

**CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS PROGENITORES: CASOS DE
PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS. DECÁLOGO.—II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EXPUESTAS POR LA JURISPRUDENCIA.—III. CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ATENCIÓN AL SUPERIOR INTERÉS DE LOS HIJOS.—IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.—V. BREVE VISTAZO AL DERECHO COMPARADO.—VI. CUSTODIA COMPARTIDA. REGULACIÓN CATALANA. REGULACIÓN ARAGONESA.—VII. SUPUESTOS REALES DE EXISTENCIA DE OTORGAMIENTO.—VIII. SUPUESTOS REALES DE INEXISTENCIA DE OTORGAMIENTO.—IX. ARTICULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. FORMAS: A) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES DE VERANO POR QUINCENAS ALTERNAS. B) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES CADA MES CON UN PROGENITOR. C) POR PERIODOS ALTERNOS DE SEIS DÍAS CON CADA PROGENITOR. D) POR TRIMESTRES COINCIDENTES CON CADA EVALUACIÓN DEL CURSO ESCOLAR. E) POR CUATRIMESTRES. F) POR MITAD DE CURSOS ESCOLARES. G) MODELO INTERMEDIO ENTRE LA CUSTODIA EXCLUSIVA Y LA COMPARTIDA.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS. DECÁLOGO

Iniciamos hoy nuestro análisis jurisprudencial tomando las palabras de la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, como modelo de definición práctica de la custodia compartida: es una «modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro...» (1).

(1) No tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por periodos repartidos, caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional, número 4/2001 (LA LEY 2364/2001), de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir. En muchos de los casos confluyen otros conflictos en relación con las reivindicaciones de las partes sobre la vivienda, pago de alimentos o pensiones o liquidaciones del patrimonio común. SAP de

Por su parte, el TSJ de Cataluña entiende que «bajo la denominación equívoca de custodia compartida pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios» (2).

REQUISITOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida, a juicio de la jurisprudencia, y como veremos en este breve análisis, requiere que para que su aplicación sea aceptable, el sistema se asiente sobre ciertas condiciones. A saber:

- Ambos cónyuges deben ser adecuados como progenitor custodio, con disponibilidad de tiempo de uno y otro para dedicarlo a los hijos.
- Debe asegurarse la estabilidad del menor en relación con la situación precedente.
- Continuidad en el entorno: no debe implicar el desplazamiento o esfuerzo de los niños en cada traslado a ambientes totalmente distintos (localidades diversas, estando muy lejano del centro escolar, etc.).
- Mantener y tener en cuenta las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio.
- Existencia de buena relación entre los padres, que dado el régimen que se establece, comparten al cincuenta por ciento la educación, el desarrollo y el cuidado de los hijos, debiendo unificar criterios educativos y de comportamiento.
- Fluidez y facilidad en los intercambios.
- Existencia de buena y frecuente comunicación entre los progenitores.
- Garantizar el equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores.

Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.

(2) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

- La constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones (3).

DECÁLOGO

El juzgador (4) aconseja incluso que para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor, los progenitores deben llevar a cabo el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.
6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.
7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.
8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.
9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.
10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia

(3) Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. Y SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007.

(4) Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EXPUESTAS POR LA JURISPRUDENCIA

Ya en el año 2007, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como *ventajas* de la custodia compartida que con ella:

- a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;
- b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.;
- c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, que permite una mayor aceptación del nuevo contexto, y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;
- d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;
- d) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;
- e) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y
- f) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el menor».

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, indica que la custodia compartida o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de estos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos —tampoco puede afirmarse que las acentúe— y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto

en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos (5).

El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, indica también que la custodia compartida es mucho más acorde con la realidad del tiempo presente y señala los beneficios que en su día reconoció la SAP de Barcelona, en 2007 (6).

Pero también la Jurisprudencia reconoce que hay alguna *desventaja*. Por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como inconvenientes:

- la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio;
- los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando;
- y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

(5) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(6) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

Aunque introduce alguna novedad entre las ventajas, sigue los criterios de la citada SAP: literalmente como ventajas o beneficios de la guarda y custodia compartida los siguientes:

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes; miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.;

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y

g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, considera que la custodia compartida está llamada a satisfacer una *demanda residual*, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Parte además de que:

- Su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad.
- No es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados.

Considera que el sistema de custodia compartida podía no estimarse, en algunas ocasiones, favorecedor para el adecuado desarrollo de los menores, ya que la situación de alternancia periódica de la convivencia con cada uno de los padres puede no permitir, en buena parte de los casos, estructurarse psicológicamente a los hijos, siendo por ello dicho sistema fuente de innecesarios conflictos en las relaciones personales de los integrantes del núcleo familiar, dado el periódico cambio de casa, entorno, amistades, criterio e influencia de uno y otro al que se somete a los menores (7).

III. CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ATENCIÓN AL SUPERIOR INTERÉS DE LOS HIJOS

La concesión de la custodia compartida de los hijos menores se realiza en atención a su interés. Hay que seguir el *principio del favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. Es más, la jurisprudencia establece la necesidad de dejar suficientemente expresadas en la motivación las razones esenciales de la conclusión finalmente adoptada (8), a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor. Interés que prevalece por encima del de sus progenitores. Es un principio de orden público y como tal los jueces y tribunales deben observarlo obligatoriamente [vid. STS de 9 de julio de 2003 (9) y STS de 28 de septiembre de 2009] (10)].

(7) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

(8) Falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

Como anteriormente hemos señalado, el Código Civil aunque establece la custodia compartida en su artículo 92, no concreta los criterios, según los cuales esta debe establecerse, sino que *contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor*, y que en determinados casos puede resultar difícil de concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que sí los especifican. Últimamente ha sido Juan Antonio Xiol, quien en la STS de 10 de enero de 2012, insiste en que «esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente LEC en su artículo 752.1, 2. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil, establece que el juez debe *valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*» (11).

El *favor filii* es un principio institucionalizado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y en el principio mínimo 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C. 241 de 21 de septiembre de 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En el mismo sentido deben tenerse en cuenta los artículos 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23 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 responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, según el cual constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo de 2000) (12) y un «cri-

(11) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(12) STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. LA LEY 8805/2000. Sentencia que analiza una vulneración de la libertad ideológica por restricción del régimen de visitas a los hijos en atención a las creencias del padre, y que afirma que: «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad» (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar

terio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986) (13), que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009) (14) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001) (15).

de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España».

(13) Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. LA LEY 556/1986. «En efecto, la sentencia en cuestión no formula declaración alguna en el sentido de establecer una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de la recurrente para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza esta en los términos que establece la ley, la cual, por cierto, admite la posibilidad de limitaciones, y principalmente, porque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siendo derechos constitucionales y dotados por tanto, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme con lo que establece el artículo 13 de la CE. La carga o gravamen que se recoge en la sentencia impugnada, y que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o residencia de la recurrente, se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, sin tener en cuenta el factor de la nacionalidad. En este sentido carecen de toda fuerza argumental las insinuadas afirmaciones de que el pronunciamiento ahora impugnado ha sido adoptado en razón a la protección a ultranza del español, en este caso el esposo de la recurrente. Lo único que se es transparente en la sentencia es, como hemos dicho, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el artículo 117-3 de la CE a la función jurisdiccional ejercida por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este TC en su Auto 116, de 22 de febrero de 1984, “ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la CE)... sino que valora determinadas circunstancias... en virtud de los intereses de los hijos que estima superiores, y cuando dicha opción se efectúa con base en circunstancias que guardan relación con dichos intereses filiales, el hecho de tomarlos en estima por el Juez no supone siquiera un juicio positivo o negativo acerca de la conducta del cónyuge reclamante... haciendo en definitiva un adecuado juicio de la legalidad que no puede ser materia de recurso constitucional por no rozar el derecho concedido en el artículo 19.2 quedando extramuros del contenido peculiar del proceso de amparo”».

(14) STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. LA LEY 240117/2009. El Tribunal Constitucional estima, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, la demanda de amparo planteada contra la providencia que inadmitió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia que modificó el régimen de visitas de un menor con su padre, y al objeto de restablecer a la recurrente en su derecho, declara la nulidad de la resolución impugnada.

(15) STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. LA LEY 2364/2001.

Mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 1995 se decretó la separación de los cónyuges, ratificando la medida provisional referida a la guarda y custodia del hijo menor de edad. La sentencia de separación fue apelada por el cónyuge de la demandante de amparo, que, según consta en la diligencia de vista, impugnó únicamente la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitó. La señora G. M. solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, e igualmente lo hizo el Ministerio Fiscal. El 1 de septiembre de 1997 fue dictada la sentencia de apelación. En ella se estimó parcialmente el recurso de apelación y se decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de

La regulación catalana también sigue este criterio, como se advierte en el artículo 82.2, en relación con el artículo 76, ambos del Codi de Família de Catalunya, aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio, y del artículo 3 de la Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, de manera congruente con lo dispuesto en el artículo 752.2 LEC sobre la facultad de los tribunales de decidir en este punto lo más adecuado para los menores al margen de las concretas pretensiones de las partes del procedimiento. Y siguiendo dicha regulación, el TSJ de Catalunya, que lo cataloga de «regla universal... que siempre ha de prevalecer» en materia de guarda y custodia de menores (STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008) (16), conteniendo «elementos indiscutibles de *ius cogens* no dispositivos para ninguna de las partes» que justifican la actuación *ex officio* del tribunal (STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008) (17).

El problema estriba en que se trata de un concepto indeterminado y de que la ley resulta incapaz para supervisar todas las relaciones interpersonales estableciendo pautas uniformes y generales al respecto. De manera que el interés superior del menor afectado por un proceso judicial habrá de ser precisado caso

forma que el menor «habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año», fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los periodos vacacionales. Formulado recurso de amparo, es desestimado.

«La Audiencia Provincial, en el Fundamento Jurídico segundo de su sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar “su buen desarrollo personal y social” para “favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores”, de forma que el niño “sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida”. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión adoptada en ejercicio de la potestad que el artículo 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva» [STC 24/1990, de 15 de febrero (LA LEY 609/1990), FJ 4].

«La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional *stricto sensu* (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio (LA LEY 2886/1986), “la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*”».

(16) STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.

(17) STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

por caso por los tribunales sobre la base de la información recabada al respecto en el procedimiento. No existe en nuestra legislación —ni en la estatal ni en la autonómica— una lista de criterios de referencia para poder identificarlo con carácter general, a fin de comprobar en qué medida haya podido quedar satisfecho por la concreta decisión adoptada en relación con la guarda y custodia, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones extranjeras.

Además, por su carácter eminentemente casuístico, su revisión en casación ante el TS solo puede afrontarse en aquellos supuestos en que la concreta solución adoptada por el tribunal de instancia sobre la guarda y custodia debiera tenerse como «irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores» (18), o si «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (19).

Últimamente ha sido la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (20), la que siguiendo la doctrina contenida en la STS de 28 de septiembre de 2009 (21), recuerda que la custodia compartida «...permite al juez determinarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (párrafo 9) (22).

Los Juzgados de Primera Instancia siguen, evidentemente, todas estas indicaciones marcadas por la jurisprudencia (23).

(18) Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(19) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(20) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(21) Supresión por el tribunal de apelación de la medida relativa a la pernocta de la hija menor en el domicilio del padre dos días entre semana por suponer una custodia compartida no acordada por los progenitores ni aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado. Interés del menor: La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales. La discusión sobre si se ha aplicado o no la norma, fundando la decisión en el interés del menor, tiene aspectos casacionales, pero la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor no los tiene por lo que no cabe su impugnación casacional.

(22) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(23) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009. «Igualmente debe recordarse en este punto, que en un procedimiento como el presente es

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Los criterios que se deben valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por la Jurisprudencia.

Así, en la sentencia de 8 de octubre de 2009, Encarna Roca (24) señaló que «el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta».

Juan Antonio XiOL, en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (25), indica que 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;
- sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos;
- y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;
- los acuerdos adoptados por los progenitores;
- la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
- el resultado de los informes exigidos legalmente (26),

preciso valorar las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, teniendo *siempre en cuenta el mayor interés de los menores*, principio elemental, inspirador de cualquier medida atinente a los hijos, y que determina que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores; auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en la Constitución Española (art. 39), en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que tanto en su rótulo como en su articulado antepone expresamente el interés superior del menor a todo otro interés legítimo concurrente».

(24) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

(25) La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XiOL Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(26) El informe del Ministerio Fiscal, en caso de que el régimen de guarda y custodia compartida no se solicite por ambos progenitores, puede ser preceptivo, pero en ningún caso debe exigirse el informe favorable y establecerse como requisito, sea cual sea su contenido, para que el juez dicte su resolución en el sentido expuesto en dicho informe, debiendo valorarse junto a los demás medios de prueba que se han practicado (vid. HERNANDO RAMOS, Susana, «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, año XXX, de 29 de junio de 2009, Ref. D-232, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 56, segundo trimestre de 2010, Editorial LA LEY).

- 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.

El Tribunal Supremo estima en la sentencia de 1 de octubre de 2010, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación presentados por el demandante, casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, repone la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. Todo porque entiende que se ha producido la falta de *valoración por el Tribunal de un informe de los servicios psico-sociales* que aconsejaba seguir manteniendo la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia (27).

V. BREVE VISTAZO AL DERECHO COMPARADO

Al no existir un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores, los sistemas de guarda compartida vigentes en Derecho Comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso (28).

Precisamente es la línea marcada por el TSJ de Cataluña. En sentencia de 3 de marzo de 2010, se consideró que procedía denegar este sistema por ausencia de informe favorable del Ministerio Fiscal ante la falta de acuerdo de los progenitores para su establecimiento.

SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de noviembre de 2010, recurso: 274/2009. Ponente: María Dolores VÍAS MAESTRE. Número de sentencia: 608/2010. Número de recurso: 274/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 281732/2010, indica que la ausencia de informe del Ministerio Fiscal, favorable o no a este sistema de custodia, no constituye óbice a su concesión, al primar el interés superior de los menores y haber quedado subsanada esta omisión mediante el escrito de oposición formulado en la alzada.

No obstante la ponente considera que es improcedente el sistema de custodia compartida acordado inicialmente por los progenitores, por ser perjudicial para el menor, atendiendo a su edad y a los continuos cambios de domicilio. Mantiene un régimen de custodia compartida con reparto semanal alterno, por ser lo más favorable para el interés del menor una presencia equitativa de ambas figuras parentales, si bien mitigándolo, a fin de evitar los riesgos o indicadores desfavorables, imponiendo la condición de seguimiento de la situación del menor y las aptitudes de los progenitores y fijando una visita o estancia semanal con el progenitor con el que no convive cada semana, pero sin pernoctar pues ello evita una separación o ausencia de contacto del menor con el progenitor con el que no convive, durante toda la semana, resultando más favorable y satisfactorio para el niño una relación más frecuente y no tan espaciada en el tiempo con ambos progenitores.

La SAP de Girona, Sección 2.ª, de 13 de octubre de 2009, recurso: 413/2009. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 352/2009. Número de recurso: 413/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 271716/2009, fijó un régimen de custodia compartida por semanas sin necesidad de atenerse a los requisitos establecidos en el Código Civil, entre ellos el informe favorable del Ministerio Fiscal.

(27) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.

(28) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista *acuerdo entre los cónyuges* [Alemania (29), Holanda, Noruega].

En otros sistemas es *el juez* quien otorga dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor [Bélgica (30), Francia (31), Inglaterra (32), Gales y Escocia, y el Cód de Familia de Catalunya (33)].

(29) Alemania: El artículo 1671 del BGB alemán establece la custodia compartida de los padres en los siguientes términos: 1.º Los progenitores pueden solicitar la custodia compartida temporalmente al tribunal de familia. La solicitud deberá ser acogida:

Primero: si el otro progenitor está de acuerdo, salvo que el niño sea mayor de catorce años y se oponga.

Segundo: se tendrá en cuenta siempre el interés del menor.

(30) En Bélgica, la Ley de 18 de julio de 2006 habla de alojamiento de los niños prioritariamente igualitario.

(31) La Ley número 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, introduce un párrafo 3 al artículo 373 del Code Civil. Comienza el artículo 373-2-6 indicando que «*el juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia velará por la protección de los intereses de los hijos menores*». Por ello «*podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres*».

El artículo 373-2-7 indica que los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño. El juez ratificará el convenio, salvo si constataste que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.

Artículo 373-2-9. *La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.*

Artículo 373-2-10. *En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.*

El artículo 373-2-11. Concreta determinados criterios del siguiente modo: «*Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta: 1.º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad. 2.º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1. 3.º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro. 4.º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse. 5.º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo*».

(32) Children Act 1989 (Ley del menor).

(33) Artículo 139. *Vida separada del padre y de la madre. 1. Si el padre y la madre viven separados, de común acuerdo formalizado en escritura pública, pueden delegar, también de común acuerdo, solemnizado de la misma forma, el ejercicio de la potestad en aquel que conviva con los hijos o acordar que este ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o la distribución de funciones entre ellos. En cualquier momento, el padre o la madre, separadamente, pueden dejar sin efecto, mediante notificación notarial, tanto aquella delegación como esta distribución.*

En Suecia (34) en 1983, se introdujo en su legislación la custodia compartida *vardnaden gemensam*, que es la responsabilidad compartida de los padres en el cuidado de los hijos, independientemente de si este es ejercido cotidianamente de manera individual o alternada. Ambos padres deben atender las necesidades y derechos del menor y ambos deben adoptar en común las decisiones que le afecten. Esto significa que en caso de separación o divorcio han de decidir conjuntamente con quién debe vivir el hijo y de qué forma ha de compartir su tiempo con el padre o madre con el que no convive. El Código de los Niños y de los Padres, modificado en 1998, establece el interés del menor como criterio rector en las decisiones sobre custodia, considerando los deseos del niño en atención a su edad y madurez, no admitiéndose la custodia compartida si ambos progenitores están en contra de ella. La convivencia del menor, cuya custodia se ejerce de forma compartida, puede organizarse a través de la designación de una residencia principal, o bien de forma alternativa con ambos padres.

En Holanda, la custodia compartida no está regulada, pues los menores de dieciocho años están sujetos a la responsabilidad parental o patria potestad. En cuanto al cuidado de los hijos después del divorcio, los padres tienen la custodia compartida, como custodia natural después de la ruptura, la excepción es la custodia unilateral, que debe ser solicitada ante el Tribunal de Distrito por ambos o uno de los progenitores y adoptada en cuanto al interés superior del niño.

En Italia, el proceso relativo a las crisis familiares contemplaba hasta el año 2006 la guarda y custodia unilateral, siendo la doctrina la que había sido partidaria de la custodia conjunta y alternativa, haciendo una interpretación amplia de los preceptos reguladores de la materia y aplicando analógicamente el artículo 6 de la Ley del divorcio de 1987, que atribuía al tribunal la facultad de establecer un cuidado conjunto, alternativo o unilateral, según lo considerara conveniente para los intereses del menor. Actualmente la Ley de 8 de febrero de 2006 (35) establece como principio rector el derecho a que el hijo menor mantenga una relación equilibrada y continuada con cada progenitor, por eso el juez será quien atienda al interés material y moral de la prole y valorará prioritariamente la posibilidad de una guarda y custodia conjunta. De manera que para establecer una guarda y custodia exclusiva, el juez debe justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor.

En Australia (36) actualmente la regulación se encuentra contenida en la *Australian Family Law Act* de 1975, que en su Sección 61D establece el principio de corresponsabilidad y mantenimiento de los mismos poderes, responsabilidades y autoridad después de la ruptura, a menos que una resolución judicial ordene lo contrario. En el año 2006 se reformó el Derecho de Familia de este país, esta-

(34) Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en:

<http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro de la página web www.padresdivorciados.es

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-ysuecia.pdf>

pdf El «Informe Reencuentro» documento consultado el 10 de noviembre de 2009.

(35) Ley de 8 de febrero de 2006 (Gazzetta Ufficiale, núm. 50, del 1 de marzo de 2006) dice que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres.

(36) 17 Folleto divulgativo del Gobierno de Australia, puede ser consultado en la página http://www.padresdivorciados.es/?page_id=757.

bleciendo, respecto de la custodia compartida, una presunción legal a favor de la coparentalidad, regulando el tiempo que el hijo pasa con cada uno de sus padres.

En los Estados Unidos (37) la custodia compartida (*shared custody*) o custodia conjunta (*joint custody*) se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. De hecho se distingue entre dos formas de custodia compartida o conjunta: la custodia legal conjunta, en virtud de la cual los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño con un régimen amplio de convivencia que varía según los distintos estados, y la custodia física conjunta en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, sin exigir que dichos periodos sean matemáticamente iguales. La ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997 (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*) adoptada por unos veinte estados, establece el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial (38).

Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* se han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado (39).

Del estudio del Derecho Comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

VI. CUSTODIA COMPARTIDA. REGULACIÓN CATALANA. REGULACIÓN ARAGONESA. REGULACIÓN VALENCIANA

El Código español (40) *no contiene una lista de criterios* que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.

(37) <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espanol.pdf>. En este enlace puede ser consultada en español la legislación correspondiente a diversos estados.

(38) <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

(39) USA: Estados que están a favor de la custodia conjunta (*Joint custody*) son Louisiana, Idaho, Vermont, Washington, Missouri, Nevada, Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Alaska, California, etc...

(40) En España, la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece la custodia compartida en su artículo 92 del Código Civil.

Pero la cuestión objeto de análisis ha sido modificada en el Derecho Foral en los dos últimos años. Vamos a ver brevemente tres supuestos: la regulación catalana, la aragonesa y la valenciana.

En el territorio del Derecho Civil catalán no es aplicable el artículo 92 del Código Civil, ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111-5 del Código Civil catalán, rige en esta materia lo dispuesto en el artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF, conforme a los cuales ha sido posible y sigue siéndolo disponer la guarda y custodia compartida por los progenitores de sus hijos menores de edad, aun sin acuerdo ponderando en su aplicación las circunstancias de cada caso atinentes a la cuestión. Y así lo concreta el TSJ de Cataluña en su sentencia de 3 de marzo de 2010 (41).

Sentencia que además recoge la doctrina consolidada del TSJC y que afirma que: «la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14.ª Sesión Plenaria de la ONU, de 20 de noviembre de 1959, recuerda que, “salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre”). Tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007, de 18 de julio); sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)».

Insiste el TSJ de Cataluña que para la concesión de la custodia compartida «habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del domicilio de estos para que no afecte a las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, si tienen suficiente madurez, u otras similares. Pero es más, al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida, resulta conveniente tener en cuenta en primer término, la propia capacidad o aptitud de cada uno de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida, lo que implica la superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre los otrora cónyuges, así como para sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de los menores».

En este estado de cosas debemos echar un vistazo a la situación existente en Aragón. El 26 de mayo de 2010, las Cortes de Aragón promulgan la Ley de

(41) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, conocida vulgarmente como ley de custodia compartida. Ley que supone un avance en la consideración de la institución, pero que ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Deteniéndonos en aquella ley, para entender la evolución que se ha producido, debemos indicar que dicha ley de custodia compartida de Aragón (42), tenía como objeto promover el ejercicio de dicha institución por ambos padres en caso de ruptura de la convivencia de estos en desarrollo de los principios de protección de la familia y la infancia, y de igualdad entre el hombre y la mujer (43). La Ley consideraba la custodia compartida como el régimen de guarda más beneficioso para los hijos porque favorece el mejor interés de estos y promueve la igualdad entre los progenitores, conjugando dos derechos básicos: «de una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres, y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar» (Preámbulo, III).

En consonancia con esa filosofía, la Ley consideraba la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente (Preámbulo, VII).

La verdadera finalidad de la Ley, aunque no esté explicitada en su articulado, era la de promover la implantación de regímenes de custodia compartida en los casos de ruptura de convivencia de los padres. Los derechos y principios que la inspiraban, según el artículo 2 de la misma, no son sino *la plasmación de criterios o directrices decisorios encaminados a favorecer el establecimiento de sistemas de custodia compartida frente al tradicional régimen de custodia individual*.

La custodia compartida pasa a ser la regla general frente a la custodia individual, que será la excepción. Esto supone un importante cambio del posicionamiento mental del Juez ante la controversia de los progenitores sobre el régimen de custodia. Puesto que la Ley presume, *iuris tantum*, no solo la bondad del sistema de custodia compartida, sino que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor (porque lo dice la Ley) solo deberá razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor siempre que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, hubiere solicitado dicha modalidad de custodia.

(42) Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón (BOA 111, de 8 de junio), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, derogada por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

(43) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7537, año XXXI, de 29 de diciembre de 2010, Ref. D-408, Editorial LA LEY.

Hoy el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» (44), regula la institución en su artículo 80 (45).

(44) El preámbulo del Código señala: Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo.

La preocupación por la protección del menor y de la familia ha sido una constante en las democracias más desarrolladas. Este principio se reconoce en el artículo 39 de la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

La Sección III (arts. 75 a 84), que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos.

La presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

La Sección se compone de un total de diez artículos distribuidos en cinco subsecciones. La subsección I, denominada Disposiciones generales, delimita el objeto y finalidad de la Sección, así como los derechos y principios que han de observarse ante la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. El derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus padres y el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos son los dos derechos esenciales sobre los que se fundamenta toda la sección.

(45) Artículo 80. *Guarda y custodia de los hijos.*

1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Tras la publicación del Código Foral de Aragón, se ha publicado, en relación con la custodia compartida, entre otras, la STSJ de Aragón, de 15 de diciembre de 2011 (46). El ponente Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA revoca la atribución de la custodia a la madre decidida en la instancia y confirmada en apelación precisamente por la operatividad del criterio preferente de la custodia compartida, establecido en la Ley, que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor. En el caso estudiado no se acredita una falta de aptitud en el padre y no concurren datos relevantes que puedan orientar la atribución de un régimen de custodia u otro, sin que el hecho de que durante la convivencia uno de los progenitores se hubiera dedicado más al hijo determine que sea el único en condiciones de hacerse cargo de la custodia. En virtud de todo ello el TSJ de Aragón fija, a salvo de acuerdo entre los padres, un sistema de custodia compartida por mitad de cursos escolares.

También en 2011 debemos poner nuestra mirada en la regulación valenciana. El Tribunal Constitucional acuerda (47), conforme a la solicitud del Gobierno y las Cortes Valencianas, levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (48), contra la que el presidente del Gobierno de la nación había promovido recurso de inconstitucionalidad. En

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

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

5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

(46) STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(47) STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.

(48) En su preámbulo se expone que: La presente Ley asume plenamente los presupuestos antes mencionados y, para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores, en lo que se ha denominado el pacto de convivencia familiar y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

En cuanto al concepto de custodia, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce

este Auto el TC rechazó la existencia de los perjuicios generales que, según el abogado del Estado, ocasiona la vigencia y aplicación de la Ley (bloqueo de la competencia estatal en materia de Derecho Civil y quiebra de la seguridad jurídica) y descarta especialmente los perjuicios deducidos de los artículos 3.b) (49), 5 (afectación de la estabilidad de los menores por la aplicación de la custodia compartida en caso de conflicto entre los progenitores) (50), al

que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor.

Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de estos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación.

El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre estos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.

(49) El artículo 3.a) de la Ley 5/2011 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 aquellos, o en su defecto por decisión judicial».

(50) Artículo 3. *Definiciones.*

Por régimen de convivencia compartida debe entenderse 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 aquellos, o en su defecto por decisión judicial.

Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.

Artículo 4. *Pacto de convivencia familiar.*

1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.

2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos:

El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.

3. El pacto de convivencia familiar podrá modificarse o extinguirse:

Por las causas especificadas en el propio pacto.

Por mutuo acuerdo.

A petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes.

Por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.

Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto.

Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

no estar debidamente concretados y mucho menos acreditada su gravedad e irreversibilidad (51).

El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal.

Artículo 5. *Medidas judiciales.*

1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:

- La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.
- La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años.
- La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.
- Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.
- Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.
- Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.

(51) El Abogado del Estado, contraponiendo su regulación con el artículo 92 del Código Civil, estima que la opción del legislador valenciano por dar prioridad al régimen de la denominada custodia compartida, aún en los casos en los que no exista acuerdo entre los progenitores, supone colocar en primer término el interés de estos en detrimento del superior de los menores afectados. Estima que la opción de la Ley 5/2011, por la aplicación

En resumen, al igual que ha ocurrido en Derecho Comparado, se ha producido en los últimos años un cambio de visión: insistiendo en la primacía de la custodia compartida, incluso otorgando al juez como criterio prevalente dicha custodia en el caso de que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

VII. SUPUESTOS REALES DE EXISTENCIA DE OTORGAMIENTO

A) El TSJ de Cataluña concede la custodia compartida pese a la inexistencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. Carlos RAMOS RUBIO, en 2010, entendió que no cabe su denegación por ausencia de dicho informe favorable ante la falta de acuerdo de los progenitores para su establecimiento.

Aunque para el ejercicio compartido de la custodia es necesario cierto grado de entendimiento, considera que no cabe la denegación de la custodia compartida por la mera existencia de conflictividad entre los padres.

Afirmó que esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida de una armonía casi imposible de obtener tras una crisis matrimonial (52).

B) El TS, en 2010, acuerda la concesión de la custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psicosociales, que se mostraban favorables a dicho régimen. Encarnación ROCA TRÍAS entiende que lo contrario sería otorgar virtua-

del régimen de custodia compartida, aun en situaciones de conflicto entre los progenitores, somete a los menores a «una grave inestabilidad y a una fuerte tensión emocional y psicológica, con perjuicios para su salud afectiva, difícilmente evaluables *a priori*, pero ciertamente irreparables».

El TC entiende que los perjuicios alegados por el Abogado del Estado no pueden compararse, ya que es de apreciar que la aducida afectación a la estabilidad de los menores en los casos de falta de acuerdo de los padres respecto a la aplicación del régimen de custodia compartida se presenta carente de soporte o justificación documental alguno. No se han aportado datos que permitan inferir que la aplicación de los preceptos impugnados —que suponen el establecimiento por decisión judicial de la custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores al respecto, previa ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso— vaya a producir, desde el punto de vista cautelar que ahora hemos de adoptar y huyendo de toda consideración sobre el fondo del asunto, los invocados perjuicios sobre los menores de manera que hubieran de prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas discutidas y el interés general que se vincula a su aplicación efectiva.

En todo caso, la norma atribuye al Juez la ponderación necesaria para establecer el régimen de convivencia que estime más idóneo para la garantía del interés superior de los hijos atendiendo para ello, además de al criterio del Ministerio Fiscal, a una serie de factores que enumera el artículo 5.3. Por otra parte, de la norma autonómica no resulta la aplicación automática de la denominada custodia compartida siendo posible, conforme al artículo 5.4, que la autoridad judicial pueda «otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan», régimen de convivencia susceptible, en los términos del artículo 5.5, tanto de ser sometido a controles periódicos por la autoridad judicial como de ser modificado por la misma atendiendo a los aludidos informes y a las circunstancias de cada caso concreto.

(52) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

lidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso (53).

Previamente en 2009, el TS, y su ponente Encarnación ROCA TRÍAS, teniendo en cuenta la normativa relativa al interés del menor y sus características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales (54), adopta el contenido del informe emitido por el equipo psicosocial del juzgado y suprime la medida relativa a la pernocta de la hija menor en el domicilio del padre dos días entre semana por suponer una custodia compartida no acordada por los progenitores ni aconsejada por dicho informe psicológico.

C.) Revocación de la custodia de la madre en favor de la custodia compartida, pues el TSJ de Aragón, concretamente el ponente de la sentencia, Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, entiende que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor.

MARTÍNEZ LASIERRA entendió que al no acreditarse una falta de aptitud en el padre y no concurrir datos relevantes que orienten la atribución de un régimen de custodia u otro, no cabe otorgar la custodia a favor de uno de los progenitores por el hecho de que durante la convivencia uno de los progenitores se hubiera dedicado más al hijo (55).

D) Carles TORTRAS BOSCH, magistrado ponente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, en 2007 adoptó una medida que, a primera vista, podría considerarse dudosa, pues tras tener en cuenta que el padre fue denunciado por la madre por delitos de malos tratos y amenazas, y resultar abusado en vía penal, otorga la custodia compartida del hijo común por semanas con el fin de reforzar los aspectos evolutivos y madurativos del menor en relación con su padre (56).

En el mismo sentido, Erika ÁVILA MARTÍN, en 2009 otorga la custodia compartida, pese a la mala relación existente entre los cónyuges, pues su implantación resulta más beneficiosa para los menores, máxime teniendo en cuenta que ante todo debe primar el interés superior de los hijos, y en ningún momento se ha

(53) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.

(54) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009. El TS insiste en que *la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 del Código Civil después de la reforma de 2005.*

(55) STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(56) Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.

puesto de manifiesto, ni mucho menos probado, que el sistema de custodia compartida pueda llegar a afectar la estabilidad de ambos menores, ni su desarrollo físico y psíquico.

Y lo hizo basándose en estos tres criterios:

- El padre dispone de más tiempo libre ahora para estar con los hijos.
- La proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores y del domicilio del padre con el colegio de ambos menores.
- La expresa voluntad de los dos menores de permanecer el mismo tiempo con ambos progenitores.
- La continuidad en el entorno de los menores, en relación tanto con el colegio, como actividades extra-escolares, amistades y relaciones familiares.
- La presencia de ambos progenitores evita situaciones de manipulación por parte de los padres frente a sus hijos.

Por otro lado, la sentencia refleja un hecho importante: los menores (adolescentes) son plenamente conscientes de la situación de conflicto existente entre sus progenitores, que no ha repercutido en su estado emocional, no constatándose ningún síntoma de ansiedad o nerviosismo al respecto, apreciándose que se trata de dos menores alegres, con un adecuado grado de madurez en atención a su edad y con un buen rendimiento escolar, no constatándose tampoco un conflicto de lealtades en favor de uno u otro progenitor, a pesar de conocer la relación existente entre sus progenitores (57).

VIII. SUPUESTOS REALES DE INEXISTENCIA DE OTORGAMIENTO

A) En sentencia del TS de enero de 2012, Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala 1.ª del TS, denegó la custodia compartida basándose en la afirmación de que para establecer dicho régimen es necesario demostrar que de ese modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que en el caso de autos no ha ocurrido, limitándose el padre a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés de la menor (58).

En 2011, el TS, siendo ponente Encarnación ROCA TRÍAS, consideró conveniente denegar la custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores.

El TS interpreta el artículo 92.8 del Código Civil (59), en el sentido de que se trata de una excepción la adopción del otorgamiento por el juez de la custodia

(57) Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.

(58) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(59) Artículo 92. 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.*

compartida a falta de acuerdo entre los cónyuges, *no a que existan circunstancias específicas para acordarla*.

De hecho, 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 (60).

B) En 2011, Encarnación ROCA TRÍAS (61) denegó la concesión de la guarda y custodia compartida en base a que el marido fue condenado por amenazas al cónyuge. Reconoce el TS que se trata de un delito que no está incluido entre los que, conforme al artículo 92.7 del Código Civil (62), excluyen la guarda compartida, pero el mismo sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, el citado artículo declara que no procede la guarda conjunta (63).

Teniendo siempre en cuenta el interés del menor, los informes psicológicos, aunque no son vinculantes, sí constituyen una ayuda en el momento de valoración por el Juez, a fin de que pueda formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que adopte esta medida (64).

C) El TS, en 2009, y siendo ponente Encarnación ROCA TRÍAS, revocó la sentencia de la AP recurrida en base a la necesidad de argumentar a favor del

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

(60) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso: 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011.

(61) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 2011, recurso: 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 252/2011. Número de recurso: 1580/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14425/2011.

(62) El artículo 92.7 del Código Civil establece que *no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92 del Código Civil, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.

(63) Vid., el trabajo de GUTIÉRREZ ROMERO, FRANCISCO Manuel, «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010. Ref. D-291, Editorial LA LEY.

(64) En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el artículo 92.9 del Código Civil. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor.

La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son, en modo alguno, vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria o bien llegue a conclusiones erróneas. El juez debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas para evitar la arbitrariedad.

interés primordial del menor. Pues la sentencia de la AP, para negar la guarda y custodia compartida, se basó en los siguientes criterios:

- 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».

El TS entendió que toda esa «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 concorra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable» (65).

D) En 2010, la AP de Barcelona, siendo ponente Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN, deniega la concesión de custodia compartida ante la ausencia de acuerdo de los progenitores, la reticencia del menor, de dieciséis años, a relacionarse con su padre, y la existencia de una resolución judicial por la que se acordó como medida cautelar la suspensión del régimen de visitas paterno-filial, en aras de evitar situaciones de riesgo, y por consecuencia de determinadas lesiones producidas por su padre.

(65) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009. Falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. Reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia de apelación, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

El Juzgado de Primera Instancia acordó la guarda y custodia compartida de los hijos menores de los litigantes. La AP de Alicante revocó la sentencia anterior y acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado, anula la sentencia de apelación y repone las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

Igualmente se consideró la inadecuación de otorgar la custodia compartida respecto de la hija más pequeña del matrimonio, que se encuentra bajo la guarda y custodia de su madre, que desarrolla sus funciones de forma satisfactoria y adecuada a los intereses prioritarios de la menor (66).

La misma Sección 12.^a de la AP de Barcelona, en 2010, pero siendo, en este caso ponente Pascual MARTÍN VILLA, denegó también la custodia compartida cuando previamente se había acordado la convivencia del hijo menor únicamente con la madre, con fijación de un régimen de visitas amplio a favor del progenitor no custodio.

La Audiencia consideró que al haberse pactado previamente de mutuo acuerdo la custodia a favor de la madre, y no existir alteraciones sustanciales que justifiquen el cambio a una custodia compartida y la falta de cordialidad en sus relaciones (hay rivalidad parental que perturban la dinámica familiar y nula comunicación) no era conveniente en interés del menor dicha concesión (67).

E) El Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, en 2006, también denegó la concesión de la custodia compartida, tomando como criterio básico que la relación entre los progenitores no es lo suficientemente fluida como para poder desarrollar dicho régimen adecuadamente (68).

(66) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 24 de noviembre de 2010, recurso: 1041/2009. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 585/2010. Número de recurso: 1041/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 274530/2010.

(67) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010, recurso: 884/2009. Ponente: Pascual MARTÍN VILLA. Número de sentencia: 177/2010. Número de recurso: 884/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43055/2010.

Principiando por la solicitud del esposo de que en esta sede se declare la procedencia de la guarda y custodia compartida respecto del hijo menor común, tal y como había sido solicitado por él en su escrito de demanda en la que se interesó que dicha guarda compartida lo fuese por períodos semanales enteros —estando la primera semana del mes con la madre y la otra con el padre, cambiando esa distribución cada año—, se ha de recordar que en el convenio regulador —aprobado judicialmente— se pactó por los otrora consortes que el hijo menor común quedará bajo la guarda y custodia de la madre, siendo la patria potestad compartida.

No existe en lo actuado indicio alguno, sin embargo, como ha puesto de relieve la digna representante del Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, que justifique una variación como la pretendida por el progenitor paterno, y así fue entendido por el señor Juez del primer grado en su sentencia, quien, no obstante, analizó todos y cada uno de los requisitos necesarios para el establecimiento de una medida de esta naturaleza.

(68) Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. La decisión que inicialmente adoptaron de llevar a cabo una custodia compartida obedeció a una situación coyuntural por no ser capaces de vivir en el mismo domicilio y en ningún caso tuvo vocación de permanencia tras el divorcio. También se consideró la edad de la niña —dos años— y la minusvalía del padre, que aunque solo le supone un problema de movilidad y no le afecta para trabajar, incide en la tarea de cuidar a dos niños de corta edad.

IX. ARTICULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. FORMAS

A) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES DE VERANO POR QUINCENAS ALTERNAS

Dicha custodia compartida se llevará a cabo estando los menores con cada progenitor durante una semana alternativamente, llevándose a cabo a la entrega y recogida de los menores a las 19 horas y 30 minutos de cada domingo y debiendo el progenitor que haya de tenerlos consigo durante la semana siguiente irlos a buscar al domicilio de aquel con quien hayan estado la semana vencida... Por lo que respecta a los periodos vacacionales, cada uno de los progenitores tendrá consigo a los hijos, la mitad de los periodos de Navidad y Semana Santa, eligiendo el disfrute de los precitados periodos en el supuesto de discrepancia, el padre los años impares y la madre los años pares. En lo que hace referencia al periodo vacacional de verano, el mismo será asimismo disfrutado por mitad entre ambos progenitores, por quincenas alternas los meses de julio y agosto, continuándose el régimen de custodia establecido previamente durante los días festivos de los meses de junio y septiembre (69).

B) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES CADA MES CON UN PROGENITOR

Por semanas alternas desde el viernes a la salida del colegio hasta el viernes siguiente a la entrada del centro escolar, y en caso de no ser lectivo, hasta las 10 horas, en el domicilio de cada uno de los progenitores, no obstante, y con referencia al periodo vacacional de verano, se dividirán en dos periodos, consistentes en los meses de julio y agosto, de tal forma que los menores permanecerán un mes con cada uno de los progenitores (70).

Cuando los menores son muy pequeños se suele acordar, teniendo en cuenta que no es conveniente que las relaciones con los padres se distancien demasiado en el tiempo, que la alternancia sea semanal y, sabiendo que los niños pequeños se adaptan bien si se produce un contacto diario desde el principio con ambos progenitores, procede acordar que el progenitor en cuya compañía no se encuentre esa semana, podrá visitar a los menores durante una hora, excepto los sábados y domingos, en que no se realizarán dichas visitas para que el progenitor al que le corresponda la semana pueda disfrutar de un periodo de ocio con los menores.

En cuanto a los periodos vacacionales, se constituyen los mismos en periodos más amplios en que los menores y progenitores pueden disfrutar de actividades distintas a las rutinarias y por ello, a partir de que el menor, cumpla un año, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores (71).

(69) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

(70) Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.

(71) Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

C) POR PERIODOS ALTERNOS DE SEIS DÍAS CON CADA PROGENITOR

En este caso los hijos estarán con el padre, los periodos de seis días que descansa (72), y los periodos vacacionales serán por mitades (73).

D) POR TRIMESTRES COINCIDENTES CON CADA EVALUACIÓN DEL CURSO ESCOLAR

También puede estimarse más adecuado un régimen trimestral coincidente con cada evaluación escolar de los niños. El progenitor que en cada periodo no asuma esa responsabilidad, tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos, en la forma que convengan, procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y materno-filial (74).

En cuanto a los periodos de vacaciones, los pasarán por mitades en consideración a los respectivos calendarios escolares. En el caso de discrepancia en los años pares, el primer periodo le corresponderá a la madre y el segundo periodo en los años impares y a la inversa en lo que respecta al padre.

(72) Teniendo presente: *a)* que ambos progenitores, en el acto de la vista, ha manifestado que el otro es un buen progenitor; que tiene buena relación con sus hijos, y que hasta la fecha el cuidado y atención de José María y María Cristina, lo hacían entre ambos, casi por un igual; *b)* la disponibilidad horaria de ambos cónyuges, Hortensia tiene libres las tardes, y Doroteo de cada doce días descansa seis; es decir, trabaja seis días y descansa otros seis, y los días de trabajo los hace por turnos de seis días de mañana, seis días de tardes y seis días de noche; *c)* ambos tienen la ayuda de sus familias, *d)* Doroteo se mostró conforme con la guarda y custodia compartida, al igual que el Ministerio Fiscal; mientras que Hortensia se opuso a ella, sin dar causas justificadas para esa postura, salvo el llamado síndrome del niño maleta, que se puede evitar; bien: 1. Teniendo cada progenitor en su casa la ropa y enseres precisos para los hijos, o 2. Quedando los hijos en la casa y siendo los progenitores lo que entran y salen del mismo; *e)* el derecho de los hijos a estar el máximo tiempo posible, en caso de que sus progenitores dejen de vivir juntos, con el padre y con la madre, y *f)* la edad de los hijos, que ya están escolarizados hasta las 17,15 horas. Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos alternos de seis días con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre los periodos de seis días que descansa.

(73) Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

Los periodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50 por 100 entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicada al otro con al menos tres semanas de antelación.

(74) Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.

Subsidiariamente, con carácter mínimo, los dos hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en que los reintegrará a la entrada de clase.

E) POR CUATRIMESTRES

O por cuatrimestres, de modo que abril, mayo, junio y julio, la custodia sea para la madre; agosto, septiembre, octubre y noviembre sea para el padre; y posteriormente, diciembre, enero, febrero y marzo sea para la madre. Y así sucesivamente de tal manera que, cada año, tanto los padres como los hijos, no repitan periodos vacacionales o días festivos, por lo que es más equitativo para todos (75).

F) POR MITAD DE CURSOS ESCOLARES

Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, ponente en la sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, consideró conveniente la concesión de la custodia compartida por mitades escolares (76).

G) MODELO INTERMEDIO ENTRE LA CUSTODIA EXCLUSIVA Y LA COMPARTIDA: COMPAÑÍA HABITUAL DE LA MADRE Y LOS FINES DE SEMANA ALTERNOS CON EL PADRE, MÁS LAS TARDES DE LOS MARTES Y JUEVES (77)

Ambos menores convivirán y quedarán en compañía habitual de su madre. El padre se relacionará, comunicará y permanecerá con sus hijos conforme a un régimen de *convivencia flexible que habrán de convenir ambos progenitores*, en el objetivo común de preservar y garantizar la felicidad, estabilidad, bienestar e interés de los menores. En todo caso, a fin de asegurar el derecho irrenunciable de los niños a ese contacto fluido con su padre, con carácter mínimo y subsidiario se acuerda que permanezcan en compañía de su padre los fines de semana alternos, recogiendo el padre el viernes a la salida del colegio en el centro escolar donde cursan estudios y reintegrando el lunes en dicho centro a la hora de

(75) Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.

(76) TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(77) Juzgado de Familia, número 7 de Sevilla, sentencia de 3 de diciembre de 2007, proc. 421/2006. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de recurso: 421/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 329928/2007.

Dado la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se ha entendido conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el del mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger ante un modelo de custodia exclusiva y otro de custodia compartida.

La anterior decisión, especialmente se adopta en beneficio de ambos hijos menores, entrañando una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los estrictos límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen comportamientos estancos que separen uno de otro. Más aún si cabe cuando los domicilios de la madre y del padre se encuentran a escasos metros de distancia.

entrada en clase. Asimismo el padre permanecerá en compañía de sus hijos todos los martes de 17 a 20,30 horas y los jueves recogiendo a la salida del colegio y reintegrando el viernes a la hora de entrada en clase. Los menores permanecerán en compañía de su padre durante la mitad íntegra de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, feria y verano. En caso de discrepancia, en los primeros periodos le corresponderá la estancia con sus hijos, en los años pares a la madre y en los impares, los segundos periodos; y a la inversa en lo que respecta al padre.

X. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Actualidad Civil*, núm. 15, quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, pág. 1738, tomo 2, Editorial LA LEY.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7537, año XXXI, de 29 de diciembre de 2010, Ref. D-408, Editorial LA LEY.
- HERNANDO RAMOS, Susana: «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, año XXX, de 29 de junio de 2009, Ref. D-232, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 56, segundo trimestre de 2010, Editorial LA LEY.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2011, pág. 1131, tomo 1, Editorial LA LEY.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial LA LEY.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», en *Abogados de Familia*, núm. 50, cuarto trimestre de 2008, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, núm. 7105, año XXX, de 2 de febrero de 2009, Ref. D-29, Editorial LA LEY.

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Sala Segunda, 4/2001 de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. LA LEY 2364/2001.
- STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. LA LEY 8805/2000.
- STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. LA LEY 240117/2009.

- Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. LA LEY 556/1986.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso: 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 2011, recurso: 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 252/2011. Número de recurso: 1580/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14425/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 24 de noviembre de 2010, recurso: 1041/2009. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 585/2010. Número de recurso: 1041/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 274530/2010.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2010, recurso: 274/2009. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 608/2010. Número de recurso: 274/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 281732/2010.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010, recurso: 884/2009. Ponente: Pascual MARTÍN VILLA. Número de sentencia: 177/2010. Número de recurso: 884/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43055/2010.
- SAP de Girona, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2009, recurso: 413/2009. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 352/2009. Número de recurso: 413/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 271716/2009.

- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.
- Juzgado de Familia, número 7 de Sevilla, sentencia de 3 de diciembre de 2007, proc. 421/2006. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de recurso: 421/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 329928/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006.
- Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.
- Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE, núm. C. 241, de 21 de septiembre de 1992).
- CE (art. 39.4 CE).
- Reglamento (CE) número 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 responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005 [arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23].
- Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Codi de Família de Catalunya aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio.

- Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas [y que deroga la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón (BOA 111, de 8 de junio), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres].

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA

La concesión de la custodia compartida de los hijos se realiza siguiendo el principio del favor filii, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. El Código Civil no establece una lista de criterios, como ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos, por ello la jurisprudencia insiste en la necesidad de concretar en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada, a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY ADMISSIBILITY AND INADMISSIBILITY

Shared custody of children is granted according to the principle of favor filii, since children may not be used as the object of or an instrument for matrimonial conflict. The Civil Code fails to establish a list of criteria, as does the rest of legislation. Therefore case law insists on the need for the stated grounds for any such conclusion to name the essential reasons why such a conclusion was reached, so as to show that shared custody is indeed in the child's best interest.

1.3. Derechos reales

EL DEVENIR DE LA HIPOTECA FLOTANTE

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA FLOTANTE.—II. LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO: 1. JUSTIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS LEGALES: 1. SUJETOS. 2. OBJETO. 3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. 4. PLAZO. 5. OTROS REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.—IV. JUSTIFICACIÓN ACTUAL Y CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.