (RJ 2016\4449, ECLI:ES:TS:2016:4089).

B) Plazo de dos años:

- En el asunto solucionado en la STS núm. 593/2014 de 24 de octubre⁴¹⁹, la Sala viene a declarar que el plazo de dos años era tiempo suficiente para permitir a la esposa rehacer su situación económica, que, si bien carecía de ingresos en aquellos momentos, contaba con apoyos familiares y podía revertir, por su edad y cualificación, mediante el acceso a un trabajo.
- Los casos abordados en las SSTS núm. 513 y 517/2017 de 22 de septiembre⁴²⁰ son similares y contemplaban la circunstancia de que la esposa era licenciada en derecho, al tiempo que desempeñaba una actividad empresarial y tenía con un sueldo como concejal.
- Por su parte, las SSTS núm. 4 y 7/2018 de 10 de enero y 630/2018 de 13 de noviembre⁴²¹, vienen a resaltar la circunstancia de ponderar el interés más necesitado de protección y fijan el período de dos años para facilitar la transición a una nueva residencia por parte del progenitor en cuestión.

C) Plazo de tres años:

- Tanto el supuesto resuelto en la STS núm. 42/2017 de 23 de enero como el de la núm. 268/2018 de 23 de 9 de mayo⁴²², subrayaron la importancia de sopesar las circunstancias de la madre, que contaba con menos recursos económicos, declarando que no era procedente el hecho de que el cotitular de la vivienda viera frustrado su derecho

⁴¹⁹Cf. STS núm. 593/2014 de 24 de octubre (RJ 2014\5180, ECLI:ES:TS:2014:4249).

⁴²⁰Vid. SSTS núm. 513 (RJ 2017\4407, ECLI:ES:TS:2017:3323) y 517/2017 de 22 de septiembre (RJ 2017\4636, ECLI:ES:TS:2017:3348).

⁴²¹Vid. SSTS núm. 4/2018 (ECLI:ES:TS:2018:21), 7/2018 de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:21) y 630/2018 de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3743).

⁴²²Vid. STS núm. 42/2017 de 23 de enero (RJ 2017\363, ECLI:ES:TS:2017:168) y la núm. 268/2018 de 23 de 9 de mayo (ROJ: STS 1627/2018, ECLI:ES:TS:2018:1627).

sobre la misma si se supeditaba el uso de la vivienda a la independencia económica del hijo común.

- Por su parte, las circunstancias del empleo de la madre y la edad de las hijas menores fueron tenidas en cuenta a la hora de resolver y fijar el mencionado plazo, en el caso expuesto en la STS núm. 294/2017 de 12 de mayo⁴²³.

En conclusión, un elemento fundamental, a tener en cuenta en estas situaciones, es el de independencia económica de los miembros de la pareja. El ejemplo arquetipo sería aquel caso de progenitores con una digna autonomía de recursos propios que les permitan arrendar u optar de otra forma a viviendas separadas, a fin de acabar con el establecimiento del uso a favor de uno solo de ellos⁴²⁴.

La solución puede pasar, según algunos autores⁴²⁵, por no atribuir a ninguno de los cónyuges la vivienda familiar, al no existir un interés más necesitado de protección. Este tipo de interpretación lo avalan las argumentaciones contenidas en la STS núm. 576/2014 de 22 de octubre⁴²⁶, que refería el supuesto de que la vivienda que fue familiar quedó sin adscripción expresa y el inmueble se sometía al correspondiente proceso de liquidación. Se procedió a fijar un plazo prudencial de seis meses para desalojar el inmueble y proceder a su liquidación, conforme al art. 1404 del

⁴²³Cf. STS núm. 294/2017 de 12 de mayo (RJ 2017\2203, ECLI:ES:TS:2017:1896).

⁴²⁴ En la STS núm. 465/2015 de 9 septiembre, se discutía el hecho de que la vivienda familiar y el garaje fueron atribuidos indefinidamente al padre. Al tener ambos cónyuges retribuciones salariales que les permitían arrendar viviendas separadas, se concluyó por fijar un plazo de tres años para el abandono por el padre, salvo pacto entre las partes, quedando integrados ambos bienes en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. (RJ 2015\4179, ECLI:ES:TS:2015:3707).

⁴²⁵ Vid. GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico* (2019), p. 93 y COSTASRODAL, L., «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS.» (2016), pp. 1-9.

⁴²⁶ Véase STS núm. 576/2014 de 22 de octubre, FD 3º (RJ 2014\5023, ECLI:ES:TS:2014:4084).

Código Civil, con la finalidad de evitar más litigios. En el caso se hizo constar que la madre no precisaba de una protección especial, dado que era secretaria de dirección en un Hospital y profesora, conviviendo en la que era residencia familiar con su nueva pareja.

Igualmente, en el caso abordado en la STS núm. 215/2016 de 6 de abril⁴²⁷, la Sala declaró la no procedencia de la limitación temporal del uso de la vivienda, puesto que se encontraba deshabitada y ambos progenitores disponían de otra donde atender las necesidades de la hija común durante los períodos de convivencia⁴²⁸.

Siendo así, parece abrirse la vía libre para que en estos casos deba optarse por «denegar» el uso de la vivienda a ambos progenitores para que, una vez sin derecho de disfrute concreto sobre la misma, se pueda proceder a su liquidación. Dicho de otro modo, primaría la «no concesión del uso» a alguno concreto de los progenitores para que puedan proceder a la rápida disolución de la vivienda como parte de su patrimonio. Entraríamos así, en el tráfico jurídico inmobiliario, a optar por posibilidades, bien de compra de la cuota de participación de uno de los progenitores al otro, bien de enajenación o venta a un tercero.

⁴²⁷*Vid.* STS núm. 215/2016 de 6 abril, FD 3º (RJ 2016\1321, ECLI:ES:TS:2016:1424): Recuerda lo asentado por la Sala respecto a que el Código Civil ha incorporado desde el año 2005 modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia. Al acordar la custodia compartida, en el caso dilucidado por dicha sentencia, el Tribunal ponía de manifiesto que la menor ya no residiría habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitaría en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva. Al no ser la vivienda única y habiendo paridad económica de los progenitores, se determinó que la madre podría mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año.

⁴²⁸ Compartiendo este criterio, y relacionadas entre sí, se encuentran las siguientes sentencias: núm. 465/2015 de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4179), núm. 658/2015 de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5392), núm. 55/2016 de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016\249), núm. 7/2018 de 10 enero (RJ 2018\74), núm. 513/2017 de 22 septiembre (RJ 2017\4407), núm. 294/2017 de 12 mayo (RJ 2017\2203), núm. 168/2017 de 28 febrero (RJ 2017\1280) y núm. 42/2017 de 23 enero (RJ 2017\363).

La respuesta puede variar cuando se trate de progenitores que hayan optado por el establecimiento de una guarda y custodia compartida, a pesar de no tener una paridad económica. El hecho de no estar en una misma línea de capacidad financiera implica que no se podrá sufragar el coste que el régimen de guarda implica.

En resumen, la fijación de esos plazos de transición, nos llevaría a plantear cuestiones procesales a las que hay que dar solución. Así, se debería concretar si esos periodos de tiempo impiden que se pueda iniciar un proceso de liquidación del régimen económico matrimonial antes de transcurrir los mismos. Igualmente, si, para el caso que se inste un procedimiento de disolución y liquidación del patrimonio conyugal, sería oponible la vigencia temporal de dicho periodo. De ahí, que debemos esperar, en la mayoría de las ocasiones, a ver cómo evolucionan las circunstancias y la posibilidad de que se puedan alargar los plazos, o establecer medidas futuras referentes a la pensión de alimentos o al propio uso de la vivienda, en función de las necesidades de los progenitores, por la vía procesal de la modificación⁴²⁹.

2.2. *Un solo progenitor como titular de la vivienda familiar*

Las situaciones pueden llegar a ser especialmente complicadas cuando es uno solo de los progenitores el que tiene la titularidad sobre la vivienda. Así, en el caso expuesto en la sentencia de fecha 24 de octubre de 2014⁴³⁰, se analizaba si se debía imponer una limitación del derecho de uso al progenitor que no era titular de los derechos dominicales sobre la vivienda. Se habla de armonizar dos intereses contrapuestos. Por una parte, el interés del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella,

⁴²⁹ *Vid.* en este sentido, la coletilla que se viene a añadir en el fallo de algunas resoluciones como la de la STS núm. 15/2020 de 16 de enero de 2020: « (...) Transcurridos los dos años, el juzgado determinará, en función de las circunstancias, cuál será la nueva pensión de alimentos» (ECLI:ES:TS:2020:61).

⁴³⁰ *Vid.* STS núm. 593/2014 de 24 de octubre (RJ 2014\5180, ECLI:ES:TS:2014:4249).

incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él. Por otra parte, el interés del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda.

El factor determinante para la resolución de estos casos es el del esclarecimiento de la situación económica de las partes. El tiempo que se establezca estaría en función de un periodo suficiente (en el caso de la mencionada sentencia, son dos años) que pueda permitir al progenitor en cuestión el rehacer su estado en cuanto a sus rentas, ingresos y bienes. Igualmente, se ponderarán aspectos como la edad, los apoyos familiares, la cualificación y la posibilidad de acceso al trabajo. En general, se trataría de valorar todos aquellos puntos que permitan al progenitor menos favorecido obtener ingresos tras la ruptura de la pareja y que le posibiliten acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades de los hijos menores durante los periodos de efectiva guarda.

En el caso contemplado en la STS núm. 522/2016 de 21 de julio⁴³¹, la vivienda familiar era privativa del esposo, con asignación de su uso a la menor y su madre, habiéndose llevado a efecto la determinación de ostentar la posesión de la vivienda durante dicho periodo por acuerdo en convenio regulador. En opinión de Torrelles Torrea⁴³², en atención a los argumentos de esta sentencia, pasados los dos años, los derechos de los hijos quedarían igualmente protegidos por las pensiones alimenticias; así mismo, respecto al progenitor no titular de la vivienda y con escasos recursos, sería un plazo suficiente para que pudiese restablecer su situación económica. Para la autora, éste es un argumento dependiente de variables ajenas al progenitor necesitado y que, curiosamente, el plazo de dos años coincide con las prestaciones de subsidio en las situaciones de desempleo.

⁴³¹*Vid.* STS núm. 522/2016 de 21 de julio (RJ 2016\3445, ECLI:ES:TS:2016:3888).

⁴³²TORRELLES TORREA, E. «Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación» (2017), p. 9-10.

3. Los casos de titularidad de la vivienda perteneciente a un tercero

En este apartado abarcaríamos los supuestos en los que el inmueble, que venía ocupando y disfrutando la familia, perteneciera en propiedad a un tercero. También podemos incluir aquellos en los que uno de los progenitores es copropietario o comunero en la propiedad con otro u otros terceros.

Pueden servirnos como ejemplos, las formas de posesión de la vivienda que se derivan de un contrato de arrendamiento o bien de una cesión gratuita.

La solución en los sistemas de guarda conjunta, aunque de carácter temporal, es la de atribuir el uso a uno de los progenitores; siendo así, que el otro tendría que procurarse otro domicilio para cumplir con sus períodos de alternancia de la custodia. Como siempre, el dilema sería a cuál de ellos se le asigna, sobre todo, teniendo en cuenta el panorama de posibles reclamaciones que le pueden sobrevenir por parte del tercero propietario. De ahí, que la voluntad manifestada de este último sea esencial para procurar la viabilidad del acuerdo alcanzado.

3.1. La vivienda familiar arrendada

Especial atención presentan los casos en los que el contrato de arrendamiento, que regula la posesión sobre la que había sido la vivienda de la familia hasta el establecimiento de la guarda y custodia compartida, ha sido suscrito por uno solo de los miembros de la pareja. Cuando el uso se atribuye al que tiene la condición de arrendatario, al igual que sucede cuando la ostentan ambos de forma conjunta, no se produce ningún cambio subjetivo referente a la responsabilidad frente al arrendador⁴³³. No obstante, la conflictividad podría

⁴³³ GARCÍA MAYO, M., estudia el tratamiento dado a este tipo de cuestiones antes y después de la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico* (2019), pp. 179-204.

presentarse cuando se acuerda que su uso se atribuya al cónyuge o progenitor que no es el arrendatario.

Estos supuestos se ven amparados en la redacción que actualmente se le da al art. 15 de la Ley de Arrendamiento Urbanos, expresamente referido a la duración de los contratos en los casos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. Se prevé que el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. Igualmente se establece que el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato⁴³⁴.

En este punto, se tiene que recordar que, tratándose del sistema de guarda y custodia compartida, los periodos de uso y disfrute del inmueble pueden variar en función de la alternancia. Son espacios de tiempo compartidos que pueden verse distribuidos en función de diversas fórmulas y en cierto modo ser «*no-permanentes*». Todo dependerá si estamos hablando de considerarlo como la llamada «*casa-nido*» o que la vivienda arrendada quede para uso exclusivo de los hijos menores con uno solo de los progenitores en el periodo en que le corresponda tenerlos. En este último caso es más probable que se pueda cumplir lo dispuesto en el art. 15. 2º de la LAU, a fin de que el usuario o «*atributario*» pase a subrogarse en la posición del titular del contrato. En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto respecto a la duración temporal pactada en el contrato de arrendamiento. En última instancia, este plazo contractual operaría como límite de la atribución del uso de la vivienda.

⁴³⁴ Cf. la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE de 5 junio), dicho artículo quedó redactado en tal forma. Anteriormente, y a la fecha de su entrada en vigor en 1995 contemplaba expresamente la referencia a la atribución del uso de la vivienda arrendada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.

Por otra parte, desde el punto de vista formal, la voluntad de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente. Siendo así, la sentencia por la que se aprueba el convenio regulador o se acuerde judicialmente algún tipo de atribución del uso de la vivienda arrendada para implementar la guarda conjunta, debe ser puesta en conocimiento del tercero que ostenta los derechos dominicales en calidad de arrendador.

Recordemos que en el presente estudio también hacemos referencia a aquellos supuestos de uniones de hecho con hijos menores, en los que propiamente no hay una crisis matrimonial, pues no existe matrimonio legal como tal. A estas situaciones, se le hace extensiva la misma solución, por aplicación de lo preceptuado en el apartado 4 del artículo 12 de la LAU. Este artículo se refiere a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o voluntad de no renovar el contrato por parte del arrendatario, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

De todo lo expuesto, se infiere que, si bien el establecimiento de la guarda y custodia compartida no es incompatible con la atribución de la vivienda arrendada, sí debe conllevar una cierta limitación temporal.

De forma ineludible, en la práctica llegamos a cuestiones como la determinación de quién estaría obligado al pago de la renta del alquiler de la vivienda. Desde la esfera de los litigios, habría que solucionar problemas como qué ocurriría cuando el progenitor que habita la casa no figura como titular en el contrato y deja de pagar la renta; o bien, si seguiría obligado el arrendatario, a pesar de no estar disfrutando de la vivienda, al pago del arriendo. Procesalmente, habría que concretar contra quién deben ir dirigidas las

reclamaciones por impagos. Es importante que los operadores jurídicos implicados sean especialmente cuidadosos en que se recojan todos estos extremos en la resolución judicial correspondiente que establezca el régimen de custodia y las circunstancias que lo rodean.

Un ejemplo, de la exigencia del cumplimiento de las formalidades del apartado segundo del art. 15 LAU, lo encontramos en la STS núm. 587/2015 de 26 octubre⁴³⁵, en la que se declara no proceder la resolución del arrendamiento sobre la vivienda por impago de las rentas. El caso tratado partía de un proceso matrimonial de divorcio en el que se procedió a atribuir judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario y los hijos a su cuidado. Se confirmaba la sentencia de la primera instancia, en el extremo de no venir obligada la demandada a pagar las rentas que se le adeudase a la actora por el arrendamiento del inmueble. Y ello, en base a la inexistencia de la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendatario, ya que faltaba la notificación al arrendador de la resolución judicial o de la parte de la misma afectante a la vivienda arrendada. Se subraya la necesaria reclamación de las rentas al arrendatario que sigue siéndolo de la vivienda arrendada, no obstante aquella resolución judicial.

3.2. *La cesión gratuita de la vivienda familiar*

Los supuestos de cesión gratuita de la vivienda familiar, normalmente, son cesiones en precario por parte de una persona familiar de los progenitores y en las que no se ha formalizado ningún tipo de contrato. De esta forma, queda indeterminada la duración del uso del bien inmueble o la renta que se deba de pagar. Son unos casos especialmente conflictivos cuando el progenitor que

⁴³⁵Cf. STS núm. 587/2015 de 26 octubre, FD 3º (RJ 2015\5608, ECLI:ES:TS:2015:4584).

queda en la vivienda, junto con los hijos menores, no mantiene ninguna relación con el tercero propietario⁴³⁶.

Sin entrar a considerar, de forma exhaustiva, el tema de la naturaleza jurídica de la posesión del uso, la tendencia jurisprudencial ha terminado por considerar que la situación de quien viene a ocupar la vivienda es la propia de un precarista. Así lo expone la doctrina fijada por la STS núm. 910/2008 de 2 de octubre⁴³⁷, al analizar tales circunstancias tras la ruptura de la convivencia como domicilio conyugal o familiar. García Mayo⁴³⁸ defiende la tesis de que, con carácter general, sin perjuicio del análisis de cada supuesto, se trata de la existencia de un precario desde el momento de la cesión de la vivienda o precario *ab initio*. Siendo así, que una vez sobrevenida la crisis matrimonial, y por aplicación del art. 96 del Código Civil, se dará continuidad a tal uso hasta que el propietario reclame la cosa.

Por extensión, estos criterios son aplicables en idéntica medida al establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida tras la disolución del matrimonio. Aunque, finalmente, hay que considerar la voluntad del tercero como propiedad ya que primaría el derecho de éste de ejercitar la acción de desahucio por precario para recuperar la vivienda. Y todo ello, en base a los argumentos de la sentencia antes mencionada, que considera que no se genera un derecho antes inexistente, ni se permite reconocer a quienes

⁴³⁶ Vid. TORRELLES TORREA, E., «Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación» (2017), p. 12.

⁴³⁷ Cf. STS núm. 910/2008 de 2 de octubre (ROJ: STS 4872/2008, ECLI:ES:TS:2008:4872), relacionada con otras sentencias, que en igual modo la siguen: núm. 1025/2008 de 29 de octubre, 1037/2008 de 30 de octubre, 1077/2008 de 13 de noviembre, 653/2009 de 22 de octubre, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274), 178/2011 de 18 de marzo ó de 30 octubre 2015 (RJ 2015\5044) entre otras. Un análisis más profundo nos lleva a las diferentes doctrinas de autores que pasan por considerarlo como una conversión de comodato (durante la estabilidad matrimonial) a precario (tras la crisis o ruptura). En estas discusiones son citados autores como RAMS ALBESA, J.J., CREMADES GARCIA, P., SALAZAR BORT, S., O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.

⁴³⁸ Vid. op. cit. p. 213.

ocupan la vivienda en precario una protección posesoria más vigorosa. En definitiva, la atribución del uso podrá ser oponible en el seno de las relaciones entre cónyuges, pero no frente a terceros ajenos al matrimonio separado o disuelto.

En conclusión, en todos estos casos expuestos de pertenencia total o parcial a un tercero, se recomienda que la sentencia o convenio regulador establezcan expresamente que, a la extinción del derecho de uso, el cónyuge o progenitor titular del mismo deberá desalojar el inmueble y podrá ser lanzado, a instancias del otro, si no lo hiciera en el plazo concedido al efecto⁴³⁹.

III. LOS DOMICILIOS DISTINTOS A LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL

1. Supuestos viables para la guarda conjunta

En este grupo incluiríamos aquellos supuestos en los que los progenitores puedan disponer de otra vivienda que no fuera la considerada como familiar. Igualmente, referiríamos aquellos casos más habituales, de tener que acudir a la búsqueda de otra residencia completamente nueva y distinta para poder llevar a cabo el ejercicio de la guarda y custodia compartida.

Para la eventualidad, menos frecuente, de que los progenitores dispusieran de otra u otras viviendas de su propiedad, que no sea la que estuvieran ocupando, los jueces podrían atribuir su uso a uno de los progenitores. En la casuística, inclusive, encontramos viviendas cuya propiedad esté compartida junto con otras terceras personas. Así la STS núm.

⁴³⁹ Así se recoge en las conclusiones finales del Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia, organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015. Consultado a 12/12/2018 en <https://loslibrosazules.es/conclusiones-del-encuentro-entre-jueces-y-abogados-de-familia-2/>

695/2011 de 10 de octubre⁴⁴⁰, contempla como doctrina jurisprudencial la posibilidad de que el Juez puede atribuir el uso de una vivienda, que no es la que se estaba ocupando en concepto de vivienda familiar, cuando el inmueble que se esté utilizando pertenezca a terceras personas. Todo ello, se entiende en aras a proteger el interés de los menores y siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.

Los casos en los que no exista una segunda vivienda alternativa que ocupar, son, lógicamente, los más habituales. La búsqueda de una nueva vivienda genera un gravísimo problema que repercute sobre la economía doméstica de los progenitores y da lugar a situaciones realmente gravosas.

El interés primordial pasará por intentar mantener la vida cotidiana de los hijos menores, en lo que respecta al colegio donde están escolarizados, sus amigos y sus actividades. De ahí, que las nuevas residencias suelen buscarse en la misma localidad donde la familia venía viviendo, y de una forma más o menos cercanas para facilitar los traslados domiciliarios.

2. Supuestos inviables para la guarda conjunta

La influencia de la distancia geográfica entre los domicilios en que residen los progenitores, ha sido una cuestión que ha llevado al TS a resolver en el sentido de denegar o dejar sin efecto la adopción del sistema de custodia compartida, optando por una exclusiva a favor de uno sólo de ellos.

Así, se ha venido subrayando el dato de la dificultad y la inviabilidad de los traslados de los menores en períodos cortos de alternancia, como las estancias semanales, por la repercusión que puede tener en las alteraciones de

⁴⁴⁰ Cf. STS núm. 695/2011 de 10 de octubre, FD 4º y 5º (RJ 2011\6839, ECLI:ES:TS:2011:6496). En este caso, se hizo la atribución temporal a la hija y a la madre, hasta que se resolviera el arrendamiento de la vivienda propiedad de los litigantes o la desalojasen con anterioridad los inquilinos. La propiedad de la vivienda habitual pertenecía en un 67% a los abuelos, padres del esposo, y en un 33% al propio esposo.

la vida normal del menor. Generalmente, los informes del Ministerio Fiscal hacen hincapié en evitar la circunstancia de someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes y desplazamientos de muchos kilómetros. Una interpretación contraria operaría en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia y alejado de una existencia nómada.

Estos aspectos vienen recalcados en sentencias como la núm. 748/2016 de 21 diciembre⁴⁴¹, que considera improcedente la custodia compartida entre residencias de los progenitores en poblaciones que distan entre sí unos 50 kilómetros. En virtud de sus argumentos, el ejercicio de una guarda conjunta entre domicilios con tal trayecto de separación, supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio con la consecuente alteración desaconsejable en su vida normal.

En este sentido, y dentro del ámbito del territorio nacional, en el caso resuelto en la sentencia núm. 4/2018 de 10 de enero de 2018⁴⁴², se contempla la distancia entre Jerez de la Frontera (Cádiz) y Rentería (Guipúzcoa). Expone en sus argumentaciones jurídicas que: «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 en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida (...) Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores

⁴⁴¹ Vid. STS núm. 748/2016 de 21 diciembre, FD 2º (RJ 2016\5998, ECLI:ES:TS:2016:5532).

⁴⁴² Vid. STS núm. 4/2018 de 10 de enero de 2018, FD 3º (RJ 2018\61, ECLI:ES:TS:2018:21).

residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio». En el mismo sentido la reciente sentencia 566/2017, de 19 de octubre, referida a la distancia entre Salamanca y Alicante. De las referidas sentencias, que constituyen doctrina jurisprudencial, se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada...». Con esta explicación, se venía a revocar la decisión del Juzgador de primera instancia que estableció una guarda y custodia compartida que se ejercería en los domicilios de cada uno de los progenitores en forma alterna de viernes a viernes por períodos de tres semanas.

En supuestos similares, se ha valorado también la corta edad de los menores conjuntamente con el dato de la distancia entre los domicilios para denegar el sistema de guarda alterna. Es el caso descrito en la STS núm. 115/2016 de 1 de marzo, en el que la hija menor contaba con diez meses de edad cuando se interpuso la demanda, y tenía tres años cuando se resolvió el recurso de casación planteado. Se examinaba la distancia entre Cádiz y Granada y un régimen de estancias semanales, lo que llevó a resaltar la distorsión que podía provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, máxime cuando estaba próxima su escolarización obligatoria⁴⁴³.

⁴⁴³ « (...)razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida. Ciertamente el recurrente se comprometió a trasladar su domicilio, pero alabando la buena voluntad del mismo, ello no depende solo de su propio impulso sino que requiere la consolidación del cambio residencial, pues no se aprecia una clara posibilidad de obtención de trabajo en Granada, por lo que estaríamos ante una mera expectativa, cuando menos, incierta.» STS núm. 115/2016 de 1 de marzo, FD 3º (RJ 2016\736, ECLI:ES:TS:2016:797).

Estos inconvenientes se hacen más patentes cuanto mayor sea la distancia. Así, la STS núm. 58/2020 de 28 de enero, razona la imposibilidad de afrontar este sistema con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, como es la que hay entre Alicante y Madrid, de unos 400 kilómetros. La modalidad del régimen de guarda conjunta o alternativa, acarrearía un desarraigo de la hija menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje⁴⁴⁴.

La posibilidad de que el ejercicio de la guarda y custodia compartida comporte un cambio radical, tanto en el entorno social de menor como en el parental, con problemas de adaptación, también nos lleva a la incompatibilidad de la custodia alterna en el ámbito internacional. En este contexto la realidad social se hace más problemática entre progenitores de distinta nacionalidad y con residencia en distintos países, alejados por grandes distancias entre sí y con carestía de comunicaciones. Los informes de los equipos técnicos y las pruebas periciales psicológicas resultan de especial relevancia en estos supuestos.

Tal es el sentido del asunto planteado en la STS núm. 229/2018 de 18 de abril⁴⁴⁵, que refiere la atribución de la guarda a la madre residente en

⁴⁴⁴ Véase la STS núm. 58/2020 de 28 de enero, (RJ 2020\111, ECLI:ES:TS:2020:176). El recurso planteado trae causa del procedimiento de divorcio entre dos madres, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia exclusiva respecto de la hija común nacida en 2013. Se informa que a principios de abril de 2015, una de ellas, de forma unilateral se llevó a la menor de la localidad donde residía, sacándola de la escuela infantil y dándola de baja unilateralmente, trasladándose junto con la menor a Alicante. Incluso «inscribiendo a la misma en el padrón de dicha localidad y matriculándola en un colegio de la misma localidad, y en definitiva obstaculizando e impidiendo la relación de la menor con ella, por lo que interpuso denuncia por secuestro, abriéndose diligencias penales, y se acordó el archivo, dejando abierto la vía civil para resolver sobre la custodia de la menor.» La sentencia de primera instancia estableció un régimen de guarda y custodia compartida con alternancia anual.

⁴⁴⁵ *Vid.* STS núm. 229/2018 de 18 de abril (RJ 2018\2177, ECLI:ES:TS:2018:1414). Su fundamento de derecho 2º recoge literalmente lo siguiente: «Se olvida que lo que es, y lo que sigue siendo, primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los

Tokio, donde también tuvo su domicilio algunos años la familia, quedando el domicilio del padre en España, concretamente en Pamplona.

En todos estos casos, sobre todo aquellos en los que los progenitores viven en países diferentes, la resolución judicial debe pronunciarse sobre los gastos que originen los desplazamientos. En los regímenes de visitas y estancias vacacionales se producirán costes en los viajes (como los billetes del medio de transporte, anticipación de las reservas, desembolsos, traslados, etc.), por lo que habrá que prever la forma en la que se sufragarán los mismos.

En el escenario de los territorios de los estados dentro de la Unión Europea, también se localizan resoluciones que refieren esa reconsideración de la posibilidad de un adecuado ejercicio del régimen de guarda y custodia compartida. Así, en orden a probar la viabilidad del sistema, la Sala de lo Civil

derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés, conforme resulta de la valoración que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba y de la exploración de Domingo, demanda de un lado, que lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado. Debe añadirse a todo ello lo siguiente:

(i) la custodia alterna que plantea el padre, más que compartida es una guarda por periodos de tiempo.

(ii) nada se argumenta, al margen de lo que pueda resultar de los informes extemporáneamente aportados, sobre los posibles beneficios que pueda ofrecer este sistema a los dos hijos. Pero es que, además, el efecto negativo que para ellos tiene viene avalado por la prueba pericial psicológica;

(iii) la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia, y,

(iv) de acogerse, como se interesa, la situación de los dos niños se vería agravada por el hecho de que el padre oferta un proyecto educativo en un colegio japonés en Madrid, con el fin de facilitarles la integridad de sus dos identidades, y, con independencia de cómo va a hacerse efectivo ese traslado, especialmente del padre, lo cierto es que el trabajo y la residencia en España la tiene el padre y la tuvieron los hijos en un determinado momento en Pamplona, que es su entorno de referencia en España.»

del TS, en su sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre⁴⁴⁶, viene a admitir una prueba documental aportada por el recurrente en el recurso de casación, consistente en un documento en el que se certifica por parte de un agente judicial la distancia en tiempo entre los domicilios de los dos progenitores en Bruselas. En los argumentos de esta resolución, se viene a recalcar la importancia de demostrar la veracidad de la existencia del cambio de domicilio, que por sí sola, no puede constituir una alteración del sistema de guarda y custodia, al igual que no puede ser admisible una limitación de la libre circulación de personas en el territorio de la UE.

⁴⁴⁶ Cf. STS núm. 623/2009 de 8 de octubre, FD 2º y 3º (RJ 2009\4606, ECLI:ES:TS:2009:5969). La Sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y en el FD 4º argumenta lo siguiente: «La sentencia recurrida, después de alegar otra de la misma Sala de la Audiencia Provincial en la que se exponen una serie de criterios para "una exitosa guarda compartida" (sic), dice lo que se resume para justificar la revocación y negar la guarda y custodia compartida: a) que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; b) que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; c) se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios y, d) finalmente, que todo ello "hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales". Esta argumentación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; b) porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, como se va a argumentar a continuación, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable.»

CAPÍTULO VIII

De loco et tempore

CAPÍTULO VIII
GUARDA COMPARTIDA Y MODALIDADES DE ALTERNANCIA

I. LOS FACTORES EN LAS MODALIDADES DE ALTERNANCIA

Para el adecuado ejercicio de la custodia compartida se hace necesario confrontar el factor físico y el temporal. El primero de ellos hace referencia a la vivienda familiar como lugar físico, que ha sido analizado anteriormente y en el apartado dedicado a los criterios sustantivos de valoración para la construcción de los modelos de guarda. El segundo alude a la forma en que ambos progenitores van a distribuir los períodos de tiempo que los hijos vayan a permanecer con ellos.

La combinación entre ambos factores es lo que nos lleva a perfilar las diferentes formas de reparto para afrontar la guarda conjunta. Partiendo de la ausencia de definición por parte del legislador, en lo que se refiere al tiempo y al modo en que haya de verificarse la convivencia en este sistema, Lathrop Gómez⁴⁴⁷ hace una clasificación de diversas situaciones que se pueden encontrar en el régimen de la custodia compartida, que se expone brevemente a continuación.

⁴⁴⁷ Vid. LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida de los Hijos* (2008), pp. 509-518.

1. La residencia privilegiada

Como residencia privilegiada se entiende la situación en la que los menores permanecen durante la mayor parte del tiempo con alguno de los progenitores. Se trata de un sistema sin tiempo igualitario de estancia de los hijos, como así lo categoriza Pérez Martín⁴⁴⁸, siendo el régimen tradicional que impera en nuestros tribunales. Así, las tareas que comparte el progenitor que está menos tiempo podrían ser, a modo de ejemplo: la recogida del domicilio y traslado al colegio, la recogida del colegio, la ayuda en la realización de las tareas escolares, el retorno al domicilio familiar tras el horario lectivo, acompañarlo al médico, la guarda de los hijos cuando el otro progenitor, por cualquier motivo, no puede estar con ellos, etc.

2. La residencia alternada en el domicilio de los padres

La residencia alternada en los respectivos domicilios de los progenitores supone una distribución del tiempo de convivencia entre los padres de manera rotatoria. Esta modalidad conlleva hablar de los periodos de alternancia o «rotación temporal», en la que los hijos distribuyen su permanencia en las viviendas correspondientes de forma semanal, quincenal, mensual u otros tipos de períodos de tiempo establecidos, bien de mutuo acuerdo o por decisión del órgano jurisdiccional. Este esquema sería propicio para los casos de tratarse de residencias que se ubiquen a poca distancia entre sí, como se

⁴⁴⁸ Según PÉREZ MARTÍN, A.J., la custodia física conjunta implica que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración; en general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño. *Vid.* “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida” (2011).

En este mismo sentido, lo refieren FARIÑA F., SEIJO D., ARCE R. y VÁZQUEZ MJ.: «Los investigadores han tomado como custodia física compartida cuando se pasa con uno de los progenitores entre el 33% y el 50% de tiempo y el resto con el otro (Kelly, 2007; Sodermans, Botterman, Havermans y Matthijs, 2015; Sodermans y Matthijs, 2014).», en «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma», p. 108.

expondrá más adelante cuando se analicen las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS.

Pérez Martín denomina a esta forma como una guarda y custodia compartida a tiempo parcial y que lleva implícito un cambio de residencia para los hijos. Una distribución de la convivencia al cincuenta por ciento entre los progenitores implicaría que los hijos tendrían que pernoctar con cada uno de los padres 182 días del año. Las estancias de tiempo que comprenden periodos breves, se refieren a las modalidades de reparto por semanas o meses, sin que podamos apoyarnos en estudios psicológicos objetivos respecto a cuál sería la más idónea. Del estudio de algunas resoluciones judiciales, el autor concluye que unas «consideran adecuado el reparto por semanas, lo cual evita que tenga que fijarse un régimen de visitas paralelo; en otros casos se ha fijado la estancia quincenal con cada uno de los progenitores con un régimen de visitas intermedio; otras veces el reparto ha sido mensual con régimen de visitas intersemanal y de fin de semana; también se ha acudido a repartos trimestrales respetando los periodos vacacionales para cuadrar la igualdad en la estancia; y en otros supuestos se ha entendido que el reparto por cursos escolares es el que mejor se adapta a las necesidades del menor»⁴⁴⁹.

3. La residencia alternada en el mismo domicilio sin traslado de los hijos

En este punto se reúnen aquellos supuestos en los que los menores no tienen que sufrir una mudanza rotatoria, y son los propios progenitores los que se ocupan periódicamente de ejercer sus derechos y deberes alternándose en el uso de una única y misma residencia-vivienda familiar *ad hoc*. Lathrop Gómez se refiere a lo que se empezó a llamar como «sistema de anidación» y luego

⁴⁴⁹ *Vid. supra.*

conocida por parte de la doctrina con el nombre peculiar de «casa-nido». Con el tiempo, tal y como se ha expuesto anteriormente, se ha puesto de manifiesto que no es una situación que se pueda asumir y esté al alcance de todos, dado su gran inconveniente de tipo económico.

II. EL DOMICILIO EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El lugar donde se desarrolla la rutina diaria y las actividades de la vida cotidiana del menor constituye un criterio objetivo primordial a la hora de decidir la conveniencia de un régimen de guarda conjunta. El espacio físico, donde se articula la vida familiar, conlleva necesariamente organizar los horarios laborales de los progenitores y los escolares de los hijos, ya que constituyen factores esenciales.

La «deslocalización»⁴⁵⁰ de las vidas tras la ruptura de la pareja y el comienzo de un nuevo modelo de familia, es una consecuencia lógica que repercute necesariamente en la respuesta que se le vaya a dar al tipo de custodia. De forma lógica, y salvando excepciones contadas, podemos llegar a afirmar que es consustancial al régimen de guarda conjunta el que la convivencia de padres e hijos se vaya a realizar en domicilios cambiantes y con características diferentes. Igualmente, el desarrollo armónico del sistema nos lleva a una alternancia de estancias en casas separadas, y, por tanto, al criterio de «falta de permanencia en un domicilio estable». Éste ha sido un razonamiento socorrido por aquellos tribunales que, en primera o segunda instancia, venían a denegar la guarda y custodia compartida⁴⁵¹.

En cierto modo, los supuestos reales de la casuística jurisprudencial, nos revelan que la guarda conjunta requiere de una logística necesaria que, en

⁴⁵⁰ *Vid.* FD 2º de la STS núm. 94/2010 de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:963).

⁴⁵¹ En este sentido, encontramos los antecedentes de hecho referidos en la importante STS núm. 623/2009 de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:5969), en la que la Sala argumenta que la custodia compartida se funda básicamente en la «no estabilidad» del domicilio de los hijos.

muchos casos, la hacen inviable en la práctica. De ahí que se hable, como se indicó en el capítulo dedicado a las precisiones conceptuales sobre este tema, de una «custodia física compartida» y una «custodia legal compartida». En todo caso, habrá que precisar cuando estamos refiriéndonos a la custodia compartida y cuando al alojamiento compartido⁴⁵².

Respecto a las características que deban tener los domicilios donde permanezcan los menores, necesariamente debemos acudir a los datos referidos a la suficiencia y adecuación para cubrir sus necesidades. Igualmente, el factor del nivel de vida de los progenitores influye a la hora de tomar la decisión del establecimiento de este régimen de guarda. De ahí que numerosos estudios infieren el dato de que la modalidad de guarda y custodia compartida es más factible y habitual cuando aquellos tienen un nivel de formación y una renta media-alta⁴⁵³. Así, en opinión de Guilarte Martín-Calero, la custodia compartida alternativa puede resultar un sistema de guarda eficaz en aquellas rupturas en las que ambos padres obtienen ingresos, similares o no, de suerte que la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en la aportación de una cantidad fijada en proporción a aquellos ingresos. Inclusive, se ha señalado que esta modalidad es buena, viable y está funcionando en muchos casos y, entre éstos, el 95% responde a una situación en la que los cónyuges tienen ingresos parecidos⁴⁵⁴.

A criterio de la mencionada autora, «la mayor cercanía implica el mantenimiento de los puntos de referencia tales como el colegio, acaso de la ruta escolar, del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares, etc....». Lo cierto es que, como se concluyó en el capítulo dedicado a la vivienda, la proximidad de los domicilios de los padres es un dato que hace garantizar la estabilidad del entorno del menor.

⁴⁵² Así lo advierte CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar» (2011), p. 416.

⁴⁵³ *Cfr.* VIÑAS MAESTRE (2012), su referencia de nota al pie nº 102 de p. 40.

⁴⁵⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2008), p. 20.

1. La residencia habitual del menor a efectos de empadronamiento

Respecto a la cuestión del domicilio legal, en el caso de las personas casadas, se les presume en aquel lugar donde se encuentre la vivienda familiar, en términos del art. 70 del Código Civil. En su virtud, serán los cónyuges quienes lo fijen de común acuerdo y, en caso de discrepar, será el Juez quien decida en consideración al interés de la familia. Por su parte, el art. 154.1º del Código Civil, al disponer que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores, hace extensible el domicilio de éstos a los hijos menores.

En relación a la determinación del domicilio habitual de los menores de edad involucrados en procesos de separación matrimonial, es interesante traer aquí las precisiones que dio al respecto la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo⁴⁵⁵. En ella, y en fechas tan próximas a la, por aquel entonces, recién promulgada Ley 15/2005, se evidenciaba la inexistencia de una norma civil o administrativa expresa que especificara cual era el domicilio del menor en situaciones de guarda y custodia compartida.

Por su parte, la cuestión del empadronamiento de los hijos menores, adquiere un matiz peculiar en la praxis de este régimen de guarda, especialmente en los casos en que no se trate del uso alterno de la misma residencia o «casa nido». La administración que gestiona el padrón de

⁴⁵⁵ « (...) La doctrina civilista se había planteado desde tiempos remotos la posibilidad de que una misma persona pudiera compatibilizar más de un domicilio, no habiéndose llegado a alcanzar una *communis opinio*. Desde el punto de vista administrativo, empero, resulta claro, de lege data, que cada persona debe tener un único domicilio, a efectos de empadronamiento. El art. 55.2 RPDTTEL expresamente dispone que sólo se puede ser vecino de un municipio. En esta línea se ha declarado el derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida «se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez» (...). Punto V de la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2006-00001>.

habitantes del lugar donde se reside ha de tener en cuenta que la guarda y custodia es compartida por ambos padres, al haberse establecido un régimen de convivencia, más o menos equilibrado, entre ellos. Algunos efectos prácticos, acerca de cuál de los dos domicilios debe entenderse como el habitual para el menor, han sido tratados por Pinto Andrade⁴⁵⁶. A los aspectos señalados, se pueden añadir los inconvenientes de tipo fiscal que les surgen a los progenitores, relativos a las posibles deducciones por sus descendientes y en qué circunstancias se entendería que conviven con ellos.

Por tanto, tratándose de domicilios diferentes, las soluciones que contempla la mencionada Instrucción de la Fiscalía General del Estado pasa por sentar las siguientes conclusiones:

1ª.- Se establece que los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida. Esa conveniencia consiste en la necesaria inscripción de los mismos en el Padrón Municipal del lugar donde vayan a residir. Todo ello, en aras a respetar el derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto.

2ª.- El domicilio que se considera como preferente será el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, el menor pase la mayor parte del tiempo.

3ª.- Otros supuestos son aquellos en los que los tiempos de residencia con cada uno de los progenitores sean similares y los períodos de convivencia estén equilibrados, hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo. Habría de entenderse que el empadronamiento podría llevarse a cabo en cualquiera de los dos domicilios en los que reparta su tiempo el menor, primero a elección de los progenitores de mutuo acuerdo, o, en defecto de éste, por resolución judicial.

⁴⁵⁶ Vid. PINTO ANDRADE, C., *La Custodia Compartida*, (2009), pp. 312-315

4ª.- A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, el Ministerio Fiscal velará porque, en los convenios reguladores, o excepcionalmente, a falta de ellos en las resoluciones judiciales, en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados, se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

2. El cambio de domicilio de los progenitores

Atendiendo a las peculiaridades del régimen de guarda que estamos tratando, ambos progenitores serán custodios y, consecuentemente, los hijos menores tendrán en cada momento el domicilio del que esté ejerciendo como guardador. De esta forma, la residencia será la de aquel de ellos que los tenga bajo su cuidado.

En esencia, habrá que estar a cada caso concreto para determinar cómo afecta la decisión de mudarse al desarrollo personal de la vida del hijo, la dispensa de la convivencia con los menores y la adecuada vigilancia de los mismos. Evidentemente, habrá que valorar la repercusión de tal medida en el otro progenitor para el ejercicio de su derecho-deber de custodia⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ ROMERO COLOMA, A.M. concluye que el cambio de lugar de residencia del hijo menor de edad es una decisión que pertenece al ámbito de las funciones que vienen referidas a la patria potestad, y no al marco de la guarda y custodia propiamente dicha. Es una decisión que habrá de ser tomada de común acuerdo por ambos progenitores, y en su defecto, será la autoridad judicial la competente para establecer a quién corresponde tomar esa decisión. *Vid.* «El cambio de lugar de residencia del hijo menor de edad y su problemática jurídica» (2014), pp. 5-11.

En similar conclusión, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. entiende que la doctrina española viene considerando que «la decisión de alterar el domicilio del menor o incapacitado se mantiene en la patria potestad residual y, por lo tanto, requiere la conformidad de ambos progenitores o, en caso de discrepancia, autorización judicial, dada su evidente importancia y las profundas consecuencias para el régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos con el progenitor no conviviente». *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja*, (2013) p. 589.

Con carácter general, las decisiones familiares deberán adoptarse dentro del debido resguardo de los derechos de todas las partes involucradas⁴⁵⁸. Cuando aquellas se toman de forma unilateral y discrecional podrían afectar al correcto ejercicio y desenvolvimiento de la guarda y custodia compartida. Las alteraciones en el domicilio pueden ser insignificantes, por ejemplo, cuando no haya una ruptura de la cercanía geográfica entre los lugares donde se desarrolla el modo de vida del menor. Por el contrario, también se podría hablar de cambios que realmente trastorquen el entorno afectivo y social y que sean determinantes para valorar las peticiones de aquella parte involucrada, cuya opinión no se ha tenido en cuenta, y está afectando al contacto directo y regular con los hijos.

En el contexto de la previsión de un plan parental propuesto por las partes, en la práctica es bastante útil establecer este tipo de cautelas, relativas a las circunstancias y condicionamientos en las que se pueden dar los aspectos relativos al domicilio. Así, es conveniente establecer la precaución de que cada progenitor haya de comunicar la intención de cambio del mismo con un preaviso mínimo y un plazo de tiempo suficientes⁴⁵⁹.

2.1. Factores determinantes en los supuestos de cambio de domicilio

La viabilidad para el mantenimiento de la guarda y custodia compartida en los casos en que se produzca el cambio de domicilio por alguno de los progenitores, pasa por el análisis de unos factores que hagan posible su

⁴⁵⁸ *Vid.* Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

⁴⁵⁹ *V. gr.* la STS núm. 433/2016 de 27 de junio (RJ 2016\3717, ECLI:ES:TS:2016:3145), en la que una de las partes propone un plazo de dos meses y «si el cambio de domicilio fuera incompatible con las presentes medidas, ambos progenitores deberán revisarlo para adecuarlo a las necesidades de la niña, comprometiéndose el progenitor que cambia de domicilio a asumir los mayores costes económicos que puedan generarse en concepto de desplazamientos o transportes derivados del cambio de domicilio...» (FD 2º).

ejercicio. Así, Pérez Martín⁴⁶⁰ analiza la reciente jurisprudencia del TS para extraer criterios como el interés del menor, la razonabilidad del cambio y la opinión del menor al respecto.

En consonancia con el interés del menor, la decisión no puede afectar negativamente a su desarrollo emocional y debe permitir la estabilidad en el contacto con sus progenitores y hermanos. A tales efectos, en el asunto resuelto en la STS núm. 664/2015 de 19 de noviembre⁴⁶¹, se sienta doctrina sobre la organización de las entregas y recogidas de menores cuyos progenitores viven en distintas localidades, así como sobre el reparto de las cargas y costes de trabajo.

El cambio de residencia debe de obedecer a motivos objetivos y razonables que hagan justificable mover a los hijos de su entorno habitual. Dicha exigencia pasa por descartar impulsos con el ánimo de restringir o entorpecer las relaciones parentales.

⁴⁶⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J., analiza diversas resoluciones, como las SSTS de 18 de abril (RJ 2018\2177, ECLI:ES:TS:2018:1414) y 23 de julio de 2018 (RJ 2018\2966, ECLI:ES:TS:2018:2833), y concluye que la jurisprudencia considera como causa justificada el hecho de que el progenitor custodio quiera convivir junto a su nueva pareja y para ello tenga que trasladarse a otra ciudad. «Petición de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja» (2019).

⁴⁶¹ A tal fin entiende como principios a que debe ajustarse la decisión: el interés del menor (art. 39 de la CE y art. 92 del CC) y el reparto equitativo de cargas (arts. 90 y 91 del CC), en relación a los gastos de traslado cuando el progenitor cambia de residencia a otra localidad y provincia, Valencia y Sevilla, respectivamente. «Para ello se establece un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación. El prioritario, y así lo recoge la sentencia recurrida, es el deseable acuerdo de las partes, en tanto no se viole el interés del menor. El subsidiario lo prevé también la sentencia recurrida, pero, sin embargo, procede acceder, en interés del menor, conciliándolo con el del progenitor no custodio alejado de él, a la solicitud de éste en el sentido de que sea la madre quien traiga al menor al domicilio del padre al iniciar los periodos vacacionales o los viernes de los fines de semana que le corresponde estar con el padre, y sería éste quien le llevase de vuelta el lunes mientras el menor no se encuentre en periodo escolar obligatorio, y el domingo a las 20:00 horas cuando comience la escolaridad obligatoria.». *Vid.* FD 4º y 5º (RJ 2015\5495, ECLI:ES:TS:2015:4923).

Un tercer factor que se debe considerar es la voluntad del menor respecto a ese cambio de residencia, cuya visión irá, de forma lógica, en función de la edad y necesidades del mismo.

2.2. Aspectos procesales

La eventualidad de un cambio de domicilio por parte del padre o la madre nos lleva a cuestiones de diversa índole procesal, dependiendo del momento y la forma de proceder por parte de los progenitores en cada caso.

Partimos del derecho de los progenitores de tener la libertad a la fijación del lugar de su domicilio, conforme al art. 19 de la CE. Pero, también hay que recordar que, la fijación del domicilio del menor se trata de una materia que se encuentra dentro del ejercicio de la patria potestad. Aquellos supuestos en los que algún progenitor actúe de mala fe, sin avisar y poniendo en riesgo evidente y constatable el bienestar del menor, se podrían considerar como causas de perjuicio a los hijos menores. Así, en el caso de que el cambio de domicilio de uno de los progenitores custodios a otro lugar (otra ciudad, comunidad autónoma o país), pudiera causar un perjuicio a los hijos menores por los motivos que fuesen, el otro progenitor puede acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción de las medidas oportunas que nos refieren los artículos 156 a 158 del Código Civil, como disposiciones de carácter general en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

El artículo 156 del Código Civil⁴⁶² establece un incidente de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, cuyo trámite procesal se

⁴⁶² Artículo 156 del Código Civil: « (...) En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá 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 (...) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el

trata como un acto de jurisdicción voluntaria, previsto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (arts. 85 y siguientes) pretendiendo que el Juzgado conceda a uno de los progenitores la decisión sobre un concreto acto necesario para el menor. El procedimiento se inicia a instancia de cualquiera de los progenitores y, una vez admitida la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, este citará a una comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. En casos de urgencia, se podría resolver otorgando la capacidad de decisión a uno de ellos, incluso inaudita parte, a fin de consagrar el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva.

Por su parte, el art. 158 del Código Civil⁴⁶³ establece un procedimiento de urgencia que está previsto utilizar cuando el menor se encuentra en una situación de peligro o de posibles perjuicios. Este procedimiento está previsto para el establecimiento de una serie de medidas cautelares, fundadas y urgentes (sospecha de malos tratos, abusos, sustracción parental del menor, etc.). A los fines expuestos, se dispone la posibilidad de que el Juez dicte las

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.»

⁴⁶³ Art. 158 del CC, redactado conforme a la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. (...) 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.»

medidas convenientes y apropiadas para evitar a los hijos perturbaciones dañosas y desplazamientos que le aparten de su entorno familiar.

Estas medidas se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante situaciones puntuales de excepcionalidad. Se podría decir que se trata de un «catálogo abierto», en cierto modo porque resulta de gran importancia la discrecionalidad judicial en virtud de las vicisitudes del caso. Es por ello, por lo que podrían tener cabida los supuestos más graves de cambio de domicilio de alguno de los progenitores custodios. Por tanto, su tramitación se prevé que sea preferente, evitando la dilación del cauce del incidente de modificación de medidas.

Si bien estas medidas urgentes pueden llegar a modificar el sentido de las medidas paterno-filiales acordadas en un procedimiento de familia, sería necesario que, con posterioridad y en base a la resolución judicial que las concede, se inicie el correspondiente trámite de modificación de medidas para que, de la medida de urgencia, se pase a una situación de medida definitiva.

En resumen, se trata de un procedimiento ágil, de tramitación preferente y urgente para evitar cualquier perjuicio al menor. En este tipo de escenarios no podemos esperar a que se tramite un procedimiento de modificación de medidas, porque puede durar meses. Por ello, se referiría a asuntos que no puedan ser resueltos por otra vía, como puede ser la solicitud de medidas provisionales urgentes o coetáneas a la demanda de modificación de medidas que se pretenda interponer.

Por tanto, con carácter general, la pretensión del cambio de residencia puede ser causa de una posible modificación del régimen de custodia establecido. Como resultado, en la práctica procesal civil se pueden originar procesos de solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia por alteración significativa de las circunstancias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

En los casos de guarda monoparental, el Tribunal Supremo ha declarado que el traslado de residencia del progenitor custodio a otra localidad, como regla general, no es causa por sí solo para considerar como procedente una modificación del régimen de guarda y custodia⁴⁶⁴. La sentencia núm. 485/2015, de 10 de septiembre⁴⁶⁵, hace alusión a aquellas otras sentencias de la Sala que han abordado dicha problemática y que tienen como común denominador la ponderación del interés del menor. Este aspecto nos hace concluir que no podría verse alterada la estabilidad escolar y el entorno del menor, así como que un posible cambio de domicilio no puede entorpecer y dificultar la necesaria relación con el otro progenitor.

El caso solventado en la STS núm. 515/2014, de 15 de octubre⁴⁶⁶, sirve de ejemplo de lo anteriormente dicho. En ella se acordó desestimar un cambio de domicilio de los menores por comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación, alta probabilidad de aumento de tensión y enconamiento familiar. En este sentido, la STS núm. 748/2014, de 11 de diciembre⁴⁶⁷, viene a considerar que el cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redundaría en beneficio de la menor.

Por su parte, la STS núm. 642/2012 de 26 de octubre⁴⁶⁸, contempla un supuesto de desplazamientos internacionales y su repercusión sobre un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la hija menor y de sus padres.

⁴⁶⁴ A este respecto, LATHROP GÓMEZ, F., nos señalaba como la jurisprudencia menor ha establecido en repetidas ocasiones que el traslado de residencia del hijo por cambio de domicilio no es causa suficiente para modificar el régimen de custodia establecido. *Custodia Compartida de los Hijos*, (2008), pp. 72-74.

⁴⁶⁵ Vid. STS núm. 485/2015 de 10 de septiembre (RJ 2015\5991, ECLI:ES:TS:2015:3796).

⁴⁶⁶ Vid. STS núm. 515/2014 de 15 de octubre (RJ 2014\4894, ECLI:ES:TS:2014:3900).

⁴⁶⁷ Vid. STS núm. 748/2014 de 11 de diciembre (RJ 2014\6539, ECLI:ES:TS:2014:5099).

⁴⁶⁸ Vid. STS núm. 642/2012 de 26 de octubre (RJ 2012\9730, ECLI:ES:TS:2012:6811).

No obstante, cuando el sistema vigente es el de la guarda conjunta, el elemento de la distancia entre los domicilios es especialmente relevante. En los supuestos en que el recorrido entre las viviendas sea escaso, no habrá mayor inconveniente. Sin embargo, cuando el alejamiento sea mayor, el problema es decidir con cuál de los progenitores habrán de seguir conviviendo los hijos de forma más permanente. En esa coyuntura habría que evaluar nuevamente la situación más favorable.

Así se contempla en el supuesto planteado en la STS núm. 482/2018, de 23 de julio⁴⁶⁹, en la que se estimó atribuir al padre la custodia como consecuencia de que ambos progenitores residían en localidades lejanas, en este caso Melilla y Murcia, e imposibilitaba un régimen de guarda y custodia compartida. La situación de distancia física del menor y la madre, creada unilateralmente por ésta, no se valora como reproche hacia ella en orden a su libertad, sino como dato a la hora de analizar el interés del menor. Para Pérez Martín⁴⁷⁰, «habrá que analizar caso por caso, pero sin duda pesará mucho el pronunciamiento previo que puso a la madre y al padre en un plano de igualdad y donde se consideró fundamental la vinculación de los hijos con los dos padres.».

⁴⁶⁹ Cf. STS núm. 482/2018 de 23 de julio (RJ 2018\2966, ECLI:ES:TS:2018:2833).

⁴⁷⁰ *Vid. supra.* obra citada.

3. La tributación fiscal en casos de custodia compartida: propuesta de *lege ferenda*

El tema de la convivencia de los hijos en el domicilio de los padres es una cuestión que tiene una especial repercusión en el aspecto relativo a la tributación fiscal que pueda afectar a los progenitores.

Así, a modo de breve apunte fiscal y a efectos del IRPF⁴⁷¹, una de las modalidades de unidad familiar que existe, en defecto de matrimonio o en los casos de separación legal, es la formada por el padre o la madre y los hijos menores que convivan con ellos. Según la regulación legal, a efectos fiscales, nadie podrá formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo y la determinación de los miembros de la unidad familiar se realizará atendiendo a la situación existente el día 31 de diciembre de cada año⁴⁷².

La consulta vinculante de la Subdirección General de Tributos, de 27 de marzo de 2017 (Consulta DGT V0785-17⁴⁷³), planteó la problemática de unos padres divorciados con custodia compartida sobre el hijo en común y la inclusión del mismo en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). Los padres acordaron incluir el hijo como

⁴⁷¹ Vid. art. 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio: «Tributación conjunta. 1. Podrán tributar conjuntamente las personas que formen parte de alguna de las siguientes modalidades de unidad familiar: 1.ª La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera: a) Los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos. b) Los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada. 2.ª En los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos a que se refiere la regla 1.ª de este artículo. 2. Nadie podrá formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo. 3. La determinación de los miembros de la unidad familiar se realizará atendiendo a la situación existente a 31 de diciembre de cada año».

⁴⁷² Información disponible y consultada en enero de 2021 en el sitio web https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Ciudadanos/Minimos_reducciones_y_deducciones_en_el_IRPF/Declaracion_conjunta_en_el_IRPF/Unidad_familiar.shtml

⁴⁷³ Véase el texto del documento de la consulta DGT V0785-17 en <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>

descendiente en dicho impuesto en años alternos, realizando, así, de forma alternativa la declaración conjunta. De esta forma, cada contribuyente adecuaba el impuesto a las circunstancias personales y familiares, aplicándose unas deducciones mínimas por descendiente. Este proceder implicaba que los años en los que la madre optaba por la tributación conjunta obligaba al padre a hacerlo de forma individual. En el supuesto analizado, la madre haría la declaración conjunta, incorporando el 50% del hijo en común a efectos del cálculo de los mínimos familiares y mínimo por descendientes, mientras que los años pares correspondería hacerlo al padre.

El criterio de la Dirección General de Tributos es considerar que en los supuestos de separación o divorcio matrimonial o ausencia de vínculo matrimonial, la opción por la tributación conjunta corresponderá a quien tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos a la fecha de devengo del Impuesto, al tratarse del progenitor que convive con aquéllos. Atendiendo a dicha interpretación, en los supuestos de guarda y custodia compartida, la opción de la tributación conjunta puede ejercitarla cualquiera de los dos progenitores, optando el otro por declarar de forma individual. Se recuerda, no obstante, que nadie podrá formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo, a efectos de determinar a quién le corresponda el derecho a ejercitar la opción correspondiente. «En este caso, en que existe guarda y custodia compartida, si se diese el caso de que ambos progenitores llegasen a un acuerdo por el que el hijo realizase en los años impares declaración conjunta con su madre (unidad familiar: madre, e hijo de su anterior matrimonio), ello implicaría que, tal como se expuso en el párrafo anterior, el padre, tendría ineludiblemente que declarar de forma individual, pues la declaración por el Impuesto en su modalidad de tributación conjunta debería incorporar a la misma todos los hijos menores de edad, ya sean comunes o no, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos. Por tanto, en ese caso, la unidad familiar no estaría formada sólo por los dos cónyuges y sus dos hijos en común, sino que estaría

formada por éstos y también por el hijo menor del consultante fruto de su anterior matrimonio, con independencia de que este no sea común. En este caso, el hijo formaría parte de dos unidades familiares a la vez, estando por tanto en contradicción con el apartado 2 del artículo 82 de la LIRPF».

Sin embargo, se interpreta que cabría la posibilidad de que cada progenitor se aplique a partes iguales la deducción del mínimo por descendiente, conforme a lo establecido en los arts. 58 y 61 de la LIRPF. El art. 58 de la LIRPF establece una serie de deducciones en función del número de descendientes, por cada uno de ellos menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no supere unas rentas anuales concretas. Por su parte, el art. 61 de la LIRPF dispone unas normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente y por descendientes, ascendientes y discapacidad, teniendo en cuenta que cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a su aplicación respecto de los mismos ascendientes o descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. Este último artículo establece que la determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta a dichos efectos, se realizará atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del Impuesto. Por tanto, se concluye que, con independencia de que el hijo en común tributase de forma conjunta con un progenitor, y, dado que tienen la guarda y custodia compartida respecto a dicho hijo, en la medida en que se cumplan los requisitos para la deducción, el otro progenitor tendrá derecho al mínimo por tal descendiente, prorrateándose por partes iguales entre los progenitores.

En mi opinión, este tipo de interpretación contradice la propia lógica y funcionamiento inherente al sistema de guarda y custodia compartida. La convivencia alternativa de los hijos menores con sus progenitores es consustancial al régimen de guarda conjunta. Desde el punto de vista fiscal, no cabe la posibilidad de formar parte de dos unidades familiares en el mismo

año. Sin embargo, la realidad familiar es que el hijo puede formar parte de la unidad familiar de cada progenitor, en los tiempos asignados de convivencia en cada domicilio durante el año que corresponda al ejercicio por el que se tributa. Siendo así, la línea interpretativa seguida a los efectos del impuesto sobre la renta, resulta perjudicial para aquellos progenitores contribuyentes que establezcan un régimen de guarda alterna sobre los hijos menores.

Es por ello, por lo que mi propuesta de *lege ferenda*, pasa por la imprescindible adaptación de los términos de las regulaciones legales fiscales a la realidad social de los supuestos de guarda y custodia compartida. Las situaciones concretas, en las que desemboca el ejercicio de este tipo de guarda sobre los hijos menores, deben ser contempladas por la norma a fin de respetar el principio de igualdad tributaria. La adaptación de la norma reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es necesaria. La regulación debería dispensar el mismo tratamiento fiscal relativo a deducciones y beneficios tanto a los casos de guarda individual como a los de guarda y custodia compartida de los hijos menores. Para ello, debería incluirse apartados que permitan indicar de forma proporcional el número de días que deba entenderse que los hijos menores en régimen de guarda compartida permanecen con los progenitores, con el fin de poder aplicarse el tratamiento más beneficioso a su situación.

A fecha de hoy, una vez más, se hace patente el llamamiento a la comunicación entre los padres y que sean ellos los que decidan de común acuerdo el tipo de tributación (conjunta o individual) por la que se propongan optar en cada ejercicio anual del impuesto. Pero esta eventualidad es posible en aquellos casos en los que exista una buena relación entre los progenitores. En aquellas otras situaciones en las que exista mala colaboración o nula comunicación entre ellos, las contradicciones fiscales se harán patentes, dando lugar a los oportunos requerimientos y comprobaciones fiscales por la agencia de la administración tributaria.

III. LOS PERÍODOS DE TIEMPO

1. Introducción

Junto a los alimentos y la vivienda familiar, la determinación de los periodos de estancia y convivencia de los menores con cada uno de los progenitores, es un criterio sustantivo esencial que debe ser atendido en el modelo de custodia planteado. Y ello es así porque el tiempo de dedicación al cuidado de los hijos tras la ruptura de la pareja es un factor determinante para el ejercicio de los derechos y deberes de todos los implicados.

En el ámbito de la práctica jurisprudencial se convierte en un hándicap el hecho de valorar la dimensión afectiva que supone que, durante el matrimonio o relación de pareja en familia, uno de los progenitores haya dedicado más tiempo a la atención y educación de los hijos menores que el otro. No se abordará en este estudio el análisis de los matices a los que nos llevan los condicionantes sociales sobre algunos mitos de la custodia compartida y el nexo causal con los roles sociales atribuidos al hombre y a la mujer. En relación con este aspecto, nos encontramos con encuestas de empleo del tiempo realizadas por el Instituto Nacional de Estadística informativas del trabajo realizado y su repercusión en los hogares⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ En este sentido, BECERRIL RUIZ, D. viene a recoger los mitos más persistentes a lo largo de los años sobre la custodia compartida, resumiendo algunas pautas y repartos de roles en la pareja. Igualmente analiza la preconcepción y prejuicios sobre el concepto de preferencia de este régimen. Así, tomando como base la distinción entre la dedicación a actividades remuneradas y no-remuneradas, elabora una tablas referidas a los periodos que comprende los años 2002-2003 y 2009-2010 a fin de reflejar la diferencia evolutiva por sexos y su repercusión en el hogar y familia. La finalidad es servir de base comparativa con los resultados obtenidos en la atribución de las custodias. En sus reflexiones, este autor opina que «aunque existen diferencias en los tiempos dedicados al cuidado de los niños, no son comparables ni desde luego justifican las grandes diferencias en las concesiones de guarda y custodia a las madres en exclusividad, que muy mayoritariamente siguen teniendo en exclusividad las custodias. Por último, y no queriendo extenderme en otro aspecto, sí quiero mencionar el debate en torno a la validez del tiempo de cuidado. Me refiero a que no todo es medible cuantitativamente, o lo que es lo mismo, que estar más o menos tiempo con los hijos no es la regla universal y única de medida.(...)» BECERRIL RUIZ, D. y AAVV (2017), «Algunos mitos de la custodia compartida» en *La custodia compartida en España*, pp. 73-91.

Pues bien, las siguientes bases vienen a ser esgrimidas por el Alto Tribunal, como elementos primordiales a tener en cuenta en la convivencia del régimen de custodia⁴⁷⁵:

1. El reparto del tiempo se hará atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños y atendiendo a los periodos vacacionales.

Igualmente, el progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

2. Se deberá seguir la pauta de no separar a los hermanos. Se preceptúa como una presunción que integra el interés del menor, de forma que, si se contraviene, resultaría perjudicial, sin perjuicio que circunstancias excepcionales lo justifiquen. Siendo así, deberán articularse modos de relaciones afectivas que favorezcan la diversidad de las relaciones fraternales.
3. Se establecerá, cuando proceda y en función de dichos períodos de tiempo, la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en atención a los recursos económicos de cada uno de ellos y necesidades del hijo, así como su contribución a los gastos extraescolares.
4. Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

⁴⁷⁵ Así se desprende del estudio, entre otras, de las SSTS núm. 135/2017 de 28 febrero, FD 3º (RJ 2017\606, ECLI:ES:TS:2017:709) y núm. 11/2018 de 11 de enero (RJ 2018\104, ECLI:ES:TS:2018:40).

Finalmente, debe señalarse un apunte, relativo a uno de los fenómenos que se produce con el dictado de los recursos de casación planteados al Tribunal Supremo, como es el factor del tiempo transcurrido. Dada la secuencia temporal entre la demanda de los hechos planteados y la respuesta dada por el Alto Tribunal, las circunstancias familiares pueden haber cambiado en muchas formas. Inclusive puede sobrevenir la mayoría de edad de los hijos durante la sustanciación de dicho medio de impugnación⁴⁷⁶. Es por ello, por lo que en la mayoría de sus resoluciones, viene a dejarse para el momento de la ejecución de las sentencias, la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, en atención a los recursos respectivos.

La distribución de los períodos temporales en la atribución de la guarda y custodia de forma conjunta y compartida a ambos progenitores, puede adoptarse de muy diversos modos. Igualmente, como se analizará, no es necesaria una estricta proporcionalidad en la asignación de esos lapsos de convivencia, ya que no es sinónimo de reparto de la convivencia al cincuenta por ciento entre ambos progenitores. La doctrina nos puntualiza la conveniencia de ser interpretada como un reparto de la coparentalidad, que permita a los padres ejercer de forma real en las mismas condiciones de derechos y obligaciones. Así nos lo recuerda el TS en su sentencia núm. 630/2018 de 13 noviembre⁴⁷⁷, en la que procede acordar el sistema que los padres habían acordado *de facto* y que el auto de medidas ratificó, instaurando un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los padres, aunque no conllevara un reparto igualitario de tiempos.

⁴⁷⁶ Así, es el caso de la STS núm. 897/2010 de 14 de abril (RJ 2011\7421, ECLI:ES:TS:2011:7588), en el que se resolvía entre otras cuestiones, la custodia compartida solicitada, llegando a ocurrir la carencia de objeto del recurso de casación por la mayoría de edad del hijo sobrevenida durante el procedimiento.

⁴⁷⁷ *Vid.* STS núm. 630/2018 de 13 noviembre (RJ 2018\4930, ECLI:ES:TS:2018:3743).

A continuación, se analizarán los lapsos de tiempo más comunes en los usos familiares y la práctica recogida por nuestros tribunales. Junto a ellos, también cabría hablar de una «alternancia diaria», «por curso escolar», «por vacaciones», etc. Al no quedar determinada, en la ley, la frecuencia con la que debe quedar recogido el reparto, se entiende que se trata de un tema dejado al arbitrio del juzgador, en atención a las circunstancias del caso.

2. Períodos semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales y anuales

Estos lapsos de tiempo suponen una forma alterna en periodos íntegros de días consecutivos bajo la custodia de cada uno de los progenitores. A ello, habría que añadir el reparto de fines de semanas alternos y el régimen de visitas o de estancias y comunicaciones con el menor, aspectos que serán analizados igualmente.

Algunas sentencias contemplan estos periodos del siguiente modo:

- **Semanal:** Generalmente, la convivencia con cada progenitor se extiende de lunes a domingo⁴⁷⁸. Algunos casos contemplan un sistema de pernoctaciones repartido entre varios días dentro de la semana. Así, por ejemplo, la alternancia podría producirse desde el domingo hasta el

⁴⁷⁸ En este sentido, la STS núm. 138/2016 de 9 de marzo (RJ 2016\972, ECLI:ES:TS:2016:1156), procediendo a estimar el recurso de casación interpuesto contra una resolución que establecía la custodia exclusiva de la madre, acuerda casar parcialmente la misma en el sentido de establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores: «El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.». En iguales términos se pronuncia la STS núm. 242/2016 de 12 de abril, FD 6º (ECLI:ES:TS:2016:1636).

jueves para un progenitor, y desde el jueves por la tarde hasta el domingo por la mañana para el otro⁴⁷⁹.

El TS ha considerado oportuno delimitar este tipo de régimen y diferenciarlos de aquel otro que solo suponga la pernocta de días en la semana, pero obedeciendo más bien al sistema de custodia exclusiva. Ese intento de clarificación lo encontramos en la STS núm. 283/2016 de 3 mayo⁴⁸⁰, en la que se considera improcedente el sistema de guarda conjunta, aclarando que, si se acude al régimen de guarda y custodia compartida, ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana. En el supuesto de hecho contemplado, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no fue considerado como el más propicio por compaginarse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio.

Un ejemplo de esa diversidad, lo encontramos en la STS núm. 30/2019, de 17 enero⁴⁸¹, en la que se viene a confirmar la sentencia de primera instancia. En ella se acuerda un reparto de tiempos con los tres hijos menores, correspondiendo al padre la custodia los fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas; igualmente, pernoctarían con el padre, reintegrándolos al colegio al día siguiente, el jueves anterior y el martes posterior al de la semana que le corresponda a la madre. Se intenta

⁴⁷⁹ « (...) los hijos del matrimonio Mari Trini y Gabino seguirán bajo la patria potestad y guarda y custodia de ambos progenitores. -Los menores estarán bajo la custodia de cada uno de los progenitores en semanas alternas desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán reintegrados al colegio por el progenitor con que se encuentren. (...) debe decir - los miércoles pernoctarán los menores con el progenitor con el que no se encuentren bajo su guarda, siendo recogidos a la salida del colegio y reintegrados al día siguiente en el centro escolar. Los menores podrán ser recogidos por persona distinta al padre o la madre autorizados.» Así se recoge en el Antecedente de Hecho Primero de la STS núm. 55/2016 de 11 febrero (RJ 2016\249, ECLI:ES:TS:2016:359).

⁴⁸⁰ *Vid.* STS núm. 283/2016 de 3 mayo (RJ 2016\2218, ECLI:ES:TS:2016:1901).

⁴⁸¹ *Vid.* STS núm. 30/2019 de 17 enero (RJ 2019\98, ECLI:ES:TS:2019:50).

respetar en lo esencial la práctica y las costumbres que los padres mantenían con anterioridad a la demanda de divorcio.

- **Quincenal:** Igualmente, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se podrá establecer que sea por periodos de quince días⁴⁸².
- **Mensual:** Los periodos de meses alternativos también constituyen lapsos de tiempos frecuentes en la práctica del sistema de guarda conjunta⁴⁸³.
- **Trimestral:** La forma alternativa, en el tiempo de convivencia con los menores, puede hacerse coincidir cada tres meses, que, en algunas ocasiones, se corresponden con los trimestres escolares⁴⁸⁴.
- **Anual:** En ningún caso se desnaturaliza la guarda compartida mediante el establecimiento de una alternancia prolongada por anualidades de la

⁴⁸² En tal sentido, decide en casación el TS en su sentencia núm. 33/2016 de 4 de febrero (RJ 2016\494, ECLI:ES:TS:2016:335), por la que se invoca a la cooperación entre los padres para el buen funcionamiento de sus responsabilidades: « (...) se establece que sea por periodos de quince días desde el lunes a la salida del colegio, haciéndose ya cargo esa quincena el otro progenitor. Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega de la hija, la dejará en el domicilio del otro. Se señala una visita entre semana, los miércoles, a favor de quien no tenga la custodia, desde la salida del colegio hasta las 20 horas, que deberá reintegrarla al domicilio del guardador. En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda estar con ella hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el domingo de resurrección. Se mantiene el resto de días festivos y vacaciones como se acuerda en la sentencia del Juzgado. Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia del hijo y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, siendo responsabilidad de ambos colaborar con el otro ante cualquier contingencia, como enfermedad, asistencia sanitaria, etc.»

⁴⁸³ Así lo resuelve el TS en su sentencia núm. 681/2010 de 1 de octubre (ROJ 4861/2010, ECLI:ES:TS:2010:4861).

⁴⁸⁴ *Vid.*, en tal sentido, la STS núm. 94/2010 de 11 marzo de 2010 (RJ 2010\2340, ECLI:ES:TS:2010:963): «Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una "coparentalidad" de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores. Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.» (FD 2º).

custodia, ya que ni está proscrita ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. Así ha sido declarado por el TS, en sentencias como la núm. 757/2013, de 29 de noviembre, haciendo hincapié en que esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio, ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas. Y ello, a pesar de que en dicho lapso de tiempo las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos⁴⁸⁵.

3. Regulación de los días de puentes y celebraciones especiales

Pueden entenderse incluidos en el término «puente» todos los días festivos correlativos a un fin de semana y los siguientes festivos, siempre y cuando no medie más de un día laboral respecto del primer y segundo festivo, y siempre que dicho día no festivo no sea lectivo. Generalmente, este lapso de tiempo puede implicar el disfrute y la tenencia de los hijos al progenitor a quien le corresponda, por custodia alterna, disfrutar del fin de semana.

Es de reconocimiento común el que, a lo largo de la vida familiar existen una serie de días singulares por su significado emotivo. En estas celebraciones especiales, se podrán incluir días como los cumpleaños, los santos de parientes y todos aquellos días que se tenga por costumbre celebrar, de una forma representativa, en la familia.

Por un lado, se sucederán los días de cumpleaños de cada progenitor (madre y padre), en cuyos casos se atiende a regular el deseo de éstos de pasarlos en compañía de sus hijos, independientemente del turno de visitas

⁴⁸⁵Cf. la STS núm. 757/2013 de 29 de noviembre (RJ 2013\7449, ECLI:ES:TS:2013:5641).

que pudiera corresponderles. Para ello, se puede establecer un régimen de recogida del menor en el domicilio del progenitor con el que se encuentren en dicha fecha a una hora determinada o a la salida del centro escolar (colegio o guardería), en el caso de que correspondiera un día lectivo, y devolviéndolo al mismo domicilio, en el caso de que sea procedente, en ese mismo día.

Por otro lado, respecto al día del cumpleaños del menor, los acuerdos suelen contemplar el anhelo de sus progenitores de pasarlo de forma compartida, al margen del turno de visitas que pudiera corresponderles. De esa forma, se distribuirán los tiempos intentando un reparto lo más equitativo del día en cuestión⁴⁸⁶.

4. Los períodos de vacaciones

4.1. Las etapas vacacionales

En los momentos vacacionales del menor, generalmente, se suele establecer un régimen más acorde a dichas fechas respecto al modo de ejercer la custodia, el cual se vuelve a rehabilitar en el momento en el que finaliza el período.

En este punto deberemos tener en cuenta los calendarios escolares previstos en los distintos ciclos de estudios de los hijos menores de edad, a fin de determinar cuáles serán días lectivos y cuáles no lectivos. En igual medida, son inevitables las alusiones a días de celebraciones religiosas que habrá que concretar, en la medida de lo posible, para evitar futuras divergencias e interpretaciones en las alternancias. A título de ejemplo, cabe mencionar el

⁴⁸⁶ A modo de ejemplo, véase la STS núm. 135/2017 de 28 febrero (RJ 2017\606, ECLI:ES:TS:2017:709): « (...) recogiendo al menor en el domicilio del progenitor con el que se encuentre en dicha fecha a las 13:00 horas y devolviéndolo al mismo domicilio a las 18:00 horas, en caso de que el cumpleaños del menor coincidiera con un día lectivo, el progenitor no custodio lo recogerá a la salida del colegio/guardería devolviéndolo al domicilio del progenitor custodio a las 20:00 horas».

caso resuelto en la STS núm. 15/2020, de 16 de enero de 2020, que indica, en prevención del surgimiento de problemas en el periodo de vacaciones, «y considerando la variabilidad del calendario escolar de Cantabria, así como pensando en el futuro, que no es lo mismo los calendarios en infantil que en primaria o en secundaria, se acordará una división de períodos no lectivos por partes iguales, sin hacer referencia a festividades católicas concretas como la Navidad o la Semana Santa, pues es posible que el calendario escolar no se ajuste a las mismas»⁴⁸⁷.

Las festividades o días de asuetos se refieren generalmente a los siguientes periodos de tiempo, en los que queda afectado el ejercicio de la guarda alternada sobre los hijos, por razones obvias:

a) **Navidades:**

El periodo de tiempo que comprende la celebración de la Navidad viene referido a una de las festividades anuales más importantes y se suele dividir en mitades de igual número de días entre los progenitores. La primera mitad, habitualmente, comprende desde el primer día de vacaciones (puede ser a la salida del colegio) hasta el día 30 de diciembre, de forma que se disfruta de la festividad de Nochebuena y Navidad. La segunda mitad, abarcará desde el día 30 de diciembre hasta el día anterior al regreso al colegio, independientemente del turno que corresponda a cada uno, de modo que el menor pasará con dicho progenitor el día de Nochevieja y Año Nuevo.

Respecto al día 6 de enero de Reyes Magos, es conveniente flexibilizar los acuerdos adoptados, a fin de que los menores, sobre todo aquellos de edades muy tempranas, disfruten de la compañía de ambos progenitores en igual medida, tanto con el que convivan como con aquel con el que no se encuentren en dicho periodo. Para el caso de desacuerdo sobre qué período

⁴⁸⁷Vid. la STS núm. 15/2020 de 16 de enero de 2020, FD 3º (ECLI:ES:TS:2020:61).

pasará con cada uno, es habitual recurrir a la asignación de la elección en los años pares o impares.

b) ***Semana Santa:***

En estos periodos de tiempo, asimismo, es habitual establecer una distribución equitativa, de forma que el menor pase las mitades del periodo vacacional con cada uno de los progenitores. En caso de desacuerdo entre los padres, se suele acudir igualmente a establecer unas prioridades de elección anuales, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares, o viceversa.

Al tratarse de una conmemoración cristiana anual, cuya fecha de celebración es variable (entre marzo y abril), es un periodo de intensa actividad litúrgica para compartirla con los hijos (procesiones y otras muestras de religiosidad popular). Los tiempos se tienden a fraccionar, de forma que una primera mitad puede corresponder desde el primer día de vacaciones (a la salida del colegio o haciéndolo coincidir con el Viernes de Dolores) hasta el Miércoles Santo. La segunda mitad correspondería desde este último mencionado hasta el día anterior al regreso al colegio (en su caso, el Domingo de Resurrección).

c) ***Vacaciones de verano escolares:***

Generalmente, los acuerdos refieren que el menor permanece la mitad de sus vacaciones escolares con cada progenitor. De tal forma, se establece que los días que correspondan a los meses de junio y septiembre sean considerados como periodos unitarios e indivisibles (por ejemplo: desde el último día de colegio del mes de junio hasta el 30 de junio; y desde el 31 de agosto al día de septiembre anterior al inicio del curso escolar).

Los meses de julio y agosto se tratan de forma íntegra o por quincenas, que alternarán y se adjudicarán a cada uno de los progenitores de manera que no puedan pasar dos periodos consecutivos con el mismo. En caso de

desacuerdo en la elección de los turnos vacacionales, se suele seguir el criterio mencionado anteriormente de asignación de los años pares e impares a cada uno de los progenitores⁴⁸⁸.

Para el ejercicio de la guarda y custodia compartida, por parte de los progenitores, en cada uno de los lapsos de tiempo que les corresponda, se podrá condicionar al apercibimiento de que, el que en cada momento ostente la custodia, permitirá y facilitará la comunicación del otro con los menores, siempre que ésta no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de

⁴⁸⁸ Como resumen de todo lo anterior, en el asunto planteado en la STS núm. 55/2016 de 11 de febrero, la Sala describe los períodos vacacionales de la siguiente manera: «C) RÉGIMEN DE VACACIONES: Vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: el primero desde el día que comiencen las vacaciones escolares desde las 20,00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20,00 horas; el segundo desde el día 30 de diciembre a las 20,00 horas hasta las 17,00 horas del día seis de enero. El progenitor que no disfrute de la compañía del menor el día 6 de enero (Día de Reyes) podrá disfrutar de la compañía de este al menos tres horas durante ese día.

Vacaciones de Semana Santa: se dividirán en dos periodos: el primero desde el Viernes de Dolores a las 20 horas hasta las 14.00 horas del Miércoles Santo; el segundo desde las 14,00 horas del Miércoles Santo hasta las 20,00 horas del Domingo de Resurrección.

Vacaciones de verano: se dividirán los dos meses de verano en quincenas: El primer periodo comprende desde las 12 de la mañana del día uno de julio hasta las 20 horas del día 15; y en agosto exactamente igual que en julio. Y el 2º periodo comprende desde las 20 horas del día 15 julio hasta las 20 horas del día 31 julio y en el mes de agosto igual. La última semana de junio y la primera de septiembre, el menor lo pasará alternativamente con su padre o su madre según le corresponda la primera o última quincena del verano, es decir, al que le corresponda la primera quincena del verano, también le corresponderá la última semana de junio, y al que le corresponda la última quincena del verano, también le corresponderá la primera semana de septiembre. Los meses de julio y agosto, y el resto de periodos de vacaciones el menor los pasará alternativamente con uno u otro progenitor, eligiendo el periodo, los años pares la madre y los impares el padre, salvo acuerdo en contrario.

Los días del cumpleaños de los menores, el progenitor en cuya compañía no este, podrá estar con él al menos 2 horas en horario compatible con el laboral del progenitor y escolar del niño, desplazándose para verlo el progenitor con quien no esté. En caso de eventos familiares (bodas, bautizos o comuniones), los menores asistirán a ellos, siempre que el progenitor que tenga el evento avisé al otro sobre el día y la hora de tales eventos con una semana de antelación. El menor pasará con su padre el día del padre y su cumpleaños, y con su madre el día de la madre y su cumpleaños. Los padres, abuelos, tíos, primos y demás familiares pueden comunicarse libremente con el menor, y éste con ellos.

El padre podrá hablar telefónicamente con su hijo todos los días a las 20,00 horas al igual que la madre cuando el menor este en compañía de su padre, para lo cual el progenitor que esté con el menor facilitará un teléfono al mismo.» Antecedente de Hecho Primero (RJ 2016\249, ECLI:ES:TS:2016:480).

las horas normales para ello. Respecto al sistema de recogida y entrega de los hijos, suele especificarse que podrá realizarse tanto por el padre, por la madre o por determinadas personas autorizadas por los mismos.

Como último apunte, para aquellos días de descanso escolar que sean de corta duración, en ocasiones se viene a regular en el sentido de ser disfrutadas en su totalidad por cada uno de los padres en años alternos.

4.2. Las salidas del territorio nacional

La cuestión de que los hijos menores puedan ser trasladados fuera del ámbito del territorio nacional es especialmente problemática en muchos supuestos, de ahí que puedan establecerse ciertas limitaciones o condicionamientos, a fin de evitar posibles y nuevas controversias.

Sobre todo, en los casos de períodos más largos de vacaciones escolares, nos encontramos con la posibilidad de decretar la prohibición de la salida del territorio nacional del hijo menor, o bien, condicionarla a la previa autorización de ambos padres. Del mismo modo, se podrá decretar el compromiso o la obligación de comunicar el hecho de que se traslade a los menores de un lugar conocido a otro desconocido. En tales casos, se recomienda dejar indicado, al otro progenitor, tanto un número de teléfono de contacto, las vías de contactar con el mismo y la dirección del domicilio o lugar donde se encuentren.

En este punto es conveniente recordar la importancia de la prevención y la anticipación que se debe tener presente en el ámbito del derecho de familia. Es por ello, por lo que no debería faltar la regulación de una serie de cuestiones prácticas, tanto en los convenios reguladores como en las resoluciones judiciales, referentes al pasaporte del menor y el progenitor que deba guardarlo o su conveniencia de entregarlo al Juez, inclusive siendo un tema complicado teniendo en cuenta que existe la libre circulación.

5. La falsa guarda individual o exclusiva

La expresión que vengo a denominar como «la falsa guarda y custodia exclusiva o individual», resulta cada vez más usual, refiriendo el tema de los tiempos de reparto similares. Hablando en términos del establecimiento de un mínimo de pernoctaciones en el periodo de un año, no existe ningún criterio legal objetivo que permita distinguir entre una custodia exclusiva y otra compartida.

La cuestión del reparto del tiempo de permanencia, con uno y otro progenitor, ha abocado en discusiones de tipo nominal que vienen a rechazar la denominación de guarda conjunta, a pesar de que, de hecho, se viene a ejercer de tal manera. Así, encontramos situaciones en las que se desarrolla prácticamente una guarda y custodia compartida alternativa, en cuanto se ha distribuido los tiempos de manera equitativa, en espacios cronológicos semejantes y amplios⁴⁸⁹.

En este escenario se podrían incluir realidades, que contemplen una distribución temporal bastante semejante, como las que hacen referencia a las siguientes circunstancias:

- La fijación de un régimen de estancias, relaciones y comunicaciones con un carácter tan amplio a favor de uno de los progenitores, que en la práctica realmente suponga una guarda compartida o alternada.

- El establecimiento del mismo número de pernoctaciones con el padre y con la madre.

⁴⁸⁹ En este contexto, CARRASCO PERERA A., dentro de un planteamiento muy crítico a la que llamaba como *la tendencia de la custodia compartida*, proponía a los jueces soluciones que redujeran la extenuadora tensión de los pleitos sobre la misma: «Primera, que no concedan - cuando hay oposición de la madre- custodias compartidas , pero que sean generosos y creativos en el establecimiento de derechos de visita, con pernoctas intersemanales, superando la rutina del reparto de fines de semana alternos y vacaciones por mitad. Porque, a pesar del barullo de la custodia compartida, los jueces avisados han advertido que no existe diferencia otra que la nominal entre aquélla y un régimen de visitas ampliado». *Vid.* en «Llueven custodias compartidas» (2011) p. 2.

- Un régimen de estancia, que no de visitas, de forma tan equitativa con ambos progenitores, que conlleve un ejercicio de la custodia totalmente alejado de lo que sería una guarda individual a favor de uno de ellos.

En estos términos, viene a expresarlo la STS núm. 138/2016, de 9 de marzo⁴⁹⁰: «(...) en la sentencia recurrida se deniega la custodia compartida por la pretendida incompatibilidad de horario del padre, en relación con la recogida de los menores del colegio. Esta Sala debe declarar que en la resolución recurrida se reconoce y las partes lo mantienen, que ambos progenitores tienen aptitud para hacerse cargo de la educación de sus hijos. Por otro lado, en la resolución recurrida se amplía el régimen de visitas para otorgar pernocta en las dos noches intersemanales que el padre tiene, hoy día, a los menores y declara que se asimila «en cierto modo al sistema establecido a una custodia compartida». La Sala de lo Civil del TS casa parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores.

Igualmente, en el caso expuesto en la sentencia núm. 52/2015, de 16 de febrero⁴⁹¹, el TS termina casando y anulando la resolución recurrida, para acordar la guarda alterna del hijo común del matrimonio. Se hace constar que se impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (el menor pernoctaría, dependiendo del mes, no menos de diez noches en el domicilio del padre y este le recogería del colegio no menos de veinte días de un total de 24 posibles) que sorprende que no se adoptara la custodia compartida puesto que el cambio para el menor sería mínimo y sin duda más beneficioso.

En el asunto abordado en la STS núm. 560/2016, de 21 de septiembre⁴⁹², se confirma el razonamiento de la AP de admitir, en proceso de

⁴⁹⁰ Cf. la STS núm. 138/2016 de 9 de marzo, FD 2º (RJ 2016\972, ECLI:ES:TS:2016:1156).

⁴⁹¹ Vid. la STS núm. 52/2015 de 16 de febrero, FD 2º (RJ 2015\553, ECLI:ES:TS:2015:258)

⁴⁹² De tal manera, «(...) la menor permanecerá con el padre los martes y jueves desde la salida del colegio hasta su reintegro al mismo en el día siguiente, en fines de semanas alternos desde la salida del colegio el viernes o el último día lectivo hasta su reintegro al colegio el lunes o

modificación de medidas definitivas, un sistema que, *de facto*, suponía una custodia compartida, aunque entendiéndose que no se solicitaba estrictamente como tal. Se denominó como un régimen que se aproximaba extraordinariamente a la misma, por expreso deseo de la hija.

En estos casos se suele atender a criterios de disponibilidad horaria para atender a la atención normalizada y a los cuidados de los hijos, para justificar el régimen de exclusividad, a pesar de que en la práctica sea una guarda conjunta⁴⁹³. Todo ello nos lleva a consecuencias fiscales y administrativas de muy diversa índole, como puede resultar de la obtención de ayudas sociales económicas, deducciones en la declaración del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, etc.

Desde el punto de vista de una vertiente contrapuesta, podemos encontrar casos en los que por parte del Juzgado de 1ª Instancia se ha denominado como régimen de guarda compartida, sin considerarse así a criterio del Tribunal Supremo. Así, en el supuesto resuelto en la sentencia núm. 413/2017, de 27 de junio⁴⁹⁴, se consideró que el sistema llamado como

primer día lectivo en caso de coincidir con puentes, disfrutando de los periodos de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa por mitades, computando desde el último día lectivo hasta el primer día de regreso a clase, permaneciendo la primera mitad de Semana Santa y la primera mitad de Navidad en compañía del padre en los años pares y en compañía de la madre en los impares y en cuanto al verano, la menor estará con la madre desde el final de curso hasta el 31 de julio y con el padre desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso,...». Véase la STS núm. 560/2016, de 21 de septiembre, FD 1º y 2º (RJ 2016\4439, ECLI:ES:TS:2016:4100).

⁴⁹³ La STS núm. 194/2018 de 6 de abril de 2018 viene a ratificar el criterio del juzgador de 1ª instancia y se pronuncia en tal sentido: «Ha de quedar claro que no cabe reproche alguno a ninguno de los progenitores en el plano afectivo o de entrega a sus hijos, pero el interés de estos aconseja el régimen elegido, en el que la comunicación y visitas con el padre es tan intenso que se acerca mucho al de guarda y custodia compartida. Será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre.». Vid. FD 2º (RJ 2018\1430, ECLI:ES:TS:2018:1167).

⁴⁹⁴ Vid. STS núm. 413/2017 de 27 de junio (RJ 2017\3077, ECLI:ES:TS:2017:2572).

tal, por el órgano jurisdiccional inferior, no era propiamente un sistema de guarda conjunta o alterna, sino, más bien, una ampliación del régimen de visitas, estancias o comunicaciones que existía en el régimen monoparental o exclusivo existente. Debemos entender que, en casos como estos, realmente el plan parental no llevaba las connotaciones inherentes a la práctica del sistema de guarda compartida, con la similitud de funciones propias de cada progenitor.

En conclusión, la línea que separa ambos sistemas, el de la custodia individual y el de la compartida, puede ser fina y podría implicar que se distorsionen los efectos que conlleven la adopción de uno y otro régimen. En opinión de Alascio Carrasco⁴⁹⁵, es complicado discernir si ante una denominada custodia individual con un amplio y flexible régimen de visitas, estamos en realidad ante una custodia compartida «de hecho». Las decisiones finales estarán en manos del Juez, que será quien valore si la medida a adoptar recibe uno u otra denominación⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Vid. ALASCIO CARRASCO, L., «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2011, p. 20.

⁴⁹⁶ En ese sentido, lo declara la STS núm. 553/2016 de 20 de septiembre: «En el caso presente lo propuesto en la demanda no puede ser considerado como una custodia compartida, aunque dicha denominación haya sido otorgada por las sentencias dictadas por el Juzgado y la Audiencia, sino que ha de estimarse como una ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Lo vinculante, como integrado en el concepto de cosa juzgada material (artículo 222 LEC), no es la denominación del régimen (en este caso «custodia compartida») sino el concreto alcance de lo resuelto acerca de la custodia y la forma en que se ha de llevar a cabo. De ahí que no puede argüirse con éxito que, declarada la custodia compartida, habría de entenderse acordado en todo caso dicho régimen con adopción de las medidas oportunas y adecuadas para una custodia conjunta, sino que se ha de atender al beneficio del menor según lo acordado. Esta sala, abordando una situación similar a la ahora planteada, ha dicho en reciente sentencia de 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2218) (Rec. 1099/2015) lo siguiente: "Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana"». FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:4092).

Recordamos aquí las argumentaciones expuestas en la STS núm. 614/2009, de 28 de septiembre⁴⁹⁷, como una de las primeras sentencias del Alto Tribunal donde se interpretaron las medidas del régimen de guarda y custodia compartida. En los fundamentos del caso, se rechazó la tesis de que el establecimiento de un amplio régimen de visitas al progenitor no custodio pudiese ser equivalente a calificarla como una guarda conjunta *de facto*.

IV. LOS RÉGIMENES DE ESTANCIA, RELACIÓN Y COMUNICACIÓN

En la práctica, se hace preciso regular el modo en el que se va a llevar a cabo el contacto en forma de estancias, visitas y comunicaciones entre los padres y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia⁴⁹⁸. En primer lugar deberemos acudir a lo convenido entre los padres y, a falta de dicho acuerdo, la resolución judicial deberá establecer una fórmula adecuada para ellos.

La organización de los regímenes de estancia para el progenitor no custodio en cada momento, puede resultar muy diversa. Frecuentemente, si los periodos de guarda superan la semana, y se trata de periodos quincenales o mensuales, se suelen asignar unos días semanales para llevar a cabo un «derecho de visitas» a favor del progenitor al que no le corresponda el cuidado en ese tiempo. Es habitual recoger al menor después de la salida del colegio, devolviéndolo, al domicilio del progenitor custodio, en cada momento, ese mismo día⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Vid. STS núm. 614/2009 de 28 de septiembre, FD 4º (ECLI:ES:TS:2009:5707).

⁴⁹⁸ En este contexto, cabe indicar la definición que daba la anulada Ley Valenciana 5/2011 de 1 de abril, de Relaciones Familiares, en su art. 3, que indicaba que «c) Por régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.»

⁴⁹⁹ V. gr. STS núm. 526/2016 de 12 de septiembre: « (...) Durante las dos semanas en la que le corresponda la custodia a un progenitor, el progenitor no custodio tendrá un derecho de visitas consistente en lunes y jueves recogiendo a la salida del colegio/guardería y

Respecto a la tipología de las comunicaciones, entramos en las cuestiones que se refieren a los medios telefónicos, telemáticos y las diversas formas de redes sociales existentes en la actualidad. Entiendo que su regulación debe de obedecer a criterios razonables que respeten el descanso y las actividades de los menores⁵⁰⁰.

1. Recogida y retorno del menor

Los aspectos relacionados con las recogidas, traslados y retornos de los hijos menores constituyen una cuestión de operatividad inherente al sistema de guarda conjunta.

Es habitual establecer en las medidas reguladoras del régimen de guarda y custodia sobre el menor que, para ejercer el derecho de estancia y comunicación, la recogida de los hijos tenga lugar en el domicilio del progenitor custodio en cada momento. De esta forma, será el padre o madre a quien le corresponda la custodia alterna siguiente, quien sea el que vaya a buscar a los hijos al domicilio del custodio actual. Aunque, de forma lógica, los criterios pueden ser muy diversos y obedecerán a cada caso concreto, atendiendo al mutuo acuerdo entre las partes, si lo hubiera.

Estas fórmulas sobre la recogida y retorno de los hijos entrarían dentro de los principios generales, ya resueltos por la Sala de lo Civil del TS, que giran

devolviéndolo al domicilio del cónyuge custodio a las 20:00 horas.» (RJ 2016\4435, ECLI:ES:TS:2016:4045).

⁵⁰⁰ En este sentido, podemos citar la forma de regular los contactos del progenitor con sus hijos recogida en la STS núm. 229/2018 de 18 de abril: «Así mismo, ambos progenitores pero especialmente el Sr. Roberto podrán contactar con los niños vía telemática a través de la Web CAM Skype o sistemas similares, de lunes a jueves, durante unos diez/quince minutos aproximadamente, tras la finalización de los estudios de sus hijos) antes de la cena, ejerciéndose el mismo de forma razonable para no interrumpir en exceso los horarios de descanso y actividades de los niños. La comunicación de viernes a domingo podrá tener una mayor duración, pero respetando también esos factores.» (RJ 2018\2177, ECLI:ES:TS:2018:1414).

en torno al interés superior del menor, el reparto equitativo de las cargas y el establecimiento de formas proporcionadas del ejercicio de la guarda⁵⁰¹.

Así debe de extraerse del análisis de la STS núm. 289/2014, de 26 de mayo⁵⁰², que declara que «es esencial que el sistema que se establezca no

⁵⁰¹ Vid. ALONSO BEZOS, J.J.,(2014), pp. 1-3.

⁵⁰² Vid. STS núm. 289/2014 de 26 de mayo, FD 2º y 3º: « Se estima el motivo. Alega el recurrente que se vulnera el interés del menor y el reparto de cargas entre los padres, al imponer al recurrente que se encargue en exclusiva de la recogida y retorno del menor al domicilio de la madre, lo que le supondría, según alega, recorrer aproximadamente 1.200 km mensuales, suponiendo ello una carga económica importante. Que el equipo psicosocial proponía la misma solución adoptada por el Juzgado. Que el reparto de cargas económicas, repercute en beneficio del menor. Solicita que para el reparto de cargas derivada de los desplazamientos para ejercitar el régimen de visitas de los hijos menores, deben ponderarse los factores e informes psicosociales existentes, la situación económica de los progenitores y cuantos factores puedan repercutir en el sostenimiento de esa carga. En las sentencias invocadas por la parte recurrente para acreditar la doctrina dispar entre las diferentes Audiencias Provinciales se declara: a) (Trayecto Albacete-Getafe). La procedencia de la medida se ve clara cuando se contempla desde la óptica del derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Siendo ello así, ambos han de contribuir, con su esfuerzo personal y con su economía, al cumplimiento satisfacción de ese derecho de su hijo (Albacete Sección Primera). b) (Trayecto Albacete-Pozuelo de Alarcón). En la sentencia de la Audiencia se valora no solo la distancia sino el colapso de tráfico en los fines de semana, lo que incrementa el tiempo de desplazamiento, lo que justifica que el esfuerzo necesario para cumplir el régimen de visitas se reparta entre ambos progenitores (Albacete Sección Primera). c) (Trayecto Hellín-Albacete). Se trata de desplazamiento desde Hellín al Punto de encuentro familiar de Albacete, y la Audiencia acuerda repartir por mitad los gastos de desplazamiento del menor (Albacete Sección Primera). d) (Trayecto Reus-Barcelona). En la sentencia la Audiencia se valora la menor retribución laboral de la madre y que en los fines de semana que no tiene a los menores, aprovecha para efectuar guardias en una clínica, por lo que se determina que será el padre el que recogerá y retornará a los menores, dado que no consta que ello interfiera en sus servicios laborales, ni en su capacidad económica, comparada con la de quien fue su esposa (Barcelona Sección Duodécima). e) (Trayecto Mataró/Barcelona y Murcia). Se atribuye la obligación de recogida y retorno al padre, dado que al fijarse un régimen de visitas en puentes y vacaciones escolares, resulta menos gravoso que si fuese durante fines de semana alternos. Los ingresos de los padres son similares, con cierta ventaja para la madre. (Barcelona Sección Duodécima). f) (Trayecto San Martín de la Vega/Madrid y Yecla/Murcia). En la sentencia de la Audiencia se atribuye la totalidad de los gastos a la progenitora no custodia al ser su situación económica más estable y consolidada (Murcia Sección Cuarta). g) (Trayecto distancia 75 km entre domicilio paterno y materno; no se especifican las localidades). La Audiencia declara que la atribución de los gastos en exclusiva al padre es equitativo a la vista de la exigua pensión que debe abonar por alimentos al hijo (Murcia Sección Cuarta). h) (Trayecto Cáceres-Madrid). La Audiencia declara que el criterio general es el de que el progenitor no custodio afronte los gastos de desplazamiento. Si bien también declara, en el caso concreto, que valora la disponibilidad del padre para los desplazamientos y la dificultad de la madre por sus circunstancias laborales (Cáceres Sección Primera) (sentencia citada por la parte recurrida). Fijada la doctrina contradictoria existente sobre la materia debe determinarse por esta Sala, cuál sea la doctrina aplicable al caso y la procedente, por tanto, en interés casacional.

perda de vista el interés del menor, de forma que no dificulte su relación con cada uno de los progenitores. Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufragen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.». La resolución refiere la conveniencia de establecer soluciones alternativas ante las particularidades de cada situación, partiendo del deseable acuerdo entre las partes. Como sistema prioritario y normal, acordó que cada progenitor recogiera al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, podría acudir a la correspondiente compensación económica debidamente justificada.

Por su parte, en el asunto solucionado en la STS núm. 664/2015, de 19 de noviembre⁵⁰³, se pone de manifiesto cómo, originariamente, se optó por cargar al padre con la recogida y retorno de la menor, sin ponderar el interés de la misma y el reparto equitativo de las cargas, siendo por ello, por lo que la Sala casa la sentencia recurrida y asume la instancia. Constaba acreditado que el padre trabajaba como masajista deportivo, mientras que la madre era

(...)TERCERO.-A la vista de lo declarado, en la resolución recurrida no se especifica qué criterio legal es el seguido para atribuir en exclusiva al padre la obligación de recogida y retorno, declarándose en la misma que "siendo lo lógico que el progenitor que reside en localidad distinta que el menor lo recoja en el domicilio de residencia de este y se encargue y responsabilice de devolverlo al mismo concluido el período de estancia o visita". En la resolución recurrida, no se pondera expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas, por lo que ha de ser casada, y asumiendo esta Sala la instancia, debemos dictar fallo en el mismo sentido que la sentencia de primera instancia, a la vista de los escasos ingresos de los padres y del notable kilometraje que se ha de desarrollar pese a la escasa distancia entre los municipios, derivado ello del amplio régimen de visitas. Por tanto, debe el padre recoger al hijo en el domicilio materno y será la madre quién irá a por él al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia.» (RJ 2014\3172, ECLI:ES:TS:2014:2609).

⁵⁰³ Vid. STS núm. 664/2015 de 19 de noviembre: « De la misma manera podrán optar por que el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla, con lo que le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8.-km en automóvil o autobús, de ida y vuelta.». FD 4º y 5º (RJ 2015\5495, ECLI:ES:TS:2015:4923).

licenciada en psicología y convivía con otra pareja. Siendo así, el Tribunal consideró que el primero tenía medios económicos suficientes y la segunda tenía formación universitaria como para optar a un trabajo dependiente o autónomo. Así, y de acuerdo con la jurisprudencia de la propia Sala, se acordó que el padre debería recoger a la hija en el centro escolar y sería la madre quién iría a por ella al domicilio paterno (o lugar que se estableciera en ejecución de sentencia).

2. Gastos de desplazamiento

El dato de los gastos originados por los desplazamientos por los traslados, de los progenitores con los menores, adquiriría relevancia especialmente en los casos de desarrollarse una custodia compartida en domicilios separados. El hecho de desarrollarse un régimen de estancia, relación y comunicación, fijado entre residencias distantes entre sí, implica un costo en los desplazamientos para efectuarse las entregas y recogidas de los menores.

Como se ha expuesto, una distancia larga entre los lugares de convivencia dificultaría la implementación del régimen de guarda y custodia compartida⁵⁰⁴. En los casos en los que se considere pertinente, la mayor distancia supone un mayor incremento del gasto de viajes de recogida y retorno.

Pues bien, en este sentido es significativo el análisis de la cuestión que ofrece la mencionada STS núm. 664/2015, de 19 de noviembre⁵⁰⁵, por

⁵⁰⁴ *V. gr.*, la STS núm. 482/2018 de 23 julio, estimaba la atribución de la guarda y custodia al padre, por razón de que ambos progenitores residen en localidades lejanas por traslado de la madre. Modificó el régimen de vacaciones en atención a las molestias que sufría el menor, derivadas de las residencias distantes. Respecto al régimen de visitas, se determinó que en defecto de acuerdo y teniendo en cuenta la semejanza de ingresos entre ellos, procedía la repartición al 50% de los gastos de desplazamiento del menor. (RJ 2018\2966, ECLI:ES:TS:2018:2833).

⁵⁰⁵ *Vid. supra*. En ella, el recurrente entendía que al trasladarse la madre unilateralmente, con la menor, de Sagunto (Valencia) a Benacazón (Sevilla) había incrementado notoriamente los

establecer una doctrina jurisprudencial ratificada por la Sala, en otras sentencias citadas como la núm. 565/2016, de 27 de septiembre⁵⁰⁶.

Entiendo que los criterios argumentados en estas sentencias, que son examinados dentro de un contexto de custodia monoparental, podrían ser aplicables también a los supuestos de guarda y custodia compartida. En general, se refiere la importancia de dos principios generales: a) no perder de vista el interés del menor, sin dificultar su relación con cada uno de los progenitores; y b) un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.

En conclusión, y en virtud de lo expuesto, se habría de estar, prioritariamente, al acuerdo entre las partes y, subsidiariamente en defecto de pacto, conviene establecerse un plan para situaciones diferentes con soluciones alternativas posibles. Para el caso concreto, se dispuso como sistema normal o habitual que cada padre/madre recogería al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, las partes o el Juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica. En este punto, debemos tener presente la importancia de la correspondiente justificación documental de los desembolsos para sufragar los viajes.

gastos que el padre debía desembolsar para poder ver a su hija; y que todo ello iba en perjuicio de la menor, al dificultar el contacto con el padre, pese a lo cual en la sentencia recurrida se determinaba que el padre debe recoger y retornar la menor con cargo a su propio patrimonio.

⁵⁰⁶ Cf. STS núm. 565/2016 de 27 de septiembre (RJ 2016\4847, ECLI:ES:TS:2016:4203).

CAPÍTULO IX

Tempestatibus

CAPÍTULO IX

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

I. EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA PARA LA RESOLUCIÓN DE LAS INCIDENCIAS DEL COVID-19⁵⁰⁷

1. El impacto del confinamiento por el Covid-19 y la adopción de medidas procesales

La declaración del estado de alarma mediante el RDL 463/2020, de 14 de marzo, estuvo motivada por la grave crisis socio-sanitaria generada por el Covid-19. Las consecuencias de la sucesión de medidas adoptadas por las autoridades sanitarias y gubernativas, se tradujeron en unas repercusiones trascendentales en el desarrollo normal del régimen de custodia y de comunicaciones sobre los menores. Estos desequilibrios en los tiempos de convivencia y estancias fueron especialmente significativos en los regímenes de guarda y custodia compartida. Por las circunstancias acaecidas, no se produjo la equivalencia entre los tiempos de disfrute de los progenitores con los menores durante el confinamiento, tal y como hubiera ocurrido en una situación de normalidad. Así mismo, se preveía que los efectos económicos derivados de la crisis sanitaria, que seguirían agravándose en el tiempo, conllevarían alteraciones en las situaciones económicas de los progenitores.

⁵⁰⁷ En 2019 se identificó un nuevo virus como la causa de un brote de enfermedades que se originó en China. Este virus ahora se conoce como el síndrome respiratorio agudo grave coronavirus 2 (SARS-CoV-2). La enfermedad que causa se llama enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19). En marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que este brote de COVID-19 es una pandemia. Información disponible en el sitio web mundial de la Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

Por su parte, la Administración de Justicia afrontaba una situación inédita como era la de la paralización de todos los plazos y actuaciones judiciales. En el ámbito de la Jurisdicción Civil de Derecho de Familia, la interrupción de los plazos procesales⁵⁰⁸ no era de aplicación a los supuestos de la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la LEC ni para la adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Estas circunstancias, hacían previsible un desmesurado incremento de la litigiosidad y una avalancha de demandas, sobre todo de modificación de medidas, ante los juzgados con competencias en materia de derecho de familia. Las reclamaciones, sobre el cumplimiento de los regímenes de visitas y custodias compartidas, se hicieron significativamente complicadas dadas la limitación de acceso a los tribunales y la suspensión de plazos procesales. El socorrido intento de acudir al artículo 158 del Código Civil, podía llevar al fracaso de muchas peticiones de los progenitores, ya que dichas medidas de protección exigían unas circunstancias de peligro o riesgo, que se ven rechazadas por los tribunales al no quedar acreditadas ni contempladas en los términos del precepto.

⁵⁰⁸ La DA 2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo disponía lo siguiente: «Suspensión de plazos procesales. 1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo (...)3. En relación con el resto de órdenes jurisdiccionales la interrupción a la que se refiere el apartado primero no será de aplicación a los siguientes supuestos: (...) c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.» Esta disposición fue derogada, con efectos de 4 de junio de 2020, por la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, y desde esa fecha, se alzaron la suspensión de los plazos procesales contemplados en la misma, según determina el art. 8 del citado Real Decreto.

De esta forma, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia nació con la finalidad de dar una respuesta rápida a los problemas que, de forma abrupta, se fueron sucediendo. Posteriormente, esta norma fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

2. El procedimiento especial y sumario

El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, reguló, *ex novo*, un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas a las medidas familiares, pensado «en particular en el interés superior de las personas menores afectadas y contribuyendo a su mejor protección».

2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del procedimiento especial y sumario en materia de familia, quedaba circunscrito a la decisión de las siguientes demandas⁵⁰⁹:

a) Las que versaran sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no hubiera podido atender, en sus estrictos términos, al régimen establecido y, en su caso, la custodia compartida vigente. Ello tendría que ser como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19.

b) Las que tuvieran por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre

⁵⁰⁹ Artículos 3 a 5 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵¹⁰. Se establecía que la revisión tuviera como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de los progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

c) Las que pretendieran el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dichas pretensiones tuvieran como fundamento que la crisis provocada por el COVID-19 hubiera variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia.

Respecto a la compensación de visitas y custodias compartidas no disfrutadas, recogida en el apartado a) del artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, hay que precisar que es un supuesto que no había sido regulado con anterioridad por ninguna norma sustantiva o procesal. Como indica NIETO CENTENO⁵¹¹, la única previsión legal existente para resolver las cuestiones derivadas de la falta de cumplimiento de los regímenes de custodia y visitas contemplada en el artículo 776.2 y 3 de la ley de Enjuiciamiento Civil. En dicho precepto se recoge lo relativo a la ejecución

⁵¹⁰ Artículo 774 de la LEC: «Medidas definitivas. 1. En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia. 2. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar. 3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad. 4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.»

⁵¹¹ Vid. NIETO CENTENO, R., «Novedades legislativas en materia de familia a raíz del COVID-19», pp.5-6.

forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, dentro del capítulo dedicado a los procesos matrimoniales y de menores. Así, el apartado 2 del art. 776 de la LEC, remitiendo al art. 709 de la LEC, establece la posibilidad de que el Tribunal pueda imponer multas coercitivas al progenitor que incumpla las «obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo», como pudiera ser el hecho de impedir el cumplimiento normal del régimen de guarda y custodia compartida. Por su parte el apartado 3, nos acerca a la posibilidad de una modificación del régimen de guarda y custodia establecido, cuando los incumplimientos por parte de los progenitores sean reiterados. La remisión que se hace al artículo 709 de la LEC, conduce a la regulación de la ejecución por obligaciones de condena de hacer de carácter personalísimo.

No obstante, el tipo de ejecución mencionada en el art. 776 de la LEC, se refiere a incumplimientos derivados de la voluntad negligente, temeraria o con mala fe, por parte del progenitor incumplidor. Obviamente, no se contemplan las razones de fuerza mayor por las graves y excepcionales circunstancias provocadas por la pandemia. En estos casos, la voluntad de los padres se ve condicionada por los motivos del interés general de salud pública nacional, e incluso mundial. De ahí, surgen los novedosos conceptos de «reequilibrios y compensaciones» regulados en el apartado a) del artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

2.2. Vigencia temporal del procedimiento

La aplicación de tal procedimiento se preveía para el tiempo en que estuviera en vigor el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo⁵¹², decretó por primera vez el estado de alarma y fue prorrogado hasta en seis ocasiones por decisión del Pleno del Congreso de los Diputados, en las sesiones celebradas el 25 de marzo, 9 de

⁵¹² Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>

abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio de 2020. El primer estado de alarma por Covid-19 concluyó a las 00:00 horas del 21 de junio de 2020⁵¹³. Por tanto, la vigencia del procedimiento sumario creado, en un principio, sería hasta el 21 de septiembre del 2020.

No obstante, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, quedó derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Es por ello, por lo que entiendo que el 20 de septiembre de 2020⁵¹⁴ ha sido la fecha límite en la que los Juzgados podrían haber admitido la tramitación de este tipo de demandas, con las solicitudes anteriormente expuestas, y por los cauces del citado procedimiento sumario. De esta forma, el progenitor interesado podía solicitar una compensación a través de un procedimiento urgente, con el propósito de restablecer el equilibrio en el régimen de guarda y custodia acordado. Los requisitos, para su admisión, debían ser que el desequilibrio se hubiera producido a causa de las medidas de limitación de la movilidad adoptadas por el Gobierno y que el progenitor en cuestión no hubiera podido disfrutar de las visitas que le correspondían

⁵¹³ Con posterioridad a dicha fecha, se han dictado sucesivos Reales Decretos. Así, el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, por el que se declaró un segundo estado de alarma que concluyó el 24 de octubre de 2020. Disponible en <https://boe.es/boe/dias/2020/10/09/pdfs/BOE-A-2020-12109.pdf>. Posteriormente, el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró un nuevo estado de alarma que finalizó a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020. Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó el 3 de noviembre una prórroga del Estado de alarma por un periodo de 6 meses desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021. Cf. en <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>. A la fecha de depósito de esta tesis, está en vigor la citada prórroga.

⁵¹⁴ La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, fue publicada en el BOE núm. 250 de 19 de Septiembre de 2020, entrando en vigor un día después, es decir, el 20 de Septiembre de 2020.

durante el estado de alarma o de los periodos de estancia con los menores en los casos de custodia compartida.

En conclusión, a partir del 20 de septiembre de 2020, las peticiones que se iniciaran para reclamar al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida, deberán seguir los cauces procesales normales establecidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, los trámites habituales de los procedimientos de familia regulados en el Capítulo IV, del Título I, del Libro IV de la LEC.

2.3. Sustanciación del procedimiento

En definitiva, se trataba de un procedimiento sumario, de tramitación abreviada y urgente que pretendía agilizar la respuesta de los tribunales en los casos en los que se plantearan algunas de las pretensiones que se mencionaban en el artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. La competencia, para la tramitación del mismo, se atribuía al juzgado que hubiera resuelto sobre el régimen de visitas o custodia compartida cuyo reequilibrio se instase, o el que hubiera acordado las medidas definitivas cuya revisión se pretendía. Cuando la demanda versara sobre la revisión de la prestación de alimentos, sería competente el juzgado que hubiera resuelto, en su día, sobre la misma.

El artículo 5 del mencionado Real Decreto-ley 16/2020, regulaba el procedimiento a seguir. En cuanto a la postulación procesal, las partes deberían estar defendidas por abogado y representadas por procurador, lo cual sería acorde con lo previsto en el art. 750 de la LEC respecto a la representación procesal y defensa jurídica en los procesos matrimoniales.

En su tramitación, sería de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para la tramitación del juicio verbal. De este modo, la demanda, con la que comienza el procedimiento, tiene el contenido y la forma propios del juicio ordinario, es decir, se ajustará a los

artículos 399 y siguientes de la LEC. Si se refieren a los casos de los párrafos b) y c) del artículo 3, deberá ir acompañada de un principio de prueba documental (certificados sobre prestaciones percibidas, situación tributaria, actividades, ingresos, etc.).

Una vez admitida a trámite la demanda, las partes serán citadas a una vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes. El Ministerio Fiscal será igualmente convocado cuando proceda.

Con carácter previo a la celebración de la vista se podrá intentar que las partes lleguen a un acuerdo. Este acuerdo solo podrá ser homologado judicialmente considerando el interés superior del menor, por lo que, se dará audiencia de manera reservada a los hijos menores si el tribunal entendiese que tienen madurez suficiente y lo considerara necesario y, en todo caso, a los mayores de doce años.

Las partes podrán proponer, al menos con cinco días de antelación a la fecha de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en la misma, precisen de citación o requerimiento, o que se soliciten aquellos documentos, que posean instituciones públicas o privadas, y que no estén a su disposición. Practicadas las pruebas, se podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones.

Una vez finalizada la vista, el órgano judicial podrá dictar resolución, en forma de sentencia o auto según corresponda, oralmente o bien por escrito en el plazo de tres días hábiles. En caso de que se dicte resolución oralmente, esta se documentará con expresión del fallo y de una sucinta motivación, y si todas las personas que fueran parte en el proceso estuvieran presentes en el acto por sí o debidamente representadas y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Contra la resolución que ponga fin al procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

Una vez derogado el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la Disposición Transitoria primera, sobre el régimen transitorio de las actuaciones procesales, de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, establece que aquellas actuaciones procesales iniciadas conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del Real Decreto-ley 16/2020 se regirán conforme a dichos artículos hasta su conclusión. Lo que hace deducir y concluir que, a fecha de diciembre del año 2020 están pendientes de dilucidarse muchas peticiones aún sin resolver.

A partir de las apreciaciones de los informes del Consejo General del Poder Judicial, concluyo que, a fecha del depósito de esta tesis, no es posible determinar cuántos procesos de este tipo ingresaron en los órganos judiciales, al no tener reflejo individualizado. Aunque sí se puede afirmar que se ha observado un incremento en el ingreso de los juicios verbales relativos al derecho de familia, tanto en el segundo trimestre como en el tercero del año 2020⁵¹⁵.

Por su parte, el artículo 2 de la mencionada Ley 3/2020 ha establecido que, hasta el 31 de diciembre del 2020 inclusive, se tramitarán con preferencia los procedimientos, relativos a procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria, en los que se adopten las medidas a que se refiere el artículo 158 del Código Civil. Es decir, aquellos en los que el Juez deba dictar disposiciones con la finalidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Dichas medidas son las concernientes al aseguramiento de la prestación de alimentos y necesidades, perturbaciones dañosas en la guarda y custodia, así como la evitación de la sustracción de los hijos menores⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Véase comunicación del Poder Judicial de fecha de 27 de noviembre de 2020, consultada el 30/11/2020 y disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-demandas-de-separacion-y-divorcio-aumentan-un-16-6-por-ciento-en-el-tercer-trimestre-de-2020-tras-la-paralizacion-de-los-procesos-por-el-COVID-19>

⁵¹⁶ Artículo 158 del CC: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este

II. LOS PACTOS DE COMPENSACIÓN

Cuando el RD 463/2020, de 14 de marzo, reguló el confinamiento de los ciudadanos en sus domicilios, se establecieron una serie de limitaciones sobre la libertad deambulatoria. El citado Real Decreto indicaba expresamente que «durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: e) Asistencia y cuidado a mayores, menores»⁵¹⁷.

Siendo así, no se contemplaban expresamente los traslados a los domicilios para el cumplimiento de los regímenes de visitas y custodias establecidos en favor de los progenitores. Si bien, se podría considerar como residencia habitual del menor cualquiera de los domicilios de los progenitores, en los casos en los que la guarda conjunta se viniera desarrollando en ambos domicilios alternativamente. Todas las medidas políticas y sanitarias,

deber, por sus padres. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.»

⁵¹⁷ El art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establecía lo siguiente: «Limitación de la libertad de circulación de las personas. 1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.» Téngase en cuenta que el estado de alarma declarado en este RD finalizó a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, por lo que debe entenderse que esta norma perdió su vigencia.

evidentemente, repercutieron en el normal desarrollo de la sociedad y, directamente en las familias, lo que dio lugar a problemas jurídicos que afectaban al derecho de familia, generando una gran incertidumbre jurídica.

1. La repercusión del estado de alarma en el desarrollo del ejercicio de la guarda y custodia compartida sobre los hijos

Partiendo del supuesto de que ya se estuvieran desarrollando las medidas acordadas en un sistema de guarda y custodia compartida, acordadas en un procedimiento judicial, en la práctica se sucedieron una serie de cuestiones problemáticas. Hay que recordar, que, atendiendo a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística⁵¹⁸ en las fechas anteriores a la situación de pandemia, concretamente durante el año 2019, del total de las demandas de separación o divorcio presentadas en los Juzgados españoles, en las que los hijos eran menores de edad, en el 37,5 % de los casos se estableció una custodia compartida.

Así, en la inmensa mayoría de los casos, en los que los progenitores custodios residen en domicilios separados entre sí, se tuvo que resolver sobre el mantenimiento de los periodos de estancia de los hijos en dichos domicilios, sus traslados y desplazamientos, con la consecuente movilidad, a fin de mantener el ejercicio de la guarda conjunta. De forma lógica, se plantearon decisiones que apoyaban la suspensión del régimen de custodia alternativa, basadas en razones de evitación de la movilidad de los menores y guiadas de la intención de proteger al menor de los contagios en los traslados. Los casos se agravaban, aun más, cuando los progenitores residían en provincias distintas regidas por medidas excepcionales de confinamiento, que podrían ser diferentes entre sí.

⁵¹⁸ Consultado en nota de prensa de 28 de septiembre de 2020, en https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

Los progenitores tenían que moverse por la vía pública, a fin de realizar las recogidas y entregas de los menores para cumplir con sus periodos y turnos de estancia con los mismos. Esos desplazamientos implicaban la circulación y movilidad por las vías públicas, el uso de medios de transportes y, todo ello, dentro del cumplimiento de las medidas de protección higiénico-sanitarias recomendadas (uso de mascarillas, guantes, higiene de manos, etc.) para evitar el riesgo de contagio. Por su parte, la peculiaridad que se presentaba en el sistema de «casa nido» era que los hijos se quedaban en casa y los padres se alternaban y accedían al domicilio con las medidas de precaución pertinentes. A todo ello se unía el miedo generalizado a la enfermedad, el agravamiento de posibles patologías previas de las personas convivientes y sus posibles consecuencias. Al mismo tiempo, la disponibilidad de los padres para cumplir con sus turnos de guarda para con los hijos, podría haberse cambiado por completo, bien por razones laborales bien por el propio contagio del virus. Había que tener presente el necesario cumplimiento de las prescripciones médico-sanitarias de aislamiento o cuarentena en caso de infección de algún miembro de la familia⁵¹⁹. En estos intervalos de tiempo, podían quedar sin efecto las medidas de custodia establecidas en la sentencia.

Todas estas incertidumbres, que surgieron en un tiempo inesperado, llevaron a decisiones dispares por parte de los progenitores, que, amparadas en el interés del menor y de los familiares convivientes, en general, podían ser favorables o desfavorables al mantenimiento del régimen de guarda conjunta.

⁵¹⁹ En este sentido, véase a GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Ello no obstante, en los casos, los más frecuentes, de custodias compartidas por semanas alternas en que se hayan establecido días de visita inter semanales para el progenitor que no desempeña la custodia en la semana que le corresponde al otro, es recomendable que los progenitores lleguen al fácil acuerdo de prescindir ambos de esos de visita inter semanal para no realizar tantos traslados de los menores y minimizar, de este modo, el riesgo de contagio de los menores y de los adultos que le acompañan derivado del mero hecho de transitar por las vía o espacios públicos al haberse comprobado que el coronavirus causante de la pandemia sobrevive en el suelo durante horas y de allí puede pasar fácilmente al calzado o ropa de los viandantes y posteriormente, a través del contacto corporal con la indumentaria, a las personas.», en «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», pp. 5-6.

En este caso, al llamado interés superior del menor, se unió el interés general de la salud pública.

Como fue expuesto, el apartado a) del artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, incluyó la posibilidad de que aquel progenitor que no hubiera podido disfrutar de los periodos de visitas y custodia compartida, establecidos judicialmente, durante el período de confinamiento, podía solicitar que se compensasen esos periodos de tiempo, añadiendo tiempos adicionales a las visitas y comunicaciones futuras con sus hijos menores. No obstante, estas solicitudes de compensaciones solo eran posibles cuando se debieran a razones de fuerza mayor, y no por la propia voluntad dolosa o negligente de incumplimiento del otro progenitor por otras diversas razones no contempladas en este precepto. Así, la falta de cumplimiento o la imposibilidad de ejercer la guarda y custodia, se tendría que derivar exclusivamente de las medidas adoptadas por el gobierno y las autoridades sanitarias para evitar la propagación del COVID-19.

En opinión de NIETO CENTENO⁵²⁰, solo procederá reequilibrar los periodos no disfrutados «cuando ello implique una medida de protección del menor y se considere necesario, para garantizar el superior interés del mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor y resulta harto difícil pensar que pueda darse esta situación, teniendo en cuenta que los menores ya han sufrido suficiente perturbaciones en sus rutinas cotidianas como consecuencia de la situación de confinamiento, por lo que una vez concluida esta situación lo que menos necesitan es verse nuevamente envueltos en las alteraciones derivadas de tales compensaciones, sino procurar una pronta recuperación de su vida

⁵²⁰ Vid. NIETO CENTENO, R., «Novedades legislativas en materia de familia a raíz del COVID-19», pp.5-6.

cotidiana y el normal desarrollo de sus periodos de custodia y visitas con cada progenitor».

En conclusión, fuera de las situaciones provocadas por las medidas restrictivas de movilidad del COVID-19 y circunscritas a las consecuencias de la crisis sanitaria de la pandemia, no se regula la posibilidad de compensar los periodos de guarda y custodia compartida no disfrutados. Siendo así, actualmente no existe una regulación legal que permita la compensación de los periodos de guarda alterna, no cumplidos por razón de fuerza mayor y ajena a la voluntad de los progenitores (enfermedad de los menores o de los progenitores, compromisos ineludibles u otras circunstancias de gravedad).

2. La interpretación judicial aplicada a los casos de la modalidad de guarda conjunta: la compensación de tiempos

En el devenir de la pandemia, los problemas que se han planteado en el ejercicio de la guarda y custodia compartida han sido presentados ante los distintos Juzgados de Primera Instancia, dándose respuestas dispares y sin uniformidad. Siendo así, la labor interpretativa de la norma procesal ha sido recogida en las orientaciones dadas por las diferentes Juntas Sectoriales de Jueces de Familia⁵²¹. Estas decisiones, no tienen carácter vinculante, aunque su cometido es el establecer un criterio común en el partido judicial sobre el que tienen jurisdicción. De esta forma, las directrices para la unificación de criterios han sido diversas según la zona geográfica⁵²².

⁵²¹ Cf. <https://loslibrosazules.es/todo-son-dudas-en-el-nuevo-procedimiento-de-familia-para-resolver-las-incidencias-del-covid-19/>. Consultado a 11/11/2020.

⁵²² «Algunas Juntas de Jueces suspendieron todo tipo de intercambios, como fue el caso de Barcelona y Málaga, ambas celebradas el 18 de marzo. En concreto, la Junta de Jueces de Málaga consideraba “que el traslado de menores entre domicilios distintos, como consecuencia del reparto de tiempo en las denominadas custodias compartidas, o para el cumplimiento del régimen de estancias y contactos en las denominadas custodias monoparentales suponen un claro riesgo tanto para la salud general como para la de los propios hijos, pues duplican las posibilidades de que los niños sean contagiados o contagien a

La Junta Sectorial de Jueces de Familia y de violencia sobre la mujer del partido judicial de Alicante, de fecha de 4 de mayo de 2020, recoge la intención del restablecimiento de inmediato en el equilibrio en el régimen de guarda y custodia compartida de menores y discapaces con la patria prorrogada o rehabilitada. El art. 7.1.d) del R.D. 463/2020⁵²³ permitía la circulación por las vías de uso público, para el retorno al lugar de residencia habitual. «De forma que la falta de desarrollo de dicho régimen por la voluntad unilateral de uno de los progenitores resulta totalmente injustificada y contraria a Derecho, por lo que deberá recuperarse por el progenitor que se ha visto privado de desarrollar sus períodos de custodia, en su integridad. Puesto que un progenitor ha considerado, de modo unilateral, que no ocasionaba perjuicio

terceras personas. En ese sentido se considera que tales traslados, por el número que suponen a nivel nacional, rompen de manera muy importante las medidas de aislamiento en las que se basa toda la estrategia de lucha contra el coronavirus y contenidas en el Real Decreto 463/2020” (pp. 22-23). Mientras que otras, como la Junta de Jueces de Murcia, también celebrada el 18 de marzo, mantiene los intercambios tanto para las custodias compartidas como para las exclusivas. A todo esto, hay que añadir que varios Colegios de Abogados realizaron comunicados con recomendaciones sobre cómo gestionar los tiempos de estancias y comunicación de los hijos/ as con sus progenitores. Estas, como ya se ha indicado, no han mantenido un criterio unánime sobre cómo debería procederse con los intercambios de los hijos mientras durase la medida de confinamiento (Azaustre, 2020). Ahora bien, la decisión mayoritaria optó por la continuación de los intercambios. Así, de las 43 que se pronunciaron, el 77% lo hizo por el mantenimiento de la guarda y custodia compartida, el 68.3% por las comunicaciones y visitas en fines de semana alternos, y el 62% por las visitas inter-semanales con pernocta (62%); en tanto que el 82% por suspender las visitas inter-semanales sin pernocta (Otero, 2020).», *vid.* FARIÑA RIVERA, F., SEIJO MARTÍNEZ, D., FERNÁNDEZ-HERMELO, M., Y VÁZQUEZ, M. J., «Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19» (2020), pp. 23-41.

⁵²³ Artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: «Limitación de la libertad de circulación de las personas.1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza».

alguno para su hijo que el mismo se encontrase de modo ininterrumpido en su compañía (ya que, en caso contrario, se deduce que no hubiese tomado esa decisión), el otro progenitor desarrollará la custodia de modo ininterrumpido durante el mismo período, pues, en sentido inverso, tampoco debe considerarse perjudicial, pues ambos ostentan la custodia, lo que determina que ambos disponen de capacidad parental, vinculación con el menor y posibilidad de conciliación familiar y laboral.».

Por su parte, la Junta de Jueces Sectorial de familia del partido judicial de Palma de Mallorca y la Junta de Jueces Sectorial de Violencia sobre la mujer del partido judicial de Palma de Mallorca, de 6 de mayo de 2020, afirma lo siguiente: «Guarda y custodia compartida. En el supuesto que alguno de los progenitores no hubiera podido ejercer su labor de custodia, debe procederse a recuperar de inmediato la situación. Se acuerda que esta recuperación se realizará mediante una semana adicional al mes por el progenitor que no haya tenido a los hijos consigo, salvo acuerdo distinto entre las partes.».

A su vez, el Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona, 15 de mayo de 2020, parte, igualmente, de la interpretación de que la declaración del estado de alarma no suspendió los regímenes de guarda y custodia compartida de menores y discapaces con la patria prorrogada o rehabilitada, al permitirse por el art. 7.1.d) del R.D. 463/2020 la circulación por las vías de uso público, para el retorno al lugar de residencia habitual. En aras al restablecimiento del equilibrio en el funcionamiento de la guarda conjunta, y teniendo en cuenta el interés superior del menor, «los incumplimientos se compensarán con el periodo vacacional de verano en el sentido que los menores estarán un número superior de semanas, de las que le corresponderían, con el progenitor que no lo haya tenido bajo su guarda en el periodo ordinario durante el estado de alarma. En el caso que la compensación se resuelva con posterioridad al periodo vacacional de verano, cada órgano judicial, analizando el caso concreto y valorando que es lo que más interesa a

la estabilidad del menor, decidirá si se produce o no dicha compensación y en qué forma.».

En el Acta de la Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados de Familia de Madrid, de 20 de mayo de 2020, se acordó que, en caso de custodias compartidas por periodos semanales alternos, se consideraba un criterio equitativo el establecer una compensación futura de tres días, como máximo, por cada semana no disfrutada, que se agregarían a las semanas correspondientes al progenitor afectado en los meses consecutivos siguientes (excluido el periodo vacacional de verano). De este modo se garantizaba la necesaria alternancia de convivencia de los menores con ambos progenitores (10 y 4 días, respectivamente) y se evitaba que los menores no convivieran con uno de sus progenitores durante tres semanas consecutivas. No se estimaba recomendable acumular todos los días perdidos recuperables y adicionarlos a las vacaciones de verano, ya que ello podría producir un grave desequilibrio entre los progenitores en el reparto de los tiempos de ocio de las vacaciones de verano, que carecía de justificación razonable. Igualmente, para los supuestos de custodias compartidas, con tiempos de convivencia alterna distintos a la semana, podría aplicarse un criterio análogo al expuesto para las custodias compartidas semanales. Todo ello, salvando las decisiones que pudieran adoptarse en cada caso concreto.

De acuerdo con estas directrices, sería aconsejable llevar a cabo una serie de gestiones extrajudiciales, a fin de determinar el tiempo no disfrutado por el menor con el progenitor al que le correspondía la guarda en cada periodo. Constando dicho dato, la labor de compensación de tiempos por parte del órgano judicial resultaría más fácil. A tales efectos, sería necesario calcular el número de días perdidos, para proceder a un acuerdo entre las partes, una vez se levantase el estado de alarma. En caso de discordia, deberá decidir el juez competente en el asunto concreto.

Un estudio de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), sobre estos acuerdos de las Juntas de Jueces, señala que de 43 territorios analizados, en 33 hubo pronunciamientos a favor de mantener la custodia compartida de los hijos de padres y madres separados, es decir el 77%, mientras en 10 (13%) optaron por suspenderla durante la vigencia del Estado de Alarma provocada por la epidemia de coronavirus. Y ello se produjo en consonancia con los criterios que había mantenido el Ministro de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial⁵²⁴.

A fin de fomentar el favorecimiento de los acuerdos adoptados entre los padres, hubiera resultado conveniente el establecimiento de unos criterios generales para la resolución de conflictos. Una vez más, entiendo que la litigiosidad y las solicitudes a que sean los tribunales los que decidan, son fenómenos crecientes. Aunque, según las recientes reformas legislativas que se están impulsando, parece que la imposición de la mediación en estos asuntos, como forma de descongestión judicial, será la solución propuesta.

En conclusión, los efectos de la pandemia del COVID-19 han perjudicado al devenir del ejercicio de la guarda y custodia compartida en mayor o menor medida, dependiendo de la racionalidad de las decisiones de los padres. La llamada al sentido común y la comunicación entre los progenitores se convierten en factores esenciales para que el régimen de guarda conjunta se realice lo mejor posible. Su éxito radica en la coherencia

⁵²⁴ «En relación al mantenimiento de los traslados para fines de semana alternos, se han pronunciado 41 juntas de jueces, de los cuales 28 están a favor de mantener los traslados de los hijos para tales visitas y 13 en contra. Es decir, el 68,30% a favor. Sobre las visitas intersemanales sin pernocta, se han manifestado 37, de los cuales solo 3 están a favor de mantenerlas (8%) y 34 en contra (82%). En cuanto a las visitas intersemanales con pernocta, 36 juntas de jueces alcanzaron un acuerdo: 15 a favor de su continuidad y 21 en contra (62%). En relación al régimen de visitas con los abuelos, se han pronunciado un total de 11, todas en contra de mantenerlas. Respecto a las entregas y recogidas que deben desarrollarse en el Punto de Encuentro Familiar (PEF) para los casos de familias con alto nivel de conflictividad, se han pronunciado 26 juntas de jueces, de las cuales 25 se muestran a favor de no mantenerlas y solo 1 propone que se han de realizar en otro lugar.» Consultado a 30/03/2020 en <https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2069/1/el-77-de-los-jueces-mantiene-la-custodia-compartida-durante-el-estado-de-alarma-por-coronavirus/>

del ejemplo dado por los padres a los hijos, y su adaptación a las circunstancias excepcionales salvaguardando el interés de los menores.

Por tanto, deben ser los progenitores, apelando a la lógica, la sensatez y la prudencia, quienes adopten los acuerdos que estimen oportunos, pues son ellos los que mejor conocen las particularidades de su entorno familiar, los posibles factores de riesgo y las necesidades específicas de sus hijos menores.

III. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La vía procesal creada para las peticiones de compensación de los tiempos de visitas y custodias compartidas no disfrutadas, aunque con una vigencia temporal muy corta, pone de manifiesto la cuestión de la ausencia de regulación de estos aspectos sobre la guarda conjunta.

Aquellas solicitudes de reequilibrio de los tiempos asignados a los progenitores guardadores, que no se han podido cumplir por causa de fuerza mayor, no encuentran un cauce procesal general. Sin embargo, aquellos progenitores que se han visto privados de sus derechos durante el tiempo de la pandemia provocada por el Covid-19, obtienen el privilegio de un derecho a compensación que no tienen las reclamaciones ordinarias.

Así, desde el 30 de abril (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril) hasta el 20 de septiembre del año 2020 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre) han podido tener entrada en los Juzgados las peticiones que podían hacerse valer a través del nuevo procedimiento, amparadas en el apartado a) del artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2020. Los progenitores han tenido la oportunidad de reclamar que se compensasen esos periodos de tiempo que no hubieran podido disfrutar para realizar las visitas y ejercer su guarda y custodia compartida, desde la declaración del estado de alarma, solicitando añadir tiempos adicionales a las visitas y comunicaciones futuras con sus hijos menores. No

obstante, la única razón de fuerza mayor que se ha contemplado, era que la falta de cumplimiento o la imposibilidad de ejercer la guarda, se tendría que derivar exclusivamente de las medidas adoptadas por el gobierno y las autoridades sanitarias para evitar la propagación del COVID-19.

Es de resaltar que el artículo 5 del mencionado Real Decreto-ley 16/2020, establecía un procedimiento similar al que se regula para la medidas previas o provisionales de los artículos 771 a 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procesos matrimoniales y de menores. Con sus especialidades, se caracteriza por la citación directa a las partes en un breve plazo de 10 días a una vista oral, donde se realizan oralmente las contestaciones oportunas a la solicitud del objeto procesal presentado.

Siendo así, en otras circunstancias de normalidad social, este derecho a obtener una compensación de tiempos por otras razones de fuerza mayor, quedaría excluido de obtener amparo rápido a través de un procedimiento ágil y de inmediata solución como el procedimiento «ex novo» creado exclusivamente para la alarma social de la pandemia. Pensemos, por ejemplo, en la imposibilidad de un progenitor de ejercer su derecho de custodia, en el tiempo de convivencia asignado, por enfermedad del mismo o del propio menor, por hospitalización u otro motivo que impida su movilidad. Igualmente, podemos pensar en motivos laborales o profesionales sobrevenidos, que impidan al padre o la madre poder disfrutar el tiempo de guarda que le corresponda.

Como se ha mencionado, actualmente el cauce procesal frente a las faltas de cumplimiento del régimen de custodia por parte de algún progenitor, encuentra su respuesta en los apartados de la ley dedicados a la ejecución. En este sentido, el artículo 776.2 y 3 de la ley de Enjuiciamiento Civil recoge lo relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. No obstante, en la práctica, las soluciones dadas en los procesos de ejecución sobre las peticiones de cumplimiento de obligaciones personalísimas relativas

al derecho de familia, pueden resultar inoperativas e ineficaces. En estos procesos, el tiempo juega en perjuicio de los intereses familiares, y, una vez pasado el momento y las expectativas de ser cumplidos, de nada sirve la imposición de multas coercitivas. Un incumplimiento malintencionado y doloso, que impida a un progenitor el disfrute de sus tiempos de estancia con sus hijos menores (pensemos en un día especial como su cumpleaños, primera comunión o unas vacaciones programadas) obtendrá respuesta muchos meses después y no reparará el daño causado. Quizás, los incumplimientos reiterados puedan dar lugar a modificaciones del régimen de custodia, pero esto podría llevar años en un Juzgado.

Fuera de estos referidos incumplimientos, derivados de la voluntad negligente o con mala fe, por parte del progenitor incumplidor, encontraremos las circunstancias excepcionales de fuerza mayor que no obtienen una respuesta procesal rápida. De forma concluyente, falta una regulación legal sobre la posibilidad de compensar los periodos de guarda y custodia compartida no disfrutados por razón de fuerza mayor y ajena a la voluntad de los progenitores.

Mi sugerencia para una propuesta de *lege ferenda* se concreta en el establecimiento de un cauce procesal que permita dar una respuesta rápida y urgente a las peticiones de compensación de tiempos no disfrutados en la guarda y custodia compartida por motivos de fuerza mayor, en general, y que precisen de una inmediata solución. Las reglas de tramitación contenidas en el derogado artículo 5 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, parecen un buen comienzo para su redacción. En dicha norma deberían de recogerse unos criterios orientativos sobre los que basarse la decisión del Juzgador, en los supuestos contenciosos, así como los acuerdos adoptados entre los padres, para los supuestos que se puedan reconducir por un mutuo acuerdo entre los mismos.

Las propuestas legislativas y políticas actuales pasan por incentivar la mediación, como vía previa obligatoria. El fomento de los acuerdos entre los progenitores es beneficioso, dentro de esa llamada al sentido común y la comunicación como elementos esenciales que requiere el buen funcionamiento del régimen de guarda conjunta. Igualmente, entiendo que, en todo este contexto, no podemos olvidar que parece ineludible el planteamiento de la creación de una jurisdicción especializada en Derecho de Familia.

CONCLUSIONES

A posteriori

CONCLUSIONES

1.^a Es exigible una correcta concreción técnica y jurídica de la terminología usada en el ámbito de la guarda y custodia para evitar casos que provoquen confusión con figuras afines. Una regulación adecuada de las definiciones facilitaría a los distintos operadores jurídicos y, en general, a los ciudadanos afectados, el conocimiento del alcance y el contenido de las resoluciones judiciales y de los acuerdos alcanzados.

En los diversos foros del ámbito del Derecho de Familia se contempla la necesidad de que el legislador adopte una terminología actual en las futuras reformas normativas. Se apela al acercamiento de los términos actuales empleados (*patria potestad, régimen de visitas, progenitor custodio*) a la legislación europea (*responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos*).

2.^a Respecto a la regulación normativa, podemos concluir que, partiendo de las connotaciones que implica la existencia de una heterogeneidad de clases y realidades familiares, el legislador se aleja de una regulación positiva exhaustiva. En su labor, éste se limita a establecer unos criterios elementales que sirvan de pautas básicas al juzgador. Igualmente, se indican unos principios que presupongan la mejor modalidad acorde a la realidad concreta de los hijos menores en cada supuesto de hecho.

3.^a Los rasgos de «no excepcionalidad», «normalidad» e «idoneidad» vienen a referir las bondades respecto al sistema de guarda y custodia compartida. El Tribunal Supremo ha proclamado estas características en las sentencias que conforman su jurisprudencia.

El régimen estándar tradicional había abocado en la atribución de la custodia a uno solo de los progenitores, generalmente la madre, con un derecho de visitas para el otro, el padre. No obstante, la implementación en la sociedad de la guarda conjunta supone el reconocimiento de las funciones de la guarda en igual medida para ambos progenitores, en lo que se refiere a su contenido de velar por los hijos (mantenimiento, cuidados, educación, salud e higiene). Todo ello, se puede ubicar dentro de un escenario de reparto o alternancia de los tiempos de convivencia con los hijos, tanto por parte del padre como de la madre.

4.^a Las cuestiones planteadas en las resoluciones del Tribunal Supremo, pasan por subrayar que el sistema de guarda conjunta debe adaptarse al menor y a su interés superior, y no al interés de sus progenitores. En el momento en que ya no hay convivencia entre los progenitores, el efecto de la pretendida protección hacia los hijos tiende a configurar un modelo cuya orientación no sea la de ser un sistema de premio o castigo a la madre o al padre por sus actitudes en el ejercicio de la guarda. Esta interpretación concluye que la norma no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores.

5.^a El Juez es quien debe ponderar la procedencia del sistema con las cautelas que estime conveniente. Para ello, deberá valorar la procedencia de una pensión de alimentos, ponderando el uso de la vivienda que fue familiar y determinando cuál será el domicilio del menor, con el consecuente reparto de tiempos de guarda y custodia. Igualmente, el juzgador deberá apreciar cómo es la relación de los padres entre sí y con sus hijos.

6.^a La evolución jurisprudencial ha atenuado la interpretación sobre el carácter de la relación pacífica entre los progenitores, como requisito para establecer la modalidad de custodia compartida. Los condicionantes se han flexibilizado y se han tenido en cuenta aspectos como la vinculación afectiva, las habilidades y las relaciones particulares de comunicación entre los progenitores. Las referencias de los criterios adoptados pasan desde la «conflictividad» a la «actitud de cooperar» en el ejercicio de compartición de las responsabilidades parentales.

Las relaciones entre los cónyuges o los padres, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

Este sistema conlleva como premisa una necesaria relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, y que no perturben su desarrollo emocional. Siendo así, para la adopción del mismo, no se exige un acuerdo sin fisuras, sino unas habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor.

7.^a La modalidad del ejercicio de las responsabilidades parentales a través de la custodia compartida es incompatible con la violencia de género o aquella que se haya podido ejercer sobre los menores, lesionando o perjudicando sus derechos a la integridad física, moral y psicológica, libertad, educación, intimidad e indemnidad sexual. No procede acordar el régimen de guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra los derechos fundamentales mencionados, tanto del otro cónyuge como de los hijos que convivan con ambos. Igualmente, se prohíbe acordar la custodia compartida cuando se advierta, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Las medidas procesales como la orden de alejamiento y la prohibición de acercamiento o de comunicación hacia el menor son obstáculos importantes para el ejercicio de las relaciones familiares inherentes a la custodia. A tales efectos, se evidencia la importancia de que los órganos jurisdiccionales de la esfera civil estén conectados con los del ámbito penal, a fin de conocer cuándo se ha producido el sobreseimiento en una causa penal o su finalización por una sentencia absolutoria.

8.^a Con licencia normativa del art. 92 del Código Civil, respecto a los aspectos procesales atinentes a la adopción de este régimen, se parte de la regla general de que se podrá establecer cuando es solicitado de común acuerdo por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro. Al mismo tiempo, se prevé la posibilidad de que sea instada por uno solo de ellos, el otro se oponga y sea el juzgador el que la acuerde.

Las directrices procesales para determinar la idoneidad del régimen de custodia y el modo de ejercerla, pasa por una valoración conjunta de la prueba practicada. De esta forma, se recabará informe del Ministerio Fiscal, se escuchará cuando proceda al menor, se tendrán en cuenta las apreciaciones de los profesionales a través del informe de los equipos técnicos y se valorarán las alegaciones vertidas por las partes.

9.ª La intervención del Ministerio Fiscal es necesaria, a fin de velar por las garantías del superior interés de los menores de edad, como afectados en los procedimientos de familia en los que se dilucida sobre la conveniencia de ejercer su guarda y custodia de forma conjunta, alterna o compartida. Su actuación, como operador jurídico, puede consistir en el estudio y examen de la documentación incorporada al procedimiento. Asimismo, el Ministerio Fiscal interviene en la proposición de medios probatorios, la asistencia a las vistas, la práctica de pruebas e impugnación de aquellos acuerdos perjudiciales para los hijos. El Fiscal podrá solicitar la modificación de las medidas adoptadas, en el caso de que estas les afecten negativamente.

10.ª Cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años, habrán de ser oídos en el procedimiento judicial en los que se resuelva sobre su guarda y custodia conjunta. En la exploración de la voluntad del menor, si fuera necesario, habrá que sumar la asistencia de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad. Su práctica debe llevarse a efecto con discreción, de forma reservada y con la debida seguridad.

A fin de valorar los elementos de juicio que se consideren más razonables para denegar o admitir el sistema de custodia compartida, se habrán de conjugar la audiencia practicada al menor, los dictámenes técnicos de los especialistas psicosociales y el resto de informes y declaraciones usadas como medios de prueba.

11.ª Los dictámenes técnicos psicosociales son convenientes y ofrecen una propuesta sobre la evaluación y repercusión del sistema de guarda y custodia compartida en la vida de los hijos menores. Dichos informes no son vinculantes para el juzgador, quien deberá valorarlos en conjunto con las demás pruebas practicadas.

La relación entre el medio de la psicología forense y el ámbito jurídico, es especialmente significativa, en orden a fomentar la colaboración y el funcionamiento entre los psicólogos y los profesionales de la Justicia.

12.ª En fase de modificación de medidas definitivas, y a fin de considerar las peticiones de adopción del régimen de guarda conjunta desde un régimen monoparental previo, se debe de entender la existencia de causas ciertas y justificadas tendentes a favorecer el interés superior del menor. Las circunstancias que aconsejan la aprobación del cambio a la modalidad de guarda alterna se apoyan en el transcurso del tiempo, la flexibilización y evolución de la relación entre los progenitores.

13.ª Los progenitores deben de ser capaces de presentar un proyecto de responsabilidad parental compartida. En defecto de este propósito, será el Juez el que deba dictaminar las cuestiones más relevantes relativas a la residencia y los lapsos de alternancia con el menor, y ello, determinándolo de la forma más detallada posible.

14.ª Junto a las peticiones de las partes, es relevante la opinión manifestada por los hijos menores de edad en relación a sus deseos de convivir con uno u otro progenitor. La edad es un elemento que tiene especial importancia a la hora de valorar el significado de la voluntad expresa de los hijos. Habría que ponderar que sus manifestaciones pueden ser caprichosas, influenciadas y que obedezcan a la simple comodidad o al interés antojadizo del menor.

15.ª Con carácter general, el contenido de las estipulaciones que deben regularse en el plan de la guarda alternativa es el referente a las siguientes cuestiones, entre otras:

- el régimen de convivencia y de relaciones o comunicaciones con los menores;
- el lugar o lugares donde vivirán los menores, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento;
- el régimen de relación entre los hermanos, abuelos, parientes y otras personas allegadas;
- el régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y/o fechas especialmente señaladas y significativas;
- la forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen;
- las tareas de que deba responsabilizarse cada progenitor;

- la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos;
- la forma de tomar las decisiones relevantes;
- la cuantía y el modo de satisfacer los gastos ordinarios y extraordinarios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago.

16.ª La mediación familiar, intrajudicial o extrajudicial, facilita la elaboración de los acuerdos del plan de coparentalidad tendente al establecimiento de la custodia compartida. Este mecanismo proporciona un contexto adecuado para la resolución de las discrepancias y aporta un método viable, para regular la organización conjunta en la atención y cuidado de los hijos, tanto en el terreno emocional como en el material.

17.ª No existe una norma legal que prohíba o limite la edad mínima de los hijos para establecer el régimen de guarda y custodia compartida. Siendo así, en la etapa de la primera infancia, tres años o menos, es posible la concesión de la guarda alterna sobre los hijos lactantes. En el contexto de las fórmulas para respetar los períodos de lactancia materna, habrá que valorar, en cada caso concreto, si es viable conceder la pernocta al progenitor paterno o si son factibles combinaciones con tiempos de comunicación alternos.

18.ª La corta edad del hijo menor no lactante no constituye por sí misma una circunstancia para denegar la guarda alterna sobre el mismo. Habrán de ponderarse otros factores concurrentes en el supuesto de hecho concreto, para poder desestimar dicho régimen en la decisión del juzgador.

19.^a La exploración de la voluntad y la audiencia del menor son factores importantes para tener en cuenta su opinión en las edades que comprenden la adolescencia de los hijos. El ejercicio del régimen de guarda y custodia compartida adquiere una especial flexibilidad por las connotaciones que conllevan el desarrollo y madurez en estas edades más avanzadas.

20.^a El establecimiento del sistema de guarda alterna de los hijos menores no implica la supresión de la regulación de los alimentos. Este régimen de guarda conjunta tampoco exime de la obligación del pago de la pensión de alimentos, sino que habrá que ponderarse las circunstancias personales de los padres y, especialmente, la desproporción de sus ingresos.

La «no limitación temporal» del deber de los alimentos de los menores, se debe entender en el sentido de que la cobertura de las necesidades materiales de los hijos, no se puede hacer depender del acontecimiento incierto de las circunstancias laborales y económicas de los progenitores.

21.^a En la práctica, es esencial dejar fijado con claridad cuáles serán las fórmulas para sufragar los alimentos, los conceptos incluidos en cada tipo de gastos y el modo de pagar las prestaciones alimenticias. En las resoluciones acordadas por parte de los órganos jurisdiccionales, en materia de guarda y custodia compartida, se establecen distintos patrones que se apartan del tradicional sistema de abono de una pensión. En dicha jurisprudencia, encontramos la base para dar soluciones a una nueva realidad a la que el legislador no recogió ninguna mención en la reforma del año 2005.

22.^a En la praxis jurisprudencial, se repiten tres modelos a fin de sufragar los gastos de manutención y cubrir las necesidades materiales o «alimentos» de los hijos en el régimen de guarda compartida. En primer lugar, puede optarse porque cada progenitor costea los gastos originados en sus periodos respectivos del tiempo de convivencia. Un segundo modelo consiste en que ambos progenitores podrán satisfacer la manutención por mitades o iguales partes. El tercer modelo consiste en que cada uno de los progenitores satisfará una cantidad mensual o periódica al otro, en función de su capacidad económica. Sobre estas fórmulas se podrán adoptar distintas combinaciones en atención a las circunstancias familiares concretas.

23.^a La continuación del desarrollo de la vida de los hijos menores en el que fue considerado como domicilio familiar no es esencial para salvaguardar sus intereses, al igual que no es discutible que éstos pueden sobrevivir en otro inmueble.

Se pueden estructurar diversas soluciones para asociar el régimen de alternancia de custodia con el uso de la vivienda. Los factores que habrán de ponderarse son fundamentalmente el interés más necesitado de protección y la titularidad de la vivienda.

Por otra parte, la proximidad de los domicilios de los padres garantiza la estabilidad del entorno del menor, al implicar el mantenimiento de los puntos de referencia de su vida cotidiana.

24.^a Los modelos de distribución del uso de la vivienda, en los casos de guarda conjunta o alterna, pueden ser: A) La vivienda familiar quede para el uso y disfrute de los hijos y los progenitores conjuntamente, continuando todos conviviendo en el mismo domicilio. B) La vivienda familiar quede para el uso y disfrute de los hijos, en compañía del progenitor con el cual convivan en cada periodo de tiempo predeterminado. C) Atribución de la vivienda a uno solo de los progenitores, normalmente el de menor capacidad económica, o al más necesitado de protección. D) El ejercicio de la guarda conjunta se haga en domicilios distintos al que fue la vivienda familiar.

A fin de dar efectividad al ejercicio de este régimen de convivencia, el escenario actual de crisis económica constituye un óbice especialmente significativo en aquellas situaciones en las que los hijos quedan en la vivienda y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos.

25.^a La última jurisprudencia del Tribunal Supremos se inclina por establecer una limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida, evitando otorgar su uso con carácter indefinido. En los supuestos de atribución al progenitor no titular de la vivienda, el fundamento de esta interpretación es la de estabilizar y respetar los derechos dominicales de los propietarios. En los casos en que ambos padres sean cotitulares, el objetivo pasaría por dar por finalizadas aquellas situaciones personales complejas, que obligan a compartir de forma alterna un mismo domicilio tras una ruptura. La intención se interpreta como una medida facilitadora de la transición a nuevas residencias y, por tanto, nuevas y separadas viviendas.

El tráfico jurídico privado inmobiliario se ve fomentado con este tipo de decisiones, en aras a evitar un empobrecimiento patrimonial de las partes y efectos perjudiciales en la esfera familiar.

26.^a La llegada a la mayoría de edad por parte de los hijos, no es un hecho que implique, necesariamente y en la enorme mayoría de los casos, algún tipo de independencia económica para los mismos. Es por ello, que el criterio de la mayoría de edad de los hijos, no es un elemento resolutivo en la determinación del uso de la vivienda en el régimen de guarda y custodia compartida. Esta circunstancia enlaza con el modo de vida actual de la sociedad española, en sus diferentes aspectos de formación profesional, laboral y acorde a los años de crisis económica en la que se ve inmersa esta generación.

Siendo así, es aconsejable establecer unos plazos, bien para que el progenitor titular recupere sus derechos dominicales o, bien, para proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial. Esta medida debe aplicarse, igualmente, en los casos de la existencia de una sociedad en cotitularidad dominical, procediéndose a su extinción con la consecuente enajenación del bien en cuestión.

Estos períodos de tiempo deberían empezar a computarse desde los primeros momentos procesales en que se resuelvan los supuestos, ya sea por sentencia en primera instancia o por vía de convenio regulador. En tanto en cuanto ello suceda, el ejercicio de la guarda y custodia compartida debe verse amparado por políticas legislativas que hagan posible una descongestión de la saturación de procedimientos de familia, que actualmente colapsan los órganos jurisdiccionales, con una total falta de uniformidad en sus respuestas.

27.^a El establecimiento de unos límites temporales en la atribución del uso de la vivienda familiar (uno, dos, tres o cinco años) no tiene ningún sentido si la situación económica y los recursos del progenitor más desvalido no va a obtener una respuesta de política social. Ante ello, los progenitores se ven abocados a advenedizos procesos de familia, por vía de modificación de medidas. Estos procedimientos son el cauce para dilucidar la cuestión de la atribución del uso de la vivienda que fue familiar, produciendo el efecto de eternizar el tema bajo el calificativo de *sub iudice*.

Ello nos conduce a una propuesta de *lege ferenda* que conlleve a la necesaria reforma del art. 96 del Código Civil. El fin perseguido es la evitación de unas interpretaciones jurisprudenciales que pueden abocar en que una persona, que no tenga capacidad económica, no pueda convivir con sus hijos.

28.^a En cuanto a las modalidades de alternancia se refiere, no existen unas estructuras uniformes que se apliquen con carácter general. De tal forma, no es necesaria una misma pauta de estricta proporcionalidad en la distribución de los lapsos de convivencia. El reparto aritmético e igualitario de los tiempos de convivencia de los hijos menores con cada uno de sus progenitores no es una característica esencial de la custodia compartida.

El objetivo de este sistema de guarda no es el reparto del tiempo de estancias de forma igual. La idea de la coparentalidad implica la equiparación de las responsabilidades, asumidas por los progenitores, en las tareas cotidianas de cuidado, atención, educación y crianza de los hijos y las hijas menores. De esta forma, la distribución de dichas tareas, que puede ser en modalidades asimétricas, generará una vinculación afectiva que tenga en consideración tanto el referente paterno como el materno.

Cualquiera que sea el tipo de reparto por el que se opte, surgirá una serie de ventajas e inconvenientes que habrá que analizar caso por caso. Es recomendable un análisis pormenorizado, sopesando los pros y los contras, y, sobre todo, escuchando la opinión de los hijos cuando tengan suficiente juicio.

29.^a Desde el punto de vista fiscal, no cabe la posibilidad de formar parte de dos unidades familiares en el mismo año. Sin embargo, la realidad familiar es que el hijo puede formar parte de la unidad familiar de cada progenitor, en los tiempos asignados de convivencia en cada domicilio durante el año que corresponda al ejercicio por el que se tributa. Siendo así, la línea interpretativa seguida a los efectos del impuesto sobre la renta, resulta perjudicial para aquellos progenitores contribuyentes que establezcan un régimen de guarda alterna sobre los hijos menores.

Como propuesta de *lege ferenda*, considero que es imprescindible la adaptación de los términos de las regulaciones legales fiscales a la realidad social de los supuestos de guarda y custodia compartida. Las situaciones concretas, en las que desemboca el ejercicio de este tipo de guarda sobre los hijos menores, deben ser contempladas por la norma a fin de respetar el principio de igualdad tributaria. La adaptación de la norma reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es necesaria. La regulación debería dispensar el mismo tratamiento fiscal relativo a deducciones y beneficios tanto a los casos de guarda individual como a los de guarda y custodia compartida de los hijos menores. Para ello, debería incluirse apartados que permitan indicar de forma proporcional el número de días que deba entenderse que los hijos menores en régimen de guarda compartida permanecen con los progenitores, con el fin de poder aplicarse el tratamiento más beneficioso a su situación. El acuerdo para optar entre la tributación conjunta o individual en cada ejercicio fiscal es posible en aquellos casos en los que exista una buena relación entre los progenitores. En aquellas otras

situaciones en las que exista mala colaboración o nula comunicación entre ellos, las contradicciones fiscales se harán patentes, dando lugar a los oportunos requerimientos y comprobaciones fiscales por la agencia de la administración tributaria.

30.^a La prevención y la anticipación son consejos que los profesionales del derecho deben tener presente en el ámbito del Derecho de Familia. Es por ello, por lo que no debería faltar la regulación de una serie de cuestiones prácticas, tanto en los convenios reguladores como en las resoluciones judiciales, que pueden evitar problemáticas futuras en cuanto a la interpretación de la guarda conjunta de los menores.

Esas pautas prácticas pasan por regular aspectos como los siguientes:

- a) la residencia donde vivirá el menor cuando permanezca con cada progenitor;
- b) el empadronamiento;
- c) sometimiento a la autorización judicial previa, de las decisiones que impliquen un cambio de domicilio de los menores y que no sea el establecido en los acuerdos de custodia;
- d) el progenitor que deba guardar el pasaporte del menor o la conveniencia de que dicho documento sea entregado al Juez, siendo un tema complicado, teniendo en cuenta que existe la libre circulación;
- e) prohibiciones para cambio de colegio y/o médico sin autorización expresa de ambos progenitores o autorización judicial;
- f) prohibición de salida del menor del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

31.^a Generalmente, cuando los progenitores tienen profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia, no es aconsejable la guarda y custodia compartida alternativa. En esos casos sería preferible fijar un régimen de comunicación y estancia amplio para el progenitor no custodio.

32.^a Las consecuencias de la sucesión de medidas adoptadas por las autoridades sanitarias y gubernativas, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, se tradujeron en unas repercusiones trascendentales en el desarrollo normal del régimen de custodia y de comunicaciones sobre los menores. Los desequilibrios, en los tiempos convivencia y estancias de los progenitores con sus hijos menores, fueron especialmente significativos en los regímenes de guarda y custodia compartida, en comparación con el desenvolvimiento del ejercicio de la guarda alterna o conjunta en situación de normalidad.

El derogado Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, reguló un nuevo procedimiento especial, sumario, de tramitación abreviada y urgente para la resolución de cuestiones relativas a las medidas familiares. Así, se pretendía agilizar la respuesta de los tribunales en los casos en los que se plantearan pretensiones que versaran sobre el restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no hubiera podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente. Ello tendría que ser como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19.

Concluyo que, a partir del 20 de septiembre de 2020, las peticiones que se iniciaran para reclamar dichas compensaciones, deberán seguir los cauces procesales normales establecidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, los trámites habituales de los procedimientos de familia regulados en el Capítulo IV, del Título I, del Libro IV de la LEC.

33.^a Las solicitudes de compensaciones solo son posibles cuando se deban a la razón de fuerza mayor como consecuencia de las medidas gubernativas y sanitarias adoptadas a fin de evitar la propagación del COVID-19. Se excluyen, por tanto, las peticiones fundamentadas en la propia voluntad dolosa o negligente de incumplimiento de un progenitor o por otras diversas razones no contempladas en Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

La respuesta judicial, respecto a la compensación de los tiempos, ha sido la llamada al sentido común y la comunicación entre los progenitores. Por tanto, deben ser los padres, apelando a la lógica, la sensatez y la prudencia, quienes adopten los acuerdos que estimen oportunos. Ellos son los que mejor conocen las particularidades de su entorno familiar, los posibles factores de riesgo y las necesidades específicas de sus hijos menores.

34.^a Como propuesta de *lege ferenda*, entiendo que debe concretarse un cauce procesal que permita dar una respuesta rápida y urgente a las peticiones de compensación de tiempos no disfrutados en la guarda y custodia compartida por motivos de fuerza mayor, en general, y que precisen de una inmediata solución. Las reglas de tramitación contenidas en el derogado artículo 5 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, parecen un buen comienzo para su redacción. En dicha norma deberían de recogerse unos criterios orientativos sobre los que basarse la decisión del Juzgador, en los supuestos contenciosos, así como los acuerdos adoptados entre los padres, para los supuestos que se puedan reconducir por un mutuo acuerdo entre los mismos.

35.^a El afincamiento de la guarda y custodia compartida sobre los hijos menores es una realidad, constituyendo actualmente un patrón de familia más en España. Este modelo, por sus connotaciones personales y patrimoniales, conduce a una duplicidad de necesidades y espacios físicos que deben de recibir, a fecha de hoy, una respuesta legislativa con urgencia.

Coincido en la opinión de que hay tantas respuestas como casos particulares planteados ante el Juez. La mayoría de los operadores del ámbito jurídico entiende que no hay fórmulas generales que se permitan aplicar a todos los supuestos de la delimitación de la guarda conjunta sobre los hijos, por lo que habremos de estar a la realidad de cada caso concreto. No faltan opiniones que creen en la conveniencia de establecer modelos estandarizados de custodia compartida por defecto y, sobre esta premisa, ir realizando variables de viabilidad para adaptarlas a las necesidades del menor. No obstante, y tras cumplirse quince años de vigencia de la Ley 15/2005, el pasado día 10 de julio de 2020, todavía estamos lejos de que dicha proposición sea una realidad. Pese a ello, también es patente la necesidad de unos parámetros generales dentro de los cuales deban de actuar los operadores jurídicos para dar coherencia a sus soluciones.

Moralmente, a los progenitores se les exige sentido común, buen criterio, actitud razonable y habilidades para el diálogo. El Tribunal Supremo destaca la premisa de una relación de mutuo respeto, aunque sin exigir un acuerdo sin fisuras clara que para la adopción del sistema de guarda. Pero esa sensatez entronca con otros elementos, que hacen que el tipo de guarda conjunta o alterna no parezca viable por la falta de recursos materiales para encauzarlo.

A todo ello, añadiría la necesidad de una concienciación con la nueva realidad que está por llegar. Y es que, en muchos casos, la nueva situación supondrá un empobrecimiento patrimonial y menoscabo de las posibilidades económicas de los padres, a la que el menor tendrá que adaptarse también. Uno de los principales escollos de esta modalidad de custodia es el alto coste económico que supone, como consecuencia de la duplicidad de los gastos existentes y la creación de otros nuevos.

Es por ello, por lo que se debe valorar, junto con la perspectiva de las necesidades de los hijos, el factor de la propia circunstancia de los progenitores que son los que tiene que soportar la llevanza del régimen de custodia. Este elemento debe ser tenido en cuenta igualmente por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc.)

Si no existe una norma legal completa y en vigor, sobre el fenómeno de la guarda y custodia compartida, no podremos recibir soluciones de política social, administrativa, fiscal y económica basadas en ella. Y ello, para que, finalmente, se haga posible la evitación de los innumerables procesos judiciales que se generan cada vez que se soliciten respuestas para todas las necesidades que se reclaman, con el consecuente colapso de la Administración de Justicia.

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil.

<i>Fecha</i>	<i>STS núm.</i>	<i>Referencia</i> ⁵²⁵	<i>Ponente</i>
<i>Día-mes-año</i>	<i>resolución</i>		<i>Excmo. Sr./ Excmo. Sra.</i>
31-12-1994	1199/1994	RJ 1994\10330	D. Jesús Marina Martínez
16-12-1996	1085/1996	RJ 1996\902 ROJ: STS 7256/1996 ECLI:ES:TS:1996:7256	D. José Almagro Nosete
17-10-2007	1053/2007	RJ 2007\7307 ROJ: STS 6618/2007 ECLI:ES:TS:2007:6618	D ^a E. Roca Trías
2-10-2008	910/2008	RJ 2008\5587 ROJ: STS 4872/2008 ECLI:ES:TS:2008:4872	D. I. Sierra Gil de la Cuesta
28-9-2009	614/2009	RJ 2009\7257 ROJ: STS 5707/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5707	D ^a E. Roca Trías
8-10-2009	623/2009	RJ 2009\4606 ROJ: STS 5969/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5969	D ^a E. Roca Trías
10-03-2010	94/2010	RJ 2010\2329 ECLI:ES:TS:2010:962	D ^a E. Roca Trías

⁵²⁵ Repertorio de Sentencias y autos del Tribunal Supremo, Tribunales
RJ Jurisprudencia en Superiores de Justicia en materias de Derecho Civil
 ARANZADI Especial o Foral y resoluciones de la Dirección General
 www.westlawinsignis.es de los Registros y del Notariado.

ROJ Repertorio Oficial de Resoluciones en CENDOJ. Buscador de Jurisprudencia
 Jurisprudencia. del CGPJ.

ECLI En CENDOJ Identificador europeo de jurisprudencia (European Case
 Law Identifier).

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
11-03-2010	94/2010	RJ 2010\2340 ROJ: STS 963/2010 - ECLI:ES:TS:2010:963	D ^a E. Roca Trías
14-4-2010	897/2010	RJ 2011\7421 ROJ: STS 7588/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7588	D ^a E. Roca Trías
1-10-2010	Nº Recurso: 681/2007	RJ 2010\7302 ROJ: STS 4861/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4861	D ^a E. Roca Trías
11-2-2011	54/2011	RJ 2011\2311 ECLI:ES:TS:2011:505	D ^a E. Roca Trías
2-3-2011	109/2011	RJ 2011\2616 ECLI:ES:TS:2011:714	D. A. Salas Carceller
31-3-2011	217/2011	RJ 2011\3137 ROJ: STS 2158/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2158	D D ^a E. Roca Trías
7-4-2011	252/2011	RJ 2011\3152 ROJ 2005/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2005	D ^a E. Roca Trías
21-7-2011	578/2011	RJ 2011\5438 ECLI:ES:TS:2011:4925	D ^a E. Roca Trías
22-7-2011	579/2011	RJ 2011\5676 ECLI:ES:TS:2011:4924	D ^a E. Roca Trías
27-9-2011	641/2011	RJ 2011\7382 ECLI:ES:TS:2011:5880	D ^a E. Roca Trías
10-10-2011	695/2011	RJ 2011\6839 ECLI:ES:TS:2011:6496	D ^a E. Roca Trías
18-11-2011	795/2011	RJ 2012\1633 ECLI:ES:TS:2011:8348	D ^a E. Roca Trías

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
9-3-2012	154/2012	RJ 2012\5241 ECLI:ES:TS:2012:1845	D. Juan Antonio Xiol Ríos
19-4-2012	229/2012	RJ 2012\5909 ECLI:ES:TS:2012:2905	D ^a E. Roca Trías
27-4-2012	261/2012	RJ 2012\6105 ECLI:ES:TS:2012:2908	D ^a E. Roca Trías
31-5-2012	340/2012	RJ 2012\6550 ECLI:ES:TS:2012:3850	D ^a E. Roca Trías
29-6-2012	416/2012	ROJ 4723/2012 ECLI:ES:TS:2012:4723	D ^a E. Roca Trías
26-10-2012	642/2012	RJ 2012\9730 ECLI:ES:TS:2012:6811	D. J.A. Seijas Quintana
4-12-2012	749/2012	RJ 2013\194 ECLI:ES:TS:2012:8531	D. Juan Antonio Xiol Ríos
17-12-2012	762/2012	RJ 2014\74 ECLI:ES:TS:2013:5966	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
29-4-2013	257/2013	RJ 2013\3269 ECLI:ES:TS:2013:2246	D. J.A. Seijas Quintana
7-6-2013	370/2013	RJ 2013\3943 ECLI:ES:TS:2013:2926	D. J.A. Seijas Quintana
17-6-2013	426/2013	RJ 2013\4375 ECLI:ES:TS:2013:3347	D. J.A. Seijas Quintana
19-7-2013	495/2013	RJ 2013\5002 ECLI:ES:TS:2013:4082	D. J.A. Seijas Quintana
17-10-2013	622/2013	RJ 2013\7255 ECLI:ES:TS:2013:5003	D. J.A. Seijas Quintana
4-11-2013	663/2013	RJ 2013\7074 ECLI:ES:TS:2013:5185	D. J.A. Seijas Quintana
29-11-2013	757/2013	RJ 2013\7449 ECLI:ES:TS:2013:5641	D. J.A. Seijas Quintana

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excma. Sra.
25-11-2013	758/2013	RJ 2013\7873 ECLI:ES:TS:2013:5710	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
12-12-2013	761/2013	RJ 2013\7838 ECLI:ES:TS:2013:5824	D. J.A. Seijas Quintana
3-4-2014	181/2014	RJ 2014\1950 ECLI:ES:TS:2014:1356	D. J.A. Seijas Quintana
25-4-2014	200/2014	RJ 2014\2651 ECLI:ES:TS:2014:1699	D. J.A. Seijas Quintana
26-5-2014	289/2014	RJ 2014\3172 ECLI:ES:TS:2014:2609	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
29-5-2014	301/2014	ROJ 3153/2014 ECLI:ES:TS:2014:3153	D. J.A. Seijas Quintana
16-6-2014	320/2014	RJ 2014\3073 ECLI:ES:TS:2014:2258	D. J.A. Seijas Quintana
2-7-2014	368/2014	ROJ: STS 2650/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2650	D. J.A. Seijas Quintana
14-10-2014	569/2014	RJ 2014\5798 ECLI:ES:TS:2014:4437	D. J.L. Calvo Cabello
15-10-2014	515/2014	RJ 2014\4894 ECLI:ES:TS:2014:3900	D. J.A. Seijas Quintana
15-10-2014	579/2014	RJ 2014\5811 ECLI:ES:TS:2014:4438	D. J.L. Calvo Cabello
20-10-2014	536/2014	RJ 2014\5376 ECLI:ES:TS:2014:4072	D. J.A. Seijas Quintana
20-10-2014	413/2014	RJ 2014\5613 ECLI:ES:TS:2014:4233	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
22-10-2014	576/2014	RJ 2014\5023 ECLI:ES:TS:2014:4084	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
24-10-2014	593/2014	RJ 2014\5180 ECLI:ES:TS:2014:4249	D. J.A. Seijas Quintana

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excma. Sra.
30-10-2014	619/2014	RJ 2014\5268 ECLI:ES:TS:2014:4342	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
18-11-2014	616/2014	ROJ 4608/2014 ECLI:ES:TS:2014:4608	D. J.A. Seijas Quintana
11-12-2014	748/2014	RJ 2014\6539 ECLI:ES:TS:2014:5099	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
16-1-2015	5/2015	RJ 2015\355 ECLI:ES:TS:2015:190	D. X. O'Callaghan Muñoz
13-2-2015	47/2015	ROJ 253/2015 ECLI:ES:TS:2015:253	D. J.A. Seijas Quintana
16-2-2015	52/2015	RJ 2015\553 ECLI:ES:TS:2015:258	D. J.A. Seijas Quintana
16-2-2015	96/2015	ROJ 615\2015 ECLI:ES:TS:2015:615	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
24-6-2015	392/2015	RJ 2015\2657 ECLI:ES:TS:2015:2828	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-6-2015	390/2015	RJ 2015\2658 ECLI:ES:TS:2015:2736	D. José A. Seijas Quintana
10-7-2015	427/2015	RJ 2015\2564 ECLI:ES:TS:2015:3158	D. José A. Seijas Quintana
15-7-2015	449/2015	RJ 2015\3004 ECLI:ES:TS:2015:3207	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
17-7-2015	409/2015	RJ 2015\2784 ECLI:ES:TS:2015:3214	D. Eduardo Baena Ruiz
20-7-2015	416/2015	RJ 2015\2786 ECLI:ES:TS:2015:3216	D. Eduardo Baena Ruiz
9-9-2015	465/2015	RJ 2015\4179 ECLI:ES:TS:2015:3707	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
10-9-2015	485/2015	RJ 2015\5991 ECLI:ES:TS:2015:3796	D. Fco. J. Arroyo Fiestas

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
15-10-2015	515/2015	RJ 2014\4894 ECLI:ES:TS:2014:3900	D. José A. Seijas Quintana
19-10-2015	572/2015	RJ 2015\4869 ECLI:ES:TS:2015:4175	D. Eduardo Baena Ruiz
21-10-2015	585/2015	RJ 2015\4784 ECLI:ES:TS:2015:4442	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-10-2015	587/2015	RJ 2015\5608 ECLI:ES:TS:2015:4584	D. Eduardo Baena Ruiz
17-11-2015	658/2015	RJ 2015\5392 ECLI:ES:TS:2015:5218	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
19-11-2015	664/2015	RJ 2015\5495 ECLI:ES:TS:2015:4923	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-11-2015	680/2015	RJ 2015\5624 ECLI:ES:TS:2015:4900	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
30-12-2015	750/2015	RJ 2015\5894 ECLI:ES:TS:2015:5687	D. José A. Seijas Quintana
30-12-2015	753/2015	ROJ 5804/2015 ECLI:ES:TS:2015:5804	D. José A. Seijas Quintana
4-2-2016	33/2016	RJ 2016\494 ECLI:ES:TS:2016:335	D. José A. Seijas Quintana
4-2-2016	36/2016	RJ 2016\260 ECLI:ES:TS:2016:188	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
11-2-2016	51/2016	RJ 2016\248 ECLI:ES:TS:2016:437	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
11-2-2016	52/2016	RJ 2016\524 ECLI:ES:TS:2016:480	D. A. Salas Carceller
11-2-2016	55/2016	RJ 2016\249 ECLI:ES:TS:2016:359	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
19-2-2016	86/2016	RJ 2016\924 ECLI:ES:TS:2016:785	D. Fco. J. Arroyo Fiestas

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excma. Sra.
1-3-2016	115/2016	RJ 2016\736 ECLI:ES:TS:2016:797	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
3-3-2016	130/2016	RJ 2016\2184 ECLI:ES:TS:2016:801	D. José A. Seijas Quintana
4-3-2016	133/2016	RJ 2016\1399 ECLI:ES:TS:2016:973	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
9-3-2016	138/2016	RJ 2016\972 ECLI:ES:TS:2016:1156	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
9-3-2016	139/2016	RJ 2016\840 ECLI:ES:TS:2016:1157	D. Eduardo Baena Ruiz
9-3-2016	143/2016	RJ 2016\842 ECLI:ES:TS:2016:1159	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
16-3-2016	162/2016	RJ 2016\1137 ECLI:ES:TS:2016:1295	D. Eduardo Baena Ruiz
31-3-2016	200/2016	RJ 2016\4288 ECLI:ES:TS:2016:1419	D. Eduardo Baena Ruiz
6-4-2016	215/2016	RJ 2016\1321 ECLI:ES:TS:2016:1424	D. Eduardo Baena Ruiz
12-4-2016	242/2016	RJ 2016\1336 ECLI:ES:TS:2016:1636	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
13-4-2016	251/2016	RJ 2016\1339 ECLI:ES:TS:2016:1638	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
20-4-2016	263/2016	RJ 2016\3664 ECLI:ES:TS:2016:1658	D. A. Salas Carceller
20-4-2016	265/2016	RJ 2016\3847 ECLI:ES:TS:2016:1655	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
25-4-2016	276/2016	RJ 2016\1703 ECLI:ES:TS:2016:1790	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
3-5-2016	283/2016	RJ 2016\2218 ECLI:ES:TS:2016:1901	D. Eduardo Baena Ruiz

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
24-5-2016	346/2016	RJ 2016\2284 ECLI:ES:TS:2016:2322	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-5-2016	350/2016	RJ 2016\2292 ECLI:ES:TS:2016:2304	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
15-6-2016	400/2016	RJ 2016\2780 ECLI:ES:TS:2016:2877	D. Eduardo Baena Ruiz
27-6-2016	433/2016	RJ 2016\3717 ECLI:ES:TS:2016:3145	D. Eduardo Baena Ruiz
27-6-2016	434/2016	RJ 2016\2876 ECLI:ES:TS:2016:3057	D. José A. Seijas Quintana
21-7-2016	522/2016	RJ 2016\3445 ECLI:ES:TS:2016:3888	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
12-9-2016	526/2016	RJ 2016\4435 ECLI:ES:TS:2016:4045	D. José A. Seijas Quintana
16-9-2016	545/2016	RJ 2016\4449 ECLI:ES:TS:2016:4089	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
20-9-2016	553/2016	RJ 2016\4440 ECLI:ES:TS:2016:4092	D. A. Salas Carceller
21-9-2016	557/2016	RJ 2016\4448 ECLI:ES:TS:2016:4097	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
21-9-2016	560/2016	RJ 2016\4439 ECLI:ES:TS:2016:4100	D. Eduardo Baena Ruiz
27-9-2016	565/2016	RJ 2016\4847 ECLI:ES:TS:2016:4203	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-10-2016	638/2016	RJ 2016\5360 ECLI:ES:TS:2016:4634	D. José A. Seijas Quintana
5-12-2016	722/2016	RJ 2016\5968 ECLI:ES:TS:2016:5285	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
21-12-2016	748/2016	RJ 2016\5998 ECLI:ES:TS:2016:5532	D. A. Salas Carceller

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excma. Sra.
22-12-2016	751/2016	RJ 2016\5999 ROJ: STS 5537/2016 ECLI:ES:TS:2016:5537	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
17-1-2017	23/2017	ROJ 161\2017 ECLI:ES:TS:2017:161	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
23-1-2017	42/2017	RJ 2017\363 ECLI:ES:TS:2017:168	D. Eduardo Baena Ruiz
26-1-2017	48/2017	RJ 2017\251 ECLI:ES:TS:2017:164	D. José A. Seijas Quintana
17-2-2017	110/2017	RJ 2017\483 ECLI:ES:TS:2017:474	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
28-2-2017	135/2017	RJ 2017\606 ECLI:ES:TS:2017:709	D. José A. Seijas Quintana
7-3-2017	155/2017	RJ 2017\705 ECLI:ES:TS:2017:849	D. Antonio Salas Carceller
14-3-2017	183/2017	RJ 2017\878 ECLI:ES:TS:2017:973	D. José A. Seijas Quintana
9-5-2017	280/2017	RJ 2017\2044 ECLI:ES:TS:2017:1786	D ^a . M ^a . Ángeles Parra Lucán
12-5-2017	294/2017	RJ 2017\2203 ECLI:ES:TS:2017:1896	D. Eduardo Baena Ruiz
12-5-2017	296/2017	RJ 2017\2053 ECLI:ES:TS:2017:1792	D. Eduardo Baena Ruiz
20-6-2017	389/2017	RJ 2017\3052 ECLI:ES:TS:2017:2510	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
27-6-2017	413/2017	RJ 2017\3077 ECLI:ES:TS:2017:2572	D. José A. Seijas Quintana
13-7-2017	442/2017	RJ 2017\3622 ECLI:ES:TS:2017:2840	D. Eduardo Baena Ruiz

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
22-9-2017	513/2017	RJ 2017\4407 ECLI:ES:TS:2017:3323	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
22-9-2017	517/2017	RJ 2017\4636 ECLI:ES:TS:2017:3348	D D ^a . M ^a . Ángeles Parra Lucán
22-9-2017	519/2017	ROJ 3327/2017 ECLI:ES:TS:2017:3327	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
27-9-2017	529/2017	RJ 2017\4111 ECLI:ES:TS:2017:3378	D. Eduardo Baena Ruiz
19-10-2017	566/2017	RJ 2017\4485 ECLI:ES:TS:2017:3724	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
19-10-2017	567/2017	RJ 2017\4484 ECLI:ES:TS:2017:3722	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
25-10-2017	578/2017	RJ 2017\4676 ECLI:ES:TS:2017:3751	D. Eduardo Baena Ruiz
13-12-2017	665/2017	RJ 207\5389 ECLI:ES:TS:2017:4372	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
10-1-2018	4/2018	RJ 2018\61 ECLI:ES:TS:2018:21	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
10-1-2018	7/2018	RJ 2018\74 ROJ: STS 21/2018 ECLI:ES:TS:2018:21	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
11-1-2018	11/2018	RJ 2018\104 ECLI:ES:TS:2018:40	D. José A. Seijas Quintana
15-1-2018	18/2018	RJ 2018\28 ECLI:ES:TS:2018:41	D. Eduardo Baena Ruiz
20-2-2018	95/2018	RJ 2018\573 ECLI:ES:TS:2018:503	D ^a . M ^a . Ángeles Parra Lucán
4-4-2018	182/2018	RJ 2018\1182 ECLI:ES:TS:2018:1156	D. José A. Seijas Quintana

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excma. Sra.
6-4-2018	194/2018	RJ 2018\1430 ECLI:ES:TS:2018:1167	D. Eduardo Baena Ruiz
11-4-2018	206/2018	RJ 2018\1729 ECLI:ES:TS:2018:1351	D. A. Salas Carceller
18-4-2018	229/2018	RJ 2018\2177 ECLI:ES:TS:2018:1414	D. José A. Seijas Quintana
9-5-2018	268/2018	ROJ: STS 1627/2018 ECLI:ES:TS:2018:1627	D. Eduardo Baena Ruiz
7-6-2018	343/2018	RJ 2018\2857 ECLI:ES:TS:2018:2104	D ^a . M ^a . Ángeles Parra Lucán
7-6-2018	348/2018	RJ 2018\2417 ECLI:ES:TS:2018:2102	D. José A. Seijas Quintana
23-7-2018	482/2018	RJ 2018\2966 ECLI:ES:TS:2018:2833	D. Eduardo Baena Ruiz
25-9-2018	527/2018	RJ 2018\3857 ECLI:ES:TS:2018:3247	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
15-10-2018	569/2018	RJ 2018\4295 ECLI:ES:TS:2018:3485	D. Eduardo Baena Ruiz
30-10-2018	593/2018	RJ 2018\4742 ECLI:ES:TS:2018:3684	D. José A. Seijas Quintana
7-11-2018	615/2018	RJ 2018\4748 ECLI:ES:TS:2018:3739	D. Eduardo Baena Ruiz
13-11-2018	630/2018	RJ 2018\4930 ECLI:ES:TS:2018:3743	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
20-11-2018	654/2018	RJ 2018\5376 ECLI:ES:TS:2018:4044	D. José A. Seijas Quintana
17-1-2019	30/2019	RJ 2019\98 ECLI:ES:TS:2019:50	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
17-1-2019	32/2019	RJ 2019\105 ECLI:ES:TS:2019:49	D. A. Salas Carceller

Fecha	STS núm.	Referencia	Ponente
Día-mes-año	resolución		Excmo. Sr./ Excmo. Sra.
26-2-2019	124/2019	RJ 2019\631 ECLI:ES:TS:2019:647	D. Eduardo Baena Ruiz
5-4-2019	211/2019	RJ 2019\1866 ECLI:ES:TS:2019:1411	D. Eduardo Baena Ruiz
5-4-2019	215/2019	RJ 2019\1791 ECLI:ES:TS:2019:1363	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
16-1-2020	15/2020	RJ 2020\666 ROJ 61/2020 ECLI:ES:TS:2020:61	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
28-1-2020	58/2020	RJ 2020\111 ECLI:ES:TS:2020:176	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
16-6-2020	311/2020	ROJ: STS 2197/2020 ECLI:ES:TS:2020:2197	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
17-6-2020	318/2020	ROJ: STS 2018/2020 ECLI:ES:TS:2020:2018	D. Eduardo Baena Ruiz
6-7-2020	396/2020	RJ 2020\2220 ECLI:ES:TS:2020:2093	D. Fco. J. Arroyo Fiestas
26-10-2020	558/2020	ECLI:ES:TS:2020:3562	D. J.L. Seoane Spiegelberg

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

<i>Fecha</i>	<i>STC núm.</i>	<i>Referencia</i> ⁵²⁶	<i>Ponente</i>
<i>Día-mes-año</i>	<i>resolución</i>		<i>Excmo. Sr./ Excmo. Sra.</i>
20-02-1989	45/1989	RTC 1989\45 ECLI:ES:TC:1989:45	D. F. Rubio Llorente
11-12-1992	222/1992	RTC 1992\222 ECLI:ES:TC:1992:222	D. V. Gimeno Sendra
8-2-1993	47/1993	RTC 1993\47 ECLI:ES:TC:1993:47	D. Julio D. González Campos
2-6-2005	152/2005	RTC 2005\152 ECLI:ES:TC:2005:152	D. J. Rodríguez-Zapata Pérez
30-1-2006	17/2006	RTC 2006\17 ECLI:ES:TC:2006:17	D. M. Aragón Reyes
29-6-2009	163/2009	RTC 2009\163 ECLI:ES:TC:2009:163	D. E. Gay Montalvo
17-10-2012	185/2012	RTC 2012\185 ECLI:ES:TC:2012:185	D ^a E. Roca Trías
23-04-2013	93/2013	RTC 2013\93 ECLI:ES:TC:2013:93	D ^a A. Asua Batarrita
16-11-2016	192/2016	ECLI:ES:TC:2016:192	D ^a A. Asua Batarrita

La consulta a la jurisprudencia citada, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, se finaliza a fecha de 30 de noviembre de 2020.

⁵²⁶ Repertorio de Sentencias y autos del
RTC Jurisprudencia en Tribunal Constitucional.
 ARANZADI
www.westlawinsignis.es

ECLI En Buscador de Jurisprudencia Constitucional Identificador europeo de
<https://hj.tribunalconstitucional.es/> jurisprudencia (European
 Case Law Identifier).

BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M., *La guarda compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*. 2ª ed., Hispalex Editorial, Sevilla, 2018. ISBN 9788469790977.

AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F., «Opinión de los jueces (derecho penal y de familia) sobre el informe psicológico forense», *Anuario de psicología jurídica*, Vol. 13, 2003.

ALASCIO CARRASCO, L., «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2011.

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I., «Juntos pero no revueltos: La custodia compartida en el nuevo art 92 del CC», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.

ALCÁZAR RUIZ, R., «Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial», *Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* Núm. 3, 2014.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., «Comentario al art. 92 del Código Civil» (BIB 2011\5959), en CAÑIZARES LASO, ANA, Dir., *Código civil Comentado. Volumen I*. Editorial Civitas, Madrid, enero 2016. ISBN 9788490993972.

ALONSO BEZOS, J.J., «Recogida y retorno del menor: sistemas para determinar el reparto de cargas entre los progenitores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 6, 2014 (BIB 2014\3365).

ALONSO ESPINOSA, F.J. y LÓPEZ ROMERO, P.M., «Custodia compartida e interés superior del menor», *Diario La Ley*. Núm. 8556, 8 de junio de 2015. Ref. D-229, La Ley 3624/2015.

ALVAREZ GARCIA, M.D., «Aspectos personales y patrimoniales del divorcio: custodia compartida y liquidación del régimen económico matrimonial», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 8/ 2014, CGPJ, Madrid, 2014.

ALVAREZ OLALLA, P., «Modificación de medidas y custodia compartida», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Núm. 110/2019 (BIB 2019\5955).

ANDRES JOVEN, J.M., «Patria potestad y custodia (I): contenidos y facultades de ambas instituciones. La posición de la jurisprudencia», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 24/2008, CGPJ, Madrid, 2008.

ARANGÜENA FANEGO, C., «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», *Coloquio de la Asociación Internacional de Dº Procesal Volumen 2º*, Dir. Ortells Ramos, M.P., Lit, Madrid, 2008.

— «La diligencia de exploración del menor en los procedimientos matrimoniales», *Aspectos civiles y Penales de las crisis matrimoniales*, Coord. Guilarte Martín-Calero, C., Lex Nova, Valladolid, 2009.

ARCH MARÍN, M. y JARNE ESPARCIA, A., «Instrumentos de evaluación psicológica en peritaciones de guarda y custodia de los niños: uso y admisibilidad», *Anuario de psicología jurídica* Vol. 20, Núm. 1-2010.

ARCH MARÍN, M., CASO SEÑAL M., JARNE ESPARCIA A. y MOLINA BARTUMEUS, A., *Guía práctica de exploración de menores*, Sepin, Las Rozas, 2011.

BAREA PAYUETA, C., *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Ediciones Consuelo Barea, mayo 2012. ISBN: 9788461592432

BAUTISTA LÓPEZ, J., «Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi* Núm. 854, 2012 (BIB 2012\3474).

BECERRIL RUIZ, D., VENEGAS, M. y ALTAVA LAVALL, M., *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017. ISBN 9788491481409.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida», *La Ley Derecho de Familia* Núm. 3, 2014.

— «Violencia de género y custodia compartida», *La Ley Derecho de Familia* Núm. 12, 2016. La Ley 7874/2016.

BAYO DELGADO, J., «Aspectos civiles de la violencia sobre la mujer», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 9/2012, CGPJ, Madrid, 2012.

CABEZUELO ARENAS, A.L., «Breves notas sobre la custodia compartida en la jurisprudencia», *El experto universitario en justicia de menores / Coord. por José Martín Ostos*, 2008, ISBN 978-84-934756-4-2.

— «Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?», *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 5, 2009 (BIB 2009\695).

— *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (Art. 93 CC)*, Cizur Menor (Navarra), 2010, Aranzadi. ISBN 978-84-9903-496-6.

— «Alimentos y parentesco», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Coord. por Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Oscar Monje Balmaseda, Vol. 1, 2011 (Parte sustantiva), ISBN 978-84-9982-097-2.

— «La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales», *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 6/2012. ISSN 1889-4380, Nº. 6 (octubre 2012), 2012.

— «El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de mejora», en *Menores y crisis de pareja: la*

atribución del uso de la vivienda familiar, Coord. por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Manuel García Mayo, 2017, ISBN 978-84-290-1992-6.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., «Guarda y custodia compartida: ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley* Núm. 7206/2009 AÑO XXX (BIB 2009\4126).

CAPILLA RONCERO, F., «Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona o la autonomía personal en el Derecho privado», *Diario La Ley* Nº 7675, 2011. Ref. D-302, La Ley 13920/2011.

CAPILLA RONCERO, F., LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y AAVV, *Introducción al derecho patrimonial privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN 9788491190257.

CARPI MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», *Diario La Ley* Nº 7270, Sección Doctrina, octubre de 2009, Año XXX, Ref. D-332, La Ley 19181/2009.

CARRASCO PERERA, A., «Custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, Editorial Aranzadi, 2004. BIB 2004\1797.

— «Llueven custodias compartidas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823, Editorial Aranzadi, 2011. BIB 2011\1053.

CARRERAS MARAÑA, J.M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», *Manuales de Formación Continuada*, nº 50/ 2009, CGPJ, Madrid, 2009.

CASADO CASADO, B., «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial», *Diario La Ley*, Nº 9177, *Sección Dossier*, Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 2713/2018.

CASO SEÑAL, M. y JARNE ESPARCIA, A., «La audiencia del menor en los procedimientos de familia: guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial», *Revista Sepin*, abril 2010 (SP/DOCT/4487).

CASO SEÑAL Y AA.VV., «Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familia», *Revista Sepín*, junio 2011, (SP/DOCT/17279).

CASTELLANO DOMÍNGUEZ, F., NIETO MORALES, C., y CALDERÓN LOZANO, A., *Guía de intervención judicial sobre violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2014. ISBN 8490851344.

CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio», *Tratado de Derecho de Familia Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Dir. Izquierdo Tolsada y Cuenca Casas, Aranzadi, Madrid, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007. ISBN 9788497258029.

CASTILLO MARTINEZ, C., «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Actualidad Civil Nº 15*, La Ley 2911/2007, 2007.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. y CABEZUELO ARENAS, ANA L. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017. ISBN 9788429019926.

CERVILLA GARZÓN, M.D., «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista de Derecho de Familia. Nº 44*, 2009.

CHAVES, Marianna, «Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 16, Nº 31-32, 2019.

CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ, A., «La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del Código», *La Ley Derecho de Familia* Núm. 1, 2014, La Ley 70/2014.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 10a edición, Valencia, 2019. ISBN 9788413362458.

COSTAS RODAL, L., «Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016.», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 5, 2016 (BIB 2016\21193).

— «Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS.», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 11/2016 (BIB 2016\85676).

CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, mayo 2012.

CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar» en *Tratado de Derecho de Familia (Volumen III)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CUETO MORENO, C., «El procedimiento de familia en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Cuestiones prácticas y criterios jurisprudenciales», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 4/2012, CGPJ, Madrid, 2012.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distintas a la familiar tras la ruptura matrimonial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Nº 737, 2013.

DE OLIVEIRA, Guilherme, *Manual de Direito da Família*, Editorial Almedina, 2020, ISBN: 9789724082967.

DE PRADA RODRÍGUEZ, M., «La prueba digital: especial incidencia en los procesos de familia», *La Ley Derecho de familia*, N^o 20, Wolters Kluwer, La ley 15132/2018.

DELGADO CORDERO, «Reflexiones sobre la conveniencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XX*, Dir. Carlos Lasarte Alvarez, Uned- Idafe- El derecho, Madrid, 2006.

DIAZ MARTÍNEZ, A., «Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Núm. 7/2012 (BIB 2012\3142).

DIEZ NUÑEZ, J.J., «Los procesos matrimoniales: cuestiones actuales», *Cuadernos Digitales de Formación*, n^o 48/ 2008, CGPJ, Madrid, 2008.

DOMINGO MONFORTE, J., «Custodia compartida disensual 'rara avis'», *Revista Derecho de familia* Núm. 37, octubre-diciembre 2007.

— «Custodia y nido compartido: todo cambia», *Actualidad Jurídica Aranzadi* Núm. 891, 2014 (BIB 2014\3390).

DOMÍNGUEZ CASTELLANO, F., «La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la ley 15/2005, de 8 de julio 2005, en materia de separación y divorcio», *Revista Sepin* Núm. 55, mayo 2006 (SP/DOCT/2836).

ESCALONA LARA, J.M., «La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 1, 2014, La Ley 111/2014.

ESPARZA OLCINA, «La guarda compartida», *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia de 2005*, Coord. Ramón de la Verda y Belmonte, Thomson, Navarra, 2006.

FÁBREGA RUIZ, C.F., «Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil», *Diario la Ley* Nº 5841, Año XXIV, 2003, Ref. D- 191, La Ley 1467/2003.

— «La actuación de los psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales», *Diario la Ley*, 2005, Nº 6247, Ref- D- 107, La Ley 1120/2005.

FABREGAS, M., ARCH, M., GARCÍA-ARCH, J., SEGURA, J. Y PEREDA, N., «El cambio de residencia del menor tras la ruptura: la importancia de los criterios valorativos», *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 30, Núm. 1-2020.

FARIÑA RIVERA F., NOVO PÉREZ, M. Y SEIJO MARTÍNEZ D., «Estudio de opinión de los universitarios españoles sobre igualdad de género y custodia compartida» en *Separación y Divorcio: interferencias parentales*, 2010, Ed. Asociación Española Multidisciplinar de investigación sobre interferencias parentales (ASEMIP). ISBN: 9788469320204.

FARIÑA RIVERA F., SEIJO MARTÍNEZ, D., ARCE R. Y VÁZQUEZ MJ., «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma», *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017.

FARIÑA RIVERA, F., SEIJO MARTÍNEZ, D., FERNÁNDEZ-HERMELO, M., Y VÁZQUEZ, M. J., «Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19», *Publicaciones*, 50(1), 23-41. doi:10.30827/publicaciones.v50i1.15942, 2020.

FERREIROS MARCOS, C.E., «La Agenda universal 2030 para la infancia. Protección jurídica. La perspectiva del Ministerio Fiscal», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 55/2016, CGPJ, Madrid, 2016.

GARCÍA GARCÍA, N., «Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación», *Revista Sepín*, julio 2013, (SP/DOCT/17672)

GARCÍA GARCÍA, N. y CANTURIENSE SANTOS, A., *Guardia y custodia compartida: criterios del Tribunal Supremo. Selección de Jurisprudencia*. Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2018. ISBN 9788417414139.

GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus Editorial, Madrid, 2019. ISBN 9788429021479.

GARCÍA MEDINA, «Crisis matrimoniales y derechos de los menores». *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. Cristina Guilarte Martín-Calero, Lex Nova, Madrid, 2009

GARCÍA RUBIO, M.P., «El marco civil en la violencia de género», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. DE HOYOS SANCHO, M., Valladolid, 2009.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., «El menor en el proceso civil», *Anuario de justicia de menores* Nº 16, 2016. ISSN 1579-4784.

GARRIGA GORINA, M., «El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 3, 2008.

GOIRIENA LEKUE, A., «La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio», *Diario la Ley* Nº 6823, Año XXVIII, 2007, Ref. D- 248, La Ley 6271/2007.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El reconocimiento judicial. La audiencia o exploración de menores», *Los procesos de familia: una visión judicial*, Coord. Hijas Fernández, Colex, Madrid, 2007.

— «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *Tomo de Jurisprudencia Diario La Ley* núm. 7206, Año XXX, 29 junio 2009, Ref. D-235.

— *Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias*, *El Derecho* Nº 108, 2011.

— «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», *Diario La Ley* Nº 9600, Sección Tribuna, marzo de 2020, Wolters Kluwer, La Ley 3298/2020.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., HIJAS FERNÁNDEZ, E., PLANES MORENO, M.D. y SANTANA PÁEZ, E., *Los procesos de familia: una visión judicial: compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, 2a ed. Colex, Madrid, 2009. ISBN 9788483421970.

GUERRERO ROMEO, M.M., «Novedades jurisprudenciales en Derecho de familia. Especial atención a la guarda y custodia compartida y las medidas a adoptar en los procesos de separación y divorcio», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 39/ 2016, CGPJ, Madrid, 2016.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio*, (Ley 15/2005, de 8 de julio), Lex Nova, Valladolid, 2005.

— «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2008.

— «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre del 2009», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 3, 2010.

HERNANDO RAMOS, S., «El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», *Diario La Ley* Núm. 7206, 2009, AÑO XXX, Ref. D-232, La Ley 12953/2009.

— «Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal», *Cuadernos Digitales de Formación* Nº 8/ 2014, CGPJ, Madrid, 2014.

HERNÁNDEZ RAMOS, C., «Beneficios y perjuicios de la guarda y custodia compartida y la individual para los menores afectados», *La Ley Derecho de Familia*, 17 de noviembre de 2014, La Ley 8315/2014.

HERRERAS DE LAS HERAS, R., «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», *Actualidad civil* Nº 10, La Ley 6638/2011.

IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. ISBN 9788498762020.

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia Compartida de los Hijos*, Ed. La Ley, Madrid, 2008. ISBN 8497259114.

— «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas», *Diario La Ley*, Nº 7206, 2009.

LEFEBVRE, F., *Pensión de alimentos: las 100 cuestiones más consultadas*. Francis Lefebvre, 2014.

LLOPIS GINER, J.M., *El contenido del convenio regulador: sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006. ISBN 84-96347-86-9.

LLORENTE PINTOS, R., «El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta», *Revista de Derecho de Familia* Núm. 33, octubre-diciembre 2006.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial », en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010.

LÓPEZ JARA, M., «Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 11, 2016, La Ley 5721/2016.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., PIZARRO MORENO, E., PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. y AGUILAR RUIZ, L., *Derecho de familia*, 2a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN 9788491437666.

LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *El proceso matrimonial de común acuerdo: guía práctica y jurisprudencia*, COLEX, Madrid, 2006. ISBN 8478799958.

LOPEZ ORDIALES, J.J., «Custodia compartida. Cuestiones procesales», *Estudios de Derecho Judicial* nº 147/2007, CGPJ, Madrid, 2007.

MACÍAS CASTILLO, A., «Guarda y custodia compartida: ‘deslocalización’ de los hijos como efecto legal inherente al divorcio», *Actualidad Civil* Núm. 12, 2010 (BIB 2010\1845).

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf., *Guarda compartilhada: física e jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAGRO SERVET, V., «La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de whatsapp en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, Nº 130, Wolters Kluwer, La Ley 371/2018.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *Revista de Abogados de Familia* Nº 50, 2008.

— «Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2009.

MARÍN LÓPEZ, M.J., «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho Privado y Constitución* Nº 19, 2005.

— «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15 / 2005 de 8 de julio que modifica el régimen de separación y divorcio», *Derecho Privado y Constitucional* Nº 23, 2009.

MARTÍN CORRAL, s., «Psicología forense en los juzgados de Familia», *Tratado de Psicología Forense*, Coord. Urra Javier, Siglo XXI, Madrid, 2002.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Navarra, 2005. ISBN 8447023052.

MARTÍN MUÑOZ, A., «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», *Revista de Derecho de Familia* Núm. 44, julio-septiembre 2009.

MARTÍN OSTOS, J., «En torno al interés superior del menor», *Anuario de justicia de menores*, Nº 12, 2012. ISSN 15794784.

MARTÍN OSTOS, J. y PÉREZ MARÍN, M.A., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Astigi, Sevilla, 2020. ISBN 9788412165890.

MARTÍNEZ CALVO, J., «Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales», *La Ley Derecho de familia*, mayo de 2015, La Ley 3326/2015.

— «Génesis, evolución normativa y perspectivas de futuro de la guarda y custodia en España», *La Ley Derecho de familia*, Núm. 22, 2019, La Ley 8294/2019.

— «Modificación de medidas definitivas relativas a los hijos menores sin necesidad de que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Nº 112/2020, Civitas, Pamplona, 2020.

MIRANDA ESTRAMPES, M., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales», *Revista Sepín*, diciembre 2004 (SP/DOCT/2275).

— «La nueva regulación de la audiencia de los hijos menores», *Revista Sepín*, julio 2005 (SP/DOCT/2611).

MONTERO DE ESPINOSA RODRIGUEZ, N., «Cuestiones forenses en el procedimiento de familia», *Cuadernos Digitales de Formación* nº 4/ 2012, CGPJ, Madrid, 2012.

MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Derecho jurisdiccional. II, Proceso civil*, Tirant lo Blanch, 27ª edición, Valencia, 2019. ISBN 9788413139241.

MORÁN GONZÁLEZ, M.I., «El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor», en *Custodia compartida y protección de menores*, Colección: Cuadernos de Derecho Judicial Nº II- 2009, CGPJ, Madrid, 2009.

MORENO NAVARRETE, M. A., «Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Nº 89, 2012.

MORENO VELASCO, V., «Atribución del uso de inmuebles distinto de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de pareja de hecho», *Diario La Ley*, Nº 7105, Año XXX, 2009, Ref. D-30, La Ley 157/2009.

— «La atribución del uso de la vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», *Diario La Ley*, Nº 7843, Año XXXIII, 2012, Ref. D-167, La Ley 4044/2012.

MORENO VELASCO, V. Y GAUDET, J., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE UU», *Diario La Ley*, Nº 7179, Año XXX, 2009, Ref. D-183, La Ley 11689/2009.

MORENO VELASCO, V. y GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013. ISBN 978-84-470-4597-6.

NAVAS NAVARRO, S., «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de Derecho de Familia* Núm. 54/2012.

NIETO CENTENO, R., «Novedades legislativas en materia de familia a raíz del COVID-19», *Práctica de Tribunales* Nº 146, Sección Estudios septiembre-octubre 2020, Wolters Kluwer, La Ley 12228/2020.

NIETO MORALES, C. y DIEZ-CANSECO GARCIA, M.T., «Equipos psicosociales de los juzgados de familia. Reflexiones sobre la custodia compartida», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 8/ 2014, CGPJ, Madrid, 2014.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, (VILADRICH, P.J.), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986. ISBN 84-313-0946-6.

PANIZA FULLANA, A., «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 10/2015, Cizur Menor, 2015. (BIB 2015\107).

PARDILLO HERNÁNDEZ, A., «Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente», *Diario la Ley*, Nº 8104, Año XXXIV, 2013, La Ley 2999/2013.

PARKINSON, L. y SÁNCHEZ DURÁN, A.M., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Ed. española / a cargo de Ana María Sánchez Durán, Gedisa, Barcelona, 2005. ISBN 84-9784-075-5.

PEINADO MARTINEZ, S., «Situación actual de los equipos psicosociales, normativa y protocolos de actuación», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 34/2012, CGPJ, Madrid, 2012.

PÉREZ DAUDÍ, V., «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, Sala 2ª de 29 de junio del 2009)», *Diario la Ley* Nº 7320, Año XXXI, 2010, Ref.D-14, 2010, La Ley 20694/2009.

PÉREZ GALVÁN, M., «Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida», *Diario La ley*, Nº 7206, Año XXX, 2009, Ref. D-236, La Ley 12977/2009.

— «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia», *Diario La Ley*, Núm. 8866, 2016, Ref. D-404.

— «La guarda y custodia compartida en los Tribunales antes y después de 2005», *La Ley Derecho de familia*, Núm. 11, 2016, Le Ley 5719/2016.

PÉREZ MARTÍN, A.J., «Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida», *Boletín de Derecho de Familia El Derecho* Núm. marzo de 2011 (EDB 2011/7242).

— «Patria potestad versus custodia compartida», *Revista de Derecho de Familia* Nº 53, 2011.

— «La prueba en los procedimientos de familia: una visión práctica», *Revista de Derecho de Familia* Nº 76, 2017, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

— «Modificación de medidas», *Revista de Derecho de Familia* Nº 77, 2017, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017(BIB 2017\43026).

— «Petición de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja», *Revista de Derecho de Familia* N° 83/2019, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

PÉREZ MARTÍN, A.J. y AAVV (Asociación Española de Abogados de Familia) *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 2011. ISBN 9788499821146.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., «La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar», *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 2/ 2009, CGPJ, Madrid, 2009.

— «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», *Diario La Ley*, Núm. 7206, Año XXX, 2009, Ref. D-234, La Ley 12967/2009.

PÉREZ UREÑA, A.A., «La atribución del uso de la vivienda arrendada ante la crisis matrimonial. Comentario al artículo 15 LAU.», *El Derecho Editores, Boletín de Arrendamientos Urbanos El Derecho* N° 9, 2001.

— «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil.», en *Diez años de Abogados de familia*, Coord. DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNANDEZ CATALÁN, G. La Ley, Madrid, 2003.

— «La custodia compartida en la LEY 15/2005», *El Derecho Boletín Legislación*, Año IX, núm. 396, El Derecho Editores, Madrid, 2005.

— *La vivienda en los procesos de familia: cuestiones prácticas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008. ISBN 9788496705630.

PICONTÓ NOVALES, M-T. y ALMEDA SAMARANCH, E., (coord.), *La custodia compartida a debate*, Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2012.

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009. ISBN 9788497904766.

— *La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011. ISBN 9788497908597.

— *El convenio regulador: la regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2012. ISBN 9788497909655.

— *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Bosch, Barcelona, 2013. ISBN 9788497906821.

RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., «El derecho del menor a ser escuchado. Un derecho fundamental de carácter procesal», *Anuario de justicia de menores*, N^o 18, 2018. ISSN 1579-4784.

RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: el derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

— «La prueba pericial en los procedimientos de familia: peritos, testigos peritos, procedencia, práctica y valoración.», *Revista Jurídica Región de Murcia* N^o 50, Doctrinal, 2016.

ROMERO COLOMA, A.M., «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», *Diario La Ley* Núm. 7504, Año XXXI, 2010, Ref. D-339, La Ley 12539/2010.

— *La guardia y custodia compartida: (una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011. ISBN 9788429016628.

— «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *Diario La Ley* N^o 8000, Sección Tribuna, enero de 2013, Ref. D-16, Editorial La Ley 19437/2012.

— «Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida», *Actualidad jurídica Aranzadi* Núm. 873, 2013.

— «El cambio de lugar de residencia del hijo menor de edad y su problemática jurídica», *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 11, marzo-2014. BIB 2014/672.

RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja : (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, 2014. ISBN 8490319316.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., «La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, N° 100, 2013, La Ley 19269/2012.

SAN SEGUNDO, T., «Incidencia de la violencia de género en el ámbito de la familia y los menores», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ. 2010.

SANTOS URBANEJA, F., «Una interpretación actual del interés del menor. Contribución de la custodia compartida», *Cuadernos Digitales de Formación*, n° 24/ 2014, CGPJ, Madrid, 2014.

SANZ ACOSTA, L., «Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida», *Actualidad civil* Núm. 3, 2014

SARAVIA GONZALEZ, A.M., «Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)», *Estudios de Derecho Judicial* n° 147/2007, CGPJ, Madrid, 2007.

SEIJAS QUINTANA, J.A., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida», *Cuadernos Digitales de Formación*, n° 8/ 2014, CGPJ, Madrid, 2014.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «El interés del menor en los procesos de familia: problemática de las pruebas periciales. La exploración judicial», *Cuadernos Digitales de Formación* N° 69, CGPJ, Madrid, 2017.

SIMON GIL, M., «Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia», *Cuadernos Digitales de Formación*, n° 2/ 2009, CGPJ, Madrid, 2009.

SOTTOMAYOR, María Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coímbra: Almedina, 2014.

SUAREZ RODRIGUEZ, T., «Aspectos psicológicos y psiquiátricos en situaciones de crisis conyugal», *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 5/2005, CGPJ, Madrid, 2005.

TORRELLES TORREA, E., «Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 103, 2017.

UREÑA CARAZO, B., «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia», *Revista de Derecho de Familia* Nº 69, 2015, Lex Nova, Valladolid, 2015.

— «La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género», *La Ley Derecho de Familia* Núm. 11, 2016, La Ley 5723/2016.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., «Aspectos civiles de la violencia doméstica: especial referencia a la coordinación de las jurisdicciones penal y civil», *Encuentros «Violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

VASCONCELOS, Ana, «Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda com residência alternada», *Jurisdição da Família e das Crianças. Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial. Ações de Formação - 2011-2012. Textos dispersos.*/ Helena Bolieiro; Maria João Matos (Coord.).Lisboa: CEJ, 2012.

VERDERA IZQUIERDO, B., «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», *Revista de Derecho de Familia* Nº 47, 2010.

— «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda», *Indret*, enero 2016.

— *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019. ISBN 9788491520504.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades», en *La custodia compartida a debate* (PICONTO NOVALES y ALMEDA SAMARANCH, coord.). Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2012.

VIÑAS MAESTRE, M. D., «La custodia compartida», *Revista Sepín*, mayo 2008, núm. 77.

— «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* N° 3, Barcelona, 2012.

VITERI ZUBIA, I., «La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio» *Revista de Derecho de Familia* N° 60/2013, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013 (BIB 2013\15499).

VIVAS TESÓN, I. «La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, Uned-Idafe. El Derecho, Madrid, 2006 (EDO 2005/188140).

VIVES MARTÍNEZ, G., «Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia», *Economist & Jurist*, Vol. 15 N° 113, 2007. ISSN 24443166.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2013. ISBN 9788497903875.

— «Alternar en el uso del domicilio familiar», *Actualidad Jurídica Aranzadi* Núm. 942, 2018 (BIB 2018\11234).

WEBGRAFÍA Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS

ARCH MARÍN, M., *La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones periciales de la guarda y custodia de los niños* (Tesis doctoral, Facultad de Psicología, 2008). Disponible en <http://www.tdx.cat/TDX-1103108-114532>

Conclusiones del Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes Técnicos de Psicología Jurídica del Menor y Forense , organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ los días 4,5 y 6 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.mujeresjuristasthemis.org/prensa/noticias/217-conclusiones-encuentro-con-la-abogacia-especializada-en-derecho-de-familia-y-gabinetes-tecnicos-de-psicologia-juridica-del-menor-y-forense-ano-2019>

Conclusiones del III Encuentro Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008. Disponible en <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>

Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de Octubre del 2009. Consultado en <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

Conclusiones del Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia, organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015. Consultado en <https://loslibrosazules.es/conclusiones-del-encuentro-entre-jueces-y-abogados-de-familia-2/> y <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10865-la-custodia-compartida-tiene-su-talon-de-aquiles-en-la-regulacion-de-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar/>

Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia (mayo 2014). Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, aprobada por el Pleno del CGPJ el 25 de junio de 2020: Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>

INE *Estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios*, Madrid, Instituto Nacional de Estadística:

-Año 2019 en https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

-Año 2018 en https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf

-Año 2017 en https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf

- Año 2016 en https://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf

MARTÍN MARTÍN, G.A. y ALIAGA CASANOVA A., «Cuadernos de familia», *Revista jurídica de derecho de familia AJFV*. Asociación judicial Francisco de Vitoria. ISSN 2605–2660. Disponible en www.ajfv.es, diciembre 2018.

PONENCIAS de la II Jornada Científica de ASEMIP, La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja. Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. Disponible en: https://issuu.com/colegiopsicologosmurcia/docs/libro_ponencias_ii_jornada_cient_fica_ase mip_2010

SOUTO GALVÁN, E., *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, ISBN 84-9031-459-4. Consultado en <https://app--vlex--com.us.debiblio.com/#/sources/11631>

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Alternar y no compartir», *Escritura pública [en línea]*, Nº 78, 2012. ISSN 1695-6508. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4083321>

OTROS:

<https://www.aeafa.es/files/revistas/revistaaeafa92.pdf>

<https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2064/1/recopilacin-de-criterios-judiciales-sobre-custodias-y-regmenes-de-visitas/>

<https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2091/1/resumen-de-la-decisin-de-los-jueces-de-madrid-sobre-compensacin-de-tiempos-/>

https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Ciudadanos/Minimos_reducciones_y_deducciones_en_el_IRPF/Declaracion_conjunta_en_el_IRPF/Unidad_familiar.shtml

<https://www.ammediadores.es/nueva/encuentro-de-jueces-y-abogados-de-familia-2017-sobre-mediacion-intrajudicial/>

<https://atymediacion.es/sites/default/files/2018-03/LIBRO%20CUSTODIA%20COMPARTIDA%20Y%20MEDIACION%20CON%20PORTADA.pdf>

<https://confilegal.com/20180203-11-mitos-mentiras-desmontadas-torno-la-custodia-compartida/>

<http://custodia-compartida.com/la-mediacion-familiar-la-custodia-compartida-cuando-no-acuerdo/>

<https://www.custodiacompartida.com.es/es/pages/show/mediacion>

<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/los-equipos-psico-sociales-de-andalucia-al-servicio-de-la-administracion-de-justicia>

<https://www.diariodemediacion.es/el-papel-de-la-mediacion-en-la-custodia-compartida/>

<https://www.divorcios.me/coordinador-parental/>

<https://www.elcorreodemadrid.com/nacional/205171262/Margarita-Robles-y-el-freno-del-CGPJ-a-la-custodia-compartida--.html>

<https://elderecho.com/posibilidad-de-guarda-y-custodia-compartida-o-regimen-de-visitas-normalizado-con-hijo-lactante-o-de-corta-edad>

<https://www.fundacionfilia.org/2019/11/04/diferencias-entre-la-figura-del-mediador-y-el-coordinador-parental/>

<https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>

<https://loslibrosazules.es/todo-son-dudas-en-el-nuevo-procedimiento-de-familia-para-resolver-las-incidencias-del-covid-19/>

<https://www.mediador.org/mediacion-para-el-acuerdo/custodia-compartida-y-mediacion-familiar/>

<https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-demandas-de-separacion-y-divorcio-aumentan-un-16-6-por-ciento-en-el-tercer-trimestre-de-2020-tras-la-paralizacion-de-los-procesos-por-el-COVID-19>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion-Familiar/relacionados/Mediacion-Familiar>

<https://www.todomediacion.com/files/images/Mediacion%20Ronda%20Custodia%20Compartida.pdf>

<https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

ANEXO PARA LA MENCIÓN INTERNACIONAL AL TÍTULO DE DOCTORA
INTERNATIONAL MENTION ANNEX

Title:

**JOINT CUSTODY MODELS: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ANALYSIS
BASED ON JURISPRUDENTIAL CASUISTICS**

Keywords:

Joint custody. Custody regime. Shared parental responsibility. Family Law: procedural and substantive issues. Spanish Supreme Court case-law. Best interests of the child. Parenting plan. Wishes of the children. Party autonomy. Mutual agreement. Child support. Parental fitness. Maintenance of the status quo. Alternative family housing. Covid-19.

SUMMARY

This research covers substantive law issues and procedural aspects of the figure of joint custody in Spain⁵²⁷. It analyses the criteria taken into account by the Supreme Court in its jurisprudence during the last fifteen years, in order to build models of this regime of custody of minor children after family breakdown of their parents. The methodology used consists of analysing the casuistry of factual assumptions raised by the judgments rendered by the High Court and systematizing the different issues raised. The objective is to determine limits or schemes of this modality of joint custody so that it is of practical use for the legal practitioner of Family Law.

⁵²⁷ It should be noted that although in US legal terminology a distinction is made between *legal custody* and *physical custody*, some legislation and judicial decisions refer to «joint custody» without specifying whether the measure only involves the attribution of legal custody or it also includes physical custody. The term is usually interpreted as including both aspects of custody, although in its practical application it is more frequent to include only legal custody.

GARRIGA GORINA, M. explains how, in the 1970s, state legislation in the United States of America established that the criterion of the child's interest, formally gender-neutral, should govern the award of custody in cases of family crisis. This did not lead to a change in the actual bias in favour of mothers, which gave the fathers a secondary role, reduced to the payment of maintenance and the right to visits. The statistics reflected the poverty and poor regularity of the children's relationships with the non-custodial father, who failed at meeting maintenance obligations and the gradual distancing of the children from them. According to the author, at present all state legislations allow "joint custody", but differ in terms of the place, preferential or not, they give it in the system.

Vid. GARRIGA GORINA, M., «El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta» (2008), pp. 6-8: «Joint custody is not a precisely defined term and statutes and cases are often not clear as to the way in which the term is being used. (...) Joint legal custody involves shared decision making by parents, although the child may reside with one parent who is said to have physical custody of the child. The other form of joint custody involves parents who share both legal custody and residential care of the child. This type of custody arrangement is what is usually denoted by the term joint custody» (MELLI, BROWN, CANCIAN (1997, 777); TRACY (2007, 153). (...), v. American Legal Institute, Principles of the Law of Family Dissolution. Analysis and recommendations. §2.08 Reporter's notes, comment. j.)».

This investigation is structured in nine chapters. The first chapter contains a brief introductory note on issues related to terminology, the notion of joint custody and the legislative regulation of this part of Family Law. The second chapter deals with the nominal and substantive aspects that we will have to assess for the construction of the models of joint custody (alimony, use of the family house, parental fitness, best interest of minor, maintenance of status quo, social roots, domestic violence and gender violence).

The third chapter addresses mentions of legal discipline of Procedural Law (opinion of the Public Prosecutor's Office (*Ministerio Fiscal*), psychosocial team's reports, and exploration of the will of minors). The fourth chapter analyses arguments about will of the parties and mutual agreement as a consensual manifestation of the parents in the regulation of the family situation (determination of where and with whom the child should live). Reference is also made to the institution of family mediation.

Next, the fifth chapter deals with the study of the children's age factor when establishing the guardianship model. The criterion related to child support is an essential element as for building the model to follow, which is why it will be examined in the sixth chapter.

The seventh chapter collects questions about the indispensable component of housing and different situations that we may find ourselves depending on the way we live together. In the eighth chapter, the questions related to the modalities of alternation are analyzed, referring to the dwelling, as the place or physical space of the home. The temporary periods and the stay and communication regimes for minors are also analyzed.

Finally, the consequences of the succession of measures adopted by the health and governmental authorities, as a consequence of the serious pandemic suffered by COVID-19, make it necessary to include a chapter expressly dedicated to these aspects. On the background of the changes in

social reality caused by the pandemic, the new summary family procedure, expressly created by the new rule, is connected with the compensation agreements for unused time applied to the joint custody modality.

This thesis ends with the presentation of the conclusions, obtained after the constructive analysis proposed, of such a crucial matter in the field of Family law and the social reality that surrounds it.

In order to comply with the regulations for obtaining the International Mention in the Doctoral Degree, parts of the doctoral thesis, a summary and the conclusions have been written and are presented in English.

The conclusion and closing of this thesis is done in on January 22, 2021

CONCLUSIONS

CHAPTER ONE

THE BASIC CONSIDERATIONS OF THE JOINT CUSTODY REGIME

1.^a A correct technical and legal definition of the terminology used in the field of custody is required in order to avoid cases that cause confusion with related figures⁵²⁸. Adequate regulation of the definitions would make it easier for the different legal practitioners and for the citizens concerned to know the scope and content of the judicial decisions and agreements reached⁵²⁹.

⁵²⁸ In opinion of MARTÍNEZ CALVO, J. we must bear in mind that the Anglo-Saxon legal systems present a system with different modalities of shared custody that is far from the one we know. According to the author, Anglo-Saxon law has parent-child institutions that are very different from ours, and there is no clear delimitation between the figure of parental authority and that of guardianship and custody. Thus, there is a difference between, on one hand, the so-called *shared custody*, which refers to a system of joint physical custody in which the exercise of parental authority corresponds exclusively to one of the parents and, on the other hand, *joint custody*, which in turn comprises two modalities: the so-called joint legal custody —*joint legal custody*— and the so-called joint physical custody —*joint physical custody*—. In the joint legal custody modality, the parents share the exercise of parental authority but only one of them lives with the minor. In the joint physical custody modality, the exercise of parental authority is shared and, in addition, the time the minor lives with both parents is alternated.

The author also concludes that *shared custody* is an unknown system in Spanish law and that it could not be legally viable. However, the *joint legal custody* refers to a form of custody that is quite similar to what we traditionally know as exclusive custody. And so, it is the *joint physical custody* that could be equated with our figure of joint custody. *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, J., «Génesis, evolución normativa y perspectivas de futuro de la guarda y custodia en España» (2019), pp. 1-36.

⁵²⁹ Art. 3002 of the *California Family Code* provides that «Joint custody means joint physical custody and joint legal custody». Art. 3003 provides us with a definition of *joint legal custody*, noting that «Joint legal custody means that both parents shall have the right and the responsibility to make the decisions relating the health, education and welfare of a child». For its part, art. 3004 includes a definition of *joint physical custody*, providing that «Joint physical custody means that each of the parents shall have significant periods of physical custody. Joint physical custody shall be shared by the parents in such a way to assure a child of frequent and continuing contact with both parents». *Vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados* (2013), p. 1487.

The need for the legislator to adopt current terminology in future regulatory reforms is considered in the various forums in the field of Family Law. The terms currently used (*parental authority, visitation arrangements or rights of access to the child, custodial parent*) are to be brought into line with European legislation (*parental responsibility, periods of cohabitation, residence arrangements, relationship or communication with non-co-parent, co-parenting and co-responsibility in care of the children*).

2.^a Regarding the normative regulation, we can conclude that it is based on some connotations that imply the existence of heterogeneity of classes and family realities. The legislator is moving away from exhaustive positive regulation and now just establishes some elementary criteria that serve as basic guidelines for the judge, also indicating some principles that presuppose the best modality according to the concrete reality of the minor children in each factual case.

3.^a The features of "non-exceptionality", "normality" and "suitability" refer to the benefits with respect to the system of custody and joint custody. The Supreme Court has proclaimed these characteristics in judgments that make up its jurisprudence.

The traditional standard regime had led to the attribution of custody to one parent only, usually the mother, with a right of access for the other one, the father. However, the implementation in society of joint custody implies the recognition of the functions of custody in equal measure for both with regard to its content of looking after children (maintenance, education, health, hygiene and supervision). All of this can be placed within a scenario of sharing or alternating the time spent with the children, both by the father and the mother.

CHAPTER TWO

VALUABLE AND NORMATIVE CRITERIA FOR THE CONSTRUCTION OF JOINT CUSTODY MODELS

4.^a The issues raised in the Supreme Court's rulings include the fact that the joint custody system must be adapted to the minor and his or her best interests, and not to the interest of their parents. The protection afforded to children when they are no longer living together tends to be a model that is not oriented towards rewarding or punishing the mother or father for their attitudes in the exercise of guard. This interpretation leads us to understand that the rule is not designed to protect the principle of equality between both parents.

5.^a The judge must consider what the best custody regime will be, with appropriate assessments. To do this, the adjudicator must assess whether to establish a child support, weighing the use of the family house and determining what the address will be. This will determine the consequent distribution of guardianship and custody times. The court must also assess the relationship between parents and their children.

6.^a Jurisprudential evolution has attenuated over time the nature of the peaceful relationship between the parents as a requirement to establish the modality of joint custody. The determining factors have been made more flexible and aspects such as affective bonding, skills and particular communication relationships between parents have been taken into account. The references of the criteria adopted go from "conflict" to the "attitude of cooperating" in the exercise of shared parental responsibilities.

Relationships between spouses or parents, by themselves, are not relevant or irrelevant in determining joint custody. They only become relevant when they affect the minor's interest.

This system entails as a premise a necessary relationship of mutual respect that allows the adoption of attitudes and behaviours which benefit the minor and which do not disturb their emotional development. That is why, for the adoption of this regime, a seamless agreement is not required, but dialogue skills and a reasonable and efficient attitude are needed in order for the minor to develop properly.

7.^a The modality of the exercise of parental responsibilities through joint custody is incompatible with gender-based violence or that which may have been exercised on minors, injuring or damaging their rights to physical, moral and psychological integrity, freedom, education, intimacy and sexual indemnity. It is not appropriate to agree on joint custody regime when either of the parents is involved in criminal proceedings initiated for violating the aforementioned fundamental rights, both of the other spouse and of the children who live with both. It is also forbidden to agree on joint custody when the existence of well-founded indications of domestic violence is noticed.

Procedural measures such as a restraining order and a ban on communicating with the minor are important obstacles to the exercise of family relationships inherent to custody. To this end, it is important that the civil courts are connected to the criminal courts in order to know when a criminal case has been dismissed or when it has been terminated by a judgment of acquittal.

CHAPTER THREE

PROCEDURAL ASPECTS IN THE ADOPTION OF JOINT CUSTODY

8.^a Regarding the procedural aspects related to the adoption of this regime, the general rule is that it can be established when applied for by mutual agreement of both parents or by one with the consent of the other. At the same time, the possibility is foreseen that it is urged by only one of them, the other opposes it and the judge agrees to it.

The procedural guidelines to determine the suitability of the custody regime and the way to exercise it, consist of the joint assessment of the evidence practiced. In this way, a report will be obtained from *Ministerio Fiscal*⁵³⁰ and the child will be heard when appropriate. The opinions of the professionals will be taken into account through the report of the technical teams and the allegations made by the parties will be evaluated.

9.^a The intervention of the Public Prosecutor's Office is necessary in order to ensure the guarantee of the superior interest of minors as affected in family proceedings in which it is elucidated on the convenience of exercising their custody in a joint, alternative or shared way. Its action as a legal practitioner may consist of study and examination of the documentation incorporated into the procedure. As well, the Public Prosecutor's Office intervenes in proposing evidence, attending hearings, taking evidence, and challenging those agreements that are harmful to children. In addition, the Prosecutor may request the modification of the measures adopted if they affect them negatively.

⁵³⁰ Public Prosecutor's Office.

10.^a Children who are minors must be heard in the judicial proceedings in which their joint custody is being decided, when age and maturity make it possible to presume that they have sufficient judgment, and in any case those over twelve years of age. The assistance of qualified professionals or experts may be necessary in exploring the child's will and the child's privacy must be preserved. Its practice must be carried out with discretion, in a reserved manner and with due security.

In order to assess the elements of judgment that are considered more reasonable to deny or admit the system of shared custody, the courts must combine the hearing practiced on the minor, the technical opinions of psychosocial specialists and the rest of the reports and statements used as evidence.

11.^a Psychosocial experts' opinions are appropriate and offer a proposal on the evaluation and impact of joint custody system on the lives of minor children. These reports are not binding on the judge, who must assess them in conjunction with other evidence.

The relationship between forensic psychology and legal field is particularly significant, in order to promote collaboration and functioning between psychologists and legal professionals.

12.^a The existence of certain and justified causes tending to favour the best interests of the child must be understood when amending definitive measures and in order to consider requests for adoption of joint custody, from a previous sole custody regime. The circumstances that advise approval of change to alternate custody are supported over time, flexibility and evolution of the relationship between the parents.

CHAPTER FOUR

JOINT CUSTODY AND WILL OF THE PARTIES

13.^a Parents must be able to present a project of shared parental responsibility. If this is not possible, the judge will have to rule on the most relevant issues concerning residence and periods of time spent with the child, determining them in as much detail as possible.

14.^a Along with the parties' requests, the opinion expressed by the minor children regarding their desire to live with one or other parent is relevant. Age is a particularly important element in assessing the meaning of the children's expressed will. It should be considered that their manifestations can be capricious, influenced and that they can simply obey the comfort or the whimsical interest of the child.

15.^a In general, the content of the stipulations to be regulated in the alternative care plan refers to the following issues, among others:

- Regime of cohabitation and relationships or communications with minors;
- Place or places where the minors will live, determining which will appear for the purposes of registration;
- Regime of relations with their siblings, grandparents, relatives and other people close to them;
- Regime of stays of children with each parent during holiday periods and/or especially significant dates;

- How changes in custody should be made and, where appropriate, how costs they generate should be shared;
- Tasks for which each parent should be responsible;
- How the duty to share all information on the education, health and welfare of children is to be fulfilled;
- How relevant decisions are to be taken;
- Amount and method of meeting ordinary and extraordinary expenses, method of payment, criteria for updating and, where appropriate, guarantees of payment.

16.^a Family mediation facilitates the development of partnership plan agreements aimed at establishing joint custody. This method provides a suitable context for the resolution of discrepancies and provides a viable option for regulating the joint organisation of care and attention for children, both emotionally and materially.

CHAPTER FIVE

JOINT CUSTODY AND AGE OF CHILDREN

17.^a There is no legal standard prohibiting or limiting the minimum age of children for joint custody. Thus, in the early childhood stage, three years or less, it is possible to grant alternate custody over lactating children. In the context of formulas to respect breastfeeding periods, it will be necessary to assess, in each specific case, whether it is feasible to grant overnight stay to the paternal parent or whether combinations with alternative communication times are feasible.

18.^a The young age of the minor child, non-lactating child, does not in itself constitute a circumstance for denying alternative custody of the child. Other concurrent factors must be weighed up in the specific case in order to be able to reject that arrangement in the court's decision.

19.^a Exploration of the will and the hearing of the minor are important factors as for taking into account their opinion in the ages that comprise the adolescence of the minor. The exercise of joint custody acquires a special flexibility due to the connotations of development and maturity at these older ages.

CHAPTER SIX

JOINT CUSTODY AND CHILD SUPPORT

20.^a The establishment of the alternate custody system for minor children does not imply the abolition of food regulation. Joint custody regime does not exempt from the obligation to pay alimony, but the personal circumstances of the parents and, especially, the disproportion of their income will have to be weighed.

The "non-temporal limitation" of the duty of maintenance of minors must be understood in the sense that the coverage of the children's material needs cannot be made dependent on the uncertain event of the work and economic circumstances of the parents.

21.^a It is essential to clearly set out what the formulas will be to pay for child support, the items included in each type of expense and how to pay maintenance. The decisions agreed by the courts, in matters of shared custody, set out different patterns that depart from the traditional system of paying alimony. In this case law, we find the basis to provide solutions for a new reality which the legislator did not mention in the 2005 reform.

22.^a In case law, three models are repeated in order to cover maintenance costs and to cover the material needs of the children in shared custody. Firstly, it can be decided that each parent pays the costs incurred during their respective periods of cohabitation. A second model is that both parents will be able to satisfy the support in half or equal parts. The third solution is that each parent pays a monthly or periodical amount to the other, depending on their economic capacity. Different combinations may be adopted for these formulas, depending on the specific family circumstances.

CHAPTER SEVEN

JOINT CUSTODY AND HOUSING

23.^a The continuation of the life of the minor children in the family home is not essential to safeguard their interests, just as it is not disputed that they can survive in another property.

Various solutions can be structured to associate the regime of alternating custody with the use of the home. The factors to be weighed are basically the interest most in need of protection and the ownership of the home.

On the other hand, the proximity of the parents' homes guarantees the stability of the child's environment, by implying the maintenance of the reference points of their daily life.

24.^a Models of distribution of the use of the family home, in cases of joint or alternative custody, can be the following: A) The family home is left for use and enjoyment of children and parents jointly, all continuing to live in the same address. B) The family home is left for use and enjoyment of children, in company with the parent with whom they live in each predetermined period of time. C) Attribution of the home to only one of the parents, normally the one with the least economic capacity, or the one most in need of protection. D) The exercise of joint custody is carried out in homes different to the family home.

In order to give effect to the exercise of this coexistence regime, the current scenario of economic crisis is a particularly significant obstacle in those situations where children remain in the house and their parents are the ones who move in the established periods of coexistence.

25.^a The latest jurisprudence of the Supreme Court establishes a limitation to the attribution of the use of family housing in cases of shared custody, avoiding granting its use indefinitely. In cases of attribution of the dwelling to the non-owner parent, the basis of this interpretation is to stabilise and respect the proprietary rights of the owners. In cases where both parents are co-owners, the objective would be to put an end to those complex personal situations that require alternately sharing the same address after a break up. This is interpreted as a facilitating measure of transition to new residences and therefore new and separate housing.

This type of verdict encourages private real estate legal transactions in order to avoid impoverishment of the parties' assets and detrimental effects on the family.

26.^a Children coming of legal age is not a fact that necessarily, or in vast majority of cases, implies some type of economic independence for them. For this reason, the children's age majority criterion is not a decisive element in determining the use of a home in joint custody. This circumstance is linked to the current way of life of Spanish society, in its different aspects of professional and labor training and according to the years of economic crisis in which this generation is immersed.

Therefore, it is advisable to establish time limits, either for the titular parent to regain their proprietary rights or to proceed with liquidation of matrimonial property regime. This measure must also be applied in cases of the existence of a jointly owned company, proceeding to its extinction with the consequent disposal of the asset.

These periods of time should begin to be computed from first procedural moments in which assumptions are resolved, either by judgment or by mutual agreement. As long as this happens, exercise of joint custody must be covered by appropriate legislative policies. These must help to relieve the congestion of family proceedings which are currently collapsing in courts, with a total lack of uniformity in their responses.

27.^a Establishment of time limits on the attribution of use of family housing (one, two, three or five years) makes no sense if the economic situation and resources of the most vulnerable parent will not obtain a social policy response. Faced with this, parents are forced into upstart family processes, by means of modified measures. These procedures are the channel to elucidate the question of the attribution of use of housing that was familiar, producing the effect of eternalizing the subject under the qualification of *sub iudice*.

This leads us to a proposal for a *lege ferenda* that will lead to the necessary reform of Article 96 of the Civil Code. The aim is to avoid jurisprudential interpretations that could lead to a person, who does not have economic capacity, not being able to live with his or her children.

CHAPTER EIGHT

JOINT CUSTODY AND MODELS OF ALTERNATE CARE

28.^a As far as alternation modalities are concerned, there are no uniform structures that are generally applied. Thus, the same strict proportionality pattern is not necessary in the distribution of coexistence periods. Arithmetical and equal distribution of time spent by minor children with each of their parents is not an essential characteristic of joint custody.

The objective of this care system is not to distribute the time of stays equally. The idea of co-parenting implies equalization of responsibilities, assumed by parents, in the daily tasks of care, attention, education and upbringing of the children. In this way, the distribution of these tasks, which can be in asymmetric modalities, will generate an affective bond that takes into account both paternal and maternal referents.

Whatever type of distribution is chosen, a number of advantages and disadvantages will arise and will have to be analysed on a case-by-case basis. A detailed analysis is recommended, weighing up pros and cons. In particular, it is advisable to listen to the children's opinion when they are old enough.

29.^a From a tax point of view, it is not possible to be part of two family units in the same year. However, the family reality in joint custody is that the child can form part of the family unit of each parent, in the assigned times of cohabitation in each home during the year corresponding to the tax year. This being the case, the line of interpretation followed for income tax purposes is detrimental to those taxpaying parents who establish a regime of alternate guardianship over their minor children.

I believe that it is essential to adapt the terms of the legal fiscal regulations to the social reality of cases of joint custody. The specific situations that arise in the exercise of this type of custody over minor children must be taken into account in the regulations in order to respect the principle of equal taxation. The adaptation of the personal income tax regulation is necessary. The regulation should provide the same tax treatment in terms of deductions and benefits both in cases of individual custody and shared custody of minor children. To this end, sections should be included to indicate proportionally the number of days that minor children in joint care should be considered to remain with their parents, in order to be able to apply the most beneficial treatment to their situation.

The agreement to choose between joint or individual taxation in each fiscal year is possible in those cases where there is a good relationship between the parents. In other situations where there is poor cooperation or no communication between them, tax contradictions will become apparent, giving rise to the appropriate requirements and tax checks by the tax administration agency.

30.^a Prevention and anticipation are tips that legal professionals should keep in mind in the field of Family Law. This is why a number of practical issues should not be left unregulated, both in mutual agreements and in judgment, which can avoid future problems regarding the interpretation of joint custody of minors.

These practical guidelines involve regulating aspects such as: a) residence where the child will live when staying with each parent; b) registration; c) subjecting to prior judicial authorisation, decisions involving a change of address of the child other than that established in custody agreements; d)) parent who must keep the child's passport or advisability of

this document being handed over to judge, this being a complicated issue, bearing in mind that there is freedom of movement; e) prohibitions on changing school and/or doctor without express authorisation from both parents or judicial authorisation; f) prohibition of minor leaving the national territory, unless prior judicial authorization.

31.^a Generally, when parents have professions that require continuous travel and a certain amount of permanence, alternative shared guardianship is not advisable. In such cases it would be preferable to establish a regime of communication or access rights for non-custodial parent.

CHAPTER NINE

JOINT CUSTODY IN TIMES OF PANDEMIC

32.^a The consequences of the succession of measures adopted by the health and government authorities, as a result of the COVID-19 pandemic, had a far-reaching impact on the normal development of the custody and communications regime for minors. Imbalances in the time spent by parents and their children living together were especially significant in the case of shared custody and care, compared to the normal situation of alternative or joint care.

The repealed Real Decreto-ley 16/2020, of 28 April, on procedural and organisational measures to deal with the COVID-19 in the area of the Administration of Justice, regulated a special, summary procedure for the urgent resolution of issues relating to family measures. Thus, the intention was to speed up the response of the courts in cases of requests to restore the balance in the regime of visits or shared custody when one of the parents has not been able to attend to it under the established terms. This would have to

be the result of measures taken by the Government and other health authorities to prevent the spread of COVID-19.

I conclude that, as of 20 September 2020, the petitions that are initiated to claim said compensation must follow the normal procedural channels established in our Civil Procedure Law, that is, the usual procedures for family proceedings regulated in Chapter IV, Title I, Book IV of the LEC.

33.^a The requests for compensation are only possible when they are due to force majeure as a result of government and health measures taken to prevent the spread of COVID-19. Other types of requests based on a fraudulent or negligent will to default by a parent, not covered by Real Decreto-ley 16/2020 are excluded.

The judicial response, regarding the compensation of the times, has been the call to common sense and communication between the parents. Therefore, it must be the parents, sensibly, who adopt the agreements they deem appropriate. Parents are the ones who best know the particularities of their family environment, possible risk factors and the specific needs of their minor children.

34.^a I believe that a procedural channel must be established that allows a quick and urgent response to requests for compensation for time not taken up joint custody due to force majeure, in general, and that require an immediate solution. The processing rules contained in the repealed article 5 Real Decreto-ley 16/2020, seem a good start for their drafting. This rule should include some guiding criteria on which to base the decision of the Judge, in the contentious cases, as well as the agreements adopted between the parents, for the cases that can be redirected by a mutual agreement between them.

FINAL CONCLUSION

35.^a The establishment of joint custody of minor children is a reality, currently constituting one more family pattern in Spain. This model, due to its personal and patrimonial connotations, leads to a duplication of needs and physical spaces that must receive, to date, an urgent legislative response.

In my opinion, there are as many answers as there are individual cases brought before the judge. Most legal practitioners understand that there are no general formulas that can be applied to all cases of joint custody of children, so we must be aware of the reality of each specific case. There is no shortage of opinions that believe in convenience of establishing standardised models of shared custody by default and, on this premise, to carry out feasibility variables to adapt them to needs of the child. However, after 15 years of Law 15/2005, on July 10, 2020, we are still far from the reality of this proposal. Despite this, the need for general parameters within which legal practitioners must act to give coherence to their solutions is also evident.

Morally, parents are required to have common sense, good criteria, a reasonable attitude and dialogue skills. The Supreme Court emphasises the premise of a relationship of mutual respect, although it does not require a clear agreement for the adoption of the foster care system. However, this sense is linked to other elements, which make the type of alternative custody seem unfeasible due to lack of material resources to manage it. To all this, I would add the need for awareness of a new reality that is yet to come. In many cases, a new situation will imply patrimonial impoverishment and impairment of the parents' economic possibilities, to which the minor will also have to adapt. One of the main pitfalls of this custody modality is the high economic cost it entails, as a consequence of the doubling of existing expenses and the origination of new ones.

That is why we must assess, along with the perspective of children's needs, the factor of the parents' own circumstances, who are the ones having to bear the burden of custody regime. This element must also be taken into account by legal practitioners (judges, public prosecutors, lawyers, psychologists, social workers and so on).

If there is no complete and effective legal regulation on the phenomenon of joint custody, we will not be able to receive social, administrative, fiscal and economic policy solutions based on it. And this, so that, finally, it is possible to avoid innumerable legal proceedings that are generated every time answers are requested for all the needs that are claimed, with the consequent collapse of the Administration of Justice.

