UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALENCIA SAN VICENTE MÁRTIR

FACULTAD DE DERECHO

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. EJERCICIO Y CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN EN EL DERECHO AUTONÓMICO

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Nuria Martínez Sanchis

Dirigida por:

Dra. Dª Pilar Mª Estellés Peralta

Dra. Dª M. Luisa Atienza Navarro

Valencia, 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS 11

INTRODUCCIÓN 13

CAPÍTULO I. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR. ASPECTOS GENERALES

I. DISTINCIÓN ENTRE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA PATRIA POTESTAD 23

1. Consideraciones generales 23

2. Problemas prácticos de la distinción y posibles vías de solución. La unificación terminológica y la corresponsabilidad familiar 26

A) Presupuestos preliminares. Intentos de delimitación de ambas figuras 26

B) La determinación en la resolución judicial de las decisiones propias de la guarda y custodia y las que lo son de la patria potestad 38

C) Hacia la unificación terminológica 42

II. MODALIDADES DE CUSTODIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA 46

1. Consideraciones previas 46

2. La custodia monoparental 48

3. La *cuasi* custodia compartida o custodia compartida "encubierta" 49

4. La custodia compartida 50

III. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA 57

1. Presupuestos preliminares 57

2. El interés del menor como principio fundamental 58

3. El interés de la familia 77

4. El principio de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental 78

5. El principio de autonomía de la voluntad de los progenitores. Problemática en cuanto a la atribución de oficio de la modalidad de custodia compartida 83

CAPÍTULO II. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESTATAL

I. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005 95

1. Consideraciones generales y cambios sociales motivadores de la reforma en el Derecho de familia 95

2. La guarda y custodia compartida en el art. 92 Código civil. Régimen legal de aplicación 105

A) Consideraciones generales 105

B) Análisis del art. 92 Código civil. Supuestos de obtención de la guarda y custodia compartida 109

a) Consideraciones generales 109
b) La guarda y custodia compartida consensuada 110
c) La guarda y custodia compartida ante la falta de acuerdo entre los progenitores respecto a esta modalidad de custodia 114

3. Evolución jurisprudencial a favor del acogimiento del régimen de custodia compartida como régimen normal y deseable 120

A) Consideraciones generales 120

B) De la excepcionalidad a la generalidad de la modalidad compartida 122

C) Factores legales y jurisprudenciales para la determinación de la modalidad de custodia más adecuada para el menor 136

D) Supuestos legales para la exclusión de la guarda y custodia compartida en el Código civil 140

II. ESPECIAL REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO 147

1. Justificación del Anteproyecto 147

2. Régimen legal de atribución de la modalidad de custodia compartida 153

3. Régimen de estancia y comunicación con el progenitor a quien no se le haya atribuido la custodia, así como con parientes y personas allegadas 160

4. El informe del Ministerio Fiscal y el dictamen de especialistas 160

5. Críticas a la regulación del Anteproyecto. Especial referencia al Informe del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado 161

CAPÍTULO III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (I): MARCO EXISTENTE Y RÉGIMEN LEGAL DE PREFERENCIA

I. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL 169

1. Consideraciones generales 169

2. Comunidades con normativa sobre custodia compartida: Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco 171

A) Consideraciones generales 171

B) Rasgos generales de las leyes autonómicas: Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación 175

a) La ley aragonesa 175
b) La ley catalana 178
c) La ley navarra 180
d) La ley valenciana 181
e) La ley vasca 188

3. Comunidades con iniciativas legislativas sobre la custodia compartida, que todavía no han visto la luz 191

4. Consecuencias de la diversidad de legislaciones acerca de la custodia compartida en el Derecho español 192

II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA 194

1. Consideraciones generales 194

2. La custodia compartida como modelo preferente en el Derecho extranjero 195

3. La preferencia de la modalidad compartida en el Derecho autonómico 199

A) Cuestiones preliminares 199

a) Del reconocimiento expreso de la preferencia de la modalidad compartida: la norma aragonesa y la ley valenciana 200
b) La guarda y custodia compartida como modalidad preferida pero no preferente en el Código catalán 206
c) La falta de concreción de la ley navarra en cuanto a la preferencia por una modalidad u otra de custodia 210
d) La custodia compartida como modalidad más adecuada en la ley vasca 213
e) Doctrina jurisprudencial contra el automatismo en cuanto a la aplicación de la custodia compartida como modelo preferente y la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto 213

III. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL 219

IV. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS LEYES AUTONÓMICAS Y SU CONSIDERACIÓN COMO CAMBIO DE CIRCUNSTANCIA PARA INSTAR LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA ESTABLECIDO CONFORME AL RÉGIMEN LEGAL ANTERIOR 225

1. Análisis de la doctrina jurisprudencial existente sobre la cuestión 225

CAPÍTULO IV. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (II): FACTORES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA ATRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

I. CONSIDERACIONES GENERALES 231

II. EL INTERÉS DE LOS HIJOS 236

III. LA EDAD DE LOS HIJOS 236

IV. EL ARRAIGO SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS HIJOS 248

V. LA OPINIÓN DE LOS HIJOS CON SUFICIENTE JUICIO Y, EN TODO CASO, DE LOS MAYORES DE DOCE AÑOS 250

VI. LA APTITUD Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES PARA ASEGURAR LA ESTABILIDAD DE LOS HIJOS 265

VII. LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES 268

VIII. CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA 272

1. Consideraciones generales 272

2. La recomendación de no separar a los hermanos 279

3. La necesidad de buena relación entre los progenitores. La especial mención a la existencia de malas relaciones entre ellos recogida en la ley valenciana y vasca 280

A) Consideraciones generales 280

B) Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de este factor. Especial referencia a la reciente doctrina del Tribunal Supremo 282

C) Especial referencia a la consideración de "*las malas relaciones entre los progenitores*" en la ley valenciana 292

D) Tratamiento legal y jurisprudencial en el resto de leyes autonómicas 295

a) La jurisprudencia aragonesa 295
b) La jurisprudencia catalana y la navarra 297
4. La proximidad de los domicilios de los progenitores 302
5. La existencia de resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad o cuando uno de los progenitores esté incurso en 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 307
IX. DE LA IMPORTANCIA DE LOS INFORMES MÉDICOS, SOCIALES O PSICOLÓGICOS 309
1. Consideraciones generales 309
2. Tratamiento jurisprudencial 312
A) Consideraciones generales 312
B) La jurisprudencia aragonesa 314
C) La jurisprudencia valenciana 318
D) La jurisprudencia catalana 327
X. DE LA PRECEPTIVIDAD O NO DEL INFORME DEL MINISTERIO FISCAL 331

CAPÍTULO V. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (III): SU EJERCICIO. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN

I. MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE ESTANCIA 333
1. Consideraciones generales 333
2. La no necesidad de un reparto igualitario de los días de convivencia con cada progenitor 334
3. La diversidad de modalidades en función del tiempo de estancia con cada progenitor 345
4. Las formas concretas de ejercicio de la guarda y custodia compartida 351
A) Consideraciones generales 351
B) La distribución espacial de la vivienda 352
C) La denominada “casa nido” 353
D) La modalidad “niño maleta” 355

II. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES, PLAN DE PARENTALIDAD Y EL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR 358

1. Consideraciones generales. Concepto y contenido 358

2. El pacto de relaciones familiares en Aragón 359

3. El plan de parentalidad catalán 363

4. El pacto de relaciones familiares en la ley navarra 366

5. El pacto de convivencia familiar de la ley valenciana 366

6. El convenio regulador de la ley vasca 371

7. La especial consideración al régimen de estancia con hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas 372

III. SUPUESTOS LEGALES DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA 378

1. Consideraciones generales 378

2. Exclusión para el progenitor incurso en proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, y en el que se haya dictado resolución judicial motivada que constate indicios fundados de criminalidad 378

3. Exclusión en los supuestos de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género 388

CAPÍTULO VI. LA INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR Y EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES 393

II. LA INCIDENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR 394

1. Consideraciones previas 394

2. La atribución del domicilio familiar en el Código civil 398

A) Régimen legal vigente. El automatismo del art. 96.1 C.c. como obstáculo para la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida 398

B) La aplicación analógica del art. 96.2 C.c. en los supuestos de guarda y custodia compartida 405

C) La limitación temporal en el derecho de uso en los supuestos de custodia compartida. Doctrina jurisprudencial vigente 408

3. Breve aproximación a la regulación que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar en los supuestos de nulidad, separación y divorcio 411

A) Consideraciones generales y factores a tomar en consideración para la atribución del domicilio familiar 411

4. La atribución del domicilio familiar en las legislaciones autonómicas 416

A) El interés familiar más necesitado de protección como principio rector en la atribución del uso de la vivienda familiar 416

B) La regla general de atribución del domicilio en los supuestos de crisis familiar 418

C) La limitación temporal en el derecho de uso de la vivienda 434

5. Medidas novedosas en la atribución del domicilio familiar en el Derecho autonómico 445

A) La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar en la ley aragonesa 445

B) La compensación por el no uso de la vivienda familiar en la ley valenciana y en la ley vasca 452

C) La no atribución del uso de la vivienda familiar cuando exista la posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar 462

III. LA INCIDENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE LOS MENORES 465

1. Consideraciones generales 465

2. La pensión de alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida 467

A) Consideraciones generales. Breve aproximación a la regulación en el Código Civil y en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar 467

B) Doctrina del TS sobre la contribución de los progenitores a los gastos de los menores en los supuestos de custodia compartida 470

C) La pensión alimenticia en los supuestos de custodia compartida en el Derecho autonómico 472

a) La ley aragonesa 473
b) La ley catalana 479
c) La ley valenciana 483
d) La ley vasca 488

D) Otros criterios para la determinación de la pensión alimenticia. La patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar 489

CONCLUSIONES 493

BIBLIOGRAFÍA 505

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AEAFA	Asociación española de Abogados de familia
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
B.O.A.	Boletín Oficial de Aragón
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código Derecho Foral Aragonés
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
C.E.	Constitución española
Cit.	Citado
DOCV	Diari Oficial de la Comunitat Valenciana
Ed	editorial
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
IDADFE	Instituto de desarrollo y análisis del derecho de familia en España
IDIBE	Instituto de Derecho Iberoamericano
INE	Instituto Nacional de Estadística
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.F.N.	Ley Foral Navarra
LH	Ley Hipotecaria
L.O.	Ley Orgánica
L.O.P.J.M.	Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor
LORAFNA	Ley Orgánica de reintegración y amejoramiento del régimen foral de Navarra
RDGRN	Resolución Dirección General de Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SATAF	Servicio de Asistencia Técnica en el Ámbito Familiar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOL	Tirant on line
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
p.	página
pp.	páginas
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

Entre los aspectos más relevantes de la vida de la pareja, una vez producida la ruptura de la misma, están sin duda alguna, aquellos que tienen que ver con las relaciones paterno-filiales. Es un hecho no controvertido que las rupturas de parejas son en la mayoría de las veces, fuente de conflictos en el seno familiar, en los que los menores son en muchas ocasiones las víctimas más débiles. Cuando hay hijos menores o incapacitados, e incluso mayores de edad que dependen económicamente de sus progenitores, y que conviven con el matrimonio o con la pareja, producida la ruptura, se plantea como problema principal la necesidad de elegir y de decidir, con cuál de ellos va a continuar el menor la convivencia, si va a ser con uno u otro progenitor o de manera alterna o compartida con ambos.

La premisa de la que se debe partir es que la ruptura de la convivencia tras la crisis matrimonial, no exime a los progenitores de sus obligaciones para con sus hijos. La familia es una institución indisoluble[1] y por ello, tras la ruptura de la convivencia entre los progenitores, habrá que reorganizar el sistema de relaciones familiares para adaptarlas a la nueva situación existente, garantizando por encima de todo, el interés de los menores.

La determinación del régimen de guarda constituye, en los procesos derivados de las rupturas matrimoniales o de pareja con hijos menores o incapacitados, una de las decisiones más delicadas que la autoridad judicial debe de abordar, por no decir la que más. Si bien cualquier resolución judicial sobre los efectos de la ruptura de la convivencia, constituye una decisión compleja y no exenta de conflicto, en el caso del establecimiento del modelo de guarda dicha complejidad se acrecienta. Las consecuencias de la misma van a recaer directamente sobre el eslabón más vulnerable de la cadena familiar, que son los hijos, y más aún cuando éstos sean menores de edad o incapacitados. La decisión es de tanta trascendencia que afectará a la formación del menor, a su estabilidad física y emocional, a sus sentimientos y a sus relaciones personales, familiares y sociales, de ahí la importancia de la misma. No debiera olvidarse que en este tipo de supuestos, los niños deben dejar de ser el objeto del conflicto para pasar a ser el objeto de máxima protección.

[1]ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012. [Consulta: 13 de agosto de 2013]. Disponible en: http://www.ub.edu/web/ub/es/menu_eines/noticies/2012/12/050.html

Al analizar el cuidado de los hijos en las situaciones de ruptura de la convivencia de sus progenitores, el objetivo principal debería de ser, cualquiera que sea el sistema de guarda que se adopte, asegurar un desarrollo armónico y equilibrado de los propios hijos. No hay que olvidar que la ruptura de la pareja o del matrimonio, ya sea por su separación, por su divorcio o por la declaración de nulidad, sobre todo cuando existen hijos, no significa, como he referido, la desaparición de la familia. Los vínculos familiares siguen existiendo en la relación paterno-filial, y por ello habrá que salvaguardar que los mismos puedan seguir manteniéndose. Por ello, el sistema de guarda que se establezca deberá ser aquel que resulte más beneficioso a los intereses del menor, aquel que proteja sus derechos, y en definitiva que posibilite el desarrollo integral de su personalidad[2]. En este sentido, el derecho/deber de los progenitores a convivir con sus hijos únicamente incidirá en la decisión cuando no obstaculice el interés preferente del menor afectado[3].

La posible pérdida en el futuro de las relaciones que el niño ha iniciado, y que para él se percibe de forma brusca y sin entender lo que les ha ocurrido a sus progenitores, va a representar para el menor un desgaste emocional difícil de encajar en función de la calidad de la relación establecida. La intensidad del daño y la cualidad de la reacción del menor estarán en función de, además de sus características personales, en "cómo los adultos han podido contar con él, como le han preparado y cómo se han hecho cargo de sus sentimientos sin estar demasiado absorbidos por los de ellos mismos"[4], aspecto este último demasiado frecuente en la mayoría de los procesos de crisis familiares que se producen a diario.

En este sentido, emerge la conclusión de que el bienestar de los hijos y su superior interés van a depender más de la calidad de las relaciones que mantienen con los progenitores que de la frecuencia o "cantidad" de estas relaciones. Sólo si se consigue este

[2] En esta línea, SANTANA PÁEZ, E., "La guarda y custodia de los hijos menores de edad", en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, ed. Colex, Madrid, 2009, p. 711.

Refiere que el sistema de custodia por el que se opte, bien sea por acuerdo entre los padres o bien sea por decisión judicial, deberá ajustarse "como un guante" a las necesidades de los menores.

[3] CORTADA CORTIJO, N., "La preferencia de la guarda compartida en el Derecho civil de Cataluña a la luz del interés del menor", en FLORENSA TOMÁS, C. (Dir.) y FONTANELLAS MORELL, J.M. (Coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 137.

[4] MIRAVENT JUNYENT, V., "Complejidad emocional en las familias reconstituidas", en AAVV., GINÉS CASTELLET, N., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, ed. Bosch-Esade, Barcelona, 2011, p. 139.

objetivo principal, podrán los padres experimentar la satisfacción personal de haber paliado, siquiera sea en parte, las consecuencias nocivas que por regla general conlleva para los hijos la ruptura de la convivencia de sus progenitores, al menos en el momento inicial de ésta. No se debe olvidar la máxima de que "el bienestar de los niños es inseparable del buen hacer y del sentido común de los adultos"[5].

Así, nos encontramos ante una materia –la de la guarda y custodia de los hijos– que por su elevado contenido afectivo, y por la repercusión que tiene sobre aspectos culturales, sociales y sobre todo económicos, genera en todos los debates odios y pasiones, posturas confrontadas desde perspectivas o planteamientos distintos, en los que cada uno opina desde diversas concepciones muchas veces basadas en la experiencia individual vivida o de personas cercanas o desde la asunción de distintas concepciones sobre las funciones desempeñadas por la mujer en la sociedad[6]. Y junto a todo ello, no hay que olvidar la influencia que van a tener igualmente las diversas creencias religiosas que se profesen, las distintas concepciones que se tengan sobre la familia, las ideologías políticas, etc.; todo ello incidirá en este arduo debate.

En los últimos años se han venido produciendo continuos cambios de los modelos tradicionales de familia, de pareja y de distribución de los roles o funciones familiares en relación con las tareas de la casa y el cuidado de los hijos, en función de los pactos tácitos alcanzados durante la convivencia, lo que está dando lugar a diversos modelos de organización familiar cuando se produce una ruptura de pareja. Igualmente, es un hecho evidente que el padre está asumiendo un mayor protagonismo en el cuidado y educación de los hijos, de manera que ambos progenitores están adquiriendo roles cada vez más

[5] MIRAVENT JUNYENT, V., "Complejidad emocional…", cit., p. 139.

[6] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2010, pp. 30-31.

El autor, al tratar las distintas fases de la mujer en la sociedad, alude a la mujer, esposa, madre y ama de casa, que permanece en el hogar, educa a sus hijos, cuida de su salud y bienestar, de su trabajo escolar. Se refiere a ellas como verdaderos "*ángeles del hogar*", "*reinas de la casa*". Dicha fase será superada por otra posterior en donde se produce una verdadera revolución a favor de la identidad, la dignidad y la igualdad de la mujer con el hombre en todos los campos; "La tendencia clara, en estos tiempos, marca el rumbo hacia una pareja en que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos (que no es lo mismo que decir que son iguales) y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de levantar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos".

equitativos dentro y fuera de la familia, lo que, consecuentemente, ha ocasionado la disolución paulatina y progresiva de los "binomios" mujer-hogar y padre-proveedor[7].

Todo ello ha dado lugar a que en la actualidad, el modelo tradicional de custodia exclusiva, en muchos casos y salvo excepciones, resulte antagónico con la evolución de los modelos convivenciales[8]. La sociedad española se encuentra inmersa en un proceso de cambio en los roles que tradicionalmente habían sido asignados al hombre y a la mujer. Por una parte, la mujer va adquiriendo mayores cotas de participación en el ámbito laboral y el hombre está cada vez más implicado en el ámbito de las relaciones privadas (tareas del hogar, cuidado de los hijos, etc.).

Todo ello ha dado lugar a continuos cambios y transformaciones que el Derecho de familia ha experimentado en los últimos años, paralelos a los producidos en la sociedad contemporánea, que afectan a los sistemas de organización de la guarda y custodia de los hijos[9].

Junto a dichos cambios sociales, no hay que olvidar el imparable aumento, tanto en Europa como sobre todo en España, de las rupturas matrimoniales, lo cual demuestra la

[7]LATHROP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 7206, 2009, Año XXX, p. 1. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[8] En este sentido, la SAP Barcelona de 20 febrero 2007 (Id Cendoj: 08019370182007100001); refiere que: "*Su regulación viene motivada porque, en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta cada vez que factores como el acceso de la mujer al mercado laboral y los cambios en determinadas pautas de educación están provocando que, cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores. Finalmente, no pueden dejarse de observar y tener en cuenta los criterios propuestos en el mencionado Proyecto del Código Civil catalán para acordar la custodia compartida, pues el art. 233-10, en la regulación de las uniones estables de pareja, hace una remisión a los preceptos que sistematizan estas materias en la ruptura matrimonial, y en concreto al art. 234-9, que contempla tanto la aptitud y la disponibilidad de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la máxima estabilidad del hijo o hija, como los deseos expresados por el hijo o hija mayor de doce años, o menor si tiene suficiente juicio, cuanto la viabilidad de la guarda compartida teniendo en cuenta la ubicación de los respectivos domicilios de los progenitores, los horarios y las actividades del hijo o hija, los horarios u actividades de los progenitores y sus medios económicos*".

En similares términos, la SAP Barcelona de 1 octubre 2007 (Id Cendoj: 08019370182007100521), refiere que la regulación de esta modalidad de custodia, viene motivada "*…porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta, toda vez que, factores tales como el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores*".

[9] PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Dossier, núm. 8104, 2013, Año XXXIV, p. 1. [Consulta: 9 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

importancia del tema objeto de estudio, pues estas rupturas van a afectar a un gran número de niños, y por lo tanto habrá que determinar el régimen de convivencia a establecer para con los menores, así como la forma en la que va a incidir la modalidad de custodia que se adopte en cuestiones como la fijación de cuestiones tan importantes como las pensiones alimenticias que puedan corresponderles y la atribución del uso del domicilio familiar.

En Europa, desde el año 1980 al 2005, la ruptura familiar creció un 55% y desde 1990 a 2005 se rompieron más de 13'5 millones de matrimonios, afectando estas rupturas matrimoniales a más de 21 millones de niños. Si nos fijamos en los datos de España, desde 1995 a 2005, la ruptura familiar creció casi un 81%, y desde 2000 a 2006, un 262%. Esta altísima tasa de rupturas ha afectado a más de 1.750.000 niños[10].A la vista de estas cifras, ninguna duda cabe de que se trata de una cuestión que debe ser abordada y analizada con detalle. Si nos centramos en los últimos datos publicados, por Comunidades autónomas, la información publicada referida al segundo trimestre de 2015, el mayor porcentaje de demandas de disolución por cada mil habitantes se dio en Canarias, con 0'89, seguida de la Comunidad Valenciana con un 0'82[11].

Al margen y además de todo ello, en nuestro país este debate tiene aún mayores aperturas si cabe, y ello como consecuencia de las últimas y recientes reformas legales en el Derecho autonómico, que han abierto amplios espacios a la custodia compartida en el Derecho de familia español, creando en la opinión pública un estado de concienciación y sensibilización hacia el tema que ha generado una amplia demanda social de regulación de esta modalidad de custodia.

Por todo ello, hay que partir de una situación en cierto modo paradójica a la par que en constante evolución y con continuos cambios. Por un lado, y mientras que la legislación estatal, por el momento, establece la custodia compartida como una modalidad de custodia excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, los últimos

[10]GARCÍA GARNICA, M.C., "Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio", en GARCÍA GARNICA, M.C. (Dir.) y MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A. (Coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 61.

Los datos usados proceden de dos informes del Instituto de Política Familiar Español, "Evolución de la Familia en Europa 2007", y "A los dos años de la Ley del Divorcio Express", ambos del año 2007. [Consulta: 9 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.ipfe.es.

[11]Datos estadísticos del Consejo Poder Judicial. [Consulta: 1 de septiembre de 2015].Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadística Judicial

pronunciamientos por parte del TS que seguidamente analizaré, se desmarcan de esta excepcionalidad para considerar la custodia compartida como la modalidad más aconsejable para el interés del menor. Junto a todo ello, los legisladores autonómicos de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y recientemente el País Vasco, han dado un paso adelante, estableciendo la custodia compartida como modalidad preferente, incluso en el supuesto de desacuerdo de los padres, si bien con las matizaciones que luego se verán.

De este modo, las leyes autonómicas se han desmarcado de la línea de la legislación estatal, intentando adecuar sus legislaciones a los cambios que la sociedad parece estar reclamando de forma insistente, siguiendo la línea de los países europeos de nuestro entorno, como Francia, Italia, Suecia, Alemania,Suiza,entre otros,donde la custodia compartida ha adquirido un carácter protagonista y preferente en los últimos años[12].De igual modo, parecen tomar como referencia los ordenamientos jurídicos de los países más avanzados, entre los que destaca Estados Unidos, donde se ha ido evolucionando de un sistema de guarda unilateral, imperante en los años sesenta, a una progresiva implantación de la custodia compartida a partir de los años setenta.

Estas modificaciones legales, que de hecho han abierto la vía a una futura si bien no muy inminente reforma del C.c. español en esta materia, han generado un intenso debate entre los defensores y detractores de las nuevas medidas. Mientras que desde determinados sectores se va a ver con buenos ojos la puesta en marcha de las nuevas leyes en Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco, otros han augurado que con las mismas, se va a producir un aumento considerable de la litigiosidad entre los ex–cónyuges, con las correspondientes consecuencias adversas para los hijos a cargo, y todo ello al margen y además de las desigualdades que se van a crear dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se viva, cuestión esta última a la que considero sí debiera prestársele mayor atención.

Y es que junto a la implantación del régimen de custodia compartida, y derivado de la aplicación de la misma, se van a derivar toda una serie de consecuencias, como van a ser la fijación de las pensiones para los menores, el establecimiento de régimen de visitas, la atribución del domicilio familiar, etc., sobre las que va a tener una incidencia importante

[12]LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 316-344.

la modalidad de custodia que se fije. Por ello, la importancia del régimen de custodia compartida de los hijos, no sólo deriva de su propio contenido y función, sino también por cuanto su atribución condicionará otras medidas de carácter económico, como pueden ser la fijación de pensiones alimenticias y la atribución del domicilio familiar.

A lo largo del trabajo, partiendo de la tendencia al alza de la modalidad de custodia compartida[13], se va a abordar su regulación, si bien sin obviar que cada familia tiene unas características y unas necesidades diferentes y por ello, se han de admitir excepciones a dicha modalidad atendiendo a las particularidades de cada caso y a lo que en cada supuesto sea más conveniente para el interés y los derechos del menor. En mi opinión, se trata de una materia en la que no se puede generalizar, pues como se dice coloquialmente, cada familia es un mundo, y por ello, habrá que analizar ese pequeño mundo para ver cuál es la solución que mejor va a garantizar el interés superior de los menores en cada caso en concreto.

La estructura del presente trabajo de investigación va a ir orientada, por una parte, al estudio de la institución en sí, tanto desde el punto de vista del Derecho estatal como del autonómico, que se va a tratar con mayor profundidad, así como con algunas alusiones al Derecho extranjero. De igual modo, se va a tratar el ejercicio práctico de la modalidad de custodia compartida así como la incidencia que tendrá la adopción de esta modalidad de custodia sobre otras medidas tales como la atribución del domicilio familiar y la fijación de los gastos de los hijos. Junto a todo ello, se ha pretendido extraer, tras un estudio jurisprudencial exhaustivo de la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales de las Comunidades que cuentan con legislación propia sobre esta materia, cuáles son los factores que se están tomando en consideración por nuestros Tribunales para acordar o denegar la modalidad de custodia compartida, así como los factores legales previstos en los distintos textos autonómicos.

Para abordar el estudio de la institución, se va a analizar su distinción con otras instituciones afines. Así, en el Capítulo I trataré aspectos generales como la distinción

[13] En numerosos Foros y Congresos se parte ya de esta premisa. En este sentido, en el acto inaugural del I Congreso Internacional de Custodia compartida y protección jurídica del menor, celebrado en Alicante los días4 y 25 abril 2015, la Secretaria Autonómica de Gobernación de la Generalitat Valenciana, Asunción Quinzá, refería que "*es una realidad que la custodia compartida ha dejado de ser excepcional para convertirse en una realidad*".

entre el concepto de guarda y custodia y patria potestad. Se trata de conceptos afines que en la práctica suelen plantear numerosas contiendas judiciales dada la dificultad que, en muchas ocasiones, plantea no tanto la distinción entre ambos, sino más bien, qué atribuciones van a quedar encuadradas dentro de lo que sería el ejercicio de la patria potestad y cuales quedarán dentro de lo que sería la custodia. Una vez realizada la distinción, se estudiarán las distintas modalidades de custodia existentes, las características propias de cada una de ellas, así como los principios inspiradores de la modalidad de custodia compartida, con especial incidencia en el principio de libertad de los progenitores a la hora de acordar la modalidad de custodia que consideren más adecuada para sus hijos, y ello por cuanto considero crucial que los padres puedan decidir a este respecto.

Por su parte, en el Capítulo II abordaré el tratamiento de la institución desde la regulación que ofrece el Derecho estatal tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005. Expondré detalladamente la regulación del art. 92 C.c., con una clara alusión a los factores que se van a tomar en consideración para la atribución de la modalidad de la custodia compartida, si bien el desarrollo de los mismos, los analizaré en el Capítulo III, y ello con el fin de evitar repeticiones innecesarias.Trataré igualmente los supuestos legales de exclusión de esta modalidad de custodia desde la regulación del C.c., así como realizaré un estudio de la evolución jurisprudencial que en los últimos años ha experimentado la doctrina de nuestro más Alto Tribunal en relación con esta institución, analizando detalladamente los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. Por último, se cerrará el Capítulo con un somero análisis del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, que de forma directa va a incidir en la institución objeto de estudio; me centraré únicamente en lo referido a la institución de la guarda y custodia compartida y de las cuestiones que afecten a la misma, finalizando dicho apartado con un análisis crítico a la regulación del citado Anteproyecto.

Los Capítulos III, IV, V y VI, vienen a desarrollar lo que sería propiamente el tema central objeto de estudio, esto es, la guarda y custodia compartida a partir de la regulación que ofrecen las leyes autonómicas que se han promulgado sobre esta materia, los criterios para su concesión,así como la incidencia que va a tener esta modalidad de custodia en cuestiones como la determinación de las pensiones alimenticias y la atribución del domicilio familiar, todo ello dentro del ámbito del Derecho autonómico. En concreto, en el

Capítulo III expondré el panorama legislativo actual, con la modalidad compartida como sistema preferente en las leyes autonómicas, con los diversos matices que ofrecen cada una de ellas. En el Capítulo IV, analizaré los distintos factores, tanto legales como jurisprudenciales, que van a ser tomados en consideración para adoptar la modalidad de custodia compartida. En este sentido, se ha realizado un estudio exhaustivo de la doctrina jurisprudencial emanada de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Barcelona, Pamplona y Valencia, desde la entrada en vigor de cada una de las leyes autonómicas hasta la actualidad, extrayendo los factores en base a los cuales, cada una de ellas ha optado por conceder o por el contrario denegar la modalidad compartida, haciendo especial hincapié al valor que se les da a los Informes emitidos por los peritos judiciales. Si bien en el País Vasco ya cuenta con ley propia sobre la materia, dado que se trata de una ley reciente, y por lo tanto, con escasa incidencia práctica, no se ha podido proceder al estudio de la doctrina jurisprudencial ya que de momento es inexistente, sin perjuicio de hacerlo en posteriores trabajos a realizar.

El análisis que se ha realizado de las normas autonómicas, si bien parte del estudio de la regulación de cada una de las cinco leyes, he partido de los diversos aspectos que todas ellas han regulado, y he ido haciendo un análisis comparativo de lo que cada legislación establece al respecto de dichos aspectos. Para ello, se irán abordando los diversos aspectos de la figura desde cada una de las leyes, pretendiendo con ello un análisis más interesante y original y ello por cuanto se podrá tomar conciencia de una visión global de la regulación y el tratamiento que cada una de las cinco legislaciones autonómicas ofrecen de los diversos aspectos relacionados con la institución. De igual modo, con dicho estudio conjunto, se podrá tomar una visión comparativa de la regulación ofrecida por cada una de las legislaciones.

En el Capítulo V me centraré propiamente en el ejercicio práctico de la modalidad de custodia compartida y en la distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores. En concreto, en aspectos tan debatidos como la necesidad o no de que haya un reparto equitativo de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores para poder hablar o no de la modalidad compartida, en la distribución de los tiempos de permanencia del menor con cada uno de los progenitores en los supuestos de custodia compartida, así como si se debe o no tomar como referencia este elemento temporal para determinar si nos encontramos ante un supuesto de modalidad compartida o exclusiva.

Analizaré igualmente cada uno de los instrumentos en donde se va a plasmar cómo se va a desarrollar el ejercicio de la modalidad compartida, así como los supuestos legales de exclusión tanto de la modalidad de custodia compartida como monoparental, que todas las leyes autonómicas recogen.

Por último, el Capítulo VI va referido a la incidencia que va a tener la asignación de la modalidad compartida en la atribución del domicilio familiar, así como en el establecimiento de las pensiones alimenticias para los menores. Por lo que se refiere a la incidencia en la atribución del domicilio familiar, expondré la regulación que prevé el C.c. y qué solución ofrece en los supuestos en los que se acuerde la modalidad compartida. Igualmente, se analizará la solución que prevé el Anteproyecto para esta cuestión de singular importancia. Tras ello, expondré la regulación que ofrecen las leyes autonómicas, haciendo especial hincapié en las novedosas medidas introducidas por dichas leyes, como la posibilidad de que el Juez acuerde la venta de la vivienda que prevé la norma aragonesa o la previsión de la ley valenciana y la ley vasca en cuanto a la posibilidad de que se establezca una compensación económica para el cónyuge que no resulte adjudicatario de la vivienda familiar.

Ya para finalizar, el último inciso del Capítulo VI irá referido a la incidencia que va a tener la adopción de la custodia compartida en cuanto a la determinación de las pensiones alimenticias para los hijos, viendo la regulación que se ofrece desde cada uno de los textos autonómicos.

En lugar de introducir un Capítulo destinado al estudio del Derecho extranjero, he preferido, por considerarlo más útil, ir introduciendo al hilo del desarrollo de cada Capítulo, la regulación que en relación con las distintas cuestiones que han sido objeto de análisis, se ha dado por parte de los países de nuestro entorno más cercano. En este sentido, se recoge la regulación que se prevé en países como Francia, Italia, Suiza, etc., y ello para ver de obtener una visión global del estado de la cuestión no sólo en nuestro país sino también en nuestro entorno más cercano, que quizá se han adelantado en cuanto a la regulación de esta cuestión, y por ello, pudieran ofrecer opciones que pudiéramos tomar como referencia para una mejor aplicación y entendimiento de esta modalidad de custodia. Para ello, se ha ido entrelazando la regulación de cada uno de estos países, haciendo un estudio comparativo con el Derecho español.

CAPÍTULO I. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR. ASPECTOS GENERALES

I. DISTINCIÓN ENTRE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA PATRIA POTESTAD

1. Consideraciones generales

La literatura jurídica española no ha sido muy prolífica, por lo menos hasta fechas relativamente recientes, en cuanto al desarrollo del concepto, contenido y funciones de la institución de la guarda y custodia, contrastando esta situación con el amplio tratamiento que se le ha dado a la patria potestad[14].

Al conjunto de derechos y deberes sobre los hijos –funciones- que la ley otorga a los padres durante la minoría de edad de éstos, tradicionalmente se le ha denominado en España, patria potestad[15]. La doctrina más consolidada ha tratado con profundidad el concepto de patria potestad. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[16]"la patria potestad no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a ellos encomendada". Además, señalan que "la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público"[17]. Por su parte, CASTÁN VÁZQUEZ[18], la define como "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole".

A partir de la reforma realizada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la patria potestad se desligó de la institución familiar para convertirse en una consecuencia

[14]LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., p. 51.

[15] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, p. 29.

[16]DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. III, 3ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 354.

[17] Vid., DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. IV, 7ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 288.

[18] CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª, "Comentarios a los arts. 154 a 171 del Código Civil", en ALBADALEJO, M.T. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Vol. II, 2ª edic., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 69.

de la filiación[19], de modo que para que ésta tuviera lugar, era preciso que la filiación estuviera determinada por alguno de los mecanismos legales arbitrados a tal fin, pues la patria potestad pasó a considerarse como un efecto de ésta. La citada reforma modificó sustancialmente el articulado del C.c. relativo a la patria potestad, especial mención refiere el art. 154 C.c., todo ello propiciado por las exigencias del texto constitucional de 1978 (arts. 14, 32, y 39), y contribuyó junto con sucesivas reformas a conformar un marco sustancialmente nuevo en nuestro Derecho de familia[20].

Para autores como DE TORRES PEREA, la confusión existente entre los términos patria potestad y guarda y custodia, inexistente en otros ordenamientos, "puede dar lugar a graves confusiones. La patria potestad sin guarda y custodia es una patria potestad no ejercida, limitada a participar en la adopción de las decisiones más graves. ¿Es esto razonable? Parecería más lógico un sistema en el que la patria potestad o se ostenta y se ejercita, o no se ostente y no se ejercita (en todo caso los deberes derivados de la relación paterno filial seguirían vigentes ex. 110 C.c.)"[21].

De igual modo, la referida reforma originó en el ordenamiento jurídico español un cambio trascendental en las relaciones paterno-filiales al introducir como novedad importante, el principio de una patria potestad compartida, y dejando por ello de ser concebida como una función exclusiva del padre, como había venido siendo hasta entonces, y pasando a ser una función dual que compete a ambos progenitores por igual[22]. A partir de este momento, la regla general será el ejercicio conjunto de la misma, conforme viene recogido en el art. 156.1º C.c.[23]. Esta regla general de ejercicio conjunto

[19] DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª, "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982, p. 368.

[20] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia*, Tomo II, Madrid, 1981, pp. 15-19 y 95 y ss.

[21] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 4, 2011, pp. 10-11. [Consulta: 27 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com

[22] FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código civil español*, ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1986, p. 181.

[23] El art. 156, párrafo 1º, *"la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro…"*.

Para el caso de desacuerdo en el ejercicio, y tras la nueva redacción dada al apartado 2º del art. 156 por virtud de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (BOE 158/2015, de 3 de julio 2015) por la que se modifican determinados artículos del Código civil, la redacción del precepto queda *"En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la*

será de aplicación tanto en los supuestos de padres casados, como en los que no lo están y conviven, e incluso en aquellos casos de padres separados o no convivientes en los que, bien por acuerdo de los mismos, bien por decisión judicial, se ha determinado mantener el sistema de coparticipación.

Por su parte, ni el C.c. ni la mayoría de legislaciones autonómicas que han tratado la materia, han abordado la cuestión de la definición de la guarda y custodia compartida, a excepción de lo previsto en el art. 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana[24], que sí la define como más adelante expondré.

El C.c. no utiliza en su redacción originaria el término custodia para referirse a la situación del progenitor con respecto a sus hijos menores con los que convive, cuando los titulares de la patria potestad no viven juntos[25]. De hecho, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2005, cuando en la redacción dada al art. 92 párrafo 5 y 6, pasó a referirse a esta institución con los vocablos conjuntos de guarda y custodia[26], siendo que hasta ese momento, y dada la escasa antigüedad de esta figura jurídica, la misma constituía una figura no contemplada por la letra de la norma pero tampoco expresamente excluida[27].

En la actualidad, la distinción entre patria potestad y custodia, presente desde hace tiempo en la praxis judicial[28], también ha tomado cuerpo y se ha hecho visible en textos como la L.E.C., que tras la reforma del año 2000, incorporó este término en preceptos como el art. 748.4º, 769.3 y 770.6ª, relativos a los procesos especiales sobre capacidad,

facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

[24] El art. 3 refiere que *"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, o en su defecto por decisión judicial"*.

[25] A este respecto, emplea la expresión "*cuidado de los hijos*" (arts. 70 y 71 C.c.) o bien "*tenerlos en su compañía*" (art. 155 C.c.).

[26] LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., p. 48.

[27] PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida…", cit., p. 2.

[28] No hay que olvidar que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 los convenios reguladores y sentencias dictada en los procedimientos matrimoniales o de guarda y custodia siempre se ha hecho referencia separada a la asignación de la patria potestad, normalmente atribuida a ambos cónyuges, y la atribución de la guarda y custodia de los menores, atribuida en la mayoría de las ocasiones a uno sólo de ellos.

filiación, matrimonio y menores[29]. Como expondré en el siguiente epígrafe, la dicotomía existente entre ambas instituciones, produce numerosos problemas y enfrentamientos entre los progenitores que podrían solucionarse si se procediera a la unificación terminológica de ambas figuras.

2. Problemas prácticos de la distinción y posibles vías de solución. La unificación terminológica y la corresponsabilidad familiar

A) Presupuestos preliminares. Intentos de delimitación de ambas figuras

La delimitación de los conceptos de patria potestad y guarda y custodia ha sido objeto de numerosas interpretaciones doctrinales que se han ido sucediendo, dada la dificultad no sólo teórica sino también práctica, que en muchas ocasiones se da a la hora de determinar las funciones que se encuadran dentro de una u otra institución. Así, no hay que olvidar que la guarda de los hijos menores es una de las funciones inherentes a la patria potestad, y por ello, las funciones atribuidas a la guarda y custodia, quedarían subsumidas dentro de una institución más amplia que sería la patria potestad.

A diferencia de lo que ocurre en España, donde se distingue la patria potestad de la custodia, en la mayoría de los países de nuestro entorno, no se produce tal desdoblamiento. De esta manera, en gran parte de ellos y hasta fechas relativamente recientes, la responsabilidad parental se atribuía de forma exclusiva a uno de los progenitores, lo que suponía que quien ostentaba la responsabilidad parental estaba capacitado para, de forma unilateral, tomar todas las decisiones referentes al menor, conservando el otro progenitor tan solo un derecho de información y de comunicación en relación con los hijos comunes. Es evidente que esta situación vulneraba el principio de igualdad entre los progenitores, lo que provocó un movimiento legislativo que llevó al reconocimiento de la responsabilidad compartida, que no custodia, en la mayoría de los países europeos.

Es una realidad que la mayoría de los ordenamientos europeos, al igual que en el sistema británico, no diferencian entre patria potestad y guarda y custodia como una parte

[29]A tal efecto, tener en cuenta que los arts. 748 y 769, apartados 1 y 2, han sido objeto de modificación por virtud de la Disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (BOE 158/2015, de 3 de julio 2015), por la que se modifican determinados artículos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

de aquella referida a su ejercicio directo. En ellos, el uso del término *jointcustody*es empleado para referirse a lo que en España se conoce como patria potestad y por ejemplo en Aragón como autoridad familiar.De esta forma, el progenitor custodio es el que asume en exclusiva la responsabilidad sobre él o la menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida de su hijo, excluyendo al progenitor no custodio de cualquier toma de decisiones[30]. La expresión inglesa más parecida a lo que se entiende aquí por custodia compartida sería la de *shared custody*. No obstante, esta expresión adolece de los mismos defectos ya apuntados que su equivalente español frente a "custodia alternativa" por lo que sería más correcto emplear el término *alternating residence*, empleado en los *CEFL Principles*[31].

La distinción de ambas figuras ha sido superada en países como Francia, donde se ha superado la delimitación entre patria potestad y guarda de los hijos, refiriéndose solamente al término *autoritéparentale* que vendría a ser lo que aquí se conoce como patria potestad. El contenido de la responsabilidad parental se regula en la Ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002[32], que supuso la modificación de determinados preceptos del *Code*en esta materia. Con la referida ley, despareció el concepto de custodia, para hablar de ejercicio común de la autoridad parental, dando relevancia al convenio presentado por los padres y el establecimiento de fórmulas de mediación para el supuesto de desacuerdo entre ellos[33].

Por ello, el Derecho francés, a diferencia de lo que ocurre en el español, no ha acuñado un concepto similar al de guarda y custodia ya que en todo momento, el *Code*se refiere a "modalidades en el ejercicio de la autoridad parental". El término *autoritéparentale,* como he referido,es el utilizado en la legislación francesa para referirse a lo que en nuestro derecho es el equivalente de patria potestad[34].

[30]PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida" [en línea]. [Consulta: 10 de julio de 2013]. Disponible en: http://www.mujeresjuristasthemis.org/estudio/custodia/compartida

[31] HAYDEN A., "Shared Custody: a comparativestudy of the position in Spain and England", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 1, 2011, pp. 19-20. [Consulta: 1 de junio de 2014]. Disponible en: http://www.Indret.com

[32] Ley Segolène Royal, ya que fue impulsada por la ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal.

[33]LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., pp. 313-346.

[34] El *Code* define l'*autoritéparentale* en el art. 371-1 *"L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant"*.

De este modo, se impone a los progenitores con respecto a sus hijos menores o incapacitados, obligaciones de contenido personal similares a las previstas en el art. 154.2º C.c.

Contrariamente al Derecho francés y más en la línea del Derecho español, el sistema civil italiano distingue, por una parte, el conjunto de derechos y obligaciones que conforman la denominada *potestà genitorale* de aquellas cuestiones que van a pertenecer a la administración ordinaria del menor, al "día a día", que recibe el nombre de *affidamento*, y que vendría a ser el equivalente de lo que en el Derecho español se denomina custodia compartida. Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2006 de 8 de febrero, se ha modificado el régimen del *affidamento* en el *Codice Civile*. El art. 1 de la Ley 54/2006 modifica el art. 155 *Codice*que establecía que, en los supuestos de separación, se atribuía el ejercicio exclusivo de la *potestà* al progenitor a quien se confiaba el cuidado del menor. Tras la reforma del 2006, la legislación italiana establece varios tipos de *affidamento*[35],

Sin embargo, el art. 372 *Code*, establece excepciones al ejercicio conjunto de dicha responsabilidad en varios supuestos: 1.- Cuando la filiación se determine respecto de uno de ellos más de un año después del nacimiento del hijo cuya filiación ya estuviera determinada respecto del otro, este resultará el único investido del ejercicio de la patria potestad. 2.- Cuando la filiación sea declarada judicialmente respecto del segundo progenitor del o la menor.

En estos supuestos, el ejercicio de la *autorité parentale* le corresponde de forma exclusiva al progenitor que hubiera reconocido la filiación inicialmente, salvo que ambos progenitores lleven a cabo una declaración conjunta del ejercicio común ante el Secretario Jefe del Tribunal de Gran Instancia o por el Juez de Familia lo haya acordado.

Para comentar esta disposición se ha utilizado la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Código Civil Francés*, edición bilingüe, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

[35]El *affidamento condiviso*, es la novedad introducida con la nueva redacción del art. 155 *Codice Civile*. El Juez, al regular los efectos de la ruptura de los cónyuges, debe valorar prioritariamente la posibilidad de otorgar un *affidamento condiviso* que permita a ambos progenitores tener una intervención directa en la evolución y desarrollo de sus hijos, siendo que el único criterio a seguir para otorgar esta modalidad de *affidamento* es el interés moral o material del menor, anteponiéndolo al deseo o a las exigencias de sus progenitores, a fin de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias que pudieran derivarse de su ruptura. Vemos pues como esta modalidad vendría a ser el equivalente a la custodia compartida que se recoge en las leyes autonómicas estudiadas. Al igual que establece la legislación aragonesa y la valenciana, se establece de forma preferente o prioritaria esta modalidad siendo el criterio rector para otorgar esta modalidad de custodia, el interés del menor.

Affidamento congiunto. Esta modalidad se identifica con el ejercicio conjunto de la *potestàgenitorale*, en la que ambos progenitores pueden y deben intervenir, de forma igualitaria, en la educación de sus hijos, corresponsabilizándose ambos en la crianza de los hijos, aunque sólo uno de los progenitores conviva con el menor. No hay que olvidar que hasta hace unos años, en el Derecho italiano se atribuía la *potestàgenitorale* a uno sólo de los cónyuges, lo que suponía para el otro, la pérdida de la intervención en la dirección del desarrollo y evolución del menor.

Affidamento alternato. Este tipo de *affidamento* sí exige la alternancia de periodos más o menos largos, de convivencia con uno y otro progenitor, bien mudando el menor al domicilio de cada uno de los progenitores o bien alternando los propios progenitores la convivencia en el domicilio que fuera común. Lo cierto es que a pesar de estar contemplada esta modalidad de custodia, la jurisprudencia italiana ha sido reticente a su aplicación y ello por considerar que, salvo casos excepcionales, el *affidamento alternato* no sólo no protege el interés del menor, sino que presenta un peligro para su formación equilibrada, por considerar que no proporciona al menor la seguridad y estabilidad necesarias para su adecuado desarrollo personal.

Affidamento exclusivo, supone la atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores. Según esta modalidad, el Juez tiene la potestad de atribuir, bien de oficio o bien a petición de parte, la custodia de los hijos a uno sólo de los progenitores en caso de que considere que de esta manera se protege mejor el

siendo el denominado *affidamentocondiviso* el que vendría a asimilarse a lo que en nuestro ordenamiento se denomina custodia compartida.

El ordenamiento jurídico español ha regulado la patria potestad partiendo de la institución romana de la *patria potestas*.Así, y de acuerdo con el art. 154 C.c., la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades de los padres respecto de sus hijos: *"1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"*; en la expresión *"velar por ellos y tenerlos en su compañía"* se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad, que comprende además funciones de representación y administración de los bienes del menor. Va a suponer por tanto, un conjunto de derechos y obligaciones, que tienen los padres sobre los hijos, entre los que están la obligación de protección, de cuidado, de asistencia y educación, y que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, teniendo en cuenta su personalidad y respetando su integridad física y psicológica.

Para RIVERO HERNÁNDEZ[36]hay que ir más allá en cuanto al concepto de la patria potestad, definiéndola como "una función que el Estado, la sociedad, confía a los padres, pero el ámbito de poder que ese *officium* les confiere, y el interés de los padres en ese marco, no es ya en interés propiamente suyo, ni siquiera interés familiar, sino precisamente en interés del hijo menor (art. 154-2º C.c.). Al Estado y a la sociedad les interesa como se forma y educa al menor, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, como pasa de niño a ciudadano adulto, porque, además de su valor social, aquellos (Estado, sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es pues evidente, el interés público implicado en esta cuestión".

Ante todo, y si bien deben diferenciarse las instituciones de la potestad que los progenitores tienen atribuida legalmente respecto de sus hijos menores de edad, de la denominada custodia, no hay que dejar de tener presente que la guarda y custodia de los hijos, es una función inherente a la patria potestad, y que por ello, queda englobada dentro

interés del menor, y siempre salvaguardando lo previsto en el art. 155 *Codice Civile*, esto es, el derecho del menor a mantener una relación equilibrada y continua con ambos progenitores, de recibir los cuidados y la educación por parte de ambos así como por parte de los familiares y ascendientes de ambas líneas familiares.

[36] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

de la misma, de ahí la estrecha vinculación existente entre ambas, y derivada de ella, los problemas que en muchas ocasiones plantea su distinción.

Las instituciones de la potestad se refieren a funciones de representación legal y a decisiones de trascendencia referidas a los menores como pudieran ser disposiciones patrimoniales, cambios en el proyecto educativo, o intervenciones quirúrgicas, mientras que la custodia va relacionada con la guarda de hecho, es decir, con la atención cotidiana y las decisiones que diariamente hay que tomar referidas al menor. Por su parte, el término guarda y custodia irá referido al cuidado personal de los hijos. Supone algo más que guarda y vendría a ser una guarda cuidadosa y diligente, por lo que al unirse al término guarda, se trataría de reforzar el cuidado de los hijos, circunscribiéndose la expresión guarda y custodia a la función ejercida por uno o ambos progenitores, reservándose el empleo de guarda para los casos en que ese cuidado es desarrollado por un tercero, que podría ser un tutor, guardador de hecho o entidad pública[37].

El ejercicio de la guarda implica en palabras de ESPARZA OLCINA[38], el poder de adoptar las decisiones con repercusión en todos los aspectos de la vida cotidiana de los hijos. Por el contrario, aquellas decisiones más trascendentes en el ámbito social, jurídico, educativo o sanitario, que excedan del ámbito de lo diario, quedan dentro de la patria potestad, poder este último que suele atribuirse en la mayor parte de los supuestos de nulidad, separación y divorcio, así como de ruptura de la convivencia, a ambos progenitores.

En principio, y con las salvedades referidas anteriormente, deben distinguirse los conceptos de guarda y custodia y patria potestad, pues si bien es indudable la clara vinculación y cercanía de ambas instituciones[39], sin embargo es posible sostener que ambas figuras no son lo mismo, habida cuenta la existencia de ciertos elementos que

[37] LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., p. 50.

[38] ESPARZA OLCINA, C., "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 17, 2014, p. 184. [Consulta: 1 de febrero de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

[39] El art. 154 C.c. dispone que: "*Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos*".

otorgan fisonomía jurídica propia a cada una de ellas[40]. Mientras los progenitores viven juntos, la guarda queda subsumida dentro de la potestad parental[41] y, por ello, difícilmente se pueden diferenciar las funciones entre la potestad parental y la guarda, en tanto que titulares de la patria potestad. Es a partir del momento de la ruptura de la convivencia entre los progenitores cuando habrá que definir el contenido de la potestad parental y de la guarda y custodia. Para algunos autores, no es posible que ambos progenitores ejerzan materialmente y al unísono la potestad parental en todo momento[42]. Es en el momento de la ruptura cuando se plantea si la guarda y custodia de los hijos – como parte de la patria potestad – deberá de ser concedida de forma individual y exclusiva a uno sólo de los padres o, por el contrario, deberá de ser atribuida conjuntamente a ambos de acuerdo al superior interés del hijo. En todo caso, una vez se haya atribuido la custodia de los hijos, bien de forma exclusiva o bien de forma compartida, el resto de las facultades y funciones que integran el contenido de la potestad parental corresponderá a ambos progenitores, que continúan compartiendo la titularidad y ejercicio de misma, salvo los supuestos en que por sentencia firme se hubiera dispuesto otra cosa[43].

En la práctica, nos vamos a encontrar con una ardua tarea a la hora de diferenciar qué funciones se van a subsumir dentro de la potestad parental y cuales dentro de la guarda, siendo que dicha dificultad todavía va a ser mayor en los supuestos en que se ejerza de forma compartida por ambos progenitores, la guarda y custodia de los menores. En este

[40] Vid., en este sentido LATHOP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., pp. 54-55, reseña que en el Derecho francés, la legislación civil no distingue con nitidez entre patria potestad y guarda de los hijos, refiriéndose solamente a la primera de estas figuras. El equivalente al art. 154 C.c., lo encontramos en el art. 371.1 *Code,* que establece que la *autorité parentale* (patria potestad) es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del hijo, y determinando su contenido, agrega que pertenecen al padre y a la madre hasta la mayoría de edad del hijo, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

En Alemania, la ley efectúa una cierta diferenciación entre ambas instituciones, si bien no por ello dejan de conformar una única unidad. El parágrafo 1626.1 BGB establece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad, función genérica denominada cuidado paterno, y que comporta tanto la atención de la persona del hijo, que recibe el nombre de cuidado personal, como de su patrimonio, designado como administrador patrimonial. El contenido del derecho de cuidado personal comprende el derecho y la obligación de determinar su crianza, educación, guarda y residencia. Vemos pues como se trata de nociones amplias de patria potestad que agrupan tanto al aspecto personal como el patrimonial de la relación filial.

[41] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 81.

[42] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…..", cit., p. 84.

[43] PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 59.

sentido, GONZÁLEZ DEL POZO[44] refiere que las zonas limítrofes entre ambas instituciones "…constituyen una auténtica ciénaga jurídica en la que quedan los particulares empantanados en los lodos de la duda, la inseguridad y, no pocas veces, la perplejidad".

A este respecto, no hay que perder de referencia que la custodia se identifica más con la atención diaria del menor, su cuidado directo, la convivencia diaria y el contacto continuado; se trata de una facultad que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario del menor. Por su parte, la patria potestad tiene un contenido más amplio que irá referido a la educación, deber de alimentos, administración de sus bienes, etc. En este sentido, la potestad parental se configura como "*una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los progenitores y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial. Se concibe así como un derecho-deber o como un derecho función (STS 31-12-96 y 1-10-91), que puede, en determinados casos, y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el art. 136 Código de Familia, que más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo"*[45].

La custodia se configura como el derecho de los progenitores a estar en compañía de los menores –siendo sólo uno de los elementos integrantes de la patria potestad-,

[44] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Posibilidad de concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 86, 2009, p. 3. [Consulta: 5 de abril de 2013]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[45] SAP Barcelona de 24 julio 2012 (Id. Cendoj 08019370182012100472).

suponiendo el cuidado directo del niño, la convivencia y el contacto continuado con él, esto es, se identifica con la atención y el cuidado diario del menor[46].

En palabras de CAMPO IZQUIERDO[47], sería "el derecho deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día".

Por su parte, para PÉREZ SALAZAR-RESANO[48], y en esta misma línea PINTO ANDRADE[49], refiere que la "guarda y custodia se identifica, en el Derecho español, con el cuidado y atención diaria, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, y que esa convivencia habitual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia".

Este derecho queda en cierta manera subsumido dentro del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que se recogen en el art. 154 C.c., que tiene un contenido más amplio: educación, alimentación, disposiciones patrimoniales, etc.

La patria potestad podría definirse como la función tuitiva o protectora atribuida por ley a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapacitados y que va encaminada a garantizar a estos menores, el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes y que comprende un conjunto de derechos y de obligaciones consistentes, según los términos del art. 154 C.c., en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes[50]. Supone la juridificación de unas obligaciones humanas y morales que todo padre

[46]VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 81.

[47] CAMPO IZQUIERDO, A.L., "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p. 10. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[48]PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P., y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, 2ª edic., ed. Sepín, Madrid, 2005, p. 184.

[49]PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 586.

Para el autor, la custodia queda ligada a la convivencia y, en consecuencia a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina, así como al orden común y diario de vida.

[50] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Custodia *versus* patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra", en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 93, 2009, pp. 1-3. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

tiene para con sus hijos menores y que no tiene su origen en la ley, sino en el propio hecho de la procreación[51].

Los deberes y facultades que integran la patria potestad corresponden a los progenitores tanto durante la convivencia de ambos como en el supuesto de ruptura de la convivencia, como así se desprende del art. 92 C.c., que refiere que "*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*", así como también del art. 103.1 C.c. que exige al Juez determinar, en interés de los hijos, "*la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos*…". Por el contrario, la guarda no es más que el ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor, se relaciona más con la residencia o convivencia y se centra en el cuidado cotidiano del día a día.

Se ve, pues, que la patria potestad es un concepto más amplio que el de custodia, produciéndose tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, una escisión entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, que corresponde a ambos progenitores y por tanto implica el concurso de ambos para las decisiones que tienen cierta trascendencia, y el ejercicio de la custodia, que en la mayoría de los casos y hasta fechas recientes, correspondía a uno sólo de ellos. Mientras dure la convivencia de los progenitores con hijos sujetos a patria potestad, la diferenciación entre titularidad y ejercicio de la patria potestad se diluye y ello por cuanto que ambos progenitores ostentan y ejercen conjuntamente la titularidad y el ejercicio de los deberes y facultades que comprende la patria potestad[52]. En el momento en que se produzca la ruptura de la convivencia, será cuando el ejercicio se desglose de la titularidad, de modo que, por regla general, ambos

[51]En tal sentido, vid., MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7267, 2009, Año XXX, p. 1. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

AGUILERA RODERO, J., "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 7826, 2012, Año XXXIII, p. 1. [Consulta: 25 de marzo de 2013]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[52] HERMIDA BELLOT, B., La custodia compartida en el Derecho común español: situación actual y crítica de la regulación vigente. Propuestas de mejora, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., y FERRANDO NICOLAU, E. (Co-directoras), Inédito, p. 12.

progenitores serán titulares de la patria potestad, sin embargo, su ejercicio corresponderá a aquel de los progenitores a quien se atribuya la guarda y custodia[53].

Así parece desprenderse de lo dispuesto en el apartado 5º del art. 156 C.c.[54], así como en el apartado 4º del art. 92 C.c.[55]. Estos artículos parecen equiparar el ejercicio de la patria potestad con el concepto de guarda y custodia, por lo tanto, si la titularidad de la patria potestad se atribuye a los dos progenitores pero el ejercicio corresponde solamente al custodio, cabrá plantearse la cuestión de si no es posible que para el progenitor que no ejerce la patria potestad, la titularidad de ésta pueda resultar un concepto vacío de contenido, al no poder ejercerla materialmente[56]. En la práctica, y en la mayoría de los casos, el Juez atribuye el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores y ello salvo que se den razones de peso para atribuir dicho ejercicio a uno de los cónyuges, razones que deben estar debidamente acreditadas y no basarse en las meras conjeturas sin prueba alguna de alguno de los progenitores[57].

Cuando la patria potestad se separa legalmente de la custodia, la guarda y custodia o el cuidado de los menores, permanecen en la primera el conjunto de derechos-deberes que, sin estar ligados a la convivencia por la necesidad de inmediatez de su ejercicio, tienen una cierta relevancia y trascendencia, de manera que su privación a uno de los padres, exigiría el reconocimiento judicial de una causa grave, que sea perjudicial para el menor. En consecuencia, aunque los padres no vivan juntos, pueden ejercer estas funciones residuales conjuntamente, por tratarse de decisiones que no precisan de unidad en el espacio para tomarlas, ni presencia conjunta para su adopción. En los supuestos en que la

[53] PASTOR VITA, F.J., "Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", en *Revista de Derecho de Familia* [en línea], núm. 28, 2005, p. 43. [Consulta: 10 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[54] El párrafo 5º del art. 156 C.c., dispone que "*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*".

[55] El apartado 4º del art. 92 C.c. refiere que "*Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir en beneficio de los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges*".

[56] En este sentido HERMIDA BELLOT, B., La custodia compartida…, cit., p. 13.

[57] De esta manera, el ejercicio exclusivo se ha acordado en supuestos en los que ha quedado acreditada la falta de relación del padre durante un tiempo prolongado con los menores, y seguir éste un tratamiento de desintoxicación (SAP Las Palmas de 13 enero 2003 (Id Cendoj: 35016370052003100427)); cuando el padre ha abusado sexualmente de la menor (SAP Baleares de 6 junio 2005 (Id Cendoj: 07040370032005100243)); por existir condena por malos tratos del padre, padecer el padre debilidad mental que influya en su autogobierno, detectarse en el padre problemas de pedofilia que implican riesgo para los menores, etc.

custodia se desgaja de la patria potestad, se comprenden en ella un conjunto de derechos-deberes menos trascendentes y relevantes, cuyo ejercicio es inherente a la presencia física, actual o habitual, conjunta de quien la ejerce y de quien la recibe[58].

A la vista de lo expuesto, lo que resulta evidente es que no son equiparables la patria potestad y la guarda y custodia, ya sea ésta individual o compartida, pues la guarda y custodia quedará integrada en la patria potestad[59].

La distinción no es baladí, pues no nos encontramos ante una decisión desprovista de relevancia práctica. Al contrario, esta escisión existente y que ha sido superada por muchos países de nuestro entorno utilizando una única terminología que engloba a ambos conceptos tal y como he referido antes, va a producir un sinfín de conflictos entre los progenitores. En la práctica diaria de los Tribunales, son muchos los conflictos que se plantean en orden a determinar si una decisión, como pueda ser la comunión del hijo, o un traslado de domicilio, se engloba dentro de las facultades atribuidas a la patria potestad o por el contrario, se engloban dentro del ámbito del ejercicio de la custodia.

Es muy usual en la práctica que el progenitor al que se le atribuye la custodia exclusiva del menor en el convenio o en la resolución judicial pertinente, se crea en la facultad de decidir unilateralmente todas las cuestiones que afecten a la vida del menor, y que en realidad, van referidas a la patria potestad, cuando esto no debiera ser así. El progenitor custodio no puede adoptar en solitario, sin consultar con el otro progenitor, decisiones sobre aspectos trascendentes en la vida y desarrollo del hijo común. Ninguna duda cabe de que para el adecuado ejercicio de la función de velar por los hijos, que incumbe por igual a ambos progenitores, el no custodio tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones o asuntos de importancia que afecten a la vida, salud, educación y formación integral del menor, al menos en igual medida que el otro progenitor, no debiendo quedar excluido en la toma de decisiones sobre aquellos aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre el menor.

[58] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 587.

[59] En este sentido GARCÍA RUBIO, M.P., y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", en *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea], núm. 8, 2006, p. 104. [Consulta: 10 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.jcyl.es/revistajuridica

Refieren que la custodia compartida es una modalidad de ejercicio de la patria potestad.

Para MORENO VELASCO, el punto de partida es la obligación recíproca de los progenitores de información al otro de aquellas cuestiones de relevancia en la vida del menor, llegando incluso a afirmar que, dicha obligación, debería ser impuesta por resolución judicial si se considerara necesario[60].

De este modo, autores como PÉREZ – SALAZAR RESANO[61], señalan que dentro de las funciones que comprenden el ejercicio de la patria potestad, el titular de la guarda y custodia debe procurar el cuidado diario del menor, atendiendo a las necesidades inmediatas del hijo que sean de menor trascendencia, mientras que otras cuestiones más relevantes, se incluyen dentro del ámbito de la titularidad de la patria potestad, y no de la guarda y custodia, debiendo participar ambos progenitores en la toma de estas decisiones.

No obstante todo ello, no debemos ver en esta disociación de conceptos un escollo insalvable a la armonización terminológica en esta materia. Para ello contamos con el Reglamento comunitario 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se derogó el Reglamento comunitario 1347/2000. Este instrumento facilita en su art. 2 una serie de definiciones de gran utilidad[62]. El concepto de custodia acogido por el Reglamento es mucho más amplio que el manejado en nuestro país por doctrina y jurisprudencia, donde el progenitor custodio no puede elegir unilateralmente el lugar de residencia de los hijos comunes.

A pesar de su aplicación directa en el Estado español, los legisladores autonómicos suelen caracterizarse por inventar nuevas denominaciones para instituciones ya bien definidas en este texto u otros de corte semejante, ignorando asimismo las recomendaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, a menudo sin explicar mínimamente su significado y resultando similares, cuando no idénticas, a aquellas instituciones. Esta forma de actuar parece responder a un ansia de diferenciación con el

[60]MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión…", cit., p. 4.

[61]Vid. PÉREZ –SALAZAR RESANO, M., "Patria Potestad", cit., p. 184.

[62] Entre otras, hace alusión a la responsabilidad parental (apartado 7): derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

Igualmente, se refiere a los derechos de custodia (apartado 9): entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia, así como al derecho de visita (apartado 10): en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

resto de ordenamientos jurídicos (como también se advierte en los preámbulos de leyes como la 2/2010 o la Ley de mediación), que, obedeciendo a motivos políticos, únicamente redunda en una redacción más confusa de las normas, con los consiguientes problemas de interpretación que ello conlleva.

B) La determinación en la resolución judicial de las decisiones propias de la guarda y custodia y las que lo son de la patria potestad

En un intento de evitar futuros conflictos en el ámbito de determinar el linde de los ámbitos de decisión propios de la patria potestad y de la guarda y custodia, se propuso acertadamente por GONZÁLEZ DEL POZO[63], entre otros, la posibilidad de determinar en la resolución judicial de custodia, las decisiones sobre el menor que debieran adoptarse conjuntamente por ambos progenitores. Este tipo de pronunciamientos en que se fijarán qué decisiones corresponden a uno y cuáles a ambos progenitores, como hizo la SAP Pamplona de 28 septiembre 2012[64], generaría menos conflictos que aquellos otros, en la

[63]Así lo entiende GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Custodia *versus* patria potestad…", cit., p. 8. El autor refiere mostrarse decidido a que el Juez establezca, en la resolución judicial de atribución de ejercicio conjunto de patria potestad a ambos progenitores y custodia exclusiva a uno de ellos, "un pronunciamiento expreso disponiendo qué decisiones relativas a la vida del menor constituyen actos de ejercicio ordinario de la patria potestad y puede adoptar por sí solo el progenitor que tenga consigo al menor en virtud del régimen de guarda o estancias fijado, sin consentimiento del otro progenitor (serían aquellos referidos en el art. 156.1º, como *"los que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad")* y cuáles otras requieren el consentimiento de ambos progenitores, como cotitulares del ejercicio de la patria potestad, con el subsidiario recurso al Juez en caso de desacuerdo.

[64] Id Cendoj: 31201370022012100396. La Sala, al atribuir la patria potestad del menor a ambos progenitores, establece esta atribución compartida *"implica que deben comunicarse las decisiones que respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del mismo deban conocer ambos padres. Para ello deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará telefónicamente o por e-mail y el otro deberá contestar por cualquiera de los medios descritos entendiendo que si no contesta presta su conformidad. Ambos padres, en consecuencia, participarán en las decisiones que con respecto a su hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las relativas a la residencia o las que afecten al ámbito escolar, sanitario o celebraciones religiosas. Sobre esta base se impone la intervención de ambos en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal tanto si entraña gastos como si está cubierto por el seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos en las celebraciones religiosas tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quien le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vayan a tener lugar los actos. Ambos deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tiene derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de su hijo y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor que en ese momento se encuentre con el niño podrá no obstante adoptar decisiones respecto a las mismas sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas*

práctica generalizados, que se limitan a expresar que la patria potestad deberá ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, sin ninguna precisión adicional de cuáles son las decisiones subsumibles dentro de la misma.

En esta misma línea, autores como ESPINOSA CONDE, GONZÁLEZ DEL POZO[65], MAGRO SERVET y PÉREZ MARÍN, se han pronunciado en el sentido de que sería aconsejable que en las resoluciones judiciales se hiciera mención específica de las funciones propias de la patria potestad que se atribuyen a uno y otro progenitor, sobre todo en aquellos casos de temas vinculados a aspectos de la vida diaria de los menores. Refieren que sería aconsejable especificar en las resoluciones judiciales de atribución de titularidad de patria potestad y de guarda y custodia a los progenitores, un pronunciamiento expreso disponiendo qué decisiones relativas a la vida del menor constituyen actos de ejercicio de la patria potestad y cuáles formarían parte del ejercicio de la guarda y custodia, y por ello podría adoptar por sí solo el progenitor que tenga consigo al menor en virtud del régimen de guarda y estancias fijado, sin consentimiento del otro progenitor[66].

De acuerdo con ello, cabría entender que forman parte del ámbito de decisión exclusivo del progenitor custodio, como actos que conforman el contenido ordinario y habitual del ejercicio de la guarda, aquellas decisiones de menor rango que han de

decisiones diarias poco transcendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse".

[65] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Posibilidad de concreción del contenido…", cit., pp. 3-4.

Propone el autor que, en las resoluciones judiciales de atribución de titularidad de patria potestad se recoja una fórmula genérica que quedaría de la siguiente manera: "La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular, quedan sometidas a este régimen, y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor y los posteriores traslados de domicilio de este; las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, al adoctrinamiento del menor en una determinada confesión religiosa y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos, incluidos los estéticos, salvo en los casos de urente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas y las actividades extraescolares, de carácter deportivo, formativo o lúdico que realice el menor. Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor, custodio o no custodio, que tenga consigo al menor, en cumplimiento del régimen de guarda y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite".

Añade que "este tipo de pronunciamiento en que se fijan qué decisiones corresponden a uno y cuáles a ambos progenitores, ofrece, varias ventajas frente al pronunciamiento que se limita a expresar que la patria potestad deberá ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, sin ninguna precisión adicional".

[66] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Posibilidad de concreción del contenido…", cit., pp. 2-5.

adoptarse en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en su educación y desarrollo. Entre estas decisiones, cabría incluir las relativas a excursiones o actividades escolares esporádicas o no permanentes, la solicitud de becas o ayudas para estudios, libros o comedor escolar, la asistencia del menor a convivencias o actividades extraescolares únicas, viajes de estudios, revisiones pediátricas, asistencia médica en caso de accidentes de pequeña relevancia o enfermedades leves, etc.

Por el contrario, se entiende que exceden del contenido de la guarda y constituyen actos de ejercicio de la patria potestad, aquellos que no son realizados usualmente por uno sólo de los progenitores, sino que ordinaria y habitualmente, debieran ser llevados a cabo por ambos por implicar decisiones de gran trascendencia e importante repercusión en la vida del menor. En este sentido, se incluirían los actos relativos a la fijación del domicilio del menor[67], a la elección de centro escolar público o privado[68], los posibles cambios tanto de residencia como de colegio, educación en valores religiosos o enseñanza laica, el bautismo, la comunión y otras celebraciones religiosas[69], el sometimiento a intervenciones quirúrgicas (fuera de los supuestos de urgencia vital) o tratamientos médicos agresivos, la determinación del tipo de actividades extraescolares que ha de realizar el menor (baloncesto, fútbol, piano, natación, etc.), etc.

No obstante todo ello, la opción de concretar en la propia resolución judicial las funciones de la patria potestad y las de la guarda y custodia atribuibles a cada uno de los cónyuges, no va a solucionar el problema, si bien en ocasiones podrá mitigarlo, y ello por cuanto que es prácticamente imposible poder incluir en la resolución judicial todas y cada una de las posibles cuestiones conflictivas que se pueden generar en este ámbito, no

[67] En este sentido destaca la STS de 26 octubre 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100608). Se plantea si como consecuencia de haberse asignado a la esposa la guarda y custodia de la hija menor, aquélla puede trasladarse sin más a Nueva York con la menor. El recurso de casación se dirige a combatir el pronunciamiento de la sentencia que refiere: *"la guarda y custodia de la menor…se atribuye a su madre,… siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija"*. A este respecto, para el TS la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad deriva, entre otras cosas, la fijación del domicilio familiar.

[68] PÉREZ MARTÍN, A.J., "Posibilidad de concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 86, 2009, p. 6. [Consulta: 5 de abril de 2013]. Disponible en: http://www.elderecho.com

Para Pérez Martín, esta decisión entra de lleno en las funciones inherentes a la patria potestad ordinaria, pero el progenitor no custodio se entera muy a posteriori de la decisión, muchas veces cuando ya se ha iniciado el curso. Refiere el autor que, si en la sentencia se especificase que el cambio de colegio requiere el previo consentimiento de los padres o la autorización judicial, posiblemente el progenitor custodio se pensaría mejor tomar la decisión unilateralmente e incumplir la sentencia.

[69] SAP Pamplona de 26 julio 2011 (Id Cendoj: 31201370022011100232).

pudiéndose hacer una previsión de todas ellas. No obstante, el hecho de incluir las más comunes en la práctica, evitaría en muchas ocasiones tener que acudir a la fase de ejecución de dicha resolución judicial, así como en consecuencia, el colapso judicial y la excesiva judicialización que, por desgracia, existe con este tipo de situaciones surgidas con causa del ejercicio de la patria potestad en el seno de los procesos de familia.

Por mucho que se quieran prever las posibilidades concretas de problemas que pueden producirse en el futuro, nunca se alcanzará la infinita variedad de cuestiones conflictivas que se puedan presentar.

Partiendo de que preverlo todo es misión harto complicada, por no decir que prácticamente imposible, sería favorable que cuanto menos, se especificarán aquellas cuestiones que con frecuencia suelen plantear conflictividad entre las partes, reseñando entre estas, la determinación de posibles cambios de residencia de los hijos derivados de cambios de residencia de los padres, en los supuestos de enfermedades crónicas o largos tratamientos, especificar quien ha de tomar las decisiones referentes a los mismos, para evitar tener que acudir al Juez para determinar estas cuestiones y otras que se plantean de forma habitual.

Yendo incluso más allá, MORENO VELASCO se pronuncia en términos de que siendo el contenido de la patria potestad una materia tan casuística, sería aconsejable no sólo que el juzgador plasmara en sus resoluciones judiciales las decisiones que entrarían dentro del ejercicio de la patria potestad, sino que incluso los letrados, en la redacción del convenio regulador o pacto de convivencia o de parentalidad, incluyéramos qué decisiones se englobarían dentro del ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores y cuáles estarían dentro del uso social o cotidiano que puede ser adoptada por uno sólo de los progenitores[70]. No me parece una opción descabellada ya que se evitarían muchas contiendas judiciales derivadas de este tipo de supuestos, si bien insisto en que dada la gran casuística que se puede plantear en este tipo de situaciones, tampoco se llega a zanjar el problema con esta solución.

[70]MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión…", cit., p. 6.

C) Hacia la unificación terminológica

Dada la controversia existente en cuanto a la distinción terminológica de ambos conceptos, en mi opinión, la mejor solución para mitigar, al menos en parte, los problemas prácticos que se plantean por la distinción de ambas instituciones, sería unificar la terminología e introducir el concepto de corresponsabilidad parental, sobre todo en los supuestos en los que se acuerde la guarda y custodia compartida de los menores. De esta forma, desaparecería la distinción entre custodia y patria potestad en consonancia con la situación existente en el Derecho extranjero, conforme he referido en el epígrafe anterior.

La corresponsabilidad parental se traduce en "el reparto efectivo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales"[71], siendo éste un término que parece ser adecuado para evitar la dicotomía existente.

En este sentido, es evidente que dada la tendencia existente a que la modalidad de custodia compartida se adopte como preferente, o cuanto menos, que esté en igual condición que la monoparental, el papel de los progenitores, que van a compartir la custodia de los menores así como la patria potestad en igualdad de condiciones y por tiempos iguales o prácticamente iguales, qué mejor que unificar la terminología para evitar los problemas prácticos que produce la dualidad de conceptos existentes. En las legislaciones de los países de nuestro entorno, el progenitor que ostenta la custodia es el que se responsabiliza del menor y decide sobre todos los aspectos de su vida excluyendo al no custodio. Para algunos autores, ello ha dado pie a la confusión en el término custodia compartida, pues se refiere a una traducción errónea del término anglosajón *jointcustody* que va referido, no a lo que nosotros entendemos por custodia sino a la patria potestad[72].

Sabido es que en la práctica, los términos guarda y custodia, junto con otros como régimen de visitas, comunicación y estancias, se interpretan en la mayoría de los casos por los titulares de tales derechos-deberes, no por su significado jurídico sino más bien por lo que implican de ser más o menos dueño de los hijos o de victoria o derrota en el

[71]Vid., MECO TÉBAR, F., "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 18, 2014, p. 426. [Consulta: 1 de febrero de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

[72]PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado…", cit.

procedimiento judicial correspondiente. Erróneamente se asocia que el progenitor que obtiene la guarda y custodia de los menores es el que obtiene el anhelado "trofeo", saliendo victorioso en el procedimiento contencioso instado, pues suele mal entenderse que esta atribución le confiere también el ejercicio exclusivo de la patria potestad y por tanto, la capacidad de decidir y solventar unilateralmente todas y cada una de las incidencias que pueden surgir en la vida de los menores, sin contar para ello con la opinión del otro progenitor, pese a que también ejerza la patria potestad sobre sus hijos, y sin pedir en caso de desacuerdo, autorización judicial alguna.

Todo ello ha llevado a plantear la posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas, y así ver de disminuir los niveles de conflicto existentes entre los progenitores.

En este sentido, SERRANO CASTRO[73], refiere que debemos guiarnos por la experiencia que nos ofrece la legislación de otros países y el propio legislador comunitario, quien en el Reglamento 2201/03[74] introduce el concepto de corresponsabilidad parental. Añade que en este sentido, ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones como la sentencia de 3 diciembre 2007[75], sentencia de 21 febrero 2007[76], confirmando ese criterio la Sección Segunda de la SAP Sevilla de 31 marzo 2008, recaída en ese último procedimiento, y sentencia de 11 julio 2008[77]. Justifica la opción en el hecho de que, dada la rivalidad parental existente, corresponde al tribunal intentar reducirla, y por ello, en la parte dispositiva de las resoluciones se omite, de forma consciente, hacer referencia expresa al término de "atribución de custodia", con la finalidad de eliminar o reducir, la carga e impacto emocional que es fuente y origen de conflictividad familiar. Se entiende conveniente, dada la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el de

[73] SERRANO CASTRO, F.de A., "Posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 83, 2008, p. 3. [Consulta: 10 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[74] EDL 2003/163324

[75] EDJ 2007/360755

[76] EDJ 2007/5216

[77] EDJ 2008/137400

mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida[78].

Si intentamos hacer una breve aproximación a la situación que ofrece sobre este aspecto el Derecho comparado, en éste se tiende, en general, a la desaparición de la diferenciación entre custodia y patria potestad. Las relaciones entre padres e hijos se encuentran caracterizadas por el principio de equiparación jurídica de ambos progenitores, lo que implica una titularidad conjunta y un ejercicio colegial de la patria potestad con identidad de derechos y obligaciones para los padres[79].

En este sentido, la legislación civil francesa no distingue con nitidez entre los conceptos de patria potestad y guarda de los hijos, refiriéndose solamente a la primera de estas figuras. El equivalente al art. 154 C.c. lo encontramos en el art. 371.1 *Code*, que establece que la *autorité parentale* (patria potestad) es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del hijo, y determinando su contenido, agrega que pertenecen al padre y a la madre hasta la mayoría de edad del hijo, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

Por su parte, en el Derecho alemán, la ley efectúa una cierta diferenciación entre ambas instituciones, si bien no por ello dejan de conformar una única unidad.Seestablece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad, función genérica denominada cuidado paterno, y que comporta tanto la atención de la persona del hijo, que recibe el nombre de cuidado personal, como de su patrimonio, designado como administrador patrimonial. El contenido del derecho de cuidado personal comprende el derecho y la obligación de determinar su crianza, educación, guarda y residencia.

[78] En las referidas sentencias "omito el concepto de guarda y custodia y literalmente acuerdo lo siguiente: "Ambos progenitores ejercerán compartida y conjuntamente la patria potestad sobre sus hijas, asumiendo ambos la plena corresponsabilidad parental sobre los mismos. Seguidamente se procede a realizar una distribución de los periodos de estancia y convivencia con cada progenitor". Expresamente, y de forma consciente, se omite hacer referencia expresa al término de "atribución de custodia" y con la finalidad de eliminar, o al menor reducir la carga e impacto emocional que es fuente de conflictividad familiar, y que provoca que los hijos se encuentren enfrentados a un conflicto de lealtades.

[79] FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida*…, cit., pp. 117-171.

Por el contrario, el Derecho italiano, como hemos referido anteriormente y siguiendo la línea del Derecho español, sí que distingue, por una parte, el conjunto de derechos y obligaciones que conforman la denominada *potestà genitorale* de aquellas cuestiones que van a pertenecer a la administración ordinaria del menor, al "día a día", que recibe el nombre de *affidamento*, y que vendría a ser el equivalente de lo que en el Derecho español se denomina custodia compartida.

Por todo ello, se viene propiciando desde diversos sectores doctrinales la sustitución del término patria potestad por el de corresponsabilidad parental. Se trata de superar "terminologías caducas que sólo fomentan la guerra y belicosidad en las contiendas judiciales…"[80]. Es evidente que con los cambios de mentalidad y actitud por parte de la sociedad española, el Derecho de familia quizá debiera responder a dichos cambios con modificaciones conceptuales que se adaptaran a la nueva realidad existente.

En esta tendencia hacía la unificación terminológica, ZARRALUQUI ha apostado claramente por "suprimir el término custodia y distribuir el tiempo en que los hijos deban permanecer con uno y otro de sus progenitores obedece a la realidad y elimina puntos de fricción, favoreciendo acuerdos"[81]. Dado que la tendencia es, siempre que se den las condiciones para ello, que ambos progenitores ejerzan conjuntamente las tareas de cuidado y atención para con sus hijos de forma continuada y conjunta, que se ejerza una verdadera corresponsabilidad parental, qué duda cabe de que todo ello debe reflejarse en cambios conceptuales que reflejen y recojan esta nueva tendencia, al menos en los supuestos en que ambos progenitores vayan a compartir el cuidado y atención de sus hijos de forma continuada. Cuestión distinta será que, por no darse las condiciones para ello, no pueda ejercerse por ambos esa corresponsabilidad parental, en cuyo caso, habrían de preverse los mecanismos y términos adecuados para estos supuestos, pues no podría hablarse de corresponsabilidad familiar cuando sólo uno de los progenitores se hiciera cargo del menor o cuando lo hiciera de forma continuada a salvo del régimen de visitas y estancias esporádicas para con el otro.

Por ello, y dada la tendencia existente, todavía resulta más justificado la unificación de ambos conceptos y la utilización de un término más amplio, como pudiera ser el de la

[80] SERRANO CASTRO, F., "Posibilidad de establecer un reparto de tiempo….", cit., pp. 3-4.
[81] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 4.

corresponsabilidad familiar, superando conceptos como patria potestad y custodia. En este sentido, se va superando el concepto de patria potestad en un intento de unificar la terminología utilizada hasta el momento.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, ya se refiere al ejercicio de la corresponsabilidad parental, superando el concepto de custodia, y siendo ello un síntoma claro de que hay que ir confluyendo al referido término. Así, en el propio título de la ley, ya se incluye este término. Por su parte, también las leyes autonómicas han establecido una terminología propia que parece ir en la línea de superar la antigua distinción existente; en este sentido, en la ley navarra sobre custodia compartida, se utiliza el término "responsabilidad parental"; el Capítulo VI, del Título III, del Libro Segundo del Código catalán, sustituye la anterior denominación de *potestat del pare i de la mare* por el término potestad parental, y el Código aragonés ha sido pionero al no utilizar ya la expresión patria potestad sino la de autoridad parental, terminología que también emplea la ley valenciana, abriendo así el debate a una futura unificación de los términos. No obstante todo ello, entiendo que se ha perdido una oportunidad para unificar la terminología empleada por cada una de las leyes autonómicas ya que resulta en cierto modo contradictorio, que se pretenda ir a una unificación de los términos utilizados hasta el momento, y que cada ley autonómica utilice una terminología distinta, con lo que nos encontramos nuevamente ante términos distintos que pueden dar lugar a confusión y en consecuencia a nuevos conflictos.

II. MODALIDADES DE CUSTODIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. Consideraciones previas

Tras haber definido el término custodia, y antes de adentrarme en el análisis de la expresión custodia compartida, trataré de determinar las distintas modalidades de custodia que se pueden dar en el ámbito de las relaciones paterno filiales.

En los supuestos de convivencia de los progenitores, la custodia se ejercerá conjuntamente por ambos, cumpliendo con la obligación legal que tienen los padres de vivir con los hijos, tenerlos en su compañía y participar de las decisiones domésticas que les afecten, de forma simultánea.

Por el contrario, en los supuestos en donde se produzca la ruptura de la convivencia de los progenitores, existen varias posibilidades en cuanto a la forma en que cada uno de los progenitores va a disfrutar de la compañía de sus hijos. Hasta tiempos recientes, la atribución a uno de los progenitores de la custodia individual sobre sus hijos y de un régimen de relación –de visitas- para con el otro progenitor, era la modalidad que se venía aplicando. Este régimen ha ido ampliándose de forma progresiva. Se ha pasado de la visita de los domingos del padre no custodio, pasando a fines de semana de sábado por la mañana a domingos por la tarde, a esos fines de semana pero de viernes tarde a domingo o incluso lunes, y a una o dos tardes durante la semana, algunas de ellas con pernocta, y todo ello junto con un reparto por mitad de vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, así como disfrutar del día del padre o de la madre, celebraciones familiares, etc.

En muchas ocasiones, si se hiciera una estimación aritmética del tiempo que permanecen los hijos con uno u otro de sus progenitores cuando existe una custodia monoparental pero con un amplio régimen de comunicación con el otro progenitor, alcanzaríamos la conclusión de que la diferencia en tiempo en que los hijos permanecen con el custodio frente al otro progenitor no es muy notable, se podría decir que prácticamente inexistente en muchos casos.

Tradicionalmente se venían distinguiendo dos modelos de custodia en el Derecho Civil español, si bien en los últimos tiempos, y dados los cambios legales y jurisprudenciales que se han producido como consecuencia de los cambios de mentalidad y de roles en la sociedad española, opino que más bien se podría hablar de tres modalidades, o incluso de cuatro[82], y ello atendiendo precisamente a lo referido anteriormente respecto a que en muchas ocasiones, ese amplio régimen de comunicación con el progenitor no custodio, hace que podamos entrar a hablar de una tercera modalidad de custodia que sería la *cuasi* custodia compartida. Partiendo de todo ello, me referiré a tres modalidades que paso a analizar en los apartados siguientes. A saber:

[82]IBAÑEZ VALVERDE, V.J., "El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados", p. 4. [Consulta: 13 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.psicojurix.com/pdf/ellaberintoCC.pdf

2. La custodia monoparental

Hasta fechas recientes, en los supuestos de ruptura de la convivencia, la modalidad más habitual ha sido la de atribuir, bien por acuerdo entre los progenitores o bien por así disponerlo la autoridad judicial, la custodia de los hijos a uno de los progenitores, la mayoría de las veces la madre, de manera que ésta es la que la ejerce en exclusiva, tomando las decisiones que afecten a la vida cotidiana del menor, disfrutando el otro progenitor de un derecho de visitas que pudiera ser más o menos amplío en función de cada caso concreto.

Esta modalidad, que dicho sea de paso es cada día menos frecuente al entenderse que el beneficio del menor aconseja el contacto habitual y continuado con ambos progenitores, supone que el progenitor no custodio, mantiene la titularidad de la patria potestad y puede y debe ser partícipe de las decisiones más trascendentales que atañen al menor. De este modo, el no custodio sólo podrá ser parte de ellas en los períodos de tiempo en los que ejerza su derecho de comunicación y estancia con sus hijos, ya que no hay que olvidar que, en los períodos de tiempo en que ejerza este derecho de tener a sus hijos en su compañía (dígase fines de semana y periodos de vacaciones), ostenta los mismos derechos y deberes que tiene el custodio cuando los hijos están en su compañía.

En la guarda monoparental, el progenitor custodio vive habitualmente con los hijos durante la mayor parte del tiempo, reservándose al otro progenitor, el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía durante períodos de tiempo más o menos frecuentes, si bien cortos en relación con el tiempo asignado al progenitor custodio[83].

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[84], lo que se resuelve con la implantación de esta modalidad de custodia "es la residencia habitual del menor, que se corresponde con la de uno de los padres, mientras que el otro tiene unos contactos más ocasionales", si bien refiere el autor que superando cada vez más viejas concepciones a las que corresponde la terminología de las visitas, los hijos pernoctan durante parte de las

[83]UREÑA MARTÍNEZ, M., en CARRASCO PEREA, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 204.

[84] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial…*, cit., p. 668.

vacaciones, fines de semana y, a veces, durante algún otro día, en la casa y en compañía del padre no custodio.

Esta modalidad de custodia suele llevar aparejada, salvo acuerdo en contrario, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio así como la fijación de la pensión alimenticia a favor de los hijos que quedan en su compañía, pagados por el no custodio. Estas medidas, en muchas ocasiones, "enturbian la pureza de los motivos que llevan a la petición de la guarda por uno de los padres, corrompiendo en ocasiones el interés por los hijos"[85].

3. La *cuasi* custodia compartida o custodia compartida "encubierta"

Se trata de aquella modalidad de custodia en la que el régimen de visitas para el progenitor no custodio es tan amplio que, sin atribuirle la denominación de custodia compartida, a efectos prácticos, prácticamente se asimila a la misma[86]. Supone la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores si bien con un amplio régimen de visitas al otro, asimilándose en la práctica al de la custodia compartida, ya que al progenitor no custodio se le concede un derecho de visitas y comunicaciones tan amplios que deriva en una relación de convivencia *cuasi* idéntica con uno y otro progenitor. Esto hace que se configure en realidad como un régimen de custodia compartida que podría calificarse como "encubierto"[87].

Este sistema de *cuasi*-custodia compartida es ventajoso por cuanto produce en el menor los mismos beneficios que le proporciona el sistema de custodia compartida, en el

[85] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial…* cit., p. 668.

[86] En este sentido, la SAP Valencia de 17 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100367), al analizar un supuesto en el que si bien se había adoptado una custodia monoparental a favor de la madre, en la práctica el padre gozaba de un amplísimo régimen de estancias con sus hijos, por lo que la Sala refiere que "*en este caso existe una distribución igualitaria en las estancias con los hijos, y por tanto por más que no sea el sistema típico de custodia semanal o quincenal, estamos ante una custodia compartida encubierta*".

[87] Así por ejemplo, si, en una guarda y custodia exclusiva atribuida a la madre, el padre, como progenitor no custodio, tiene derecho a convivir y tener consigo al menor los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes (o primer día lectivo siguiente) por la mañana, a la hora de inicio de la actividad lectiva, más dos tardes entre semana, con pernocta, martes y jueves, desde la salida del colegio por la tarde hasta el día siguiente por la mañana, las semanas en que el fin de semana corresponda a la madre, y un solo día, con pernocta, las semanas cuyos últimos días los menores deban estar con su padre, con reparto por mitad entre los progenitores de todos los períodos vacacionales escolares, ese régimen, le demos uno u otro *nomen iuris***,** es en realidad, por el reparto de tiempos de convivencia, un régimen de custodia compartida, ya que, de cada dos semanas, el menor está con su madre 8 días y los 6 restantes con su padre, lo que, teniendo en cuenta que el hijo pasa la mitad de cada uno de los períodos vacacionales escolares con cada progenitor, supone un reparto del tiempo de convivencia anual de cada progenitor con el hijo, en proporción aproximada del 46 por 100 el padre y el 54 por 100 la madre.

sentido de disfrutar de ambas figuras parentales. En la práctica, se suele otorgar este sistema por cuanto se intenta evitar la expresión custodia compartida por las connotaciones que el término en sí conlleva, así como por los beneficios económicos que comporta esta modalidad de custodia en relación con la modalidad compartida. En este sentido, durante muchos años se ha producido un auténtico abuso por parte de muchas mujeres, que son a las que mayoritariamente se les ha venido atribuyendo la custodia de sus hijos, que han "utilizado" la modalidad de custodia monoparental para obtener un beneficio económico, y todo ello con el consiguiente daño que se ha causado no sólo al otro progenitor, sino también a los menores, a quienes se les ha privado en muchas ocasiones de poder disfrutar de mayores estancias con el progenitor paterno, y ello con la única finalidad de obtener este tipo de beneficios económicos derivados de la modalidad de custodia.

En relación con los supuestos beneficios económicos que no se darán en la modalidad de custodia compartida, y si bien la creencia generalizada es la de pensar que con la custodia compartida cada uno de los progenitores se hará cargo de los gastos de los menores durante el tiempo en que conviva con ellos, esto no es del todo cierto, ya que en ocasiones, con la custodia compartida también se fijará una pensión a cargo de un progenitor custodio a favor del otro custodio, si bien esta cuestión será objeto de análisis en el Capítulo VI.

4. La custodia compartida

Por último, estaría la opción de que por parte de ambos progenitores se ejerza la denominada custodia compartida[88]. Se trata de una modalidad de custodia que surge del deseo de hacer que ambos progenitores participen de la vida de sus hijos en condiciones más o menos similares, así como por periodos de tiempo más o menos equitativos, aunque sin que deban ser igualitarios, asumiendo conjuntamente la responsabilidad parental y las necesidades económicas de los menores. Supone la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre progenitores separados en relación a todo cuanto se centre en los

[88]En relación con los orígenes de esta modalidad de custodia, la primera versión del concepto fue desarrollada alrededor de 1970, según el texto disponible en el sitio web del "*Children Rights Council*" (www.gocrc.com), para ayudar a proveer la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos. El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el Estado norteamericano de Indiana en 1973. En la actualidad, al menos 30 Estados americanos recogen la preferencia por la modalidad de custodia compartida.
IBAÑEZ VALVERDE, V.J., "El laberinto de la custodia compartida…", cit., p. 3.

hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre[89].

La jurisprudencia de la AP Barcelona[90], la define como *"la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto se centre en los hijos comunes"*; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre.

A través de este sistema, se establece un nuevo modelo de convivencia de los hijos con sus padres que permita a éstos participar de forma equitativa en la vida cotidiana del menor, de la forma más asimilada posible a la existente antes de la ruptura, y de forma que se produzca un reparto de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer en relación con los hijos[91].

Se trata de una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental tras la ruptura de la pareja, en la que ambos progenitores 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 una comunicación frecuente y equitativa con ambos, 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.

Debe entenderse como aquel sistema que tiende a lograr un reparto equitativo e igualitario de los derechos y deberes de los progenitores para con los hijos e hijas, así como al reparto de espacios y tiempos, más o menos equitativos aunque no tienen por qué ser iguales, de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja.

En palabras de PICONTÓ NOVALES[92] se refiere a un sistema de guarda alterna en el que el hijo va a pasar unos períodos de tiempo con el padre y otros con la madre, conservando ambos la responsabilidad conjunta respecto a los demás derechos y deberes de la patria potestad establecidos en el art. 154 C.c. Ello supone que las obligaciones de

[89] SAP Barcelona de 16 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100698).
[90] SAP Barcelona de 8 noviembre 2012 (Id. Cendoj: 08019370122012100684); SAP Barcelona de 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100677).
[91] LATHOP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y corresponsabilidad parental…", cit., p. 9.
[92] PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar y coparentalidad…", cit., p. 47.

los padres para con sus hijos, se van a mantener después de la ruptura, teniendo su fundamento dicha obligación en el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 C.E.).

Para IZQUIERDO TOLSADA, se trata de atribuir a ambos progenitores de forma alterna la custodia de sus hijos, de modo que "cada uno de ellos vendrá ejerciendo las funciones de guarda y custodia durante un periodo concreto y variable de tiempo, durante el cual convivirá habitualmente con los hijos, traspasando al otro progenitor el testigo de esta situación al término en que tiene encomendado el cuidado de aquellos".[93]

Por su parte, VILLAGRASA ALCAIDE[94], citando a PINTÓ ANDRADE, la describe como "la ficción consistente en procurar que se mantenga la normalidad familiar, de modo que los progenitores se alternen en el cuidado de sus hijos sin coincidir físicamente entre ellos, aunque al ser los períodos de alternancia tan cortos, se ven obligados a tomar decisiones en común sobre aspectos ordinarios y cotidianos".

En palabras de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[95], y si bien partiendo de que la denominación más acertada para el autor no sería custodia compartida sino más bien custodia alterna, la define como "*la modalidad de custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyos progenitores, titulares con ejercicio de la patria potestad o función parental, no viven juntos, por lo que se distribuye el tiempo de permanencia de dichos hijos con cada uno de ellos, teniendo la división de los periodos de tiempo hacia la semejanza y con mantenimiento por aquéllos de iguales funciones sobre éstos cuando residan en su compañía*".

Por su parte, para LATHORP GÓMEZ[96], la custodia compartida trata de ser un medio para impedir que la guarda y custodia de los hijos atribuida a uno sólo de los cónyuges, aderezada con la consiguiente atribución del uso de la vivienda familiar, y la imposición de un régimen de pensión alimenticia a cargo del otro progenitor, acabe convirtiendo a este último en un mero patrocinador económico de la familia (es el conocido "tránsito de esposo a sponsor"), que interviene marginalmente en la educación de los hijos.

[93] IZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de Familia*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 420.
[94] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña….", cit., p. 83.
[95] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial..*,cit., pp. 721-722.
[96]LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida.*…, cit., p. 28.

Por ello, la modalidad de custodia compartida siempre que se den las condiciones adecuadas para su aplicación, será ventajosa y ello por cuanto no solamente pueden mantener la relación con sus hijos sino que se da una corresponsabilidad en las obligaciones para con éstos[97]. Ahonda esta ventaja el hecho de que se va a instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él.

Las características a destacar de las definiciones reseñadas vendrían a ser[98]:

1.- El plano de igualdad que ostentan los progenitores en las labores de guarda, custodia y cuidado de los hijos habidos en común.

2.- La "ductibilidad" de la figura jurídica, pues al ser "abierta y adaptable" permite integrar en la misma categoría multitud de situaciones que se producen en la práctica judicial diaria, y propician en determinados supuestos, la dificultad de diferenciar entre un sistema de custodia compartida y un sistema amplio de sistema monoparental.

3.- El interés del menor debe presidir todas las medidas que afecten a los menores.

Hasta la reforma introducida por la Ley 15/2005, la regla general en los supuestos de separación y divorcio, era la atribución de la patria potestad conjunta a ambos progenitores y la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de ellos, generalmente la madre, respecto a los hijos menores. La modalidad de custodia compartida se consideraba como excepcional por la jurisprudencia[99], y ello habida cuenta la falta de previsión legal expresa, así como las especiales circunstancias que debían concurrir para que se entendiera como la medida más favorable para los hijos.

Junto a todo ello, la reticencia generalizada tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en cuanto a las bondades de esta modalidad de custodia, propiciaron que fuera poco admitida por nuestros Tribunales, siendo que el mayor obstáculo que se venía expresando para la misma era la existencia de una relación conflictiva entre los padres de

[97] ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 C.C.)", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 2, 2011, p. 5. [Consulta: 27 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com

[98] PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida…", cit., p. 2.

[99] CAMPUZANO TOMÉ, V.H., "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", en *RevistaAranzadi Civil*, [en línea], núm. 22, 2005, pp 15-48. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

los menores y las repercusiones que a nivel emocional podía producir todo ello en los mismos, así como la inestabilidad que generaba en los menores producida por los continuos cambios de domicilio[100]. En este sentido, "la falta de esta actitud positiva de cooperación ha sido el principal punto de apoyo de los pronunciamientos contrarios a su adopción por la existencia de relaciones de conflicto, de enfrentamiento e intransigencia entre los progenitores"[101].

Esta situación ha ido cambiando, sobre todo por la entrada en vigor de las leyes autonómicas así como por el cambio –que luego analizaré- en la doctrina del TS respecto de esta cuestión. Hay que tener en cuenta, que aun cuando la Ley 15/2005 ya introdujo expresamente la modalidad de custodia compartida, ésta se ha venido aplicando hasta fechas relativamente recientes, de manera bastante restrictiva por parte de nuestra jurisprudencia[102], y siempre que se dieran determinadas circunstancias como pudieran ser las excepcionales relaciones de cordialidad entre los progenitores[103]o la disponibilidad de ambos para el ejercicio de dicha modalidad de custodia[104]. De hecho, sólo en contadas ocasiones, se llegó a otorgar esta modalidad de custodia sin que la hubiesen solicitado ambos progenitores[105], e incluso sin que la hubiese interesado ninguno de ellos[106].

En este sentido, PICONTÓ NOVALES[107] refiere que "el tipo de relación que los padres mantienen entre sí es tenida muy en cuenta por los Jueces españoles que descartan la custodia compartida cuando hay una relación deteriorada, conflictiva o simplemente inviable entre ellos. Tampoco se concede por los Jueces la custodia compartida si los

[100]UREÑA MARTÍNEZ, M., *Lecciones de Derecho Civil*…, cit., p. 206.

[101] GARCÍA RUBIO, M.P., y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido…", cit., p. 85.

[102] En este sentido, el mayor obstáculo que venían expresando nuestros Tribunales para la adopción de este régimen de custodia era la existencia de una relación conflictiva entre los padres de los menores y las repercusiones que a nivel emocional pudiera plantear esta situación para los hijos.

[103] SAP Barcelona de 2 diciembre 2003 (Id Cendoj: 08019370122003100469).

[104]STC de 15 enero 2001. BOE núm. 41. Suplemento. Viernes 16 febrero 2001, p. 25-29.

[105] Resulta significativa la STC de 15 enero 2001 (BOE núm. 41, suplemento de 16 de febrero de 2001) que desestimando el recurso de amparo de una madre frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, en un litigio de separación conyugal, dispuso la guarda y custodia compartida del hijo por meses alternos, dado que "*en garantía de los cónyuges, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección, la Ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionados con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes*".

[106] SAP Madrid de 15 febrero 2005, que confirma la sentencia de primera instancia que establecía la guarda y custodia compartida, por períodos semestrales, desestimando los recursos de apelación por los que ambos progenitores solicitaban la guarda exclusiva para sí, atendiendo al superior interés del menor.

[107] PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar y coparentalidad…", cit., p. 64.

padres no son capaces de mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad".

En la misma línea, VILLAGRASA ALCAIDE[108] condiciona el otorgamiento de la modalidad de custodia compartida "siempre que pueda mantenerse una comunicación fluida y una relación cordial entre los progenitores". De igual modo, expresa su convicción de inviabilidad de la custodia compartida impuesta pues refiere que "la propia idea de compartir requiere una especial predisposición psicológica de ambos progenitores, que equivale más a una apuesta personal, resultado del esfuerzo común por favorecer a los hijos comunes, a pesar de la ruptura de la relación de pareja, que a una situación jurídica, dado que exige un grado de consenso, de respeto y de colaboración que deben concurrir en el caso concreto. Por tanto, es inviable imponer coactivamente este sistema, si no se dan unas premisas dirigidas a garantizar el interés superior del menor".

Sin embargo, en los últimos años, la doctrina del TS ha dado un giro importante en cuanto al otorgamiento de esta modalidad de custodia compartida. Al margen y además de otras cuestiones que expondré, la mala relación existente entre los progenitores ya no va a ser un impedimento para que se pueda otorgar esta modalidad de custodia. Esta evolución ha venido en buena parte marcada por la más reciente jurisprudencia emanada de la Sala 1ª del TS, que ha venido sosteniendo de forma reiterada que la guarda y custodia compartida debe tratarse de "*una medida normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*"[109]. Este pronunciamiento constituye una toma de posición en pro de la normalización de la adopción de la custodia compartida atendiendo, en todo caso, al superior interés del menor.

Esta modalidad de custodia supone que los progenitores alternan en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia de los hijos, de modo que los períodos de convivencia con los hijos suelen asignarse con carácter más o menos igualitario a ambos progenitores. En este sentido, y al respecto de la asignación del tiempo de convivencia, en modo alguno los períodos de convivencia de cada progenitor con sus hijos tienen que ser necesariamente iguales para que se considere que la custodia es

[108] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 85.
[109] STS de 7 julio 2011 (EDJ 2011/155252).

compartida, y ello por cuanto en la práctica, en muchas ocasiones será imposible que ello pueda ser así.

En este sentido, es abundante la jurisprudencia[110] que se ha pronunciado en términos de que la custodia compartida no supone un reparto igualitario del tiempo de los menores entre los progenitores, si bien sí que requiere una implicación total y absoluta en todas las parcelas de la vida de la menor; la atribución de una custodia compartida no conlleva una matemática distribución por igual de la convivencia entre ambos progenitores y sus hijos, pero en cambio, sí que conllevará que ambos progenitores ejerzan su parentalidad de manera más o menos equitativa. No obstante, este aspecto será objeto de amplio desarrollo en el Capítulo IV.

Ninguna duda cabe de que la situación ideal de atribución de la guarda de los menores a ambos progenitores, con una distribución temporal más o menos equitativa, procurando que se mantenga la normalidad familiar, reafirma la idea de la corresponsabilidad parental. En principio, nada hay mejor para los hijos que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas, esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. Como reiteradamente se ha afirmado por nuestra jurisprudencia[111], "*la colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia*".

No obstante, y para que pueda darse esta situación, se requiere de una especial predisposición psicológica de ambos progenitores, al esfuerzo común de ambos por

[110]SAP Zaragoza de 15 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100213); SAP de Zaragoza 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100056); SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100012); SAP Barcelona de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100316).

[111] Entre otras, SAP Barcelona de 31 julio 2012 (Id Cendoj. 08019370182012100507).

favorecer a los hijos comunes a pesar de la ruptura de la pareja, dado que se exige un grado de consenso, de respeto y de colaboración que deben concurrir en el caso concreto.

Sin duda, a través de este sistema se cumple el idóneo equilibrio de la relevancia que deba reconocerse a ambos progenitores en la atención y el cuidado de sus hijos, tomando como referencia ambos modelos de comportamiento y la consolidación permanente de las relaciones interpersonales. Sin embargo, en mi opinión, será inviable imponer coactivamente este sistema si no se dan unas condiciones mínimas tendentes a garantizar el interés del menor. En este sentido, y como acertadamente afirma VILLAGRASA ALCAIDE "lo idóneo no siempre es lo posible ni lo más conveniente en la realidad práctica"[112].

III.PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. Presupuestos preliminares

En los últimos años se ha venido constatando una creciente preocupación por dotar a los menores de un marco jurídico que garantice su adecuada protección social, económica y jurídica. Fruto de todo ello, se ha promulgado todo un conjunto normativo que ha reformado en profundidad las tradicionales instituciones de protección de menores, estableciendo como denominador común a todas ellas el principio del interés del menor. Vaya por delante que los principios inspiradores que voy a exponer, van a ser aplicables tanto a la normativa estatal como a las leyes autonómicas que se han promulgado hasta la fecha.

El interés del menor, además de ser el principio fundamental, es el principio inspirador no sólo de todas y cada una de las leyes estatales promulgadas sobre la materia, así como de los preceptos del C.c., sino de todas y cada una de las leyes forales y/o autonómicas que serán objeto de análisis en el Capítulo III. Junto a dicho principio, el de coparentalidad y el de igualdad entre los progenitores, si bien este último quedará subordinado al primero de ellos[113]. Todos ellos, se van a recoger en los Preámbulos de

[112] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 84.

[113] En este sentido la STS de 27 septiembre 2011 (TOL 2.248.671); refiere que "*la custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores,*

cada una de las legislaciones autonómicas, y son fiel reflejo de lo establecido a tal efecto en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como en otras normas internacionales que luego se reseñarán.

Junto a dichos principios, no puedo dejar de referirme a un principio que si bien no se recoge como los anteriores en los Preámbulos de las diversas leyes promulgadas sobre esta materia, en mi opinión debiera ser tenido igualmente en consideración a la hora de adoptar una u otra modalidad de custodia, siempre claro está, condicionado al superior interés del menor. Es el denominado "principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores" para elegir el régimen de guarda que consideren más adecuado para el interés de sus hijos. Ninguna duda cabe de que los padres, salvo en contadas excepciones, son los que mejor conocen las querencias de sus hijos, y lo que más les conviene, y por ello no debiera imponerse un régimen de custodia que no se haya solicitado al menos por uno de ellos o que se haya excluido expresamente por ambos. Por ello, se trata de un principio que, al igual que los anteriores, debe tomarse en consideración a la hora de adoptar el régimen de custodia para los menores.

2. El interés del menor como principio fundamental

Se trata del principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico[114], así como de prácticamente la totalidad de los países de nuestro entorno[115], que hace que todas y cada

porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor…".

[114] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés.*…, cit., pp. 84-85.

[115] En este sentido en el Derecho inglés, la *Children Act* 1989, recoge el denominado *child's welfare paramount*; en base al cual, los Tribunales británicos, en las decisiones que afecten a la guarda y custodia de menores, deberán de tomar en consideración este principio. Al igual que ocurre en el ordenamiento español, se trata de un principio que tiene una difícil concreción práctica, y por ello la *Law Commission* que trabajó en la preparación de la *Children Act* 1989 decidió concretarlo en una serie de criterios a tener en cuenta por los Tribunales, y que son:

Los deseos y sentimientos del niño, teniendo en cuenta su edad y su grado de discernimiento. El deseo del menor no será vinculante para el Juez, si bien, sí deberá ser tenido en consideración;

Las necesidades físicas, emocionales y educativas del menor.

El efecto que pueda tener para el menor el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quien se relacione. Hay que variar lo menos posible el status quo del menor.

La edad del menor, sexo y cualquier circunstancia del menor que el tribunal considere de interés, como pudieran ser las convicciones religiosas del menor y de sus padres, ambiente cultural y lingüístico, etc.

Daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño se considera el maltrato, peligros para la salud, abuso sexual, etc.

La capacidad de cada progenitor o de la persona en consideración para satisfacer las necesidades del menor.

una de las decisiones que se adopten en materia de familia, tengan que ir dirigidas a que prime dicho interés por encima de cualquier otro. Este debe ser "el eje vertebrador sobre el que debe basarse cualquier decisión relacionada con los menores en los procesos de ruptura convivencial"[116], la guía a seguir ante cualquier decisión sobre guarda y custodia, independientemente de si es exclusiva para un progenitor o compartida[117]. Ahora bien, resulta temerario cualquier intento de definir el denominado interés del menor, ya que una definición exacta no sería posible ni razonable, puesto que resultaría completa e imprecisa. Lo relevante es considerar su función de contrapeso y control a la hora de acordar cualquier decisión en que el menor se pueda ver afectado[118].

Al estudiar el tan renombrado interés superior del menor, es cita obligatoria la legislación de Alemania y ello al ser el país más avanzado de nuestro entorno europeo en la regulación de la protección jurídica del menor. Desde principios de los años setenta, la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del referido interés, por lo que qué duda cabe que el análisis de los avances conseguidos en el ordenamiento alemán nos pueden servir de referencia en este periodo de reforma legislativa del Derecho de familia en el que nos encontramos.

La ciencia jurídica alemana, no aporta una definición del concepto sino que más bien lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al interés del menor. Se ciñe a recoger los diversos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno, y de ahí establece que por muy legítimos que sean otros intereses, debe prevalecer el interés del menor. Y todo ello teniendo en cuenta una cuestión que considero crucial, y que es el hecho de que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible

La situación financiera de la familia, si bien en contadas ocasiones.

El rango de las facultades a disposición del tribunal. En los supuestos en que las partes estén en disposición de llegar a acuerdos privados, los Tribunales pueden optar por no intervenir para evitar crear otros conflictos. La regla es que la actuación del Juez requiere que su resultado sea para el menor mejor que su inactividad.

Así lo recoge, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés...*, cit., pp. 111-113.

[116] ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia…", cit., p. 17.

[117] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos…*, cit., p. 199.

[118] DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 21.

buscar conceptos abstractos, sino que habrá que ver la realidad de cada caso en concreto[119].

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS ha insistido de forma reiterada en que, en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el interés superior a proteger. Así, la STS de 8 octubre 2009[120]determinó, en relación con esta figura jurídica que: *"es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula que obliga al Juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican".*

Tal es la importancia de dicho interés, que el mismo debe prevalecer a los intereses de sus progenitores[121], incluso al principio de igualdad entre éstos[122], así como al principio de libertad de los mismos, operando como contrapeso a los derechos de cada progenitor[123].

Nos encontramos en presencia de materia de orden público, de *iuscogens* o derecho necesario, por afectar a un menor, lo que nos permite superar los estrechos cauces

[119]DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", en *Anuario Derecho Civil*, núm. LIX-2, 2006.

[120]Id Cendoj: 28079110012009100624

[121] En este sentido, STS de 22 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491), refiere que"*En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. Dese esta óptica, se ha referido que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor*".

[122] STS de 27 septiembre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100599), establece que, "*La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011y 469/2011, entre las más recientes*".

[123]SAP Zaragoza de 26 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100286), SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100271).

procesales a observar cuando de otros temas se trata, sin venir vinculado el tribunal por las peticiones de las partes, pues lo único que se debe procurar es el beneficio del niño, acordando lo que se demuestra mejor para éste.

Como declara el TC, 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. En consecuencia la especial naturaleza de este tipo de procedimientos, en los que resultan afectados intereses de menores, materia en la que rige el principio de *favor filii*, "*exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de estos, incluso aun cuando no hubieran sido expresamente pedidas por las partes, conforme declaran, entre otras, las STS 27-1-1998 y 2-5-1983, en parecida línea STS 17-9-1996, que declaró que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, interés del menor que debe prevalecer sobre un ejercicio "a fortiori" de la patria potestad, como apuntó la STS 23-2-1999 e igualmente la STS 2-7-2001, que reitera la consideración que ha de otorgarse al particular interés del menor, de análogo tenor STS 17-7-1995"* [124].

Todas y cada una de las leyes autonómicas promulgadas sobre la materia, han tomado como factor fundamental a tomar en consideración por el Juez el interés del menor, debiendo integrar dicho interés en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado[125].

En este sentido, la SAP Barcelona de 16 mayo 2011[126], entre otras[127], remite a la doctrina jurisprudencial recaída en esta materia, y así en la STSJ Cataluña de 8 marzo

[124] SAP Barcelona de 3 septiembre 2012 (Id Cendoj. 08019370182012100509).

[125] Sentencias AP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394); SAP Pamplona de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 31201370022014100033).

[126] Id Cendoj: 08019370122011100267

2010, recogida en el Auto del mismo Tribunal de fecha de 27 septiembre 2010, es posible leer que *"...el interés superior de los hijos es el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo así que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para éstos, de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar en cualquier caso, una de ellas frente a la otra, pues es el interés del menor el criterio preferente"*.

El interés del menor, como cláusula general o concepto jurídico indeterminado se define como "*la necesidad de buscar en todo momento la solución más idónea para éste, o cuanto menos la menos perjudicial, a cuyo efecto la autoridad judicial o administrativa habrá de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias que concurren en el grupo familiar y en los menores, valorando cuál sea el ambiente más idóneo para el desarrollo de sus facultades intelectuales, afectivas y volitivas, la atención que los progenitores pueden prestarles tanto en el orden material como en el afectivo, así como la existencia de circunstancias perjudiciales para su formación o desarrollo; asimismo se debe valorar el rechazo que puedan sentir hacia algún progenitor, sus causas y manifestaciones. En definitiva, el Juez deberá averiguar, dentro de lo humanamente posible, qué es lo mejor para el menor, por ser el interés supremo que se debe de proteger*"[128].

De conformidad con todo ello, la custodia compartida no puede ser concebida como un premio o una recompensa para uno de los progenitores o una reprobación para el otro. La decisión ha de ser adoptada sobre la base única del interés de las menores[129], siendo que si dicho interés no queda garantizado, se denegará la modalidad compartida[130].

[127]SAP Barcelona de 1 febrero 2011 (IdCendoj: 08019370122011100062).

[128] SAP Barcelona de 6 mayo 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100241).

[129] SAP Barcelona de 6 marzo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100101).

[130]SAP Barcelona de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100249); SAP Barcelona de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100250); SAP Barcelona de 10 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100244); SAP Barcelona de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100359). Concluye la Sala que "*no puede partirse de la idea axiomática de preferencia de la custodia compartida, pues, si bien hemos dicho que no es necesario un cambio de circunstancias para la modificación del sistema de custodia, el cambio sí hay que justificarlo como beneficioso para los menores. No basta con que el padre, según la perito aportada por él, esté capacitado para la custodia, ya que, de lo que se trata es atender al beneficio específico de los menores. En ausencia de esa acreditación de beneficio concreto, la apelación*

De igual modo, es el interés del menor el que prima por encima de su condición como nacional, tomado como factor de protección de este interés para impedir el traslado de un menor al extranjero con su madre. En este sentido, la STS de 20 octubre 2014[131] sienta como doctrina jurisprudencial que: "*el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él*". En este sentido, la Sala refiere que "*La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España*".

Por su parte, y en la misma línea seguida por el TS, nuestro TC, al hilo de la sentencia de 17 octubre 2012, relativa a la constitucionalidad del art. 92.8 C.c., en relación con la custodia compartida, sobre la preeminencia del interés superior del menor, refiere que,"*como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b)*

debe ser desestimada en ese extremo, confirmando así ese punto de la sentencia apelada"; SAP Barcelona de 1 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100649); SAP Barcelona de 11 abril 2011(Id Cendoj: 08019370122012100253). Refiere la sentencia que "… *el cambio pretendido alteraría la estabilidad en la organización del hijo común si se considera, de una parte, que el padre reside en Llicàd'Amunt y la madre en Les Franqueses del Vallés donde se encuentra también el centro escolar. De otra resulta que el padre que trabaja para la empresa familiar Pastisseria Torres, fundamentalmente haciendo repartos, comienza su jornada laboral a las 5 de la mañana y para acompañar al menor al colegio debería retornar desde Granollers a su domicilio lo que dificultaría compartir espacio de calidad con el hijo en esa franja horaria. El interés del hijo común resulta adecuadamente tutelado con el modelo de guarda establecido (artículo 82 del Código de Familia de Catalunya).*"

[131]Id Cendoj: 28079110012014100504

el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos"[132].

Ha señalado igualmente el TC que dicho principio constituye "*un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*" (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un "*criterio básico y preferente*" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que "*debe inspirar la actuación jurisdiccional*" (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el TS, para el que debe prevalecer "*incluso por encima del de sus progenitores*" (STS Sala 1ª de 9 julio 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por Jueces y Tribunales (STS Sala 1ª de 28 septiembre 2009).

Para RIVERO HERNÁNDEZ[133]el interés del menor es "expresión del principio presente en el nuevo régimen de Derecho de familia surgido de las reformas de 1981, llamado del *favor filii*, consecuencia y manifestación de la norma y principio constitucional de protección integral de los hijos, del artículo 39.2 y 3 C.E.".

Este principio es el que presidirá todas y cada una de las decisiones que se adopten para determinar la atribución de la guarda de los menores, sobreponiéndose al interés particular de cada uno de los progenitores.

Las leyes autonómicas que se han promulgado sobre la institución de la custodia compartida, también evocan al principio del interés superior como principio rector e inspirador de las mismas. Cualquier decisión sobre guarda y custodia de los hijos debe tener como único objetivo preservar su estabilidad y favorecer su bienestar y desarrollo integral.

[132]PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia…", cit., p. 4.

[133] RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L. (Coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, ed.Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 1017.

En tal sentido van tanto las exigencias de orden constitucional (art. 39) como los compromisos internacionales asumidos y en vigor en España[134], así como toda la legislación de desarrollo.

Cómo se integre el concepto "bienestar del menor" evidentemente va a variar en el tiempo y en el espacio, y prueba de ello es la evolución experimentada en nuestro ordenamiento y la irrupción de nuevas formas de guarda y custodia -o sea, la llamada custodia compartida-, impensables hace unos años y que ahora están de plena actualidad. En todo caso, la adecuada consideración de los intereses ínsitos en ese concepto exigen examinar caso por caso, cuál de las formas de subvenir a los mismos se adapta mejor a las peculiaridades del supuesto.

En esta materia, "*no se puede imponer sin más una sola forma de organización de las consecuencias del divorcio como si todas las familias y todos los niños fueran iguales. El de la filiación es un terreno propicio para la sastrería a medida, no para el prêtà-porter(la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de enero pasado es un ejemplo magnífico, cuando condena a Italia y censura la estandarización de las respuestas). En consecuencia, por mucho que el legislador nacional y algunos de los regionales hayan manifestado una clara opción en favor de la custodia compartida, no podrá ser decretada si no resulta "in casu"lo más beneficioso para los hijos. De hecho, por ejemplo el art. 233-11 CCCat. -en todo caso no aplicable en el presente litigio por razón de la fecha de la demanda- brinda una serie de criterios de decisión, pero nada impone ciegamente*"[135].

Se expresa dicho interés, en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ[136], como "un concepto jurídico indeterminado de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que,

[134]A tal efecto, como dice el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, "*la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño*".

[135] SAP Barcelona de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100319).

[136] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés…*, cit., p. 71.

trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras", si bien, al ser un concepto jurídico indeterminado va a implicar la realización de una labor de análisis detallada de las circunstancias de cada caso concreto para poder delimitarlo, siendo que caracteriza al concepto jurídico indeterminado el que "la ley que lo maneja no da la solución directamente, sino que debe ser buscada en cada caso acudiendo a juicios de experiencia o de valor, según el tipo o naturaleza del concepto"[137]. A este respecto, corresponderá al Juez, en aplicación de la ley "el llenar de contenido efectivo el concepto jurídico indeterminado al juzgar y valorar el supuesto de hecho y sus datos y circunstancias"[138].

Las decisiones y resoluciones judiciales sobre la materia objeto de estudio, incluyen como punto de partida de sus argumentaciones la interpretación conjunta en pro del *bonumfilii*. El interés superior del menor prima sobre cualquier interés que pudiera concurrir, fundamento elevado a Principio Universal del Derecho por la jurisprudencia[139].

El principal inconveniente que se ha planteado con este principio ha sido el poder definir y concretar el significado del mismo, siendo que en ocasiones no es nada fácil y requiere de una valoración ponderada de las circunstancias del caso concreto. Determinar y dotar legalmente de contenido el interés del menor no es labor sencilla. En palabras de GUILARTE MARTÍN-CALERO[140], el interés del menor es "una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, Jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres…". Se trata de un principio que forma parte de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y por medio del cual "la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación"[141].

[137] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…, cit., p. 72.
[138] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…, cit., p. 73.
[139] IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 23.
[140] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 2, 2008, p. 5. [Consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com
[141] RIVERO HERNÁNDEZ, F., El interés…, cit., p. 57.

Dado su carácter de cláusula general[142], introducido ya en la L.O.P.J.M. 1/1996, de 15 de enero, no se puede dar una definición estricta del concepto interés superior del menor, pues ello supondría negar su carácter de cláusula general[143]. En este sentido, sólo cabe una formulación general, pautas generales que se concretarán al aplicarlo sobre un supuesto concreto. El interés superior del menor quedará salvaguardado cuando se le garantice al menor su bienestar, su desarrollo personal en un entorno familiar adecuado, cuando se respeten sus derechos fundamentales, su estabilidad emocional, etc.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, el interés superior del menor no es sólo uno de los principios inspiradores del Derecho de familia sino también de las ramas del Derecho relativas a la infancia y adolescencia. Por ello, debe ser la consideración primordial al fijar el régimen de guarda y de comunicación y estancia, al regular la patria potestad, la atribución de la vivienda familiar, los alimentos, y todas las demás materias que incidan en el interés del menor[144]. En definitiva, el *favor filii* prevalece siempre sobre el de sus progenitores, los cuales no pueden perjudicar dicho interés[145]. Se tratará de averiguar qué régimen de custodia va a ser el más favorable para el desarrollo del menor, y todo ello independientemente del interés de los padres, quedando éste en un segundo plano. A este respecto, no se debe partir de la perspectiva de la igualdad del padre y de la madre en derechos y obligaciones, sino desde la perspectiva de las necesidades de los hijos[146].

En la práctica, el concepto de interés superior del menor, introducido por la reforma de 1996, en ocasiones se asimila o se equipara al del *favor filii*, que fue introducido por la

[142] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa…", cit., p. 5

Se refiere al carácter de cláusula general de este principio, que va a permitir reinterpretar todo el Derecho de Familia, cuyo eje central será el menor.

[143] DELGADO DEL RIO, G., La custodia de los hijos…, cit., p. 202; a este respecto, el autor, refiriéndose a este principio fundamental, reproduce unas reflexiones de VIÑAS MAESTRE, en las que se dice que "…la dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido de dicho interés, ya que no puede ser determinado con carácter general de forma abstracta. Se pueden barajar conceptos como los de "estabilidad emocional", "equilibrio psicológico", "formación integral", pero el contenido de dichos conceptos solo puede delimitarse caso por caso, en función y en atención a las circunstancias personales y familiares de cada niño".

[144] LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., p. 117.

[145] En este sentido AP Barcelona de 11 diciembre 2007 (TOL 2.463.560); refiere que "*La atribución de la guarda y custodia de los hijos es una de la cuestiones más delicadas de esta clase de procedimientos, es principio esencial, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida relativa a los hijos, el que su interés y beneficio prevalezca por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, de forma que el bonnumfilii constituye un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que compagina con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39 C.E.)*".

[146] VIÑAS MAESTRE, D., "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 3, 2012, p. 5. [Consulta: 27 de abril de 2013]. Disponible en: http://www.Indret.com

reforma del C.c. de 1981. En esta última, lo que se introdujo fue el deber de tener en cuenta el beneficio de los hijos al decidir sobre ellos, mientras que en el año 1996 se dio un paso más, al establecerse que en los supuestos de conflicto con el interés de los padres, no sólo debía tenerse en cuenta el beneficio de los hijos, sino que además, éste debía de prevalecer sobre el de sus progenitores[147].

Además de un reforzamiento de la protección del menor, la L.O.P.J.M. supuso un cambio de la concepción que debe tenerse del mismo. El menor pasa a ser titular de derechos, con capacidad para ejercerlos y disponer de los mismos; deja de ser una prolongación de sus padres para pasar a ser considerado una persona con dignidad propia, cuya opinión deberá ser tenida en cuenta en las decisiones que le afecten[148]. A este respecto, y en palabras de VARELA PORTELA[149], el tener en cuenta el criterio del niño, oírles en las decisiones que les afecten, "…parece una medida adecuada ya que aporta al órgano jurisdiccional datos sobre la forma como un conflicto es vivido y el grado de implicación".

No se debe olvidar que uno de los principales aspectos que se incluye dentro del principio del interés del menor, es el derecho de éste a ser escuchado, que se le oiga en aquellos procedimientos que le afecten. El menor debe ser oído antes de adoptarse cualquier decisión sobre su guarda y destino, siempre que por su edad y madurez de juicio pueda pensarse que tiene un criterio independiente y que su opinión es reflejo personal de un deseo atendible. Como refiere RIVERO HERNÁNDEZ[150], no puede darse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deben ser oídos los hijos, pues ello dependerá de su madurez psicológica, tanto intelectual como emocional, que en cada caso

[147] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida…", cit., p. 9.

[148] El Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas refiere en su art. 12 que "*1. Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*"

[149] VARELA PORTELA, M.J., "Las medidas en los pleitos matrimoniales contenciosos", en AAVV., ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 54.

[150] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Matrimonio y divorcio*…, cit., p. 1020.

deberá tomar en consideración el Juez tanto para decidir si ha lugar o no a tal audiencia, como el valor que puede concedérsele a lo manifestado por el menor.

Mayores problemas planteará el dar o no valor relevante a la voluntad expresada por el menor, en cuanto a la preferencia por ir con uno u otro de los progenitores o, si es el caso, con los dos. Es evidente que el resultado de la audiencia del menor, no es vinculante para el Juez a la hora de determinar la modalidad más adecuada de custodia para el mismo, pero es evidente que debe tenerse en cuenta el parecer y voluntad del menor, "pero no en cuanto expresión de un querer frío, psicológico, abstracto (el querer por el querer), sino en cuanto voluntad razonada que responde a unas causas, que deben ser valoradas (no es lo mismo negarse a ir con el padre por haber sido castigado cruel e injustificadamente, que por capricho del niño atizado por la madre) y, en su caso, atendidas"[151]. Es evidente que la opinión del menor puede proporcionar al Juez una valiosa luz a la hora de determinar el régimen de guarda más favorable para éste.

A pesar de la importancia del principio y del amplio reconocimiento del mismo, no sólo a nivel legal sino jurisprudencial y doctrinalmente, según un Informe de la ONG "*SaveTheChildren*"[152], la Administración de Justicia en España no está adaptada a las necesidades de los más pequeños, denunciando que "no hay mecanismos adecuados" para garantizar los derechos de los niños en los Tribunales españoles, "especialmente el derecho a ser escuchados e informados". Se alude igualmente a la urgencia de "adecuar físicamente los espacios en los juzgados donde deben realizarse las entrevistas y donde deben esperar los niños y las niñas…". A la vista del contenido de este Informe, es evidente que queda todavía mucho camino por recorrer a fin de que este principio capital en nuestro ordenamiento jurídico, tenga plena aplicación práctica en la vida real y cotidiana.

Ninguna duda cabe de que es de suma importancia que se oiga la opinión de los menores, debiendo atender a las manifestaciones de éstos, procurando que se garantice que puedan disfrutar de la compañía de sus padres en similares condiciones, siempre que las circunstancias concretas del caso así lo aconsejen y que la opinión de estos se tenga en

[151]RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Matrimonio y divorcio...*, cit., p. 1022.

[152]Vid. PACIOS, S., "La Justicia no garantiza los derechos del niño en España", 12 octubre 2012, Madrid. [Consulta: 12 de diciembre de 2012]. Disponible en: http://www.intereconomia.com/print/903310

cuenta a la hora de decidir otorgar una modalidad u otra de custodia, pues de este modo, se evitarán situaciones injustas para los menores que pudieran poner en peligro el adecuado desarrollo de su personalidad[153].

El principio básico de la protección del menor, va a ser el principio inspirador de las nuevas leyes autonómicas. Se intentan superar las antiguas concepciones paternalistas y pasar a un reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos de los menores y en una capacidad progresiva para ejercerlos. Se parte de la concepción de que el menor es titular de toda una serie de derechos, y que ostenta capacidad para poder ejercerlos y disponer de los mismos.

A nivel internacional, han sido numerosos los textos donde ha quedado plasmado este principio y así se ha reconocido por nuestros Tribunales[154]; entre otros, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño contenía en cinco puntos los principios básicos referidos a la protección de la infancia, el art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas[155], en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, ese Tratado marcará el inicio de una nueva concepción en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel y mayor protagonismo que este desempeña en la sociedad. Se produce un cambio en el sentido de que los hijos van a dejar de ser una prolongación de sus padres para pasar a ser considerados como personas con dignidad propia[156].

El referido art. 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés

[153] FERNÁNDEZ ARIAS, P., "Tengo 7 años, me llamo Jaime y un Juez quiere separarme de mí padre", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 821, 2011, pp. 1-2. [Consulta: 30 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

El artículo reproduce el testimonio de un menor ante la noticia del divorcio de sus padres, así como el drama que se esconde tras el menor por el miedo a perder la figura del padre con causa del divorcio.

[154] SAP Valencia de 9 febrero 2012 (EDJ 2012/78519).

[155] El referido precepto establece que "*En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

[156] REYES LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 24.

superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. A este respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, entendiéndose por "desarrollo" como *"concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral psicológico y social del niño"*[157].

En el ámbito de la Unión Europea, la Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. También se refiere a los menores la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009, tiene reconocido el mismo valor jurídico que el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuyo art. 24, se refiere a los derechos del niño[158]. De igual modo, el principio 3.3 de los *Principles of EuropeanFamilyLawregarding Parental Responsibilities*dispone que el interés superior del menor sea la consideración primordial en todas aquellas

[157]Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

A tal efecto, en la referida Observación, el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: " *a) Un derecho sustantivo; el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación práctica (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los Tribunales; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado esta decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos*".

[158] El precepto establece que "en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial".

materias relativas a la responsabilidad parental[159]. Este principio orientará a los legisladores nacionales, entendiendo incluidos dentro de estos al legislador autonómico y/o foral, en su tarea de modernización del Derecho de familia.

A la vista del contexto internacional existente, el principio del interés superior del menor es un principio rector contenido y amparado por la legislación internacional, consagrado en todos los países que han llevado a cabo un proceso de reforma del Derecho de familia[160].

La primacía de dicho principio ha quedado igualmente recogida en nuestro ordenamiento jurídico[161]; en el art. 2 y 11.2 de la L.O.P.J.M.[162], al señalar que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; en su Exposición de motivos lo menciona bajo esta expresión[163].

Al señalarse que la normativa relativa al interés del menor es de orden público, se comprende evidentemente el art. 2 de la L.O.P.J.M.[164], que recoge la cláusula general del interés superior del menor, y ello implica que esta cláusula general no sólo puede

[159] ALASCIO CARRASCO, L., y MARÍN GARCÍA, I., "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 3, 2007, p. 6. [Consulta: 27 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com

[160] En Europa, el art. 371-1 *Code*, establece que: *"L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant"*; el art. 155 *Codice Civile, "sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos",* determina que el Juez que pronuncia la separación de los cónyuges debe adoptar las medidas relativas a los hijos con especial referencia a los intereses materiales y morales de ellos.

[161] SAP Valencia de 4 enero 2012 (EDJ 2012/17465). "*Se trata éste de un principio básico reconocido en el art. 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-89 ratificada por España (BOE 31-12-90), y en otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, en su Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, y en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, avalado por la doctrina jurisprudencial, como recientemente recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 641/2011 de 27 septiembre, que se traduce en la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación.Es éste además el sentido que se persigue tanto en la regulación del art. 92.8 del C.c., como en la Ley autonómica valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOGV núm. 6495, de 05.04.2011), como también figura con carácter antecedente otras leyes autonómicas valencianas como la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su artículo 22*".

[162] B.O.E. núm. 15, de 17-01-1996.

[163] *"Esta es la razón –dice la Exposición de motivos- por la que, además de establecerse como principio general, el que en toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor […]"*.

[164] Art. 2 "*Principios generales. En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo*".

neutralizar la aplicación de aquella norma imperativa que la contradiga, sino que además el Juez está obligado a observar dicha cláusula general del interés superior del menor cuando tome decisiones que afecten a menores, siendo que en el supuesto en que entren en confrontación esta cláusula general con otra norma imperativa, al ser la primera de orden público prevalecerá sobre la otra.

El del interés del menor, además de principio general del Derecho privado, constituye *per se* un principio constitucional, uno de los principios rectores (los incluidos en los arts. 39 a 52 C.E.), caracterizados por enunciar unos objetivos de la acción del Poder, para cuyo cumplimiento tiene éste amplia libertad en cuanto a medios y formas de concretarlos. Como principio constitucional que es, "le ha dotado la Constitución de la superioridad normativa formal que ella misma implica, sin dejar de ser un principio general de Derecho privado"[165]. Este principio, por su ubicación en el texto constitucional, vincula a todos los poderes públicos, no en el sentido del art. 53.1 C.E. sino en el del 53.3, es decir, en cuanto a que su reconocimiento, respeto y protección, informará la legislación, la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos[166].

Este principio es por tanto, la concreción del mandato y principio constitucional recogido en el art. 39 C.E.[167] - donde se encomienda a los poderes públicos el aseguramiento de la protección integral de los hijos- que ha servido de base para el posterior desarrollo legislativo. Se trata de una exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 C.E., cuyo párrafo tercero, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio[168].

[165] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…, cit., p. 82.
[166] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés.*…, cit., p. 82.
[167] El art. 39 C.E. establece que "*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad; 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*.
[168] STS de 27 septiembre 2011 (TOL 2.248.671).

En iguales términos, se ha pronunciado nuestra doctrina jurisprudencial[169] al respecto de este principio.

Para GUILARTE MARTÍN-CALERO[170] "es el Juez quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación, en cada ruptura, y decidir, conforme a este interés, las medidas personales y económicas que le afecten; y hasta tal punto, es el juzgador el encargado de garantizar la supremacía del interés del menor que, en ocasiones, puede apartarse del criterio adoptado por los padres, a los que, en principio, el legislador coloca en posición privilegiada para decidir sobre aquellas cuestiones, pues ellos son, quienes mejor conocen las necesidades íntimas de sus hijos". En relación con este último inciso y en cuanto a la posibilidad de que el Juez pudiera apartarse del criterio adoptado por los padres, en mi opinión este hecho vulneraría el principio de libertad de los progenitores para elegir el régimen de custodia para sus hijos, y por ello, debieran ser supuestos muy aislados donde pudieran adoptarse este tipo de situaciones.

Pues bien, hay que reseñar siguiendo a CRETNEY[171], que el interés del menor no debe ser medido exclusivamente, bajo parámetros de confort material, si bien es cierto que dentro del principio también se incluirá ese bienestar material necesario para el desarrollo del menor, debiendo ser entendido en su más amplio sentido; de igual modo, se citan como factores o criterios que se han venido tomando en consideración por los Tribunales ingleses en la búsqueda y concreción práctica de ese interés, que se impone sobre los derechos e intereses de los padres, la opinión y deseo de los padres, la conducta de los mismos, la edad de los hijos, la no separación de los hermanos, los deseos del propio hijo, las necesidades de su educación, sus ventajas materiales, etc.

[169]STS de 28 septiembre 2009 (TOL 1.723.158); en la misma refiere que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por Jueces y Tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores.

De igual modo, la STC de 29 mayo 2000 (TOL 2.779); señala 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 propio casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida*".

[170]GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa…", cit., p. 5.

[171]Estas afirmaciones de CRETNEY se reproducen por RIVERO HERNÁNDEZ, F.,*Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero*…", cit., p. 1020.

Así, a la hora de determinar y valorar ese interés superior, parte de la doctrina se pronuncia en términos de que este interés de los niños "*que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -Derecho francés, son besoin de paix, de estabilité, de tranquilitè...c'est son equilibre psyquiquequ'ilfautmettreaupremierrang"- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, "wellfareprinciple" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor*"[172].

Por todo ello, y como bien refiere DE TORRES PEREA[173], "no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés del menor, o dotarle de un contenido rígido (precisamente porque se trata de una cláusula general), lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que afecte al menor), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten".

Tomando como referencia la doctrina alemana, no hay que olvidar la importancia que en esta materia tienen las aportaciones de la sicología y las ciencias sociales. DE TORRES PEREA refiere que ello debe conllevar a concluir que el bien del menor, le exige al Juez remitirse a ámbitos extrajurídicos por tratarse de una materia interdisciplinar. En este sentido, la intervención de los sicólogos, pedagogos y otros profesionales, resultará decisiva para la interpretación del lenguaje, querencias y necesidades del niño, circunstancias estas que sólo un experto podrá comprender y concretar[174].

[172] En este sentido se han pronunciado, las sentencias AP de Valencia de 9 febrero de 2012 (EDJ 2012/78519); 25 junio 2012 (EDJ 2012/199699); 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100152); 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100717); 18 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100578); 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100611); 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100629); 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394).

[173] DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor…*, cit., p. 27.

[174] DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor…", cit., pp. 685-690.

Por lo expuesto, y como concluye DE TORRES PEREA, el interés del niño es una materia interdisciplinar; desde un punto de vista jurídico es un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general que debe interpretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y desde el punto de vista sicológico implica que partiendo de un conjunto de factores conectados unos con otros que resultan perjudiciales para el menor, debe buscarse un punto de referencia que oriente al menor reduciendo la intensidad y complejidad de dichos factores[175]. En la Observación general nº 14, de 29 mayo 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial[176], se refiere que "e*l concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso*", y por ello, deberá individualizarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño en cada caso en concreto.

Por último, y tras las últimas reformas legislativas llevadas a cabo, se ha producido un cambio considerable en la concepción del denominado interés del menor, pasando el mismo de ser un principio general a convertirse en derecho fundamental del menor. Con la entrada en vigor de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia[177], el interés del menor deja de ser un principio y pasa a convertirse en un derecho fundamental del menor. La propia ley ya establece toda una serie de criterios generales que habrán de tenerse en cuenta a la hora de interpretar el referido interés superior, pues uno de los objetivos de ésta, es dotar de contenido al referido concepto, incorporando tanto la jurisprudencia del TS como los criterios de la Observación General nº 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño[178].

[175]DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor…", cit., pp. 700.

[176]Aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

[177] B.O.E. núm. 175, de 23 julio 2015.

[178]En este sentido, se modifica el art. 2 de la L.O.P.J.M., entre otros, incorporando criterios generales para la interpretación del concepto de interés del menor, tales como la protección de su vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, que se preserve su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones.

3. El interés de la familia

Cuando nos referimos al interés de la familia, hay que entender que no estamos ante una especie de interés "orgánico" del grupo familiar en cuanto tal, que deba imponerse al de los individuos que la forman, ni a una hipotética instancia supraindividual superior, "…sino la suma del interés de todos y cada uno de sus miembros",[179] donde van a primar los intereses individuales, destacando sobre todo el del hijo menor de edad, sobre el abstracto interés del grupo, siendo que deberá imponerse éste sobre los intereses de otros miembros del grupo familiar. Se considera un interés primordial pero no exclusivo.

El menor es un ser individual, independiente de sus padres, si bien hay que tener presente que en la medida en que el menor convive con ellos, también habrá que tener en cuenta el interés de éstos. No obstante, ante cualquier conflicto de intereses que pudiera plantearse, la solución deberá ir a garantizar el interés superior del menor.

No obstante esta regla general sentada, en ocasiones y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, puede ser que el interés del menor quede modulado por el llamado interés de la familia, y por lo tanto, no se imponga siempre de forma absoluta sino que "…deba ceder en ocasiones ante otros intereses familiares cuando el sacrificio de estos (es decir, el de otros miembros de la familia) sea desproporcionado"[180].

Como refiere acertadamente RIVERO HERNÁNDEZ[181], el interés del menor se integra, "como prevalente, en el interés de la familia, pero no es exclusivo ni excluyente".

Partiendo del altruismo que debería subyacer a todas las relaciones familiares, no sería difícil la integración de ambos principios, si bien y como se verá a lo largo de este trabajo, dicho altruismo familiar, no será tal y por lo tanto, se plantearán situaciones en las que ambos principios entren en contradicción.

[179] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…., cit., p. 93.
[180] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…, cit., pp. 93-94.
[181] RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés*…, cit., p. 94.

4. El principio de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental

Junto a los principios inspiradores antes referidos, no hay que olvidar otros como son el principio de igualdad entre los progenitores y el de la corresponsabilidad parental. Se trata de dos principios que van íntimamente relacionados, ya que partiendo del principio de igualdad se llega a la corresponsabilidad. Ambos hansidoigualmente recogidos por las legislaciones autonómicas que van a ser objeto de análisis; todas establecen la presunción *iuris tantum* de capacidad parental de ambos progenitores, y todo ello en armonía con el art. 2 de la L.O.P.J.M., que ya había recogido el principio.

Suponen pues que con independencia del régimen de guarda que se establezca tras la ruptura, "es indispensable la presencia efectiva de las respectivas funciones paternas", así como importante y trascendente "la esencial referencia a ambos progenitores, en que se organicen las cosas de tal forma que se potencie al máximo el que los hijos compartan y convivan con ambos"[182]. Para la reciente ley vasca de custodia compartida[183], la corresponsabilidad parental va a garantizar "*que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos e hijas y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de éstos*".

De unos años aquí, con la incorporación de la mujer a la vida laboral, se ha visto reducido el tiempo que ésta tenía para dedicarse a la familia y a los hijos, puesto que este tiempo tiene que compartirlo con el ejercicio de su actividad laboral. Igualmente, y con los cambios sociales que se han ido produciendo, cada vez son más los hombres que no sólo pueden dedicar más tiempo a sus hijos sino que así lo desean, estimando que tienen los mismos derechos que la madre para que ello sea así. Este marco de fondo, ha permitido que conceptos como el de la corresponsabilidad parental hayan ido adquiriendo un mayor protagonismo en los supuestos de crisis familiar, adquiriendo ambos progenitores un papel protagonista en la vida de sus hijos tras la ruptura de la convivencia.

[182] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos*…, cit., pp. 221-224.

[183] Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Este principio que viene recogido en el art. 14 C.E.[184], ya había sido objeto de desarrollo, entre otras, por la Ley valenciana 9/2003 de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, así como en la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y también por la Ley 12/08 de 3 de julio de la Generalitat Valenciana de protección integral de la infancia y la adolescencia, que estableció en su art. 22 el principio de coparentalidad.

Al igual que ocurre con el principio del interés superior del menor, también el principio de corresponsabilidad ha sido recogido por las normas internacionales. En este sentido destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener regular salvo que fuera contrario al interés superior del niño[185].

Con el tiempo, se ha ido avanzando hacia un sistema en el que se van igualando los derechos de ambos progenitores en cuanto al cuidado de los hijos, se ha ido ampliando el régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio, motivado por una mayor implicación de los padres en la educación de los hijos, y se tiende a un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental, en donde la ley presume que ambos progenitores están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, imperando el principio del interés superior del menor, y atendiendo al de igualdad de los progenitores, así como teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto[186].

El principio de corresponsabilidad parte de la presencia de ambos progenitores en la vida de los hijos. La corresponsabilidad se configura como un conjunto de derechos y

[184] Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

[185] Art. 18 Convención "*1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño"*.

[186] En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona de 11 diciembre 2007(TOL 2.463.560); en la misma, refiere que " *…como ya se ha dicho en anteriores pronunciamientos no será esta Sala quien discuta que efectivamente nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores*".

obligaciones que se ejercitan y cumplen conforme las facultades de la patria potestad o autoridad parental, reguladas por los arts. 154 y 156 C.c. Consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos.

Este principio va a conllevar a un reparto más o menos equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos, compartiendo progresivamente ámbitos que tradicionalmente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. No obstante, y si bien tiene su base en el principio de igualdad de los progenitores, dicho principio de igualdad quedará relegado a un segundo plano, adquiriendo protagonismo el principio del interés del menor, siendo que dicha corresponsabilidad parental se llevará a término en la medida en que la misma sea compatible con el principio del interés del menor.

Para LATHROP GÓMEZ[187], no hay que confundir corresponsabilidad parental o familiar con custodia compartida. La primera es un principio que informa la segunda, junto con otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer. La custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad familiar, pudiendo ser definida como un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados**.**

En opinión de autores como ROMERO COLOMA[188], esta presencia de ambos progenitores en la vida del menor, "es un pilar fundamental y una garantía de que la vida de éstos no se verá, de algún modo, traumatizada, o condicionada, por la separación de sus progenitores".

[187] LATHROP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y corresponsabilidad parental...", cit., p. 9.

[188] ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 814, 2011, p. 2. [Consulta: 30 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadigital.es

En similares términos, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[189], para quien la normativa de la guarda y custodia compartida "se presenta como medida que potencia el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestades y como medio de que los hijos conserven una relación fluida con ambos progenitores".

En esa línea se pronuncian las legislaciones autonómicas en materia de custodia compartida, que quizá se han adelantado en estas premisas, desarrollando legislaciones que han ido dirigidas a garantizar esa igualdad de ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos comunes, así como salvaguardar el referido principio de coparentalidad.

En este sentido el art. 75.2[190] del Código aragonés, así como el art. 233-8.1 del Código catalán establecen que la ruptura de la relación matrimonial no altera las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos, "*en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente*"[191]. De igual modo, el art. 233-10.2 del texto catalán, establece que la autoridad judicial, a falta de acuerdo, deberá atenderse "*…al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1*".

[189] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* [en línea], núm. 22, 2009, p. 3. [Consulta: 25 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

[190] "*La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar*".

[191] En este sentido, el "Informe Reencuentro" es un excelente estudio al respecto realizado por J. ÁLVAREZ y R. MARAÑÓN, en el que se analizan las legislaciones de divorcio de tres países (Francia, EEUU y Suecia). [Consulta: 21 de marzo de 2015]. Disponible en: http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf.

La propia ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal, que fue la impulsora de la ley, refería acertadamente que, las expectativas de un niño respecto de sus padres no debían depender del vínculo de la pareja, sino que cada niño tenía el derecho a ser educado por su padre y por su madre, y ello con independencia de la situación familiar. Insistía en la necesidad de reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio así como en que no era necesario seguir siendo pareja para seguir siendo padre y madre al cien por cien.

En este sentido, en la legislación sueca, la coparentalidad es igualmente el punto de partida natural, siendo ambos padres los que deben de atender las necesidades y derechos del menor y ambos los que deben de adoptar, en común, las decisiones que afecten al mismo. Ello supone que en caso de separación o divorcio ambos decidirán de forma conjunta con quien debe vivir el hijo y de qué forma ha de compartir su tiempo con el progenitor con el que no convive.

Vid., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L., "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor"; Trabajo de investigación dirigido por J. M. DE TORRES PEREA en el ámbito del I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Málaga 8 de diciembre de 2009. [Consulta: 30 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.prodeni.org/Informes/la_custodia_compartida_sindrome%20alienacion%20parental.htm.

En la misma directriz, la Ley valenciana 5/2011 de relaciones familiares, hace referencia en su Preámbulo, al art. 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, en donde configuró un sistema de principios y valores que, conforme se refiere en el Preámbulo de la ley, se asumen plenamente por la Ley 5/2011; entre estos principios y derechos, merecen destacarse:

- Principio de coparentalidad según el cual "*los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses*".
- Derecho de cada menor a "*crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos*".

Se trata pues de un principio que debe inspirar las decisiones judiciales que se adopten referidas a la guarda y custodia compartida. Así lo han recogido entre otras, la SAP Valencia de 21 mayo 2012[192], así como la SAP Valencia de 11 noviembre 2013[193], al referir que "l*a decisión judicial sobre la custodia del hijo y régimen de visitas o estancias con los progenitores ha de adoptarse teniendo en cuenta, como se indica en el preámbulo de la Ley 5/2011, los principios de coparentalidad, derecho del menor a crecer y vivir con sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, pero en la observancia de estos derechos "prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social*".

Ambos principios, el de corresponsabilidad y el del interés superior del menor, son pues los principios que han inspirado no sólo las legislaciones autonómicas, sino también todas las reformas que en materia de Derecho de familia se han hecho en países como Francia, Alemania, Italia, etc., si bien habrá que tomar las debidas cautelas para evitar

[192]TOL 2.597.700. Se pronuncia la Sala en términos de que "*La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos principios básicos: por un 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*".

[193]IdCendoj: 46250370102013100728

situaciones que desfavorezcan y perjudiquen la estabilidad del menor, pues la aplicación de estos principios siempre quedará condicionada a que se garantice su interés superior.

5. El principio de autonomía de la voluntad de los progenitores. Problemática en cuanto a la atribución de oficio de la modalidad de custodia compartida

Por último, y si bien se trata de un principio que no se recoge expresamente como tal en ninguna de las leyes autonómicas, en mi opinión y por su importancia, no se puede dejar al margen de su análisis el principio de libertad de que deben gozar ambos progenitores en cuanto a la elección de la modalidad de custodia que prefieren para sus hijos por considerarla como la más adecuada, atendidas las circunstancias existentes.

En este sentido, tanto el Derecho estatal como el autonómico coinciden en que en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de ambos progenitores respecto a la modalidad de custodia para sus hijos, debe respetarse dicha voluntad, y ello en cuanto no perjudique el interés del menor. En este sentido, sí que estaría reconocido, al menos en parte, este principio que considero de crucial importancia para el adecuado desarrollo y ejercicio de la modalidad de custodia compartida.

El problema se plantea en los supuestos en los que no haya acuerdo por parte de los progenitores, bien porque ninguno de ellos la haya solicitado o bien porque ambos rechacen expresamente esta modalidad de custodia y por contra, la autoridad judicial considere que es la modalidad más acorde para garantizar el bienestar de los menores.

Sin perder la referencia de que el principio de libertad de los progenitores debe quedar condicionado al principio del superior interés del menor, ello no obstante se trata de un principio que debe tomarse en consideración ya que ninguna duda cabe de que la modalidad de custodia elegida para los hijos, deberá acordarse teniendo en cuenta las querencias de los padres y también y sobre todo, las de los hijos, así como las necesidades de éstos, sin que se les imponga un régimen de custodia que ninguno de ellos ha solicitado o que se ha excluido expresamente por ambos.

Derivado de esta cuestión, muchas son las discusiones que se han planteado al respecto de si el Juez puede o no conceder la modalidad de custodia compartida cuando la considere la opción más beneficiosa para el menor, aun cuando no la hayan solicitado ninguno de los progenitores o la hayan excluido expresamente. Ante esta tesitura cabría

plantearse el siguiente interrogante, ¿debe prevalecer la autoridad judicial o la libertad de los progenitores?

A tal efecto, debe destacarse que nos encontramos ante una materia en la que *"…no rige el principio dispositivo, ni siquiera en el aspecto de la correlación entre lo pedido y lo resuelto, no pudiendo el juez nunca incurrir en incongruencia "ultrapetita" ni "extrapetita", pues, siendo el proceso matrimonial un instrumento al servicio del Derecho de familia, en el que se dan elementos de "iuscogens" derivados de su especial naturaleza, los principios dispositivo y de rogación quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado (STC 120/84 de 10 de diciembre y STS 2-12-87)"*[194]. En igual sentido, STC 4/2001[195].

[194] SAP Zaragoza de 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100107).

[195] Conforme pone de manifiesto la sentencia, en los procesos matrimoniales no rige en su totalidad el principio dispositivo y, de ahí que en un supuesto en que la sentencia de apelación estableció el régimen de guarda y custodia compartida, el cual no habría sido interesado por ninguna de las partes intervinientes en el recurso de apelación, desechó la existencia del vicio de incongruencia bajo la siguiente argumentación:

(…)El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el artículo 117.3 (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (artículo 117) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones.

Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (artículo 90, párrafo 2, Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (artículo 103 CC, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo la oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de "iuscogens", por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de lasfunciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impidetrasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustancialesa la función jurisdiccional "stricto sensu" (aquélla que se traduce en unpronunciamiento 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 losintereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo , y291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de12 de junio, "la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, deacuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio".

En este sentido, merece ser destacada igualmente por su carácter vanguardista, la SAP Valencia de 22 abril 1999[196], que ya manifestaba que "*la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así (...), sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede planteársela de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores".*

En esta sentencia, en la que se adopta de oficio la medida de guarda y custodia compartida en beneficio de los hijos, se apunta que la meta de la actuación judicial es la obtención del supremo interés del niño y en esta línea debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, teniendo en cuenta que aunque éstos se separen, el hijo debe estar seguro de que ninguno se ha separado de él. Justifica el tribunal la decisión adoptada en que los principios de rogación y congruencia no rigen en materia que afecta al interés público, como es el relativo a la guarda y custodia de los hijos menores.

En una primera aproximación cabría plantear la eventual incongruencia a que podría abocar la concesión de una modalidad de guardia y custodia otorgada *ex officio* por el Juez.

No obstante, y partiendo de que no son de aplicación los principios de rogación y congruencia, se podría pensar que el Juez, cuando lo considere necesario para garantizar el interés del menor, pudiera adoptar la modalidad de la custodia compartida aún sin haberlo solicitado las partes o incluso, aún en el caso de rechazarse por ambas partes dicha modalidad de custodia. En mi opinión, y si bien los referidos principios quiebran en el

[196] Id Cendoj 46250370061999100865

ámbito del Derecho de familia, ello no debería conllevar que ante un supuesto en que ninguno de los cónyuges solicite la modalidad de custodia compartida y sobre todo, en el supuesto de que ambos la rechacen o la excluyan expresamente, se concediera la misma amparándose en la no aplicación de los referidos principios a esta materia. Ninguna duda cabe de que los padres son los que mejor conocen las necesidades de sus hijos así como sus propias circunstancias familiares, y por ello, y salvo supuestos excepcionales, debería atenderse a las peticiones de los progenitores a la hora de acordar esta modalidad de custodia y que el Juez no tuviera la facultad de atribuirla sin que ninguno de los dos la haya solicitado.

En esta línea, la jurisprudencia de la Sala, seguida por la mayoría de las Audiencias, ha destacado el "*requisito esencial*" de la petición por uno o ambos progenitores para la adopción por el Juez de la custodia compartida (arts. 92, 5 y 8 C.c.). Será un requisito esencial para acordar este régimen la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el Juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El C.c. exige la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior lo dicho en la STS de 28 septiembre 2009[197], pues si bien es cierto que de acuerdo con lo establecido en el art. 91 C.c., el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del C.c. para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el art. 80 del Código aragonés.

En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias TS de 29 abril 2013[198] y 19 abril 2012[199], en las que se exige como requisito esencial para acordar la modalidad

[197]Id Cendoj: 28079110012009100588

[198] TOL 3.711.046

[199] Id Cendoj: 28079110012012100275. La Sala establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente ", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el Juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El C. c., por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

compartida, la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. En iguales términos la STC de 17 octubre 2012 a la que me referiré más adelante, y por la que se suprime el inciso "favorable" del apartado 8 del art. 92 C.c., considera que no es un régimen que pueda imponerse sin previa petición de parte.

Se reitera como doctrina de la Sala[200] sobre la guarda y custodia compartida que *"[...] permite al Juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). 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» (art. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el art. 91 CC, 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 Ley de Enjuiciamiento civil y regula el art. 752.1, 2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el art. 92.6 CC , 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"*.

Al respecto de esta cuestión, del análisis comparativo entre la regulación que prevé el C.c. y la que recoge el Anteproyecto de Ley estatal para el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura de la pareja, que analizaré en el siguiente Capítulo, se ve que la regulación de éste, va más allá que la regulación del C.c. En este sentido, el apartado 8 del art. 92 C.c. establece que en caso de desacuerdo sólo se puede adoptar la custodia compartida excepcionalmente si, al menos lo solicita uno de los progenitores y en ningún caso se pronunciará el Juez sobre tal régimen de guarda si ninguno de los progenitores lo interesa. Por contra, en el Anteproyecto es posible que el Juez adopte un régimen de custodia compartida de los hijos aun cuando ambos

[200] Entre otras, STS de 9 de marzo 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100175); 10 enero 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100058).

progenitores insten la custodia para sí, es decir, aunque ninguno de los progenitores solicite la compartida. Dicho en otras palabras, establece que podrá ser establecida por el Juez sin que ninguno de los progenitores lo haya solicitado con tal que ambos pidan la custodia exclusiva para sí mismos. A tal efecto, el apartado 1 del art. 92 bis establece que la autoridad judicial podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por un solo progenitor o por ambos de forma compartida. Igualmente, señala que el ejercicio compartido de la custodia compartida podrá adoptarlo el Juez cuando lo soliciten los padres de común acuerdo o cuando faltando el mismo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

Esta cuestión ha sido criticada por el informe sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del C.G.P.J. en su reunión de 16 de septiembre de 2013. A tal efecto, reforma propuesta, conforme desarrollaré seguidamente, puede originar situaciones problemáticas, y difícilmente puede revertir en interés de los hijos ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia. Por el contrario, es previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda y custodia compartida agudice las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la ruptura de convivencia en aspectos tan transcendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos. Por todo ello, considero que la concesión de la guarda y custodia conjunta debería quedar condicionada, como acontece actualmente, a que al menos uno de los progenitores solicite la aplicación de ese régimen.

Por lo que al Derecho extranjero se refiere, la STS de 8 octubre 2009[201] detalla que algunos sistemas jurídicos sólo permiten el establecimiento de la guardia y custodia compartida cuando existe acuerdo entre los cónyuges (Alemania y Noruega), mientras que otros facultan al Juez para conceder la referida guarda en supuestos en que no exista tal acuerdo, con tal que ello redunde en interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, entre otros).

Por su parte, del análisis de las leyes autonómicas, entiendo que no se puede concluir que en todas ellas se prevea que se puede adoptar la guarda y custodia compartida de oficio por el Juez sin que al menos uno de los progenitores la haya solicitado.

[201] EDJ 2009/234619

En este sentido, el art. 80.2 del Código aragonés claramente apuesta por la custodia compartida como sistema preferente, refiriendo que el Juez la adoptará salvo que la individual sea más conveniente, y tomando en consideración una serie de factores que detalla el precepto y en los que me detendré más adelante. Sin embargo, el número cinco del art. citado establece que "*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*".

De ello se desprende que por lo menos el otro progenitor habrá interesado para sí la modalidad compartida, y por lo tanto, la objeción del otro no será base suficiente para que se deniegue esta modalidad de custodia.

Por su parte, el número dos del art. 233.10 del Código catalán establece que "*la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda y ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233.8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual, si conviene más al interés del hijo*".

De la lectura del precepto, sí que parece desprenderse que la autoridad judicial pueda adoptar, a falta de acuerdo entre los progenitores, la modalidad compartida. No obstante, en la práctica no se suele acordar salvo en los supuestos en que al menos uno de los progenitores la haya solicitado.

La ley valenciana se muestra proclive al otorgamiento de la guarda y custodia conjunta en supuestos de desacuerdo entre los progenitores, si bien de la redacción del precepto también parece deducirse, en similares términos a la norma aragonesa, que al menos uno de ellos habrá interesado esta modalidad de custodia. En este sentido, el art. 5.2. de la Ley 5/2011 prevé, como regla general, que se 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 ambos. Se deduce pues, que cuando se refiere a la oposición de uno de los progenitores, parece desprenderse que el otro, habrá interesado la modalidad compartida, y por lo tanto al menos uno de ellos mantiene la petición para esta modalidad de custodia.

Por último, la ley foral navarra establece en su art. 3.3 que "*el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en*

cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres…"; del precepto se deduce claramente que la decisión del Juez tendrá que ir en consonancia con la petición realizada por los padres, por lo que no parece desprenderse que pueda de oficio adoptar una modalidad de custodia que no se haya instado por ninguno de los progenitores.

En relación con esta cuestión, ya se ha planteado un debate doctrinal[202], que daría pie a una tercera vía en cuanto a la posibilidad de que sea el Juez quien, sin previas limitaciones ni preferencias, acuerde razonadamente el régimen de custodia que considere más ajustado para los hijos menores de edad e incapacitados.

A este respecto, cabría plantearse la pregunta ¿podrá el Juez, si considera que esta modalidad de custodia es el más beneficioso para los menores, imponer la medida de guarda y custodia compartida "de oficio" a unos progenitores que no la hayan solicitado o contra la voluntad manifiesta de ambos de que se establezca un régimen de custodia compartida?

Un sector doctrinal, entre los que se incluyen ESPINOSA CONDE, JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN[203], refieren que tras la reforma legislativa correspondiente, debieran concederse amplias facultades al órgano judicial para acordar, de oficio, la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, siempre que se tienda a tutelar preferentemente los intereses de los menores.

En palabras de GONZÁLEZ DEL POZO[204], no parece que sea acertado acordar la custodia compartida cuando no se ha solicitado por ninguno de los progenitores. A este respecto manifiesta que, "si bien en esta materia no rigen los principios de rogación y congruencia propios del proceso civil, al ser la guarda y custodia de menores una

[202] PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J.M., "¿Es conveniente que el Juez ostente libre potestad para acordar el sistema de guarda más apropiado, con la correspondiente modificación legislativa en su caso?", en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 107, 2010, pp. 1-10. [Consulta: 27 de agosto de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

En este Foro se aprueba por unanimidad la necesidad de que se conceda más potestad a los Jueces para decidir en materia de guarda, con la consiguiente y necesaria reforma del Código civil, considerando que el Juez, está en posibilidad de adoptar la decisión más favorable para los hijos menores o incapacitados.

[203] PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J.M., "¿Es conveniente que el Juez ostente libre potestad…", cit., p. 3-5.

[204]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", en *Diario La Ley* [*en línea*], Sección Doctrina, núm. 7537, 2010, Año XXXI, p.4. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

pretensión de naturaleza indisponible, (art. 751 L.E.C.) pero no lo es menos que, en los procesos de familia la voluntad concorde de las partes prima sobre la decisión judicial a la hora de establecer las medidas que deben regir tras la ruptura de la convivencia y que, por tanto, habiendo acuerdo de las partes en que debe adoptarse un sistema de custodia individual, y no uno de custodia compartida, el mismo debe respetarse por el Juez. De igual manera que el Juez no puede atribuir la guarda exclusiva a un progenitor que no la ha solicitado (…), tampoco puede imponerse la custodia compartida a los progenitores que la rechazan, por más que, atribuir la custodia compartida a quien solicita la guarda exclusiva suponga, desde una perspectiva puramente procesal, dar menos de lo pedido (pero no cosa distinta)". Sobre esta cuestión, la tesis defendida por GONZÁLEZ DEL POZO es que la objeción a la custodia compartida por parte de ambos progenitores, cuando cada uno de ellos trata de obtener la custodia individual, debe ser base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor. No parece que pueda funcionar adecuadamente un régimen de custodia compartida que ambos progenitores rechazan.

En mi opinión, habrá que atender a las razones esgrimidas por cada uno de los progenitores para rechazar esta modalidad de custodia, ya que salvo casos excepcionales, éstos son los que mejor conocen las necesidades de sus hijos así como la forma en que quieren o pueden organizar las relaciones paterno filiales tras la ruptura, atendidas las circunstancias existentes. Pienso que podría resultar contraproducente adoptar una modalidad de custodia que ha sido rechazada por ambos progenitores, y redundar este hecho en perjuicio del menor.

Por contra, y respecto de esta misma cuestión, CASTILLA BAREA[205]plantea que en los supuestos en que los dos progenitores piden la custodia individual para sí, hay que sostener que "quien manifiesta querer lo más –ostentar su custodia en exclusiva-, no está imposibilitado para admitir el término medio: disfrutar de la compañía de los hijos en igualdad de condiciones con el otro progenitor". No obstante, afirma que en estos supuestos se deberán ponderar por el Juez, los elementos que concurran, y si se considera

[205]CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres", en *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 7, 2010, p. 23. [Consulta: 5 de abril de 2013]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

que otorgar la custodia compartida va a conllevar problemas para los hijos, mucho mayores que los que conllevaría atribuir la custodia monoparental, lo procedente será que decida a cuál de ellos se la concede; no obstante, matiza que "manifestada la voluntad de ambos de tener a los hijos consigo, existe la base esencial para que la guarda conjunta sea una solución planteable".

Para CASTILLA BAREA[206], la custodia compartida "se concibe generalmente como el producto del entendimiento entre los progenitores", la opción de "imponer la custodia compartida a quien de antemano se conforma y sólo desea tener a los hijos en su compañía durante cortos períodos de tiempo puede a la larga ser mucho más perjudicial para aquellos…".

Por el contrario, según MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[207], y dado que los principios de rogación y congruencia no rigen en materias que afecten al interés público como son las relativas a guarda y custodia de menores, "si cuando los cónyuges están de acuerdo, cabe la posibilidad de que el Juez no atienda la petición de éstos si considera que es dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, por la misma razón no se entiende que en un proceso contencioso el Juez no tenga un poder de decisión mayor en la atribución de la guarda y custodia"; en esta línea también BLASCO GASCÓ[208], refiere que "el Juez podrá ordenar un régimen convivencial compartido aunque los progenitores hayan pactado que la guarda y custodia no será compartida".

A pesar de que se trata de una materia en donde no rigen los principios de rogación y congruencia, al ser la guarda y custodia de menores una pretensión de naturaleza indisponible (art. 751 L.E.C.), en los procesos de familia, no debe obviarse la voluntad concorde de los progenitores, que debe primar sobre la decisión judicial a la hora de establecer las medidas que deben regir tras la ruptura de la convivencia, y que por tanto, habiendo acuerdo de las partes en que deba darse un sistema de custodia individual, y no

[206] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., pp.8-22.

[207] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales…", cit., pp. 32-37.

[208] BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILLAR, B., La determinación del régimen de convivencia familiar en la ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 9.

compartida, el mismo debe respetarse por el Juez, salvo claro está, que por las circunstancias evidentes del caso, dicha opción no garantice el interés del menor.

En estos términos se ha referido CASTILLA BAREA[209]para quien en modo alguno debe la ley sustituir el "elemento volitivo", pues la imposición de una custodia compartida en modo alguno va a contribuir a la estabilidad emocional de los hijos, así como MAGRO SERVET[210], que al analizar el régimen del C.c., afirma que la aprobación de la custodia compartida sin haberse solicitado por alguno de los progenitores sería problemática[211].

En mi opinión, y contrariando el criterio de algunos de los autores citados, así como la previsión que a tal efecto recoge el Anteproyecto, así como igualmente los pronunciamientos de sentencias como la de la AP Valencia de 22 abril 1999[212] y de 23 septiembre 2013[213], entre otras, la atribución de oficio de la custodia compartida por parte del Juez en base a la no aplicación en esta materia de los principios de rogación y congruencia, y sin que ninguno de los progenitores la haya solicitado, es una medida errónea que, en la mayoría de los casos, no va a garantizar el interés objeto de protección, que es el de los menores, y puede acrecentar el nivel de conflicto entre los progenitores, pues se trata de un modelo de custodia que exige un alto grado de cooperación entre ambos para que resulte exitoso.

[209] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., p. 22.

[210] MAGRO SERVET, V., "¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en el proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?", en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 106, 2010, p. 4. [Consulta: 29 de agosto de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[211] En tal sentido, vid., ROMERO COLOMA, A., "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, [en línea], núm. 863, 2013, p. 6 y ss. [Consulta: 29 de agosto de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

Refiere que "Si los progenitores no se encuentran, por los motivos fundamentados que sean, en condiciones de cumplir este régimen, obviamente, aunque el órgano judicial así lo establezca, será una medida que caerá en el vacío".

[212] Id Cendoj: 46250370061999100865

[213]Id Cendoj: 46250370102013100663. Refiere la Sala que "*Ha de tenerse presente la doctrina del TS recogida en sentencias como la dictada en fecha 25 de abril de 2011 en la que se dice "2º. Además, debe tenerse en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el Juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 LEC y STS de 28 septiembre 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor hija de la recurrente pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulta conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (ver SSTS 31 julio y 28 septiembre 2009 , 11 marzo y 1 octubre 2010 y 11 febrero 2011 , entre otras)*".

Imponer externamente la medida de custodia compartida y atribuir una participación igualitaria en las tareas de guarda de los hijos, probablemente suponga dar a uno de ellos más de lo que quiere, en cuyo caso va a ser motivo de problemas, y al otro menos. En este supuesto, y entre otras razones, esta situación va a generar riesgos de inestabilidad en el sentido de que va a requerir de una reestructuración de los roles de los progenitores que se van a ver obligados a desempeñar unas tareas a las que no están habituados y a sacrificar, en ocasiones, otros objetivos como pudieran ser los de carácter profesional.

Afortunadamente, la gran mayoría de pronunciamientos de nuestros Tribunales en orden a determinar la guarda y custodia de los menores en los supuestos de ruptura de sus progenitores, atienden a la petición interesada al menos por uno de ellos, siendo prácticamente inexistentes los pronunciamientos en que se otorgue la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores la hayan excluido expresamente.

CAPÍTULO II. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESTATAL

I.LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005

1.Consideraciones generales y cambios sociales motivadores de la reforma en el Derecho de familia

En el año 2005 se produjo en España una auténtica revolución legislativa en materia de Derecho de familia, con la promulgación de dos novedosas leyes que cambiaron considerablemente el panorama existente hasta ese momento, así como aceleraron el proceso de modernización ya iniciado con la reforma del año 1981. Por una parte, me refiero a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio y por otra, a la Ley 15/2005, de 8 de julio que modificó igualmente el C.c., así como la L.E.C., en materia de separación y divorcio[214].Ambas normas dieron un giro radical a la regulación existente hasta ese momento, introduciendo una nueva visión del Derecho de familia más acorde con los cambios sociales acontecidos en los últimos años.

La primera de ellas supuso un cambio sustancial en la concepción del matrimonio y de la familia que se tenía hasta el momento, pues introdujo la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

Respecto a la segunda de las normas, se dictó y entró en vigor dentro del mismo contexto político y social y supuso la introducción del llamado divorcio *exprés* y de la custodia compartida, institución ésta última sobre la que se centra el presente trabajo. No se puede olvidar que la guarda y custodia constituye la función paterno- filial de carácter personal que más relieve alcanza una vez sobrevenida la crisis matrimonial o de pareja y

[214] La reforma del C.c. llevada a cabo por la Ley 15/2005 tuvo su incidencia en el ámbito procesal; en este sentido la Disposición Final Primera de la mencionada ley modificó los artículos 770, 771 y 777 L.E.C. 1/2000, de 7 de enero, y ello con la finalidad de concordar la normativa procesal a los cambios sustantivos introducidos con la reforma. En este sentido, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., "Análisis de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio. La modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", en *El nuevo derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Zarraluqui Abogados & Lledó Abogados. Bufetes Jurídicos especializados en Derecho de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 323.

ello por cuanto su regulación produce un verdadero efecto cascada sobre las demás cuestiones que deben acordarse. El ejercicio de la patria potestad, la fijación de las pensiones de alimentos, la atribución del vivienda familiar, el establecimiento del régimen visitas, etc.[215], todas estas cuestiones tendrán un enfoque distinto en función de la modalidad de custodia que se acuerde, de ahí la importancia de ésta.

La regulación de la guarda y custodia compartida fue introducida en el marco de nuestra legislación jurídico-civil, en virtud de la referida ley. Ésta obedecía a la necesidad puesta de manifiesto en los juzgados y Tribunales, ante el incremento de demandas en las que se solicitaba que la guarda y custodia de los hijos menores de edad no se atribuyera, de forma exclusiva, a uno de los progenitores —generalmente, a la madre— como de hecho venía sucediendo. Se trata, por tanto, de un modelo de guarda que ha sido permitido por nuestra legislación civil cuando los progenitores acuerdan este tipo de custodia en aras del mayor bienestar, beneficio e interés del hijo menor de edad, en armonía con el art. 39.2, 3 y 4 C.E., del que se desprende el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos[216].

En cuanto al denominado divorcio *exprés*, en palabras de FLAQUER[217] "rompe radicalmente con el viejo modelo basado en la culpa y en la sanción y concibe el divorcio como un acto de libre voluntad que debiera estar sujeto a un mínimo de restricciones jurídicas. La ley abole las causas tradicionales de separación de forma que la ausencia de voluntad para continuar casado por parte de uno de los cónyuges (o de ambos) pasa a ser razón suficiente para la demanda y también se suprime la necesidad de acreditar un período de separación (formal o informal) antes de poder pedir el divorcio".

Así pues, la reforma de 2005 supuso una vasta simplificación de la legislación en materia de separación y divorcio, permitiendo la presentación de una demanda de divorcio con el único condicionante de que hubieren transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (con la excepción de la existencia de violencia física, psíquica o sexual en

[215]Vid., en ese sentido, LATHOP GÓMEZ, F., *Custodia compartida*…, cit., p. 53.

[216] ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 7504, 2010, Año XXXI, p.1. [Consulta: 9 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[217] FLAQUER, Ll., "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 24.

cuyo caso no se hace preciso dicho tiempo de espera). El acceso directo al divorcio, sin la necesidad de pasar por la previa separación, ni de tener que alegar causa alguna, como hasta ese momento había sucedido, contrasta con los numerosos condicionantes que imponía la ley anterior.

Entre los objetivos de la reforma destacaron, entre otros[218], el de dar mayor protagonismo a la libertad de los cónyuges a la hora de decidir poner fin a su relación matrimonial y, como he referido anteriormente, simplificar trámites y evitar que el proceso de disolución del matrimonio se prolongase en el tiempo, con el consiguiente coste personal y económico, al margen y además del desgaste sicológico que este tipo de procedimientos suele acarrear a las partes.

En este sentido, la propia Exposición de motivos de la ley señala que "*la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio*". En base a este principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio y en base al principio de respeto al libre desarrollo de la personalidad manifestado en el art. 10.1 C.E., se reconoce a los cónyuges libertad para adoptar voluntariamente la decisión de disolver su matrimonio sin necesidad de previa separación judicial o de hecho.

De igual modo, y de entre las novedades a destacar en la Ley 15/2005, no hay que olvidar una de las más importantes cual es que los propios hijos menores de edad deben ser oídos antes de adoptar cualquier decisión que les afecte, y en particular antes de acordar el régimen de guarda y visitas de los mismos, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso desde que sean mayores de doce años (art. 92.2 C.c.). Este derecho del menor es una de las principales y más concretas manifestaciones en los procesos de separación o divorcio del deber de velar en todo momento por la salvaguarda de su interés

[218] Entre los objetivos de la reforma destacar la desaparición de las causas para poder instar la correspondiente demanda de separación, divorcio y/o nulidad matrimonial. La Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió las causas de separación y divorcio, pasando de un sistema causalista a un sistema de separación y divorcio sin causa. Ello ha afectado a la naturaleza del matrimonio civil tal y como se venía entendiendo hasta ahora: la base del matrimonio en la actualidad es absolutamente consensual, tanto en lo que se refiere al momento de constitución de la unión como respecto al momento del fin de la relación y, en su caso, extinción del vínculo. Los derechos y deberes inherentes al matrimonio van a subsistir mientras así lo quieran ambos cónyuges, y desaparecerán por voluntad bilateral o unilateral de cualquiera de ellos.

En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil", en *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea], núm. 13, 2007, pp. 57-58. [Consulta: 9 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.jcyl.es

superior. Es tal su importancia, que la doctrina del TC ha elevado este derecho al rango de derecho fundamental, afirmando que su vulneración supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 C.E., y por ello susceptible de amparo[219].

En línea con los principios referidos en la Exposición de motivos de la ley, se reconoce a los cónyuges libertad para decidir respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente, por primera vez en una norma hasta ese momento, la posibilidad de que los padres puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio de la custodia se atribuya exclusivamente a uno de los cónyuges o de forma compartida a ambos. También se le permite al Juez tomar esta decisión cuando uno de los progenitores lo haya solicitado, aún en contra de la voluntad del otro, siempre que se den los requisitos que a tal efecto recoge el precepto legal y que seguidamente expondré.

No obstante todo ello, la atribución de la guarda en exclusiva a uno de los progenitores es todavía hoy la regla general en el C.c., y ello a pesar de que como he referido, se permite a los progenitores acordar la guarda conjunta, si bien por el momento, y sin perjuicio de los novedosos avances jurisprudenciales así como de la interpretación que por parte de nuestro más Alto Tribunal se hace del término "*excepcionalmente*" del art. 92.8 C.c., así como de los últimos cambios legales acaecidos, se trata de una medida excepcional en la regulación común, que no en algunas legislaciones autonómicas como referiré en el Capítulo III.

No hay que olvidar que la evolución hacia el ejercicio compartido de la responsabilidad parental en España ya se inició con la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. A partir de este momento, a la madre le fueron reconocidos los mismos derechos sobre los hijos que históricamente habían sido asignados al padre tras la ruptura matrimonial, dando un gran paso en el proceso de equiparación jurídica entre hombre y mujer. A partir de ese momento, en España se ha producido una auténtica avalancha de reformas legales en el ámbito familiar dirigidas a la consecución de la igualdad de hombres y mujeres, siendo

[219] STC de 6 junio 2005 (TOL 673.515), estimó el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse modificado en apelación el régimen de guarda y custodia de los hijos establecido tras la separación en primera instancia, sin otorgar un trámite específico de audiencia a los hijos antes de resolver.

una de las más significativas, la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres[220].

De igual modo, este camino ha sido fomentado por la reforma del art. 68 C.c. en cuyo texto, redactado por Ley 15/2005 de 8 de julio, los casi inexistentes derechos y deberes de los cónyuges que quedan en la regulación legal del matrimonio, se han visto incrementados con el deber de "*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*"[221].

Así pues, y sin perjuicio de lo anterior, para PARKINSON[222], el mayor cambio a favor de una guarda compartida y acuerdos comunes de los progenitores, lo produce la presión ejercida por los padres que desean compartir más tiempo con sus hijos. Han sido las reivindicaciones de grupos de padres varones a favor de un trato más igualitario en la determinación de la guarda, los que han terminado por traer a la palestra una modalidad de custodia que, si bien venía aplicándose ocasionalmente con anterioridad, y que la Ley 15/5005 incorporó de forma expresa a nuestro ordenamiento, había sido aplicada de forma muy residual.

Por todo ello, y si bien es cierto que los derechos y obligaciones derivados de la guarda y custodia de los hijos, ya aparecían regulados en el art. 92 C.c. previo a la reforma, a partir de la reforma introducida en el 2005, se dotó de amplio contenido al referido art. 92 así como se introdujo expresamente en nuestro derecho el régimen de guarda y custodia compartida.

Al margen y además de los cambios legislativos enunciados, no hay que olvidar la especial incidencia que ha tenido también en ese cambio de actitud, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1.989, ratificada por el Estado Español el 31 de diciembre de 1.990 y el art. 39.4 de la C.E. De igual modo, ha influido el hecho de que en muchos países se haya convertido en la modalidad de custodia

[220] En el concreto ámbito familiar, esta ley pretende conseguir un reparto más equitativo de las funciones de cuidado, incentivando la asunción de sus responsabilidades por parte de los hombres y mejorando los instrumentos de conciliación de hombres y mujeres.

[221] No obstante el incremento de los referidos derechos y deberes, continúa considerándose el listado de deberes del matrimonio como "raquítico". En este sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1213.

[222] PARKINSON, P., *Family Law and the Indisolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 69.

preferida tras el divorcio, y ello al ser ampliamente aceptada como la que mejor refleja el interés superior del niño. Sin embargo, la verdadera dimensión decisoria no es tanto el reconocimiento o recordatorio de los grandes principios sin más, sino descender a su concreción en cada particular conflicto. La especial sensibilidad que el tema suscita, con repercusiones más sociológicas y de orden personal de los afectados, que jurídicas, es la que dota a la materia de dificultad decisoria. A tal efecto, no se debe olvidar que el Derecho de familia es una de las ramas más importante del Derecho Civil, y ello tanto en su vertiente cualitativa, al referirse a las personas, como cuantitativamente, dado el elevado número de litigios que se plantean ante los Tribunales derivados de esta materia.

Por lo que se refiere al sistema de custodia monoparental, hoy por hoy, y por las circunstancias que luego se verán y salvo excepciones, va quedando como un sistema obsoleto[223] o cuanto menos próximo a serlo y ello habida cuenta el reciente cambio en la doctrina jurisprudencial del TS sobre materia de custodia de los hijos, que seguidamente expondré, así como tras las anunciadas reformas por parte del Ministerio de Justicia en relación con esta materia, así como igualmente por las novedosas leyes autonómicas promulgadas, que dicho sea de paso, no han escapado a la polémica[224], como se verá en el siguiente Capítulo.

Ahondan en esta necesidad de reforma, los recientes pronunciamientos entre los que destaca la STC de 17 de octubre de 2012[225] que declara inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el art. 92.8 C.c. De esta forma, dice la sentencia, "*el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano*

[223]SEIJAS QUINTANA, J.A., "Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar", en AAVV. ROCA TRÍAS, E., DE CASTRO MARTÍN, R.M., *Jurisdicción de Familia XX años*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 149.

[224] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 690. Refiere que la llamada custodia compartida "ha desencadenado una reacción en cadena de las diferentes Autonomías que han decidido aportar su granito de arena –o su montaña inexpugnable- a esta situación, creando, con o sin capacidad legislativa en la materia, sus propias normas, eso sí, sin cuidarse ni un solo momento de que se redacten unas reglas claras de conflicto, en una cuestión basada en la mal regulada, difícilmente comprendida e inseguramente concretada vecindad civil".

[225]TOL2.675.044

judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente tal función jurisdiccional".

En los últimos años, las actitudes hacia la modalidad de custodia compartida han ido cambiando y ello motivado, entre otras razones, por los cambios sociales acaecidos. Hasta el año 2005, en que se produce la reforma del art. 92 C.c., la práctica judicial puso de relieve las dificultades con las que había ido topándose, siendo mayoritarios los pronunciamientos no proclives a la concesión de esta modalidad de custodia. En este sentido, destaca la SAP Valencia de 2 marzo 1991[226], que se mostraba exageradamente pesimista en relación con la problemática que podía plantear la atribución de la custodia ambos progenitores, al entender que una medida de este tipo no iba sino a suscitar graves problemas en el marco de las relaciones paterno-filiales, y sin ver ningún fundamento positivo para la concesión de esa medida.

Antes de la reforma, la práctica en los juzgados y Tribunales en relación con la custodia compartida, si bien no se denegaba de forma sistemática la homologación de los convenios reguladores que pactaban dicha modalidad de custodia, sí hay que subrayar que existían algunos órganos judiciales que ponían trabas, bien por criterio del Juez, bien porque el Ministerio Fiscal se oponía de forma sistemática, a dicho acuerdo, provocando que se dictara una sentencia desestimatoria o que, si era estimatoria, fuese recurrida por el Ministerio Fiscal. Incluso hay una Instrucción de 1995 del Fiscal General, que recomendó a los fiscales que se opusieran a la aprobación de las cláusulas de los convenios reguladores que contemplaran una custodia compartida, al considerar que era contradictoria a los intereses de los hijos menores, lo que condujo, en algunos partidos judiciales, a hacer extensiva la práctica de formalizar los acuerdos ante Notario sin

[226]Refiere que "*tratándose de una cuestión de derecho necesario, que facultaría incluso para resolver a los órganos jurisdiccionales ex officio e imperativamente, si es que así lo demandasen los intereses de los hijos menores de un matrimonio en crisis, lo cierto es que, planteada esa solución de guarda compartida... y, desde luego, nunca argumentable por el artículo 14 de la Constitución... Pero es que aparte de ello, desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes en cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado todo por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueran convenientes*".

solicitar la homologación judicial, atendida la denegación sistemática de dichas peticiones[227].

Desde el punto de vista histórico, las estadísticas han puesto de relieve que hasta la reforma de 2005, fueron muy escasos, los convenios que recogían la modalidad de custodia compartida. Se puede decir que la aportación fundamental de la Ley 15/2005 en lo relativo a la llamada custodia compartida fue la de hacer visible y aflorar una modalidad de ejercicio de la patria potestad que, como regla general, "es la que mejor protege el interés del menor posibilitando las relaciones en condiciones de paridad con ambos padres y la que, consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos"[228].

Junto a todos estos cambios legales, es de destacar que la sociedad española actual, se encuentra inmersa desde hace unos años, en un proceso de cambio en los roles que tradicionalmente habían sido asignados al hombre y a la mujer. Especialmente relevante ha sido la incorporación de la mujer al mundo laboral así como la progresiva asunción por parte del varón de modelos de paternidad de contacto más directo y colaborador con los hijos. No obstante todo ello, la igualdad en las relaciones familiares aún no se ha conseguido plenamente, pues "coexisten sectores de la población en los que el principio de igualdad preside sus relaciones familiares y, por tanto, la custodia compartida se convierte en la solución más idónea respecto de guarda de sus hijos, con otros sectores menos evolucionados, instaurados en un modelo familiar más tradicional, donde la custodia compartida no es la solución óptima tras la crisis matrimonial"[229]. Todo ello ha hecho que se haya ido pasando de la tradicional reticencia a esta modalidad de custodia[230], a su progresiva concesión.

En palabras de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[231], y al respecto de los nuevos cambios acaecidos, "se ha ido flexibilizando el sistema buscando soluciones que tengan en cuenta las circunstancias particulares del caso y que sean acordes con el principio de

[227] ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida….", cit., p. 3.
[228] GARCÍA RUBIO, M.P., y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia…", cit., p. 104.
[229] UREÑA MARTÍNEZ, M., *Lecciones de Derecho Civil…*, cit., p. 208.
[230] PASTOR VITA, F.J., "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 6235, 2005, pp. 15-16. [Consulta: 20 de febrero de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es
[231] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales…", cit., p. 10.

mayor beneficio del menor. Éste por el hecho de la separación o divorcio de los padres no debe verse privado de la presencia de uno de ellos, con las consecuencias negativas que ello pudiera comportar en su formación integral. Por otra parte ambos progenitores tienen igual derecho a mantener el vínculo con sus hijos".

Todo ello ha hecho necesarias nuevas reformas en el ámbito del Derecho de familia con el fin de adecuar la legislación existente a los nuevos cambios sociales producidos, si bien no se debe olvidar que dichas reformas deben tomar como referente el interés del menor, pues el determinar la modalidad de custodia para los menores, se trata de una decisión trascendental que afectará a la formación de éstos, a su estabilidad física y emocional, a sus sentimientos y a sus relaciones personales, sociales y familiares. En mi opinión, se trata de una decisión que va a influir en el futuro del menor, y por ello no puede ser una decisión arbitraria y basada en intereses personales y económicos de los progenitores, sino que debe adoptarse desde la madurez, el respeto, el sentido común, analizando las circunstancias de cada caso en concreto y sobre todo y por encima de todo, garantizando el interés del menor.

Al margen y además de lo anterior, y sin desmerecer la importancia de las reformas legales introducidas en los últimos años, éstas no han colmado las expectativas que se tenía de ellas, y por ello no han escapado a crítica. A tal efecto,la reforma de 2005 ha sido duramente criticada, entre otros, por la ausencia de previsión legal de los factores a tener en cuenta por la autoridad judicial para aplicar una u otra modalidad de custodia. De igual modo, por el hecho de que ésta no se aprovechara para reformar otros preceptos del C.c. que quedan afectados en los supuestos en que se adopte el régimen de custodia compartida, tales como los arts. 93 y 96, y que todavía permanecen sin cambios. Este aspecto ha sido criticado, entre otros por IVARS RUIZ[232], PÉREZ GALVÁN[233], y ello por cuanto la atribución de la guarda y custodia es una decisión que necesariamente tiene connotaciones patrimoniales sobre otras medidas, y por ello, la ausencia de regulación en materias que van a quedar afectadas por la decisión, como la atribución de la vivienda familiar y la pensión alimenticia a favor de los hijos, y que no han sido modificadas hasta

[232] IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida*…, cit., p. 3.

[233]PÉREZ GALVÁN, M., "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", en Diario La Ley [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, pp. 3-4. [Consulta: 20 de mayo de 2014]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

la fecha, supone un déficit de la reforma por el que todavía en la actualidad se vienen interesando reformas legislativas en estos preceptos.

Por el contrario, las legislaciones autonómicas sí que han efectuado una regulación no sólo de los factores a tomar en consideración por el Juez para atribuir una u otra modalidad de custodia, sino también en cómo va a afectar la modalidad de custodia compartida en los demás aspectos materiales y personales que puedan quedar afectados por la atribución de la misma, salvando de este modo la deficiencia existente en la legislación estatal.

Ninguna duda cabe de que en los tiempos que corren, se ha pasado de una postura reacia a la adopción de la custodia compartida, a proclamar abiertamente las virtudes que la misma posee[234].

Por todo ello, y como refiere VIÑAS MAESTRE, la reforma operada por la Ley 15/2005 si bien ha tenido un efecto divulgativo o calificado también como pedagógico[235]. En palabras de NANCLARES VALLE, contiene más que una opción decidida por la custodia compartida, "la presentación en sociedad de una solución"[236], quedando en manos de la autoridad judicial, a excepción de los supuestos de acuerdo mutuo por parte de los progenitores, la efectividad de una figura que ha venido aplicándose con carácter minoritario[237]. En un intento de superar la aplicación minoritaria de esta modalidad de custodia, y a la vista de las necesidades sociales existentes y de los cambios que la sociedad parece venir reclamando, la doctrina de nuestro más Alto Tribunal ha dado un giro en la interpretación del art. 96 C.c., supliendo igualmente las deficiencias del mismo a través de sus pronunciamientos, lo que ha venido a cambiar el criterio interpretativo que hasta ahora se venía haciendo del mismo. Junto a todo ello, y conforme trataré en los

[234] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos*…, cit., p. 205; cita la frase de la Juez María Sanahuja, que refiere que "Si queremos superar el modelo de la caverna –él caza, ella se ocupa de la prole- crecer profesionalmente y enriquecer a nuestros hijos, la custodia compartida tiene que ser nuestro modelo".

[235] VIÑAS MAESTRE, D., "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura…", cit., p. 5.

[236] NANCLARES VALLE, J., "La custodia de los hijos en el Derecho civil de Navarra", en *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 1, 2012, p. 2. [Consulta: 30 de septiembre de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

[237] De acuerdo con las últimas cifras publicadas, en sólo uno de cada diez casos de separaciones y divorcios con hijos la custodia es ejercida por ambos cónyuges. Esta proporción se ha estabilizado en los últimos años. En 2009 en el 84'1% de los casos de divorcio con hijos menores, la madre ejercía la custodia, en un 5'6% el padre, en un 0'7% otras categorías de la población y sólo en un 9'6% ambos cónyuges. Vid., FLAQUER, Ll., "Liberalización sin protección…", cit., p. 38.

Capítulos III y siguientes, varias Comunidades autónomas han tenido una clara vocación de regular estas situaciones familiares con cierta profundidad, promulgando leyes autonómicas que recogiendo modelos diferentes y con distintas terminologías, han regulado la denominada custodia compartida como modalidad preferente, así como igualmente, han contemplado todas aquellas medidas que se van a ver afectadas con causa del establecimiento de esta modalidad de custodia.

2. La guarda y custodia compartida en el art. 92 Código civil. Régimen legal de aplicación

A) Consideraciones generales

En el ámbito del C.c., el art. 92 así como los arts. 93 y 94 del mismo, establecen la regulación de cuanto afecta a los hijos en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores[238]. Constituyen pues, el punto de partida de la regulación de cada uno de los efectos que sobrevienen a las situaciones de crisis matrimonial.

A lo largo de este epígrafe, expondré la regulación que en relación con la modalidad de custodia compartida prevé el C.c., los requisitos que a tal efecto establece el art. 92 para su adopción, tanto en los supuestos de mutuo acuerdo como cuando no lo haya, así como la interpretación del precepto, con especial incidencia al término *"excepcionalmente"* que recoge el apartado 8 del referido precepto.

Conviene recordar, siguiendo a MONTERO AROCA[239], que todo el conjunto normativo existente en torno a la figura de la guarda y custodia tiene como punto de partida lo dispuesto en el art. 39.2, 3 y 4 C.E.Así, el precepto constitucional exige: 1) El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación; 2) El deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio y fundamentalmente durante la minoría

[238] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 690; refiere que en este sentido, y respecto a los hijos no matrimoniales, si bien no se promulga una legislación similar para regular las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, cuando sus padres no convivan o cuando rompan esa convivencia, por analogía se extienden un gran número de preceptos de aplicación para los hijos matrimoniales a los no matrimoniales y ello por mor del principio de igualdad.

[239] MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos: la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 58.

de edad; 3) La protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los menores[240].

Así pues, tomando dicha referencia, el legislador de 2005 establece dos posibles fórmulas de otorgamiento de la guarda y custodia, que serán objeto de desarrollo en el siguiente epígrafe. Por un lado, la tradicional, consistente en otorgar la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores y la más innovadora de otorgar la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores. Esta modalidad implica la atribución del ejercicio de la potestad de guarda a uno de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres[241] o, en su defecto, por la autoridad judicial. Por su parte, la custodia compartida supone que ambos progenitores ejercerán dicha potestad de guarda de forma conjunta.

Siquiera sea someramente, quiero apuntar que respecto de la diversidad de nomenclaturas utilizadas para denominar la modalidad de custodia compartida, y sin entrar a valorar si la nomenclatura de guarda y custodia compartida es la más adecuada o no, es la que se va a utilizar a lo largo del presente trabajo, si bien es evidente el amplio debate doctrinal existente a la hora de determinar cuál es la denominación que mejor se adecuaría a esta modalidad de custodia[242].

Teniendo en cuenta la nueva regulación de los arts. 92[243], 93 y 94 C.c., se debe hacer un análisis pormenorizado del actual estado de esta cuestión.

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, el ordenamiento jurídico español no recogía mención alguna a la denominada custodia compartida. Fue precisamente esta ley la que permitió que, aún con la excepcionalidad con que la propia regulación la contempla, existiera una base legal más clara y expresa en la que apoyarse para acordarla. La regulación anterior a la reforma del

[240] IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida*…, cit., p. 21.

[241] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm.3, 2010, p. 5. [Consulta: 15 de mayo de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com

[242] A este respecto, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.,*Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 670-674; utiliza la denominación "guarda y custodia alterna o compartida".

[243] Destacar la declaración parcial de inconstitucionalidad del art. 92 C.c. por la STC, Pleno de 17 octubre 2012 (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006. Pte. Roca Trías), que ha suprimido la exigencia de que el informe del Ministerio Fiscal sea "*favorable"* poder acordar la custodia "compartida" cuando no hay acuerdo de los progenitores.

2005, no impedía acordar la custodia compartida, pero la ausencia de una previsión explícita dio lugar a una doctrina restrictiva a la hora de plantearse la posibilidad de una guarda compartida, que sólo se concedía en supuestos muy excepcionales[244].

En este sentido, para BLASCO GASCÓ, el régimen del C.c. anterior a la reforma de 2005, no prohibía la guarda y custodia compartida, si bien es cierto que tampoco la favorecía especialmente. La guarda y custodia de los menores, si viven ambos progenitores y ninguno de ellos ha sido suspendido o privado de la patria potestad, siempre es compartida, si bien "desequilibrada temporalmente". Afirma BLASCO que "esta expresión del C.c. ciertamente no prohibía la guarda y custodia compartida, pero como tantas otras (como la determinación de la pensión compensatoria) se entendieron de manera unidireccional o unidimensional. Así, lo normal era atribuir la guarda y custodia de los hijos menores a uno de los progenitores y establecer un régimen de visitas y estancias para con el otro"[245].

Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO[246] refiere que "el carácter excepcional de su reconocimiento se fundaba en la falta de regulación legal".

En ese sentido, la SAP Madrid de 17 febrero 1995, cuya doctrina asumen otras Audiencias Provinciales, señalaba: *"…se plantea por el recurrente la solución de la guarda y custodia compartida, medida que dentro del Derecho de familia español podría considerarse excepcional, tanto así que el legislador sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el art. 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado a los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria*

[244] VIÑAS MAESTRE, D., "Medidas relativas a los hijos menores…", cit., p. 4-6.

[245] BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILLAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar…*, cit., pp. 1-2. También BLASCO GASCÓ, F.de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 313.

En esta misma línea se pronuncia igualmente, el FJ2º de la SAP Palma de Mallorca de 6 de octubre de 2004 (Id Cendoj: 07040370052004100308); señala que "*es cierto que no puede descartarse en casos muy concretos la aplicación de la guarda y custodia compartida, lo cual aunque no se recoja por el momento en nuestro Código Civil, tampoco queda prohibida, ya que lo señalado por el párrafo 4 del Art. 92 de dicho Código se refiere a la decisión que debe tomar el Juez respecto de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos, por ello no debe de ser entendido como norma general, pues es innegable que el niño precisa de un entorno estable para su formación integral*."

[246] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Comentarios al nuevo art. 92 del Código Civil", en GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 113.

potestad sea compartido en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando al hijo, puedan tomarse de común acuerdo, y sin que el padre que no convive habitualmente con el hijo se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que le tenga en su compañía".

Igualmente la SAP Palencia de 10 febrero 1999 mantenía que *"…los arts. 90 y 92 del Código Civil al regular la opción de la custodia de los hijos en supuesto de separación o divorcio de los padres no prevé en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíbe, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general, sin duda ante la problemática que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y por lo tanto de las relaciones entre los progenitores que éstos se hubieran de poner de acuerdo hasta para las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual, si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución, cuando se hace lo es en base a una situación en que las circunstancias no sólo lo permiten sino que así lo aconsejen…"*.

Por ello, y si bien la guarda y custodia compartida se presenta como una novedad introducida por la reforma del año 2005, con anterioridad a la misma, y a pesar de la ausencia de una regulación específica, ya había sido aplicada por nuestros Tribunales[247] tras la entrada en vigor de la L.O.P.J.M. Esto no significa que anteriormente a la reforma estuviera prohibida pero la posibilidad de su aplicación, no estaba prevista expresamente, de ahí el carácter residual en cuanto a su aplicación.

Será con la nueva regulación del art. 92 C.c. cuando se produzca el cambio de escenario al permitir expresamente el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos. Se pretendía reforzar con esta ley *"…la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan*

[247] En este sentido, la SAP Alicante de 7 julio 1997 acordó la custodia compartida por concurrir circunstancias excepcionales en orden al interés de los hijos si bien refiere la Sala que "*con carácter general y abstracto, la Sala ha de mostrar sus mayores reservas a dicho régimen de custodia compartida y otros semejantes pues frente a los beneficios de la igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos presentan el inconveniente de privar a éstos de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida que parece imprescindible para su normal desarrollo, inconveniente que se estima decisivo"*.

acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, pueda adoptar una decisión con ese contenido"[248].

B) Análisis del art. 92 Código civil. Supuestos de obtención de la guarda y custodia compartida

a) Consideraciones generales

El art. 92 C.c., en lo relativo a la determinación del régimen de custodia, dedica los números 6 y 9 a todos los supuestos de custodia, mientras que los apartados 5, 7 y 8 van referidos únicamente a la modalidad de custodia compartida.

A tal efecto, el referido precepto establece dos cauces distintos para poder obtener la custodia compartida. El primero, cuando exista acuerdo de los progenitores y así lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (art. 92.5 C.c.). El segundo cauce sería en los supuestos en los que no haya acuerdo, se califica de excepcional y requiere el cumplimiento de los requisitos contenidos en el texto legal, esto es, que se solicite por una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, y que el Juez considere que sólo atribuyendo la custodia conjunta se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 C.c.)[249].

Así lo recogen, entre otras, la STS de 19 abril 2012[250], que refiere:

"El art. 92 C.c. establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión

[248] Párrafo vigésimo de la Exposición de motivos de la Ley 15/2005.

[249] Art. 92.8 C.c. refiere que "*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*".

[250] Id Cendoj: 28079110012012100275

"excepcionalmente ", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el Juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse".

Así, partiendo de la existencia de dos posibles cauces para la obtención de la guarda y custodia compartida, a continuación voy a proceder a su análisis.

b) La guarda y custodia compartida consensuada

Por lo que se refiere a la guarda y custodia compartida consensuada, se trata de aquella modalidad solicitada por ambos progenitores, bien al inicio del procedimiento o a lo largo del mismo. En este supuesto, el Juez deberá aprobarla si bien no de forma automática, pues antes deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, sin ser éste ya vinculante, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario y valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (art. 92.6 C.c.)[251].

Viene prevista en el art. 92.5 C.c. que establece que "s*e 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*".

Del precepto se desprende que si ambos progenitores convienen en la custodia compartida, el Juez parece que deberá acordarla, como así se deduce de la imperatividad del término "*se acordará*". De la redacción del precepto se desprende que, en términos generales, si los padres convienen en esta modalidad de custodia, el Juez no debiera imponer obstáculo alguno para su ejercicio. Es evidente que los padres son los que más

[251]PÉREZ CONESA, C., "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 8, 2013, pp. 61-102. [Consulta: 1 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

conocen a sus hijos así como las necesidades de éstos, y por ello la opinión de éstos debe ser respetada, y todo ello sin perjuicio de que el Juez deba velar y garantizar que quede salvaguardado el interés de los menores no sólo con la modalidad de custodia elegida por los progenitores sino sobre todo, en los detalles para el ejercicio de la misma.

En opinión de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[252]no por el hecho de que ambos progenitores convengan en la custodia compartida, el Juez debe acordarla, ya que dadas las múltiples variantes que dicha modalidad de custodia prevé, al Juez deben trasladarle una forma en la que ambos padres estén conformes, sin que baste que coincidan en esta modalidad de custodia sino lo hacen también en los detalles para el ejercicio de la misma.

Así, al margen y además de la existencia de mutuo acuerdo por parte de los progenitores respecto a esta modalidad de custodia conjunta, deberá el Juez supervisar que quedan garantizados los derechos de los menores así como su superior interés en la modalidad de custodia elegida y sobre todo, en el ejercicio propuesto por los progenitores para la misma.

La segunda parte del apartado 5 del art. 92 establece que "*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*". De la interpretación del mismo se deduce que en cierta manera, el Juez queda vinculado por el acuerdo de los progenitores, pues si bien se indica que tiene que fundamentar su resolución[253], parte de que dicha fundamentación va referida al acuerdo respecto a la guarda conjunta.

[252] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco Jurídico paterno –filial*…., cit., p. 698. En similares términos HERRERA PUENTES, P.J., "Análisis de las reformas más importantes introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Revista Jurídica de Canarias* [en línea], núm. 1, 2006, pp. 67-69. [Consulta: 30 de agosto de 2015]. Disponible en: www.tirantonline.com/tol/documento/show/870403

Refiere el autor que el Juez no se encuentra obligado a aprobar el convenio regulador propuesto por las partes, aunque considera que debe prevalecer el acuerdo alcanzado por los progenitores, habida cuenta que son estos los que más conocen a sus hijos.

[253] Al respecto del inciso legal de que el Juez debe fundamentar su resolución, en mi opinión, este inciso no parece que tenga encaje en los procedimientos de mutuo acuerdo por vía del art. 777L.E.C., y ello por cuanto que en estos procedimientos, el Juez no entrará a fundamentar nada, limitándose a acordar lo propuesto por los cónyuges en el Convenio, siempre claro está, que se garanticen los derechos de los menores.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que en los supuestos en los que ambos progenitores solicitan de común acuerdo la modalidad compartida, el Juez se limita a adoptarla sin mayor fundamentación, si bien es cierto que en aquellos supuestos en donde se aprecien de forma evidente inconvenientes para el ejercicio de dicha modalidad de custodia, y por ello se puedan derivar consecuencias negativas para el menor, el Juez podrá, sin perjuicio de lo previsto en los apartados siguientes, denegar dicha modalidad de custodia fundamentando su decisión.

En este sentido, la decisión del Juez debe matizarse con el contenido de lo previsto en el apartado 6 del art. 92 C.c. y el inciso "*en todo caso*" recogido en el mismo. A tal efecto, establece que:

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

El referido precepto, debe entenderse aplicable tanto para los supuestos en los que haya acuerdo entre los progenitores como en los supuestos en los que no y por ello, antes de adoptarse por el Juez la modalidad de custodia, sea individual o compartida, deberán cumplirse las exigencias que marca el precepto, que son:

a) Recabar informe del Ministerio Fiscal, aún en el caso de que haya acuerdo entre los progenitores, si bien el Juez no queda vinculado por el dictamen de éste. En la redacción original del precepto se establecía que, en los casos de custodia compartida no convenida por los padres, el informe del Ministerio Fiscal debía ser vinculante, al referirse que para acordar el Juez esta modalidad de custodia, el informe debía ser "favorable".Dicho inciso fue declarado inconstitucional por la STC de 17 octubre 2012, en la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006 sobre inconstitucionalidad parcial del art. 92.8 C.c., promovida por la AP 5ª de Las Palmas de Gran Canaria, por posible contradicción con los arts. 117.3, 14 y 39 C.E.A esta sentencia me referiré más adelante.

b) Oír a los menores que tengan suficiente juicio. La audiencia de los menores debe acordarse, bien de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes o incluso a petición de los menores, ya que a éstos les pertenece este derecho. De igual modo, se podría considerar que incluso los miembros del Equipo Técnico Judicial, cuando lo consideren pertinente a la vista de los informes realizados, pudieran pedir audiencia de los menores, si bien ésta opción ha sido criticada por parte de la doctrina especializada[254].

c) Se deberán valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.

d) Igualmente, se debe valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

De entre todas las previsiones que recoge el precepto, la referida a la necesidad de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, así como la valoración de la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos a los efectos de determinar la modalidad idónea de custodia, en modo alguno podrán ser de aplicación en los procedimientos de mutuo acuerdo tramitados por las normas del art. 777 L.E.C., pues en este tipo de procedimientos, no pueden llevarse a cabo estas valoraciones.

En este sentido, en los supuestos de mutuo acuerdo, la comparecencia que se produce es únicamente para que las partes procedan, en la mayoría de los casos por separado, a la ratificación de la demanda y el convenio o pacto suscrito. Por ello, en modo alguno podrá el Juez valorar las alegaciones pues no las hay, así como tampoco la relación existente entre los progenitores. Dado que la comparecencia es a los puros efectos de proceder únicamente a la ratificación de la demanda y convenio o pacto presentado, así como carecer la demanda presentada, en la mayoría de los supuestos, de un relato fáctico de los hechos, dado que no es necesario relatar las causas que han dado pie a la misma, el Juez no contará con los medios para poder realizar las valoraciones que el precepto legal establece.

A la vista de todo ello, es evidente que la ley no pone objeción alguna a que ambos progenitores acuerden la guarda y custodia compartida por voluntad propia (art. 92.5 C.c.)

[254]En este sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 694-695.

– como no podía ser de otra manera, pues en principio, son los padres quienes estarán en mejor posición de saber que es lo más conveniente para sus hijos -. Refiere el art. 90 C.c. que los acuerdos adoptados por los cónyuges serán aprobados por el Juez salvo que sean perjudiciales para los hijos. Es razonable pensar que generalmente, cuando los padres que son los titulares de la patria potestad, están de acuerdo en la modalidad de custodia escogida, ésta será la decisión más favorable para todas las partes implicadas, y en particular, beneficiará el interés de los hijos, que no hay que olvidar, es el pilar fundamental sobre el que deben apoyarse todas las decisiones referidas a ellos, bien sean tomadas por los padres o por la autoridad judicial.

No obstante lo anterior, no estaría de más que en este tipo de supuestos, al igual que se hace en los contenciosos, se extremaran igualmente las precauciones, atendiendo al informe del Ministerio Fiscal y sobre todo, a la opinión de los menores. Es regla generalizada que en estos supuestos, no se suele tener en cuenta la opinión de éstos y debiera hacerse a fin de que los derechos de los mismos quedaran también igualmente garantizados. No por el hecho de que sea un procedimiento de mutuo acuerdo implica que no haya enfrentamiento entre las partes, ya que este enfrentamiento es prácticamente consustancial en casi todos los procedimientos, sean de mutuo acuerdo o contenciosos, y por ello, se deben extremar igualmente las precauciones a los efectos de garantizar los derechos de los menores.

c) La guarda y custodia compartida ante la falta de acuerdo entre los progenitores respecto a esta modalidad de custodia

Frente a la petición de mutuo acuerdo por ambos progenitores, en la que aparentemente no debe haber incidencias, o cuánto menos éstas serán de menor calibre, el problema se plantea cuando sólo uno de ellos solicite la custodia compartida de los menores (lo normal es que el otro solicitará la exclusiva). En el supuesto de ausencia de acuerdo de los padres, es la denominada modalidad excepcional, el Juez puede decretar la custodia compartida si concurren tres presupuestos:

- Que sea solicitada por una de las partes.
- Que el Ministerio Fiscal emita informe.
- Y que sólo con esta medida se proteja adecuadamente el interés del menor.

Así, el art. 92.8 C.c. establece que "*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 del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del menor"*.

Mucho se ha debatido al respecto del significado que había que darle al término "*excepcionalmente*" con que se inicia el apartado 8 del art. 92. Así, y en paralelo al cambio jurisprudencial en cuanto a la interpretación el precepto, se ha pasado de considerar que el término iba referido a que se dieran determinadas circunstancias excepcionales para acordar la modalidad compartida, de ahí su aplicación residual hasta fechas recientes, al considerar que el mismo se refiere únicamente al supuesto de falta de acuerdo entre los progenitores.

La doctrina no es unánime en cuanto a la interpretación del término *"excepcionalmente"*, de ahí que se puedan distinguir distintas posiciones doctrinales que seguidamente voy a exponer:

Para ALASCIO CARRASCO[255], declarar la excepcionalidad de la medida, supone que si uno de los padres se opone a la misma, ésta en principio no será beneficiosa para el menor, por lo que será necesario probar que sí lo es. Desde este punto de vista, cuando ambos progenitores no estén de acuerdo en la medida, la ley identifica el interés del menor con el interés de los padres. Ni que decir tiene que esto no tiene por qué ser necesariamente así, si bien en mi opinión, la opinión de éstos debe ser tomada en consideración a la hora de acordar una u otra modalidad de custodia. La autora, partiendo de que la redacción del precepto es "desafortunada", considera que la ley prejuzga el interés del menor en función de un elemento que no es por sí mismo determinante, el interés de los padres, en lugar de dejar que el Juez valore todas las circunstancias de la familia, para determinar cuál es la solución óptima.

Para SEIJAS QUINTANA[256], no resulta necesario concretar el significado de la excepcionalidad a que se refiere el art. 92.8 C.c., ya que de la redacción del precepto se

[255]ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida…", cit., p. 7
[256] SEIJAS QUINTANA, J.A., "Guarda y custodia. Derecho de visitas…", cit., p. 157.
STS de 29 abril 2013 (Id. Cendoj: 28079110012013100242).

desprende que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Al hilo de lo anterior, resulta imprescindible reseñar la STC de 17 octubre 2012, pues constituye el hito a partir del cual la jurisprudencia del TS experimenta una evolución caracterizada por una progresiva normalización del sistema de custodia compartida configurado como excepcional en el art. 92 C.c., como régimen de custodia ordinario. Hasta ese momento, venía exigiéndose que el informe a emitir por el Ministerio Fiscal tenía que ser favorable para que se otorgara la modalidad de custodia compartida, obstaculizándose con dicho derecho de veto, la concesión de un gran número de custodias compartidas. Ello fue objeto de duras críticas, y ello por cuanto se consideraba que dicho presupuesto limitaba la facultad decisoria del Juez, pudiendo llegar a infringir el art. 117 de nuestro texto constitucional referido a la potestad jurisdiccional, y motivando por ello que las Audiencias Provinciales de Las Palmas y Navarra plantearan sendas cuestiones de inconstitucionalidad, la primera de las cuales fue admitida a trámite mediante Providencia del Pleno del TC de 14 abril 2010[257].

Considera el TC que este requisito constituye un "*poder de veto*" o "*dictamen obstativo"* a favor del Ministerio público, pues un informe desfavorable impedía una decisión diversa del Juez, lo que limitaba injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 C.E. otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Concluye refiriendo que "*a juicio de este TC, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional*", para finalmente concluir declarando la inconstitucionalidad del término "*favorable*" contenida en el art. 92.8 C.c., por resultar contrario a los arts. 117.3 y 24 C.E.

En este aspecto, también se produjo un arduo debate doctrinal respecto a si la potestad jurisdiccional quedaba limitada por el hecho de que la decisión del Juez quedara

[257] ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta…", cit., p. 7.

condicionada al contenido del informe del Ministerio Fiscal favorable o no a la modalidad de custodia compartida.

A este respecto, DELGADO DEL RIO, entre otros[258], se hacía eco de las críticas vertidas en referencia al requisito exigido en el art. 92.8 C.c. señalando que "…no debe prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal puesto que ello podría ser inconstitucional al limitar la condición decisoria del Juez y que sería conveniente que por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del sentido del mismo…"[259].

Por su parte, PÉREZ CONESA[260] y HERNANDO RAMOS[261], consideran que lo que realmente vulnera la plena potestad jurisdiccional es un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Siendo favorable, no es vinculante y el Juez podrá acordar o denegar la custodia compartida si estima que acordándola o denegándola se protege el interés superior del menor. Es en el caso de ser desfavorable el dictamen del Fiscal en el que quedará limitada la exclusividad y plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que no podrá decretarla a pesar de que valore dicho régimen de guarda como el más idóneo para proteger el interés del menor.

No obstante, HERNANDO RAMOS, refería que a pesar de este condicionante, esta circunstancia no impedía al Juez, a pesar de la existencia del informe desfavorable, que

[258] HERNANDO RAMOS, S., "El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, pp. 5-7. [Consulta: 3 de julio de 2013]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

Refiere a este respecto que "*…se duda sobre la constitucionalidad del precepto comentado ya que la fuerza vinculante que el legislador ha querido otorgar al informe del Ministerio Fiscal ante la petición de la custodia conjunta a instancia de un solo progenitor, no se da en la adopción de decisiones judiciales sobre el régimen ordinario de guarda y custodia, por lo que pudiera vulnerar, en primer lugar, el principio de igualdad y especialmente el de igualdad de los hijos ante la Ley (art. 14 C.E.); en segundo lugar, la exclusividad de la potestad jurisdiccional afectando al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, sustrayendo de la protección jurisdiccional tales solicitudes si el Ministerio Público opone su veto, o, simplemente, no comparece; y, por último, el principio de prevalencia del interés supremo del menor. Así, la AP Las Palmas de 13 de octubre de 2006, plantea una cuestión de inconstitucional referida al art. 92.8 C.c.".*

[259] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos…*, cit., p. 87.

[260] PÉREZ CONESA, C., "Inconstitucionalidad del inciso "favorable" del artículo 92.8 del Código civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 9, 2013, p. 67. [Consulta: 5 de junio de 2014]. Disponible en: http://www.westlaw.es

[261] HERNANDO RAMOS, S., "El informe del Ministerio Fiscal….", cit., p. 3.

acordara el régimen de guarda y custodia compartida cuando considerara y motivara que era lo más adecuado para el interés del menor, ya que en caso contrario, "…se podría llegar al absurdo de que en todos aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal no emite informe alguno sobre el extremo de la guarda y custodia compartida pedida por uno de los progenitores o si su informe es neutro sin mostrarse a favor o en contra o, incluso, si es contrario a dicha petición, el Juez no podría conceder la custodia compartida"[262].

Por su parte, en el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia, se concluía que "…no puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello supondría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo"[263].

Esta controvertida limitación, ha quedado ya superada tras la STC de 17 octubre 2012, así como por las leyes autonómicas promulgadas sobre esta materia que como se verá en el Capítulo III, han obviado este requisito vinculante, siguiendo la línea de la legislación común y quedando reducido a un mero informe por parte del Ministerio Fiscal, pero sin que el mismo sea vinculante, sin que su opinión condicione para que se adopte una u otra decisión. En iguales términos se prevé en el Anteproyecto de Ley estatal de corresponsabilidad parental como luego veremos.

Por último, se cierra el apartado 8 del precepto con el requisito de que sólo de esta forma – esto es con la adopción de la custodia compartida- se proteja adecuadamente el interés superior del menor. En mi opinión, este inciso, y no el término "*excepcionalmente*", es el que refleja claramente el carácter restrictivo que el C.c. pretende conferir al régimen de la custodia compartida. Exigir que el Juez considere que es la ÚNICA forma de proteger el interés del menor, "raya en lo esperpéntico". A tal efecto, "podrá pensarse que es la mejor o la menos mala, pero la SOLA fórmula adecuada es verbalmente extravagante"[264].

[262] HERNADO RARMOS, S., "El informe del Ministerio Fiscal…", cit., p. 4.
[263] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos…*, cit., p. 88.
[264] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial…*, cit., p. 1325.

No obstante y a pesar de la desacertada expresión del precepto legal, han habido resoluciones judiciales que para cumplir con dicha exigencia, no dudan en afirmarlo; en este sentido la SAP Cantabria de 12 mayo 2009[265], que al respecto de los requisitos establecidos en el art. 92.8 C.c. refiere que "*ninguno de estos requisitos concurren, pues el Ministerio Fiscal se ha opuesto a la custodia compartida; y, desde luego, no puede afirmarse que sólo de esa forma se protegen los intereses de las menores cuando el régimen de guarda hasta ahora vigente se ha demostrado suficiente y garante de las relaciones de las menores con ambos padres"*. En similares términos la SAP Murcia de 28 enero 2010[266], rechaza igualmente la custodia compartida alegando que *"nada indica que la guarda y custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior de las menores Agustina y Celestina, ya que no se puede confundir el interés superior de las menores con la voluntad interesada de las menores, que la representación del apelante considera "base fundamental" de su pretensión"*.

A pesar de las cautelas del precepto legal, no ha escapado a las críticas doctrinales, entre otros PASTOR VITA, que refiere que únicamente debiera adoptarse judicialmente la custodia compartida cuando sea solicitada de común acuerdo por ambos progenitores en la propuesta de convenio regulador, y el propio menor no manifieste ninguna oposición a tal posibilidad, así como el Juez, a la vista de las circunstancias del caso, a la edad y grado de madurez del menor, estime que puede serle beneficioso ese régimen de custodia compartida[267].

En conclusión, se puede afirmar que la regla general del C.c. en cuanto a la custodia de los hijos, y sin perjuicio de la doctrina del TS sobre la interpretación del precepto, que más adelante expondré, se ha venido concibiendo la custodia compartida en los supuestos de falta de acuerdo por parte de los progenitores, de manera restrictiva, teniendo en cuenta los condicionamientos que dicho precepto impone al Juez para que pueda acordarla, si bien el acuerdo de los padres facilitará la decisión judicial en tal sentido. De la regulación nacida tras la reforma del año 2005, se aprecia como el legislador regula la custodia compartida con excesiva prudencia[268], persistiendo el temor de establecer la guarda y

[265]Id Cendoj: 39075370022009100253
[266]Id Cendoj: 30030037004201010004
[267] PASTOR VITA, F.J., "Una primera aproximación…", cit., pp.16-17.
[268] IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida*…, cit., p. 3.

custodia compartida como fórmula principal o cuanto menos estableciéndola como una opción que quede al mismo nivel que la monoparental. Derivado de todo ello, el legislador establece, a falta de acuerdo entre los progenitores, toda una serie de cautelas (art. 92.8 C.c.) para otorgar la guarda y custodia compartida.

De los requisitos en el art. 92.8 C.c., el primero de ellos es que uno de los progenitores lo solicite; ello conlleva a interpretar que no es una medida que pueda adoptarse de oficio, sino únicamente a instancia de una de las partes en caso de desacuerdo. Sin la petición de al menos uno de los progenitores, no podrá acordarse[269]. En segundo lugar, el Juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal, sin que sea ya necesario que tal informe tenga que ser favorable.

Así, la redacción dada por la Ley 25/2005 al apartado 8 del art. 92 C.c., consagró un régimen excepcional de guarda y custodia compartida, salvo que mediase acuerdo entre los cónyuges, al establecer como requisitos el informe favorable del Ministerio Fiscal y que dicha opción sea la única que satisfaga el superior interés del menor. No obstante, la rigurosidad con que fue concebido el precepto, ha quedado un tanto mitigada por el contenido de la STC 185/2012, que consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que el dictamen favorable del Ministerio Fiscal tuviera carácter vinculante, así como por la doctrina jurisprudencial que voy a analizar en el epígrafe siguiente, que se ha mostrado proclive a extender su ámbito de aplicación, al reconducir el significado de la excepcionalidad a la mera a la falta de acuerdo entre los cónyuges así como establecer esta modalidad de custodia como la normal e incluso la deseable.

3. Evolución jurisprudencial a favor del acogimiento del régimen de custodia compartida como régimen normal y deseable

A) Consideraciones generales

Como he venido refiriendo, es un hecho evidente la deficiente e incompleta regulación existente en el C.c. al respecto de la institución que es objeto de estudio. A la vista de todo

[269] No obstante, y como indica la STS de 28 septiembre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100588), el art. 91 C.c. *"…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…"*; dicho precepto también dispone que el Juez determinará las medidas que hayan de adoptarse conforme a lo establecido en los artículos siguientes, entre los cuales, el apartado 8 del art. 92 exige siempre que para atribuir la guarda y custodia compartida debe concurrir petición de parte.

ello, una vez más ha sido el Alto Tribunal el que, a la espera de la tan ansiada reforma legislativa por parte del legislador estatal que parece no acabe de llegar, ha ido supliendo el vacío legal y cubriendo las necesidades que la sociedad reclama en torno a esta cuestión. El cambio de roles experimentado en los últimos años, justifica la necesidad de un cambio legislativo que cada vez se demora más[270], y que ha hecho que la jurisprudencia, una vez más, se haya adelantado al legislador, desempeñando la función de éste.

En los últimos años se ha producido un vuelco en la doctrina jurisprudencial existente al respecto de la excepcionalidad o no de la modalidad de custodia compartida. A tal efecto, se ha ido pasando de una oposición frontal a este sistema de guarda a su progresiva admisión, si bien condicionada a la concurrencia de determinadas condiciones familiares y materiales idóneas para la adopción de este sistema legal.

Como han reiterado entre otros PARDILLO HERNÁNDEZ[271], "el Derecho de familia constituye una excepción a la característica general de estabilidad, propia del Derecho Civil en su conjunto, pues ha experimentado en tiempos recientes transformaciones sustanciales, paralelas a las producidas en la sociedad contemporánea. Cambios que se han hecho presentes en las consecuencias de la ruptura o crisis matrimonial, y de forma especialmente relevante en las fórmulas o sistemas de organización de la guarda y custodia de la descendencia".

El punto de partida que hay que tomar como referencia para entender la evolución jurisprudencial que en los últimos años se ha producido en esta materia, es la consideración de que la ruptura de la convivencia tras la crisis matrimonial, no exime a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1 C.c.). A tal efecto, la familia indisoluble y por lo tanto, tras el cese de la convivencia entre los progenitores, lo que

[270]Al respecto del estado en el que se encuentra el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, y si bien parece ser que está incluido en el calendario del Ministerio de Justicia para ser aprobado en esta legislatura, no parece que vaya a ser una realidad a corto plazo, por lo que habrá que esperar a la próxima para que la tan ansiada reforma sea un hecho.

A tal efecto SEIJAS QUINTANA, refería en el marco del I Congreso Internacional sobre custodia compartida celebrado en Alicante, que el Anteproyecto "ha quedado en el sueño de los justos".

SEIJAS QUINTANA, J.A., "La guarda y custodia compartida en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo". Ponencia expuesta en el I Congreso Internacional sobre Custodia compartida y protección jurídica del menor, celebrado en Alicante el 24 y 25 abril 2015.

[271]PARDILLO HERNÁNDEZ, A., Guarda y custodia compartida: análisis…", cit., p.1.

procede es reorganizar el sistema de relaciones familiares, pues "no se extingue la familia: sólo cambia el modo de relacionarse de sus antiguos componentes"[272].

A lo largo de este epígrafe, expondré la evolución de la doctrina jurisprudencial del TS sobre esta cuestión, así como de algunas Audiencias Provinciales, así como analizaré sus últimos pronunciamientos en donde se aprecia el importante cambio de criterio en cuanto a considerar esta modalidad de custodia no como una modalidad excepcional sino como el régimen normal y deseable para garantizar el interés del menor.

B) De la excepcionalidad a la generalidad de la modalidad compartida

Hasta hace relativamente poco tiempo, la modalidad de custodia compartida se trató como un sistema excepcional y de aplicación muy residual. Paradigma de esa posición es, entre otras, la SAP Barcelona de 21 diciembre 2009[273]. En relación con la modalidad compartida, se refería en términos de que se trataba de una modalidad de custodia destinada a satisfacer una "*demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales*", así como establecía "*su discutible conveniencia en los supuestos de "niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 nov. 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 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)"*.

[272]ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012, pp. 16 y 143. [Consulta: 13 de agosto de 2013]. Disponible en. http: //www.ub.edu/web/ub/es/menu_eines/noticies/2012/12/050.html

[273]Id Cendoj: 08019370122009100882

Frente a esta postura que actualmente va quedando cada vez más desfasada, se ha pasado a considerar que, pese a la literalidad del art. 92.8 C.c., el ejercicio compartido de la guardia y custodia no se configura como un modelo de aplicación extraordinaria y ello por cuanto la doctrina jurisprudencial, en la labor exegética que le es propia,ha proclamado la generalidad de la aplicación del citado régimen tuitivo.

Esta evolución ha venido en buena parte marcada por la más reciente jurisprudencia emanada de la Sala 1ª del TS, así como por algunos TSJ como el de Cataluña y también el de Valencia[274]. La doctrina general sobre la custodia de los hijos tras la separación o el divorcio es la recogida en la STS de8 octubre 2009[275]. Esta resolución, unificadora de los criterios dispersos hasta ese momento, marca un punto de inflexión en la materia desde que entrara en vigor la Ley 15/2005, que introdujo la custodia compartida en el ordenamiento español, y destaca que el punto de vista esencial para determinar la modalidad de ejercicio de la guarda ha de ser el del superior interés del menor, recogido en los arts. 2 y 3 de la L.O.P.J.M. y en los sucesivos textos legales que han desplazado las consideraciones de otra índole, ante el esencial eje de toda decisión administrativa o jurisdiccional en la materia. El interés del menor ha de ser el principio básico que presida la adopción de la medida de guarda y custodia, y, por tanto, también el establecimiento de regímenes de custodia compartida – STS de 8 octubre 2009[276]; de 10 marzo 2010[277]; de 11 marzo 2010[278]; de 7 julio 2011[279]; de 9 marzo 2012[280]; y la de 29 abril 2013[281], de unificación de doctrina.

Desde este punto de vista, la más reciente jurisprudencia emanada de la Sala Primera del TS ha destacado, en relación a la aplicación de la redacción vigente del art. 92 C.c. sobre la custodia compartida, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, que: "*la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en*

[274]Entre otras, STSJ Comunidad Valencia de 6 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250310012013100012).
[275]Id Cendoj: 28079110012009100624
[276]EDJ 2009/234619
[277]EDJ 2010/16359
[278]EDJ 2010/16360.En esta sentencia ya se establece la guarda y custodia compartida y se sientan los criterios que posteriormente recogerá la sentencia de 29 abril 2013, de unificación de doctrina.
[279]EDJ 2011/155252
[280]EDJ 2012/48506
[281] TOL 3.711.046

situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (por todas, la STS de 25 abril 2014[282]). Este pronunciamiento constituye, sin duda, una toma de posición en pro de la "normalización" de la adopción de la custodia compartida atendiendo, en todo caso, al superior interés del menor.

En consonancia con lo anterior, y entendida la guarda y custodia compartida como el régimen de guarda y custodia "*más normal*", la "*excepcionalidad*" a que alude elart. 92.8 C.c., debe ser interpretada en relación con el párrafo 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, elart. 92.8 C.c.no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "*fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la *"excepcionalidad"*, a que se refiere el art. 92.8 C.c., ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida dicha excepcionalidad no en cuanto al régimen en sí, sino en cuanto a la forma de pedirla, esto es, a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre dicha modalidad de custodia y no a que existan circunstancias específicas para acordarla. Así lo refieren, entre otras, las sentencias TS de 22 julio 2011[283], 7 julio 2011[284], 25 mayo 2012[285], 19 abril 2012[286], 11 diciembre 2012[287]. Así lo ha ratificado igualmente la STSJ Comunidad Valenciana de 6 septiembre 2013[288].

En la misma línea se han pronunciado las SSTS de 7 julio 2011[289] y lade 25 abril 2014[290]al interpretar el art. 92 C.c., afirmando que el régimen de custodia compartida no supone una medida excepcional, debiendo entenderse como la más normal al permitir que

[282]Id Cendoj: 28079100120141001 84
[283]Id Cendoj: 28079110012011100491
[284]EDJ 2011/146903
[285]Id Cendoj: 28079100120121003 32
[286]Id Cendoj: 28079110012012100275
[287]EDJ 2012/269938
[288] Id Cendoj: 46250310012013100012 .La sentencia, al hilo de la interpretación del art. 5 de la Ley valenciana 5/2011 concluye que en la interpretación del precepto se invierte *"…el principio de excepcionalidad del régimen de custodia compartida a falta de acuerdo de las partes en los términos del punto 8 del artículo 92 del Código Civil, en relación en cuanto la modificación de medidas con lo establecido en el artículo 91 del mismo texto legal , que tradicionalmente ha venido aplicándose en la doctrina jurisprudencial que recientemente ha evolucionado a pronunciamientos en los que se consideran con arreglo al derecho común ambos regímenes normales interpretando que la excepcionalidad del artículo 92 del Código Civil se refiere sólo a la determinación judicial del régimen de custodia a falta de acuerdo de las partes como recogen, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/2012, de 25 de mayo, Recurso 1395/2010 , y la 579/2011, de 22 de julio, recogida en la anterior"*.
[289] TOL 2.186.708.
[290] Id Cendoj: 28079110012014100184

el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores sea efectivo, incluso en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. La referida de 25 de abril añade que esta modalidad de custodia podrá establecerse incluso ante la falta de acuerdo entre los progenitores siempre que el Juez fundamente que, sólo de esta forma, se protege adecuadamente el interés superior del menor[291].

Por su parte, es igualmente de destacar la STS de 25 noviembre 2013[292], por ser un claro exponente de la tendencia pro custodia compartida del más Alto Tribunal, pues ante un supuesto de modificación de medidas, el TS estima el recurso de casación y declara que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C.c.) bastante para sustituir el sistema de custodia individual materno por otro de custodia compartida, concretando esa alteración sustancial de circunstancias en tres factores: a) la doctrina del TC[293] que declara inconstitucional el inciso favorable del art. 92.8 C.c., b) la reforma del C.c. sobre la materia llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y c) la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida. Establece como doctrina jurisprudencial, que se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial del TC, la reforma del C.c. y la legislación autonómica relativa a la custodia compartida, que consideran que es un régimen normal y no excepcional, que además en el caso enjuiciado favorece el interés del menor al fomentar su integración con ambos progenitores[294].

La importancia de la sentencia radica en que contempla un supuesto de modificación de guarda y custodia que es aplicable a miles de casos ya sentenciados en los que se ha pactado el régimen de custodia individual. No obstante, en mi opinión, dicho razonamiento no debe aplicarse de forma automática, sino que al margen y además de tener en cuenta los factores que refiere la sentencia, habrá que analizar las circunstancias del caso concreto y sobre todo el interés del menor, ya que si éste no queda totalmente garantizado, entiendo que no debe ser motivo para el cambio de custodia el hecho de que

[291] En este sentido, y como se verá en el Capítulo III al analizar la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Barcelona y Valencia, ésta va a ser la línea que se va a seguir.

[292] Id Cendoj: 28079110012013100681

[293] La STC núm. 185/2012, de 17 de octubre, por la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección 5ª de la AP de Las Palmas en relación con la aplicación del art. 92.8 C.c., ha puesto de nuevo en actualidad una de las instituciones más controvertidas del Derecho de familia de nuestros días: la guarda y custodia compartida.

[294] MECO TÉBAR, F., "La custodia compartida como régimen…", cit., p. 422.

haya habido un cambio de circunstancias por la nueva línea jurisprudencial imperante y las nuevas leyes autonómicas promulgadas.

Atendiendo a todo ello, denegada la custodia compartida en instancias anteriores, si el recurrente en casación no alega la vulneración del principio del interés del menor y no justifica en el recurso de casación que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés de éste, el motivo se desestimará[295].

En este sentido, MECO TÉBAR[296] refiere que las nuevas leyes autonómicas, junto con los pronunciamientos antes referidos, "marcan un nuevo rumbo en la normalización entendida no como excepcionalidad, así como en el reconocimiento y aplicación del régimen de custodia compartida".

A tal efecto, los últimos pronunciamientos jurisprudenciales constituyen pues una toma de posición en pro de la normalización de la adopción de la custodia compartida atendiendo, en todo caso, al superior interés del menor[297].

Asimismo, ha referido la Sala 1ª de nuestro Alto Tribunal que "*la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor*"[298].

En la misma línea seguida por nuestro más Alto Tribunal, la STSJ Cataluña de 31 julio 2008[299] se muestra partidaria de la custodia compartida argumentando que ésta

[295] En este sentido, STS de 9 marzo 2012 (TOL 2.498.899).

[296] MECO TÉBAR, F., "La custodia compartida como régimen…", cit., p. 424.

[297] En este sentido, la STS de 19 de julio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100441), hace hincapié en que "*se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos*".

[298] STS de 11 de marzo de 2010 (EDJ 2010/16360).

[299] Id Cendoj: 08019310012008100006

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:

1º. "evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los menores para con sus padres",

2º. "favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos –tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin",

3º. "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

4º. "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".

La referida sentencia hace suyas "*la enumeración de efectos positivos contenida en la SAP de Barcelona de 20 febrero 2007 –ya expuestos en la SAP de Barcelona de 20 febrero 2005 y luego reiterado, entre otras por la SAP de Barcelona de 16 julio 2009, conforme a las cuales*:

"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

d) se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

e) 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;

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

g) 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 sus 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

h) 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".

Dichos efectos serán igualmente reproducidos por la doctrina más reciente del TS[300], al contemplar que con la modalidad compartida:

"*a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia*".

Por lo que se refiere a los factores que deben ser tomados en consideración por la autoridad judicial a la hora de elegir una modalidad u otra de custodia, se trata de una cuestión que ante la falta de previsión legal, ha sido la jurisprudencia la que ha venido supliendo la deficiencia existente. A tal efecto, tanto la STS de 29 abril 2013[301], y en

[300] STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681), 16 febrero 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100034), entre otras.
[301] TOL 3.711.046

iguales términos las sentencias de 16 octubre 2014[302],18 noviembre 2014[303], 22 octubre 2014[304],2 julio 2014[305], 25 abril 2014[306]reiterancomo doctrina jurisprudencial que la adopción de la modalidad compartida "*debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"*.

De este modo, el Alto Tribunal ha ido sistematizando los criterios para determinar si la custodia será o no la más adecuada en cada caso en concreto. El cumplimiento de estos criterios se comprobará mediante el informe del Ministerio Fiscal, que será preceptivo pero no vinculante, el testimonio de los hijos, el informe del Equipo Psicosocial del juzgado, así como la valoración de las alegaciones de los progenitores y las pruebas que se presenten.

A la vista de la jurisprudencia reciente, se ve pues que se aboga por la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta. Se considera como la mejor solución para el menor, ya que va a propiciar que éste siga relacionándose con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo. Por ello, se propicia que dicha modalidad debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

En estos términos se han pronunciado las sentencias TS de 7 julio 2011[307], 22 julio 2011[308], 19 julio 2013[309], y otras posteriores[310], que remitiendo a la tan renombrada

[302] Id Cendoj: 28079110012014100531
[303] Id Cendoj: 28079110012014100582
[304]Id Cendoj: 28079110012014100512
[305] Id Cendoj: 28079110012014100306
[306]Id Cendoj: 28079110012014100184
[307]En su Fundamento de Derecho Séptimo, al interpretar el art. 92 C.c. afirmaba que el régimen de custodia compartida no supone una medida excepcional, debiendo entenderse como la más normal al

sentencia de 29 abril 2013, en relación con la normalidad con la que debe admitirse el sistema de guarda y custodia conjunta, concluyen que con esta modalidad, se trata de aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. Igualmente, se pretende garantizar al tiempo a sus padres, la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, al ser lo más beneficioso para ellos.

La ya referida STS de 19 julio 2013[311], añade que "*se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 del Código Civil ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de15*

permitir que el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores sea efectivo, incluso en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. igualmente declara que "*la interpretación del art. 92.5,6 y 7 C.c. debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*".

[308] En su Fundamento de Derecho Tercero refiere *que "el texto actualmente vigente del art. 92.8 C.c., redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el Juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores […]. La excepcionalidad a que se refiere el inciso del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 C.c. no excluye esta posibilidad […]. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 C.c., ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla"*. La referida sentencia, avanzando en la línea iniciada, refiere que las relaciones entre los cónyuges no son por sí solas relevantes para determinar la custodia compartida, salvo cuando perjudican el interés del menor.

[309] TOL 3.888.169. Dice la Sala que "*se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel"*.El objetivo final es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los menores.

[310] STS de 2 julio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100306). Refiere que lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos; STS de 25 abril 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100184); STS de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100512); STS 30 octubre 2013(Id Cendoj: 28079110012014100551); STS de 18 noviembre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100582).

[311] TOL 3.888.169

de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel".

Al hilo de la nueva línea jurisprudencial, refiere PÉREZ CONESA[312] que, "…no cabe duda de que para el TS, a pesar de la literalidad del art. 92.8 C.c., el mismo no instaura un sistema de custodia individual con respecto a la cual la guarda conjunta implique un supuesto excepcional. Ahora bien, la prioridad por un régimen u otro queda determinada por el interés superior del menor y así se pone de manifiesto también en la jurisprudencia. Reflejo de ello es la STS de 10 enero 2012, en la que se sostiene que *"…la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el art. 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda*". O bien como indica la STS de 27 abril 2012[313], *"…el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste"*.

A la vista del análisis jurisprudencial realizado, qué duda cabe de que la característica común a todas ellas es la "simpatía" por la modalidad de custodia compartida, llegando a manifestar incluso su preferencia hacia dicha modalidad de guarda.

En esta línea pro custodia compartida, se ha pronunciado igualmente la reciente STS de 18 noviembre 2014[314]; ante un supuesto en que la AP denegaba la modalidad de custodia compartida en base a la existencia de un convenio regulador en el que las partes, a modo de negocio civil, establecían la custodia monoparental a favor de la madre, revoca la misma concediendo la modalidad compartida interesada por el progenitor paterno. La

[312] PÉREZ CONESA, C., "Análisis crítico de las reformas del Código Civil…", cit., p. 61.
[313] TOL 2.532.645
[314] Id Cendoj: 28079110012014100582

sentencia de la AP fundamentaba su decisión en que no resultaba oportuno "…*la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niñoy ello,pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, porque"alteraría los hábitos y rutina diaria"a la que viene acostumbrado*".

A estos efectos, critica la Sala 1ª "*la sentencia petrificala situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido*", y añade que "*el hecho deque haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual,como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013*". Añade la Sala que lo que se pretendecon esta medida es "*asegurar el adecuado desarrolloevolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor*" y, en definitiva, "*aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la rupturamatrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos". Por último refiere que "la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicialen el sentido de queno se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis*".

Los últimos pronunciamientos, entre los que destacan las sentencias TS de 16 febrero 2015[315], 14 octubre 2014[316], reiteran como doctrina jurisprudencial[317] que "*la*

[315] Id Cendoj: 28079110012015100034. En iguales términos se pronuncia la STS de 16 febrero 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100093).

interpretación de los arts. 92, 5 , 6 y 7 C.c. debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran 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; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcionalísima sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea."

Analizada en conjunto esta jurisprudencia, ésta se inclina por no considerar la guarda y custodia conjunta como una solución negativa, sino más bien como una opción que a falta de consenso entre quienes tienen que ejercerla, debe entenderse con normalidad. Nuestro más Alto Tribunal había expresado en numerosas ocasiones su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen de custodia, indicando que junto a innegables virtudes de la misma, como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presentaba inconvenientes tales como la menor estabilidad del *status* material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc. No cabe duda de que dicha doctrina parece estar completamente superada a raíz de los últimos pronunciamientos analizados.

Junto a la jurisprudencia del TS y la ya referida del TSJ Cataluña, no hay que olvidar la emanada de las diversas Audiencias, que han venido a corroborar la anterior. Así, la

[316]Id Cendoj: 28079110012015100541. En esta sentencia, la Sala rechaza el hecho de que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar, que en este caso era propiedad privativa de la madre, pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor.

[317] Dicha doctrina se reitera igualmente en las SSTS 25 de abril (Id Cendoj: 28079110012014100184), 30 de octubre (Id Cendoj: 28079110012014100551) y 18 de noviembre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100582), entre otras.

SAP Alicante de 24 abril 2009[318] enfatiza que esta forma de custodia, refiriéndose a la compartida, no priva a los padres "*del derecho a tener en compañía a su hija y sobre todo de la menor de poder disfrutar de la figura paterna, no sólo a través de un régimen de visitas, sino además mediante la convivencia*" y "*se concluye que la máxima protección del superior interés de la menor, sólo puede obtenerse de esta forma*".

Por su parte, para la SAP Murcia de 30 octubre 2008[319] "*resulta la mejor solución cuando ello se produce, porque nadie niega la necesidad que tienen los hijos de tratar y compartir sus vivencias y afecciones con ambos progenitores a la vez*".

En síntesis, se puede decir que de los recientes pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance y contenido de los apartados 5 y 8 del art. 92 C.c., los rasgos más importantes de la doctrina elaborada sobre la cuestión tratada son los siguientes:

a) La guarda y custodia compartida no se contempla como una medida excepcional, y por ello, su aplicación debe considerarse el régimen normal y deseable, salvo que sea perjudicial para el hijo (STS de 29 abril 2013).

b) El apartado 5 del art. 92 será de aplicación cuando ambos progenitores soliciten la guarda y custodia compartida, mientras que si solamente uno de ellos la interesa, su concesión estará sujeta a los requisitos del art. 92.8 C.c. En cualquier caso, es requisito necesario que dicha modalidad de custodia se interese, al menos, por uno de los progenitores (SSTS de 29 abril 2013 y 19 abril 2012). En este aspecto, y como se verá en los epígrafes siguientes, la regulación que propone el Anteproyecto de Ley estatal para el ejercicio de la corresponsabilidad, quiebra con este criterio jurisprudencial, ya que prevé la posibilidad de que el Juez pueda acordar la modalidad compartida aun cuando no la haya interesado ninguno de los progenitores, siendo éste uno de los aspectos más criticados del mismo.

c) La excepcionalidad a que se refiere el art. 92.8 debe interpretarse en relación con el apartado 5 del citado precepto y, por tanto, se entenderá que concurre cuando no haya acuerdo entre los cónyuges respecto de la guarda y custodia compartida, y no en cuanto a

[318]Id Cendoj: 03065370092009100040
[319]Id Cendoj: 30016370052008100237

que deban darse determinadas circunstancias excepcionales para su establecimiento (SSTS de 22 julio 2011 y 25 mayo 2012).

d) La interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del art. 92 debe estar fundada en el interés de los menores que van aquedar afectados por la medida que se deba tomar, la cual se acordará en atención a criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos, el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (STS de 29 abril 2013).

No cabe duda de que tanto la jurisprudencia emanada de la Sala 1ª del TS, como la procedente de las Audiencias, constituyen el inicio de una nueva etapa en materia de guarda y custodia de los hijos en los procesos de nulidad, separación y divorcio, en la que sin duda, se aboga por "normalizar" la modalidad compartida, asociándola a ciertos efectos favorables para los menores.

No obstante todo ello, y aunque en los últimos años se ha producido un giro radical en cuanto al aumento de las opiniones favorables a la custodia compartida como opción preferente, siendo buena prueba de ello las legislaciones autonómicas promulgadas sobre la materia, todavía es mayoritaria al menos de momento, la concesión de la custodia individual a favor de la madre. Un ejemplo de la situación preferente de la custodia unilateral materna se deduce de la estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios realizada por el Instituto Nacional de Estadística respecto del año 2013[320], que concluye que la custodia en casos de conflicto entre los padres, se otorgó a la madre en el 76'2% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (79'6%); en el 5'5% de los casos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5'3% de 2012), en el 17'9% fue compartida (frente al 14'6% del año anterior)[321] y por último, en el 0'3% se otorgó a otras instituciones o familiares. De la estadística realizada se aprecia pues, que si bien la custodia monoparental

[320] Publicado el 22 octubre 2014.

[321] En este aspecto, en el año 2012 fue compartida la custodia en el 12'3% de los casos. Datos del Instituto Nacional de Estadística. Notas de prensa. Publicado el 26 septiembre 2013.

a favor de la madre es la tendencia mayoritaria, se ve un aumento del otorgamiento de las custodias compartidas, si bien en un porcentaje bastante bajo todavía.

C)Factores legales y jurisprudenciales para la determinación de la modalidad de custodia más adecuada para el menor

De entre las numerosas críticas de las que ha venido siendo objeto la reforma introducida con la Ley 15/2005, una de las más reiteradas ha sido la referida al hecho de que el legislador no fijara los factores y circunstancias a ponderar por el Juez para determinar qué modalidad de custodia se debía considerar más adecuada para el interés superior del menor en caso de desacuerdo entre los progenitores.

En sede de ruptura de la convivencia matrimonial, el art. 92 C.c. sólo contiene posibilidades negativas y positivas y trámites obligatorios y facultativos en cuanto a la adopción por el Juez de las medidas de guarda referidas a menores e incapacitados, pero no se establece ni una sola pauta para guiar la "enorme discrecionalidad judicial", y en consecuencia, "debiendo deducir estas pautas de otros textos legales y de la jurisprudencia, mayor o menor, que se han ido produciendo"[322].

A diferencia de lo que ocurre en los países de nuestro entorno, como en el Derecho francés (art. 373-2-11 *Code*[323], modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la *Children Act* 1989 inglesa, que sí los contienen, el C.c. no contiene referencia alguna a estos factores.

No obstante esta carencia legal, la cuestión ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial así como igualmente, las legislaciones autonómicas que se han promulgado sobre esta materia, se han adelantado y sí que han previsto en su articulado los factores a ponderar por el Juez para acordar una modalidad u otra de custodia. A este

[322] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*,ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 172.

[323] Art. 373-3-11 *"L'ors qu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considerátion:*

La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure;

Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1;

1. *L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre;*
2. *Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant comptenotamment de l'âge de l'enfant;*
3. *Les renseignements qui on été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12"*

respecto, los factores que se recogen expresamente en las leyes autonómicas, como expondré en el Capítulo IV, no operan como un *numerus clausus* sino que al margen y además de éstos, se tomarán en consideración otros que igualmente se consideran relevantes para garantizar el interés de los menores a la hora de acordar una modalidad u otra de custodia. Buena parte de los mismos, han sido recogidos de la práctica imperante en el Derecho extranjero, y que viene recogiendo nuestra jurisprudencia más reciente[324].

En este sentido, es de destacar, la ponencia de la Excma. Sra. Dra. Encarna Roca Trias en la STS de 8 octubre 2009, en donde hace un estudio de los factores que se toman en consideración en el Derecho extranjero, y que ha resultado cuanto menos, controvertido[325].Criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los propios menores; el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones 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, en la mayoría de los casos y salvo excepciones, será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven[326].

De igual modo, la STS de 1 octubre 2010[327] se ocupa también de estos criterios, así como la reciente STS de 29 abril 2013[328], a la que me he referido en el epígrafe anterior.

[324] Entre otras, las sentencias TS de 8 octubre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624); 10 enero 2012 (Id. Cendoj: 28079110012012100058); 11 marzo 2010 (Id. Cendoj: 28079110012010100108); 7 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100445); 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681).

[325] TOL 1.635.092. Remarca respecto al Derecho comparado, la manera en que algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Francia – art. 373-2-11 *Code*, modificado por la Ley 2002/305, de 4 de marzo 2002-; Inglaterra –en la *Children Act* 1989-, así como en Gales, Escocia y Bélgica, e incluso el *Codi de Familia de Catalunya*, conforme sus arts. 76.1. b y 139). Comenta que otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of de Law of Family Dissolution*, fundan el criterio determinante "…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…"

[326] PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida…", cit., p. 5.

[327] Id Cendoj: 28079110012010100567. Refiere la Sala que "*Además, la Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta en la atribución de la guarda y custodia compartida.*

Dado que la mayoría de los factores enumerados son los que se van a reproducir en las leyes autonómicas, para evitar repeticiones innecesarias, los referidos factores serán objeto de estudio y desarrollo en el Capítulo IV.

Por su parte, y aunque el C.c. no contempla los factores a tomar en consideración, el Anteproyecto de Ley estatal para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, en sintonía con lo previsto en las legislaciones autonómicas, sí los regula. A tal efecto, ya enuncia en el que será el párrafo 2º del art. 92 bis 3[329], los criterios a los que deberá prestar atención el Juez para determinar el sistema de custodia más adecuado.

Estos criterios nos recuerdan los que se han venido consolidando por la jurisprudencia[330], así como igualmente a los que han recogido las leyes autonómicas, como se verá en el siguiente Capítulo.

Así la sentencia de 8 octubre 2009, con ocasión de admitir un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se produjo una falta de argumentación, después de aludir a normas de derecho comparado, 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". […] Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por 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 ubicaciones 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 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…".

[328] TOL 3.711.046

[329] *"3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella parta determinar su idoneidad.*

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia".

[330] Entre otras, las sentencias TS de 8 octubre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624);10 marzo 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100107); 11 marzo 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100108); 7 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100445); 22 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491); 29 abril 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100242).

La existencia de un catálogo abierto de los criterios o factores que el Juez debe tomar en consideración a la hora de decidir el régimen de custodia y de estancias y relaciones con cada uno de los progenitores se valora de forma positiva[331], sin embargo entiendo que se debería de haber establecido por el legislador, al hilo de la lista de criterios a tener en cuenta para fijar un régimen u otro de custodia, qué criterios o factores debieran considerarse como favorables a la constitución de la custodia compartida y cuáles son desfavorables a la misma. En este sentido, de la misma carencia adolecen las legislaciones autonómicas que, si bien sí prevén los criterios a tener en cuenta, no determinan si estos criterios jugarán a favor o en contra de una modalidad u otra de custodia, si bien en algunos casos sí se deduce de su redacción.

La valoración y ponderación de los factores enunciados, atendidas las circunstancias del caso concreto, será la clave para determinar la procedencia de uno u otro régimen de custodia.

Ninguna duda cabe de que el Juez, al acordar la custodia de los menores, deberá basarse en éstos o similares argumentos, ya que éstos van a ser los que permitan apreciar que el interés del menor se ha protegido, no siendo necesario el establecimiento de preferencias por parte del legislador ya que estas referencias no garantizan que en cada caso concreto el interés del menor sea protegido.

En el IV encuentro de Magistrados y Abogados de Familia que se celebró en Valencia el 26 a 28 de octubre de 2009, ya se fijaron igualmente una serie de presupuestos objetivos, que vienen a coincidir con los que se vienen aplicando por la jurisprudencia y a los que ya me he referido, que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida (entendiendo por tanto que se protege más adecuadamente con este régimen el superior interés del menor).

Estos factores, recogidos en su mayoría por la jurisprudencia del TS, han comenzado a consolidarse como jurisprudencia de referencia a través de su recogida y precisión en

[331] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", en *Revista de Derecho de Familia* [en línea], núm. 18, 2014. [Consulta: 20 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html

posteriores decisiones judiciales[332] (al menos hasta la entrada en vigor de las leyes autonómicas sobre la materia).

En todo caso, a ninguna razón escapa que la crianza y desarrollo de los menores en manos de dos personas adultas que no conviven, implicará forzosamente una mayor complejidad de la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, de lo cual no se deriva, en mi opinión, la conveniencia de preferirla sobre otras modalidades de guarda y custodia sino que, cuanto menos, debiera estar al mismo nivel que la monoparental, sin establecer preferencias, y debiéndose analizar detalladamente las circunstancias de cada caso para optar por una u otra, atendiendo en todo caso al superior interés del menor.

Así, queda en manos de la voluntad del Juez, esta delicada tarea, aún en los supuestos en que existan importantes diferencias entre los responsables de la potestad parental. No obstante, existe cierta elaboración jurisprudencial en la que se han ido autoinhibiendo de llegar a tal extremo, por considerar imprescindible que exista acuerdo –o al menos una actitud positiva- de los titulares de la responsabilidad parental para ordenar la custodia compartida. Así en este sentido, la AP Barcelona se ha pronunciado en sentencias como la de 16 mayo de 2006[333]y de 20 diciembre 2006[334], entre otras.

D) Supuestos legales para la exclusión de la guarda y custodia compartida en el Código civil

Si bien hasta ahora, se han venido refiriendo los requisitos o factores que debieran darse para que se conceda la modalidad de custodia compartida, en este epígrafe se van a analizar precisamente aquellos supuestos en los que, por darse determinados requisitos, no se concederá dicha modalidad de custodia al preverse expresamente su exclusión. A tal

[332]SSTS de 10 marzo 2010 (TOL 1.798. 265); 11 marzo 2010 (TOL 1.798.264); 7 julio 2011 (TOL 2.186.708); 22 julio 2011 (TOL 2.196.632), entre otras.

[333] TOL 1.007.202. *"…No se considera adecuado atribuir la custodia de forma compartida cuando, como ocurre en el caso de autos, los progenitores no llegan a los mínimos acuerdos en la forma de tomar las decisiones respecto al hijo común, pues la comunicación entre ellos es inexistente…".*

[334]TOL 1.081.263 : *"…El Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda así como la idoneidad de la modalidad de ejercicio de la potestad y del régimen de custodia respecto al caso concreto y la personalidad y necesidades de los menores de que se trate"…" las medidas adoptadas pueden resultar gravemente perjudiciales para la menor de no darse las condiciones de idoneidad en ambos progenitores para que se responsabilicen en común de la custodia compartida…El presupuesto del reparto, especialmente cuando se realiza entre personas enfrentadas, parte de considerar al menor como una especie de propiedad que se tiene por una modalidad de condominio forzoso…"*

efecto, y como he referido, no bastará que haya una voluntad conjunta por parte de ambos progenitores para que se otorgue la modalidad de custodia compartida.

Si bien en la mayoría de los casos, la voluntad conjunta de los progenitores determinará la modalidad de custodia a adoptar, ello no tiene por qué ser a siempre así. La ley también prevé determinados supuestos en los que, atendida la gravedad de los mismos, no se otorgará dicha modalidad de custodia. En este apartado, expondré aquellos supuestos que recoge expresamente el C.c. en los que no se otorgará la modalidad de custodia compartida, así como la previsión que en este aspecto se prevé en el Anteproyecto.

En este sentido, el art. 92.7 C.c. recoge los supuestos en los que está excluida la atribución de la guarda y custodia compartida, si bien y en mi opinión, por error u olvido, nada se dice al respecto de la monoparental. El precepto ordena al Juez a que no conceda la guarda conjunta cuando "*cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*".

Las razones para que no proceda la guarda y custodia conjunta en estos supuestos son más que evidentes. El fundamento del precepto obedece a la imposibilidad de que funcione un régimen de custodia compartida cuando se haya producido una situación de violencia doméstica o de género entre los progenitores, dado que la especial colaboración que se exige entre ambos para el adecuado desarrollo de esta modalidad de custodia, no puede darse o estará vedada por una resolución judicial en caso de existir una orden de alejamiento y prohibición de comunicación.

Llama la atención que el precepto dice que cualquiera de los padres esté "*incurso en un proceso penal*", es decir, no se precisa que el progenitor esté condenado por sentencia firme, sino que el mero hecho de que se haya presentado una denuncia contra él, le inhabilita para solicitar la guarda y custodia compartida. Debiera tomarse con suma cautela el inciso "*incurso en un proceso penal*" y ello por cuanto son innumerables las situaciones en las que se ha empleado el mecanismo de iniciar un proceso penal como medio para impedir la guarda y custodia compartida, instrumentalizando dicho proceso

para conseguir pretensiones civiles que debieran dilucidarse en el orden civil y no en el penal, como suele ocurrir en muchos casos.

Desgraciadamente, muchas son las denuncias que proliferan en la práctica, con la única finalidad de evitar la custodia compartida, de quedarse en el domicilio familiar o en su caso de acelerar y mediatizar la resolución de los procesos de crisis matrimoniales. De ahí que se haya calificado este párrafo de contraproducente y desacertado, y ello por cuanto aprovechando el desacierto de su redacción, se ha llevado a cabo un uso fraudulento de estas denuncias para obtener otras ventajas en los procedimientos de separación y divorcio, dígase obtención custodia exclusiva, atribución domicilio familiar, etc.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar en caso de nulidad, separación y divorcio, quizá en un intento de salvar la situación antes referida, introduce una importante modificación del régimen actual vigente, distinguiendo en el apartado 5 del art. 92 bis[335], varios supuestos en los que no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos ni individual ni compartida. Entre ellos destacar el caso del progenitor condenado penalmente por sentencia firme por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tras la extinción de la responsabilidad penal, el Juez valorará si procede tal concesión, para lo cual atenderá a los criterios señalados en los apartados anteriores y, particularmente, al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Para este

[335] *"5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción el progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.*

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito".

supuesto se prevé como regla general, que tampoco procederá un régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos. Sólo excepcionalmente podrá el Juez establecerlo, siempre que lo considere conveniente para el interés superior de los menores y atendiendo a los criterios enunciados en el art. 92.3 párrafo segundo bis y a la peligrosidad del progenitor condenado.

De igual modo, otro de los supuestos en los que tampoco podrá atribuirse la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, será al progenitor que se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados del párrafo anterior y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

En el mismo sentido, tampoco se concederá la custodia de los hijos si el Juez del procedimiento civil advierte, de las alegaciones de las partes y las pruebas que se hayan practicado, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos delictivos, siempre que el delito no estuviera prescrito. A diferencia del anterior supuesto, en éstos que acabo de referir, no se alude al régimen de estancia, relación y comunicación, por lo que no prohibiéndolo, el Juez podrá acordarlo. Conforme a lo previsto en el párrafo segundo del art. 92 bis 5, la sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre dictado en el proceso penal serán causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Nada se prevé para el caso de que la sentencia fuera finalmente condenatoria, aunque parece pensar que entonces, la situación sería la prevista en el primer caso.

Por su parte, el apartado 6 del art. 92 bis prevé que, si ambos progenitores se encuentran en alguna de las situaciones previstas anteriormente, el Juez atribuirá la guarda y custodia a los familiares o allegados que, por sus relaciones con los menores, considere más idóneos *"…salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero, y además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores"*.

Del análisis del precepto, parece desprenderse que se incurra en una contradicción, pues por un lado de la lectura del apartado 5 se entiende que, en los supuestos

contemplados en el mismo, se va a excluir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores y por el contrario, el apartado 6, establece que excepcionalmente se va a permitir la atribución de la guarda y custodia a ambos o a uno de ellos. Se produce una aparente contradicción que ninguna justificación tiene, pues qué duda cabe de que se trata de hechos delictivos de tal entidad que no se alcanza a entender cómo puede plantearse tan siquiera que los menores pudieran estar bajo la guarda y cuidado de un progenitor o progenitores condenados por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o estar incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

El precepto codicial continúa diciendo "*Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*". Este inciso ha sido objeto de críticas pues del mismo se desprende que queda facultado el juzgador para privar a uno de los progenitores de lo que es un derecho derivado de la patria potestad ("tenerlos en su compañía") en base a indicios o conjeturas que pudiese apreciar durante el proceso, sin que medie denuncia ni sentencia en la que dichos indicios hayan resultado probados.

La previsión legislativa del art. 92.7 C.c. pone en entredicho el principio de presunción de inocencia. La solicitud de la custodia compartida, en muchas ocasiones, esconde intereses ocultos[336] que pueden llegar a constituir un abuso de derecho o fraude de ley asociados al uso de la vivienda familiar o al interés por conseguir una pensión alimenticia más reducida. Es bastante frecuente que los procesos matrimoniales se conviertan en verdaderos campos de batalla en los que se olvidan por un momento las necesidades de los hijos comunes por un intento obcecado de perjudicar a la ex-pareja. Es por ello que la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal, seanfundamentales para velar por el interés del menor y establecer el régimen que mejor se adecue a sus necesidades.

La regulación del precepto es a todas luces incompleta pues si bien adolece de algunas imperfecciones, debiera haber previsto igualmente la exclusión de la custodia

[336]PÉREZ GALVÁN, M. "*Problemas prácticos en el régimen de guarda…*", cit., pp. 2-4.

monoparental a favor del progenitor que pudiera encontrarse en los supuestos relatados en el precepto; en este aspecto, las leyes autonómicas promulgadas sobre esta materia, sí que prevén la exclusión tanto de la modalidad compartida como de la monoparental, en los supuestos en que se den situaciones de violencia de género, o la existencia de un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos. Ninguna duda cabe de que debiera haberse excluido no sólo la modalidad de custodia compartida sino también la monoparental, pues es evidente que para esta última modalidad, también se va a exigir una colaboración de los progenitores en aras a garantizar el interés del menor, y ante una situación como la que refiere el artículo, se va a hacer harto complicado poder garantizar ese interés.

Por su parte, el apartado 7, párrafo segundo del art. 92 bis, en previsión de que uno o ambos progenitores estuvieren en alguno de tales supuestos enunciados en el apartado anterior, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, dispone que "…*adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución*". A este respecto, nada dice el precepto de qué tipo de medidas se prevén para garantizar la seguridad e integridad de los menores y del otro progenitor. De igual modo, y dada la complicada situación económica existente, en donde la falta de medios impide que se lleven a cabo muchas previsiones legales, qué duda cabe de que la previsión legal quedará como una previsión meramente anecdótica y sin aplicación práctica…

En mi opinión, es desacertada esta previsión del apartado 7 ya que bajo ningún concepto se debería atribuir la custodia, sea de la modalidad que sea, ni un régimen de visitas y comunicación en los supuestos previstos en el apartado 5, pues opino que en tales circunstancias no se garantizaría el interés del menor, sino que se haría peligrar el mismo, y por lo tanto, ni aun excepcionalmente, se debería contemplar esta posibilidad[337].

[337]En este sentido PÉREZ CONESA, C., "Análisis crítico de las reformas del Código Civil…·, cit., p. 61.

Refiere al respecto de lo previsto en los apartados 6 y 7 del art. 92 bis C.c. que, "si se permite que el Juez establezca un régimen de custodia y de relación y comunicación a favor de un progenitor o de ambos en las circunstancias señaladas, supuestamente "en interés del menor", teniendo que adoptar las medidas

En relación con esta cuestión, las observaciones contenidas en el informe al Anteproyecto aprobado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado con fecha 13 septiembre 2013, refieren que no debe ser imprescindible para adoptar las medidas antes referidas, que el menor sea víctima directa del delito, pero sí debe exigirse que el fundamento de la misma sea el de apartar al mismo de un peligro o evitarle perjuicios, no la simple ordenación de las relaciones entre la pareja.

Apunta el informe que debieran distinguirse dos supuestos; por un parte, cuando el menor es sujeto pasivo de los malos tratos y cuando el menor no es propiamente sujeto pasivo. En este último supuesto, no debe caber duda de que si las circunstancias lo aconsejan, también podrán suprimirse los contactos, si bien esta posibilidad debe estar prevista sin automatismos ni generalizaciones.

Continuando con el supuesto de que el menor no sea sujeto pasivo del delito, el informe refiere que "la regulación debe de ser flexible, autorizando la supresión o restricción de la guarda y custodia y del derecho de visitas pero permitiendo valorar las concretas circunstancias del caso, huyendo de automatismos en sí mismos injustos, en un ámbito tan sensible y susceptible de matizaciones como el de las relaciones de los progenitores con sus hijos. La Instrucción 4/2004, de 14 de junio, de la Fiscalía General del Estado ya advirtió de que la aplicación de esa medida no debía revestir un carácter indiscriminado y automático, sino que debe ser reservada para casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen para la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor".

De conformidad con todo ello, el Consejo Fiscal propone, en aras a evitar decisiones injustas por desproporcionadas a que puede conducir el automatismo de respuestas estandarizadas como las contenidas en el Anteproyecto, que "la supresión de la regulación contenida al respecto en el art. 92 bis apartados 5 y 6 y el mantenimiento de la cláusula contendía en el art. 92.7 C.c., en su redacción dada por la Ley 15/2005, por entender tal disposición mucho más equilibrada que la propuesta en el Anteproyecto".

necesarias para garantizar su seguridad e integridad ¿no es ya por si misma esta previsión lo suficientemente reveladora de que aspectos tan importantes como la seguridad e integridad de los menores puedan peligrar?. Por ello, tampoco entendemos que se pretenda justificar en el interés del menor la excepcionalidad que establece el apartado 6 del art. 92 bis C.c.".

II.ESPECIAL REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO

1. Justificación del Anteproyecto

El pasado 19 de julio de 2013, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio[338], con el objeto de adaptar la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a la realidad social actual, iniciando así el trámite pre-legislativo para la posterior presentación del correspondiente Proyecto de Ley ante las Cortes Generales.

La nueva reforma que pretende abordar el Gobierno, al margen y además de dar cumplimiento a la imperiosa necesidad de modificar numerosos preceptos del C.c.[339], persigue como objetivo fundamental, eliminar la excepcionalidad con la que hasta ahora se regulaba la guarda y custodia compartida, aún en el supuesto de no existir acuerdo entre los progenitores, sino como una medida que se pueda adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, e incluso cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.

En la Exposición de motivos del Anteproyecto se pone de manifiesto que los incesantes cambios sociales en el orden familiar producidos en los últimos años, han determinado que la normativa estatal juegue un papel insatisfactorio. Dicha circunstancia ha exigido, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, una constante labor de adaptación

[338] Nota de prensa del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Justicia. [Consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288781716675/Detalle.html.

[339] La reforma que se propone en el Anteproyecto incide en la modificación de numerosos preceptos del Código civil, entre otros arts. 90 a 97, 100, 103 y 142 y la supresión del art. 159, además de otros preceptos de la LEC, de las Leyes del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y 20/2011, de 22 de julio, y de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles 5/2012, de 6 de julio. Entre otros, proyecta una reforma de la liquidación del régimen económico matrimonial, que en la práctica actual se dilata en exceso y constituye un importante foco de conflicto; igualmente, otra novedad se refiere a la atribución de la vivienda, que aunque se procurará que prevalezca el interés superior del menor, se separará de la concesión de la guarda y custodia, tomando en consideración las dificultades de cada cónyuge para encontrar una nueva vivienda, así como nuevas normas relativas a la limitación temporal de su uso.

En el mismo sentido, vid. LASARTE, C., "Crisis parentales y custodia de los hijos en España". Ponencia presentada en las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, organizado por la UNED de Calatayud y el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), celebradas los días 27 y 28 de marzo de 2014.

de la interpretación y aplicación del derecho a la realidad social existente. La inexistencia de una reforma global de los regímenes económico-matrimoniales, unido a la escasa discrecionalidad judicial que el art. 92 C.c. concede al operador jurídico a la hora de otorgar el modelo de custodia compartida, ha despertado la alarma en cuanto a la imperiosa necesidad de articular una reforma al efecto de la normativa del C.c.

Dada la amplitud de la reforma, abarcando la misma no sólo al ejercicio de la corresponsabilidad parental, sino a otras cuestiones tales como la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos sean mayores de edad o no hubiera hijos, el régimen de gastos ordinarios, extraordinarios y cargas hipotecarias de la vivienda familiar (art. 96), la pensión compensatoria del art. 97, las modificaciones que se introducen respecto de los efectos de la admisión a trámite de las demandas de nulidad, separación y divorcio y, sobre todo, los cambios de índole procesal que atañen a la liquidación del régimen económico matrimonial, así como la delimitación del ámbito de la mediación en el contexto de las relaciones familiares, ha llevado a que en el informe emitido por el C.G.P.J. a propósito del Anteproyecto, se haya criticado el título del mismo, y ello por cuanto "ofrece una información inexacta sobre su contenido y, por ello, se estima conveniente su sustitución por una denominación más acorde con su objeto, a fin de dotarle mayor precisión"[340].

No hay que olvidar que el establecimiento de la custodia compartida sin acuerdo entre los progenitores, como lo prevé el Anteproyecto, fue sin duda alguna, el aspecto más debatido por los parlamentarios –y por la doctrina en general-, durante la tramitación de la reforma del C.c. del año 2005. Para un determinado sector, la custodia sólo debiera concederse cuando exista acuerdo entre ambos progenitores, pues la existencia de una situación de colaboración similar a la existente antes de la ruptura se considera primordial, para el éxito de esta modalidad de custodia. Por el contrario, otros entendían que la custodia compartida debiera acordarse aunque no existiera acuerdo, pues el único requisito imprescindible para la misma es la existencia de una cierta armonía entre los progenitores sobre la forma de vida y estilos educativos de sus hijos. Por ello, y con el fin de "contentar a todos los grupos parlamentarios, se aprobó el párrafo 8º del art. 92 C.c., permitiéndose la

[340] P. 6 del Informe CGPJ.

custodia compartida sin acuerdo, pero, extremándose las cautelas necesarias para su atribución"[341].

La Exposición de motivos del Anteproyecto señala como la causa impulsora de la nueva ley, la fuerte demanda social de determinados sectores implicados en esta cuestión, a saber las asociaciones de padres separados o divorciados, que durante años han reivindicado la necesidad de que se regulara la custodia compartida como sistema de guarda preferente en caso de ruptura de la convivencia, y ello atendiendo a la complicada situación que en la mayoría de los casos, venían sufriendo los padres en cuanto a las relaciones con sus hijos tras la ruptura, y ello motivado por el hecho de que en base a la regulación legal existente, se establecía la custodia en la gran mayoría de los casos, para la madre, con el consiguiente perjuicio que esto les ha venido produciendo.

Convendría añadir que al margen y además del motivo expuesto, así como sin entrar a valorar en este apartado la idoneidad o no de la nueva regulación de la custodia compartida que contempla el Anteproyecto, qué duda cabe de que se trata de una ley necesaria para evitar las desigualdades que se están produciendo por el hecho de existir leyes autonómicas con una regulación en la que se establece la custodia compartida como modalidad de preferente atribución y el sistema del C.c. aplicable al resto de Comunidades sin legislación propia, en donde no se prevé la preferencia de esta modalidad de custodia, generando desigualdades y lo que ya se le ha denominado, la existencia de "niños de primera y de segunda clase".

La propuesta del Ejecutivo, pretende proyectar en relación con el régimen de guarda y custodia de los hijos menores, un modelo en el que la custodia compartida sea una alternativa normal y equiparada en la práctica de su concesión, a la custodia monoparental. No establece como preferente el sistema de custodia compartida, ni tampoco el individual, dejando plena libertad al Juez para decidir en interés de los hijos el establecimiento de una u otra modalidad de custodia atendidas las circunstancias del caso concreto. En este sentido, parece que la nueva ley estatal, si fuera el caso que llegara a aprobarse, seguirá los pasos ya dados por las legislaciones navarra y catalana. La característica común versa en la mayor discrecionalidad de la que goza el operador jurídico a la hora de otorgar uno u otro modelo de guarda, atendiendo siempre al interés del menor.

[341]UREÑA MARTÍNEZ, M., *Lecciones de Derecho Civil…* cit., p. 206.

No obstante, se va a ir más allá al permitir al Juez decretar la custodia compartida, aun cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado, siempre que éste aprecie que así se beneficia al menor y se garantizan sus intereses. El nuevo art. 92 bis[342] responde a esta

[342] El art. 92.bis C.c., en la redacción que le da el Anteproyecto establece:

"1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

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

2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni colectiva, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus

idea, teniendo por objeto "…*introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del actual artículo…debiendo ser el Juez en cada caso concreto…quien determine si es mejor un régimen u otro y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales*"[343].

Así se refleja tanto en la Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto elaborada por el Ministerio de Justicia el 16 de julio de 2013, como en la propia Exposición de motivos del mismo.

En la referida Memoria se afirma que, "*actualmente, la atribución de la guarda y custodia de los hijos se realiza mayoritariamente a un progenitor y en muchas menos ocasiones a ambos de forma compartida siempre que estos lo soliciten, de mutuo acuerdo o uno de ellos, y el juez lo acuerde así en interés del menor, dado que no era considerado como la norma… El mantenimiento de dicha opción no garantizaba suficientemente el derecho del menor a mantener un contacto regular con ambos cónyuges, pues no establecía cuáles eran los criterios para establecer un régimen monoparental o compartido… Por ello, la reforma pretende situar la guarda y custodia monoparental y la compartida en igualdad de condiciones, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en el interés del menor, quien*

relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor".

[343] Apartado V, párrafo segundo, de la Exposición de motivos.

determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el obtenido de las relaciones parentales"[344].

De igual modo,la Exposición de motivos del Anteproyecto indica claramente que el punto central de la reforma es la guarda y custodia de los hijos, en torno a la cual giran gran parte de las modificaciones que se quieren efectuar en el articulado del C.c. con este Anteproyecto[345]. Asimismo se desprende también de los motivos expuestos en el apartado V de la misma para justificar la incorporación al Código del nuevo art. 92 bis, cuya finalidad es *"…introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo…"*.

En cualquier caso, opino que con la reforma proyectada, se pretende paliar o evitar las desigualdades existentes y el distinto tratamiento jurídico a que se ven sometidos los padres y madres españoles separados o divorciados en función del lugar donde residan, pues mientras que unos pueden acogerse a una normativa que establece el sistema de custodia compartida como preferente, como es el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana, otros ven como la custodia compartida es configurada con un carácter más residual, como se recoge hasta la fecha en el C.c.

Se trata de una reforma más que necesaria para adecuar la legislación existente a los nuevos cambios sociales que se han venido produciendo en los últimos años en relación con la institución objeto de nuestro estudio, así como igualmente evitar las desigualdades que en la actualidad se vienen produciendo, en función de la Comunidad Autónoma en la que se viva.

[344] Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, Ministerio de Justicia, p. 16. En el Anexo II de la misma, se aportan los datos estadísticos sobre la atribución del régimen de guarda y custodia publicada por el INE en el año 2011. De acuerdo con los mismos, se concedió la custodia compartida en 7.225 ocasiones; al padre en 3.133 y a la madre en 48.008.

[345] El apartado II, párrafo segundo, de la Exposición de motivos refiere que "*La liquidación del régimen económico del matrimonio, la custodia de los hijos menores o con capacidad judicialmente completada, el régimen de relaciones, estancia o visitas y comunicación del cónyuge apartado de la custodia de los hijos, la determinación del uso del hogar conyugal, la prestación por alimentos y la pensión compensatoria, son cuestiones íntimamente ligadas entre sí; pero, sin duda, todo gira en torno a la guarda y custodia de los hijos, punto central de la presente reforma*".

2. Régimen legal de atribución de la modalidad de custodia compartida

El apartado 1 del art. 92 bis proyectado, establece que el Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por un sólo progenitor o por ambos de forma compartida. Igualmente establece que el ejercicio compartido de la custodia compartida podrá adoptarlo el Juez cuando lo soliciten los padres de común acuerdo o cuando faltando el mismo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

Se incrementa la discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre el modelo de guarda y custodia a adoptar. La guarda y custodia compartida no se establece como el régimen preferente o general, sino que será el Juez, siempre velando por el interés superior del menor, el que ha de determinar qué régimen satisface en mayor medida las necesidades del menor. Para ello habrá de recabar el informe del Ministerio Fiscal, que carece de carácter vinculante, así como las alegaciones de las partes, el dictamen de los expertos y los deseos expresados por el menor que tenga suficiente juicio. Se potencia la audiencia de la voluntad del menor en el proceso, la cual será valorada conjuntamente con otros criterios legales relevantes para el bienestar del hijo, como la relación que los padres mantengan entre sí con sus hijos, la situación de los domicilios o el número de hijos, entre otros[346](art. 92.3 C.c.).

La principal modificación que incorpora el Anteproyecto se contiene en el último inciso del segundo párrafo del número uno del art. 92 bis, toda vez que el Juez podrá acordar la custodia compartida aun cuando ninguno de los progenitores interesen la adopción de tal régimen, con tal que cada uno de los cónyuges inste para sí la custodia monoparental. En concreto la redacción del precepto es la siguiente: *"Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta del convenioregulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del*

[346] A efectos de valorar el modelo de guarda y custodia a adoptar, el legislador sigue el ejemplo de las regulaciones autonómicas al incorporar expresamente los criterios jurisprudenciales asentados por el Tribunal Supremo: "*edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los padres mantengan entre sí y con los hijos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la situación de sus residencias habituales; la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres; el número de hijos y cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia*" (art. 92.3 del Anteproyecto).

procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí".

La modificación transcrita no se acompasa con la doctrina jurisprudencial recogida en la STS de 29 abril 2013 que, como ya se ha indicado, considera requisito esencial para acordar judicialmente un régimen de custodia compartida la petición de al menos uno de los cónyuges y, además de contradecir una jurisprudencia consolidada, entiendo que constituye una innovación que, en mi opinión, va a generar polémica y muchos problemas en su aplicación práctica[347], si fuera el caso que llegara a producirse.

Del análisis del precepto se aprecia la principal novedad que éste introduce, y que supone que no existiendo acuerdo entre los padres, podrá el Juez disponer que la guarda se ejerza conjuntamente si así lo solicita uno de ellos o incluso cuando ninguno de ellos lo pida, instando cada uno para sí la custodia individual[348].

Si comparamos la redacción del nuevo precepto en relación con el art. 92 C.c., el Anteproyecto va más allá, pues como he señalado, en caso de desacuerdo sólo se puede adoptar la custodia compartida excepcionalmente si, al menos lo solicita uno de los progenitores (art. 92.8 C.c.) y en ningún caso se pronunciará el Juez sobre tal régimen de guarda si ninguno de los progenitores lo interesa. Con el texto del Anteproyecto es posible que el Juez adopte un régimen de custodia compartida de los hijos aun cuando ambos progenitores insten la custodia para sí, es decir, aunque ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida.

Por este motivo, el Anteproyecto ya ha sido objeto de crítica contundente por el C.G.P.J. que en el informe emitido a propósito del mismo ha establecido que esta posibilidad "contradice la doctrina jurisprudencial imperante, que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite […] la opción debería ser repensada…"

A la vista de la nueva redacción, la línea que sigue el nuevo apartado 1 del art. 92 bis, estaría más en consonancia con lo dispuesto en las legislaciones autonómicas sobre esta materia, pues en éstas, en base a la preferencia legal establecida sobre todo en la

[347] En este mismo sentido se ha pronunciado igualmente el C.G.P.J. en su informe, pp. 29-31.

[348] Así se establece en el Folleto divultativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. [Consulta: 30 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008.

legislación aragonesa y la valenciana, se prevé que el Juez acuerde esta modalidad de custodia de forma preferente aún en caso de desacuerdo de ambos progenitores. No obstante, el nuevo precepto no establece un sistema de preferencia legal como sí establecen, con las matizaciones que luego veremos, la ley aragonesa y la valenciana, sino que sin establecer ninguna preferencia, confiere al Juez una serie de potestades que irían más allá de la voluntad de los propios progenitores.

A tal efecto, el informe del C.G.P.J. refiere que "aunque el modelo de custodia compartida pase a ser regulado como una alternativa normal, ello no implica, necesariamente, que dicha modalidad deba alcanzar un grado de implantación equivalente o superior a la guardia y custodia monoparental. En términos generales, la modalidad compartida resulta una opción ventajosa, en tanto posibilita que ambos progenitores participen activamente en el cuidado y la educación de los hijos, con el consiguiente reforzamiento de la cooperación entre los progenitores y la percepción, por parte de los hijos, de que sus padres continúan ejerciendo el rol que les es propio"[349].

No obstante lo anterior, también añade que "tampoco deben pasar inadvertidos los inconvenientes que dicha modalidad comporta, entre ellos los derivados de los continuos cambios de domicilio que, para el hijo, supone el hecho de residir alternativamente con uno y otro progenitor –salvo que sean los padres quienes pasen a convivir en el domicilio del menor por periodos alternos- así como las disfunciones que puedan llegar a producirse en el ejercicio de las facultades tuitivas, cuando el grado de cooperación de los cónyuges sea escaso o las pautas educativas seguidas por estos últimos sean divergentes. Por ello, en defecto de acuerdo por parte de los cónyuges, ha de entenderse que los cambios introducidos por el Anteproyecto solamente exigen que el órgano judicial se decante por el régimen de guarda que considere más conveniente para el interés del menor, conforme a las pautas contempladas en el párrafo segundo número dos del art. 92 bis, pues el hecho de que la custodia compartida se regule en condiciones de igualdad con la modalidad exclusiva de custodia no tiene por qué dar lugar a una equiparación cuantitativa en cuanto a su aplicación"[350].

[349] Pp. 12-13 Informe C.G.P.J.
[350] Pp. 13-13 Informe C.G.P.J.

Así pues, no sólo se pretende que la custodia compartida sea un modelo normal y no de aplicación excepcional, sino que el propio Juez pueda acordarla a pesar de que ninguno de los padres le pida que la adopte. A tal efecto, habría que plantearse si con la nueva redacción del precepto se respeta el principio de autonomía de la voluntad de los padres, su libertad para elegir el tipo de custodia que quieren para sus hijos…. En mi opinión, la opción escogida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor.

Cuando exista acuerdo entre los cónyuges, el sistema compartido de custodia será refrendado judicialmente salvo que, de acuerdo a lo establecido en el art. 90.2 C.c., dicho acuerdo resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los progenitores. En defecto de acuerdo, según reza el art. 92. bis.1, será necesario que cada uno de los cónyuges inste la custodia para ambos o para sí mismo, y el Juez considere que el establecimiento de ese modelo sea conveniente para la protección del superior interés del menor, prestando especial atención a los criterios recogidos en el ya mencionado párrafo segundo del número tres del art. 92 bis proyectado.

Permitir que la autoridad judicial acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando ninguno de los padres lo ha solicitado, supone imponerles judicialmente dicho régimen sin que ninguno de ellos lo quiera, y ello bajo mi punto de vista, no es una proposición acertada. Establecer una medida como la custodia compartida a falta de acuerdo de los padres, bien judicialmente o como norma legal preferente, cuando puede que dicha medida no se corresponda con el estilo de vida y la división del trabajo de muchas familias españolas, puede ser arriesgada y provocar dificultades en aquellas parejas que antes de la ruptura no venían compartiendo las tareas de cuidado de los hijos. Esta medida va a generar riesgos de inestabilidad en el sentido de que requiere de una reestructuración de roles de los progenitores que se van a ver obligados a desempeñar unas tareas a las que no están habituados y a sacrificar otros objetivos como, entre otros, los de

carácter profesional, así como podría dar lugar a problemas al otorgarle a uno de los progenitores más de lo que quiere y al otro menos[351].

Siguiendo esta misma línea, VILLAGRASA ALCAIDE[352], califica como inviable"…imponer coactivamente este sistema, si no se dan unas premisas dirigidas a garantizar el interés superior del menor". Por el contrario, CARRASCO PERERA[353] aboga por la línea seguida por el Anteproyecto, pues parte de la no conveniencia de establecer un sistema jerárquico entre los distintos modelos de guarda. Refiere que ninguna modalidad de guarda debe tener un carácter preferencial o excepcional frente a otra, cuando no exista acuerdo entre los progenitores. En los supuestos en los que no haya acuerdo, aboga por dejarse a la valoración judicial la determinación de la modalidad de guarda más idónea atendidas las circunstancias del caso concreto. A tal efecto, y si bien considero adecuado el que no se establezca con carácter preferencial una modalidad de custodia en detrimento de otra, ninguna duda cabe de que la valoración judicial para la determinación de una u otra, debe ser tomando en consideración las querencias de los progenitores pues en caso contrario, resultará harto complicado en la práctica que se pueda llevar a cabo el ejercicio de la custodia, sea la que sea, cuando haya sido rechazada por ambos progenitores. El principio de libertad de elección de estos debe ser tomado como referente por el Juez para decidir una u otra modalidad de custodia.

Qué duda cabe de que un sistema como la guarda y custodia conjunta va a exigir por parte de los progenitores una predisposición y voluntad para el establecimiento de este régimen, con una colaboración mutua que facilite que el menor pueda disfrutar de ambos progenitores en la situación más similar a la que venía disfrutando antes de la ruptura de la convivencia de los padres.

Esta ha sido la opinión mayoritaria de la doctrina como hemos visto hasta el momento. Únicamente partiendo de la buena voluntad de los padres que favorezca la cooperación entre ellos para que las relaciones con los hijos discurran se desarrollen con fluidez, ya denota un menor grado de conflictividad que repercutirá en beneficio del menor y ello a pesar de la ruptura matrimonial o de la pareja. Lo contrario no me parece

[351]PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar…", cit., p. 57.
[352] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 83.
[353]UREÑA MARTÍNEZ, M., *Lecciones de Derecho Civil.*.., cit., p. 209.

que sea la solución más adecuada sino más bien lo contrario, ya que los padres son los que mejor conocen la situación familiar existente y qué duda cabe de que cuando cada uno pide para sí la custodia monoparental y no la compartida, es porque no se darán las circunstancias adecuadas, al menos en la mayoría de los casos, para que la custodia compartida pueda funcionar. En mi opinión, ante situaciones de conflictividad extrema entre los progenitores, adoptar la custodia compartida, sería contraria a la estabilidad y desarrollo emocional, psicológico e intelectual de los menores, cuyo interés debe primar y ser protegido por encima de cualquier otro.

Por todo ello, la guarda y custodia compartida es una medida adecuada cuando exista acuerdo entre los progenitores y así lo soliciten ambos en el convenio regulador o cuando se llegue a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En los supuestos de desacuerdo, en los que uno de los progenitores haya solicitado la custodia compartida y el otro haya interesado la custodia para sí, se podrá otorgar la modalidad compartida cuando el Juez considere y aprecie que es la más beneficiosa para el interés del menor, pero siempre que al menos que uno de los dos la haya solicitado.

La reforma propuesta en cuanto a la atribución de "oficio" de la custodia compartida como se pretende en el Anteproyecto, sin haberla solicitado ninguno de los progenitores, en mi opinión, será una fuente continua de desavenencias y disputas en su ejecución que, lejos de ayudar a que los menores se relacionen con normalidad con cada uno de sus padres, implicará tensiones y enfrentamientos que en la práctica tendrán consecuencias negativas para el interés superior del menor.

En este sentido se pronuncia igualmente el C.G.P.J., para quien esta propuesta, que puede originar situaciones problemáticas, difícilmente puede revertir en interés de los hijos ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia. Es previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda y custodia compartida agudice las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la ruptura de convivencia en aspectos tan transcendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos. El informe emitido considera que la concesión de la guarda y custodia conjunta debería quedar condicionada, como acontece actualmente, a que al menos uno de los progenitores solicite la aplicación de ese régimen.

A tal efecto, se pronuncia el C.G.P.J. en el informe del Anteproyecto[354]en términos de que "si bien la falta de acuerdo no debe considerarse un obstáculo *a priori* insalvable cuando, al menos, uno de los progenitores interese el establecimiento de la guarda y custodia compartida, si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompase con la salvaguarda del superior interés del menor. Por ello, la modificación llevada a cabo en ese punto puede abocar que la guarda y custodia compartida sea fijada a modo de solución salomónica que, entendemos, no comportará ventaja o utilidad alguna respecto del criterio jurisprudencial imperante y, además, al no haber sido solicitada expresamente por alguno de los progenitores, es previsible que su otorgamiento sea cuestionado a través del cauce procesal establecido al efecto".

No obstante, se alzan voces en el sentido de manifestar que la solución que propone el Anteproyecto es una opción plenamente admisible, ponderada y equilibrada.Dicha postura queda justificada en que no pudiéndose determinar con carácter previo y en abstracto cuál es el interés superior del menor, que es el criterio fundamental para determinar el régimen de convivencia de los hijos con sus progenitores en cada caso concreto conforme a las circunstancias concurrentes, "carece de sentido establecer a priori uno u otro sistema de custodia como preferente, pareciendo más prudente y adecuado no condicionar a la voluntad de los padres una medida que ha de adoptarse en función del interés del menor"[355].

En los casos de violencia doméstica, conforme he analizado en el epígrafe anterior y al que me remito, se incorpora el sistema de condena, de manera que el Juez denegará la guarda y custodia del menor, tanto monoparental como compartida, en los supuestos en los que concurra una sentencia firme por violencia doméstica o de género. A su vez, se mantiene la posibilidad de exclusión de la custodia del menor en los supuestos en los que el Juez, de la prueba practicada y de las alegaciones de las partes, aprecie indicios fundados y racionales de este tipo de delitos.

[354] Informe del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, del Consejo Judicial, pp. 13-15. [Consulta: 30 de junio de 2015]. Disponible en: http://www. Poderjudicial.es.

[355] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios a la regulación de la custodia compartida…", cit.

3. Régimen de estancia y comunicación con el progenitor a quien no se le haya atribuido la custodia, así como con parientes y personas allegadas

En relación con esta cuestión, el Anteproyecto establece en el apartado primero del art. 92 bis 2 proyectado, como ya se recoge en el actual art. 94.2 C.c., que el Juez deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor a quien no se haya atribuido la custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio. Se añade igualmente que se podrá determinar, si se considera necesario para el interés del menor, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, siempre que no medie oposición expresa de los interesados[356].

En este sentido, el Anteproyecto amplía respecto al régimen actual existente en el párrafo 2º del art. 94 C.c., el ámbito de las personas con las que los hijos pueden relacionarse y comunicarse a los hermanos, otros parientes y personas allegadas, además de los abuelos. La actual regulación únicamente se refiere a los abuelos, así como dispone que este régimen de comunicación y visita con los abuelos, deberá realizarse previa audiencia de padres y abuelos, que deberán prestar su consentimiento. En cambio, en la redacción del Anteproyecto, el párrafo segundo del art. 92 bis 2, establece que el Juez podrá determinar un régimen de relación y comunicación del menor con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, siempre que no medie oposición expresa de los interesados. En este sentido, su redacción está más en la línea de la ley valenciana, en donde se prevé este régimen de comunicación y relación no sólo con hermanos y abuelos sino también con otros parientes y personas allegadas.

4. El informe del Ministerio Fiscal y el dictamen de especialistas

Ninguna novedad plantea el apartado 3 del art. 92 bis proyectado respecto al contenido del actual art. 92.6 C.c., en el que se establece que el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes y la prueba practicada para determinar la idoneidad del régimen de custodia y de estancia con los progenitores.

[356] Apartado segundo del art. 92 bis 2 C.c.

En este sentido, se sigue igualmente la línea marcada por las legislaciones autonómicas, que en este sentido también refieren la necesidad de oír al Ministerio Fiscal así como a los menores que tengan suficiente juicio así como valorar las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas.

Junto a todo ello, y enlazando con lo previsto en el apartado 4 del art. 92 bis proyectado, tanto la nueva redacción del Anteproyecto, como las leyes autonómicas, coinciden con lo dispuesto en el actual art. 92.9 C.c. en cuanto a la necesidad de dictamen de especialistas debidamente cualificados para tener en cuenta cual es la modalidad más adecuada de custodia en interés del menor.

5. Críticas a la regulación del Anteproyecto. Especial referencia al Informe del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado

La regulación recogida en el Anteproyecto, ya ha sido objeto de duras críticas por parte de los sectores que propugnan que la custodia compartida debe ser un modelo preferente en España, como ocurre en Comunidades como Aragón o Valencia.

Igualmente, ha sido criticado el hecho de que la nueva regulación que el Anteproyecto prevé, debería aprovecharse para extender toda la regulación concerniente a las relaciones paterno-filiales a cualquier supuesto de ruptura de la convivencia entre los progenitores, exista o no vínculo matrimonial, y todo ello siguiendo la línea de las legislaciones autonómicas sobre la materia que ya lo prevén[357].

Frente a dichas críticas, el anterior Ministro de Justicia, salió en defensa del Anteproyecto refiriendo que "…sustituir un criterio obligatorio de custodia monoparental

[357] En concreto, la Sección Tercera del Capítulo II del Título II del Código de Derecho Foral de Aragón (Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo) resulta de aplicación a cualquier ruptura de la convivencia con hijos a cargo, incluido los supuestos de nulidad, divorcio y separación y los procedimientos que versen sobre guarda y custodia de los menores (art. 75.1). Otro tanto cabe decir del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 234.7 prevé que en materia de ejercicio de la guarda de los hijos y relaciones personales se aplicarán a la pareja estable los artículos 233.8 a 233.13, preceptos estos que están previstos para los supuestos de nulidad, divorcio o separación matrimonial y versan sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad parental, el ejercicio de la guarda y las relaciones personales con abuelos y hermanos. De igual modo, el artículo 234.8 de la citada norma, contempla la aplicación de lo previsto en los artículos 233-20.6 y 7 y 233.21 a 233.25 a los supuestos de convivencia marital, en materia de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

por otro de custodia compartida podría heredar las mismas rigideces que tenemos ahora y resultar tan injusto para unos menores como lo es ahora la monoparental para otros"[358].

En mi opinión, debiera establecerse un sistema en el que no se establezcan preferencias que den lugar al automatismo en la aplicación de un sistema u otro; ambos debieran estar en un mismo nivel y atendidas las circunstancias de cada caso, optarse por uno o por otro en función del interés de los menores, así como teniendo en cuenta el régimen solicitado por los progenitores y garantizando el principio de la autonomía de la voluntad de éstos.

De igual modo, y conforme he referido en el epígrafe anterior, ha sido objeto de debate doctrinal y social la previsión de que el Juez pueda decretar la modalidad de custodia compartida de oficio, sin haberlo solicitado ninguno de los progenitores o incluso habiéndola excluido expresamente ambos. En este sentido, el informe emitido por el C.G.P.J.[359] sobre el Anteproyecto, realiza una profunda crítica a la novedad introducida referida a la posibilidad que se le concede al Juez de establecer la custodia compartida, sin que ninguna de las partes solicite esta modalidad de custodia. A tal efecto, manifiesta que esta opción debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores solicite esta modalidad de custodia deja entrever la falta de credibilidad hacía el mismo, o que por las circunstancias del caso, no consideren este modelo como el más adecuado para su concreta situación familiar. Por ello, y dado que se trata de un modelo en donde se exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, las decisiones relativas al

[358] Vid. QUÍLEZ R., "Gallardón equiparará por ley la custodia compartida y monoparental", elmundo.es [diario online], 22 de mayo 2013, Madrid. [Consulta: 25 de mayo de 2013]. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/20/espana/1369051358.html

[359] Informe del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-15. [Consulta: 30 de junio de 2015] Disponible en: http://www.poderjudicial.es.

La opinión del Consejo es claramente contraria a la posibilidad de establecer un sistema de custodia compartida cuando ninguno de los progenitores solicita este tipo de custodia dado que, según se dice en el informe "*si ninguno de los cónyuges estima pertinente el establecimiento de guarda conjunta que, por definición, exige de aquellos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos "in potestate" se desarrollen de manera flexible y fluida, tal dato alumbra un pronóstico desfavorable a cerca de su funcionalidad, pues la renuente actitud de los principales protagonistas, no augura, precisamente, una voluntad adecuada para mantener en el futuro la colaboración necesaria para que el ejercicio de las facultades tuitivas y educativas sea fructífero" y, yendo más allá, el informe del consejo considera que "si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo (el de guarda y custodia compartida), es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompase con la salvaguarda del superior interés del menor (…) es más que previsible el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice las tensiones y controversias que, frecuentemente, pueden surgir tras la ruptura de la convivencia, en un aspecto tan trascendente como es la educación, vigilancia y el cuidado de los hijos*".

cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir, deberán ser consensuadas, pues en caso contrario, revertirán de forma negativa en el desarrollo e interés del menor.

Así, la opinión del Consejo es abiertamente contraria a la posibilidad de establecer un sistema de custodia compartida cuando ninguno de los progenitores solicita ese tipo de custodia dado que, según refiere el informe "si ninguno de los cónyuges estima pertinente el establecimiento de guarda conjunta que, por definición, exige de aquellos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos *in potestate* se desarrollen de manera flexible y fluida, tal dato alumbra un pronóstico favorable acerca de la funcionalidad, pues la renuente actitud de los principales protagonistas, no augura, precisamente, una voluntad adecuada para mantener en el futuro la colaboración necesaria para que el ejercicio de las facultades tuitivas y educativas sea fructífero"; añade que "si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo, es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompase con la salvaguarda del superior interés del menor (…) es más que previsible el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice las tensiones y controversias que, frecuentemente, pueden surgir tras la ruptura de convivencia, en un aspecto tan trascendente como es la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos".

En este sentido, el informe refiere que a pesar de que el modelo de custodia compartida pase a regularse como una alternativa normal, ello no implica necesariamente que tal modalidad deba alcanzar un grado de implantación equivalente o superior a la guarda y custodia monoparental. Tras destacar que la custodia compartida puede resultar, en términos generales, una opción ventajosa, se advierte que no deben obviarse los inconvenientes que la misma comporta "…entre ellos los derivados de los continuos cambios de domicilio que, para el hijo, supone el hecho de residir alternativamente con uno y otro progenitor… así como las disfunciones que pueden llegar a producirse en el ejercicio de las facultades tuitivas, cuando el grado de cooperación de los cónyuges sea escaso o las pautas educativas seguidas por estos últimos sean divergentes".

Por el contrario, el informe del Anteproyecto emitido por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado con fecha 13 de septiembre de 2013[360], se muestra partidario al sistema que propugna el Anteproyecto, en el sentido de que el Juez pueda establecer regímenes de custodia compartida aun cuando ninguno de ellos solicite expresamente ese régimen de custodia, siempre que ambos soliciten para sí la custodia en cualquiera de sus dos modalidades, conjunta o exclusiva[361].

Refiere el informe que "debe, en base a estas observaciones generales, partirse de la legitimidad de la opción del pre-legislador por, como expresa en su Exposición de motivos, introducir un sistema en el que "desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia mono-parental del actual artículo (92 C.c.), pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro".

Añade igualmente que "el apartado 8 del vigente art. 92 condiciona la constitución excepcional de la guarda y custodia compartida sin acuerdo a la petición por una de las partes". El Proyecto –acertadamente- no exige esta petición. En mi opinión resulta desacertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes. Si bien lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más – custodia individual- puede llegar a entenderse que pide lo menos –custodia compartida-, no creo que sea favorable adoptar una modalidad de custodia que no se haya solicitado por ninguno de los progenitores o que se haya excluido expresamente por ambos.

A la vista de lo referido, este nuevo cambio en la regulación de la custodia compartida es abiertamente contrario a la consolidada jurisprudencia del TS[362], que considera hoy por

[360] EDD 2013/301138

[361] A tal efecto refiere que *"debiera excluirse la constitución de la guarda compartida sin acuerdo solamente en el caso de que existiese consenso de los padres en el sistema de guarda individual, es decir, cuando estuvieran conformes en cuanto a quién debe ser guardador y quién debe ser titular del régimen de comunicación y estancia. También debiera excluirse la constitución e la guarda compartida sin acuerdo cuando uno de los progenitores hubiera explicitado su voluntad contraria a ejercer la guarda. Esta parece ser la voluntas del Anteproyecto cuando se refiere a la posibilidad de custodia compartida cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí"*.

[362] SSTS de 19 abril 2012 (EDJ 2012/85899); 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903) y 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481).

hoy, como requisito imprescindible para acordar judicialmente un régimen de custodia compartida, la petición de al menos uno de los progenitores.

Por lo que se refiere a la novedad que se contempla en el Anteproyecto, referida a la posibilidad de situar la guarda y custodia monoparental y la compartida en igualdad de condiciones, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en el interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el obtenido de las relaciones parentales. Esta opción, que ya viene siendo objeto de debate doctrinal desde hace años[363], ha sido valorada positivamente por una parte considerable de la doctrina especializada, en términos de que sólo el Juez, por medio de las facultades jurisdiccionales que ostenta desde el inicio del trámite del procedimiento, y previa valoración de la prueba practicada sobre la situación del grupo familiar, está en posibilidad de adoptar la decisión judicial que mejor proteja el beneficio de los hijos menores o incapacitados.

En este sentido se han pronunciado, entre otros, GALÁN CÁCERES[364] para quien "…resulta absolutamente conveniente y necesario que el Juez ostente libre potestad para acordar el sistema de guarda que entienda más apropiado a cada supuesto concreto, y, por consiguiente, sería necesario y conveniente, también, la oportuna modificación legislativa al respecto, como también consideró muy necesaria una unitaria regulación legal de esta materia en todo el territorio nacional".

En palabras de GONZÁLEZ DEL POZO[365], se trata de "una innovación trascendental que, sin duda, generará una gran polémica social entre los sectores más afectados por la reforma (fundamentalmente asociaciones de padres y madres separados y/o divorciados y grupos de presión afines a unos y otros). La solución adoptada por el Gobierno admitiendo

[363] A tal efecto, no hay que olvidar que el debate sobre la custodia compartida en nuestro país, comenzó con los trabajos pre-legislativos y la posterior tramitación parlamentaria del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 15/2005, de reforma del C.c. y de la L.E.C. en materia de separación y divorcio.

[364] GALÁN CÁCERES, E., "¿Es conveniente que el Juez ostente libre potestad para acordar el sistema de guarda más apropiado, con la correspondiente modificación legislativa en su caso?, en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 107, 2010, p. 3. [Consulta: 13 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[365] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio", en *Revista de Derecho de Familia* [en línea], núm. 13, 2013. [Consulta: 5 de junio de 2014]. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/corresponsabilidad_parental-separacion_matrimonial-nulidad-divorcio_11_614680007.html

la posibilidad de la imposición judicial de un sistema de custodia compartida en contra de la opinión y rechazo explícito de ambos progenitores es, sin duda, una opción de política legislativa válida pero que, a mí juicio, debe ser matizada"[366].

Por el contrario, desde algunos sectores se han lanzado duras críticas al modelo de la custodia compartida impuesta, que es la que se prevé en el Anteproyecto. En este sentido, desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se han manifestado en términos de que dicha modalidad de custodia impuesta, "puede suponer un maltrato institucional para los y las menores que se vean obligados a vivir en un ambiente conflictivo"[367].

A modo de conclusión referir que si bien el Anteproyecto no verá la luz antes de que finalice esta legislatura[368], la principal novedad del mismo y si bien teniendo en cuenta que se encuentra en fase consultiva y podría ser objeto de modificaciones posteriores, es que la custodia compartida de los hijos menores en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, va a dejar de tener el carácter de excepcionalidad que le otorga la vigente redacción del art. 92 C.c., pasando a estar esta modalidad de custodia al mismo nivel que la custodia monoparental. A la vista del estudio jurisprudencial realizado, vemos que la reforma se enmarca en la línea de la reciente jurisprudencia del TS en el sentido de eliminar el carácter de excepcionalidad de la custodia compartida, si bien difiere de ella en el aspecto relativo a que sea la regla general, pues no la fija como un régimen "preferente o general" sino que únicamente elimina su carácter excepcional.

En mi opinión, es acertada la previsión legal pues se trata de una materia, en donde atendidos los especiales intereses que confluyen, no se deben establecer preferencias legales a favor de una u otra modalidad pues no hay que olvidar que estamos ante una materia compleja, donde las relaciones familiares tienen una naturaleza cambiante, donde en ocasiones concurren factores extrajurídicos que van a afectar a las mismas, y todo ello conlleva a que haya que atender a las circunstancias concretas de cada caso, sin que se

[366]A este respecto se muestra favorable al modelo legal siempre que se le exija al Juez razonar y fundamentar el tipo de custodia elegido en función de una serie de hechos o circunstancias concurrentes en la unidad familiar, debidamente enumerados en la ley y valorados por ésta como elementos o factores favorables o contrarios a uno y otro tipo de custodia.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley…", cit.

[367]GONZALO VALGAÑÓN, A., "La custodia compartida impuesta", *en Revista Jurídica de Igualdad de Género*, ed. Asociación Mujeres Juristas Themis, núm. 10, 2011, p. 12.

[368]Así lo manifestó SEIJAS QUINTANA J.A. en su intervención en el I Congreso Internacional de Custodia compartida y protección jurídica del menor, celebrado en Alicante los días 24 y 25 de abril de 2015.

pueda generalizar o fijar preferencias legales a favor de una modalidad u otra. Por el contrario, no considero que vaya a ser beneficioso para garantizar el interés de los menores el hecho de que el Juez, pueda adoptar dicha modalidad de custodia, aunque no la haya solicitado ninguno de los progenitores. Precisamente los padres, son los que mejor conocen su realidad diaria y la de sus hijos y por ello, si ninguno de ellos ha interesado esta modalidad de custodia, debiera respetarse dicha decisión, y ello por cuanto si no se ha solicitado, será por la existencia de motivos que dificulten que la misma se pueda llevar a cabo

.

CAPÍTULO III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (I): MARCO EXISTENTE Y RÉGIMEN LEGAL DE PREFERENCIA

I. PANORAMA LEGISLATIVO ACTUAL

1. Consideraciones generales

En los últimos años ha sido más que patente la demanda social existente por parte de muchos padres, especialmente del progenitor paterno, que tras la ruptura matrimonial o de la pareja, se han negado a ser meros espectadores de la vida de sus hijos, manifestando su interés de tener una mayor implicación y protagonismo en la vida de los mismos.

Conforme vimos en el Capítulo anterior, la legislación estatal sobre la materia, hasta la fecha, no ha dado solución a esta cuestión y ello a pesar de los novedosos e importantes avances que por vía jurisprudencial se han ido produciendo en los últimos años. Estos pronunciamientos han mitigado, siquiera en parte, la excepcionalidad con la que es tratada esta cuestión, al menos en este momento, en la regulación estatal.

Por el contrario, en la búsqueda de nuevas fórmulas para solventar o cuanto menos paliar, los problemas inherentes a las rupturas matrimoniales y de pareja más acordes con el principio de igualdad de los progenitores y especialmente, con el interés del menor, cinco han sido las Comunidades autónomas que han regulado la materia objeto de estudio: Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y, recientemente, el País Vasco. Todas ellas, por este orden cronológico, han dado un paso adelante en la regulación de los efectos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, desmarcándose de la regulación estatal y acercándose más a la regulación que sobre la materia se da en algunos de los países de nuestro entorno más cercano. Todas ellas se han movido en una misma línea, si bien con diferentes matices, algunos de singular importancia como seguidamente expondré, dando lugar a un variado mapa legislativo.

En palabras de CORTADA CORTIJO[369], el cambio en el rol tradicional de la mujer hacia una intervención más activa en la vida laboral y, en consecuencia, el cambio en el

[369] CORTADA CORTIJO, N., "La preferencia de la guarda compartida…", cit., p. 139.

tradicional rol del hombre hacia una corresponsabilidad en las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, se traslada al convencimiento de que el interés del menor radica, en su interacción continuada con ambos progenitores. Por ello, en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, el criterio preferente del interés del menor, buscará el mantenimiento de dicha situación de interacción dual, de dicha corresponsabilidad en todos sus ámbitos.

Así, su promulgación ha significado una progresiva diferenciación de los ordenamientos jurídicos españoles que, en cierta medida se ha considerado antitética a la armonización y convergencia a la que parece tender el Derecho de familia a nivel europeo[370]. No obstante, se considera que no existe contradicción entre defender la diversificación del Derecho de familia en España y, por otro, apoyar la europeización de ese ámbito jurídico, siendo lo decisivo que los ordenamientos europeos, entre los que se incluye el Derecho español, se mantengan dentro de las coordenadas comunes europeas[371]. Dentro de la diversidad legislativa existente, se debe propugnar la existencia de principios comunes que establezcan un marco común que, dentro de la diversidad, evite situaciones que pudieran ser discriminatorias en función del territorio en el que se conviva.

Dejando de lado la cuestión de la diversificación del Derecho material estatal así como la opinable y discutible cuestión de si las Cortes de algunas de las Comunidades que han legislado sobre esta cuestión, son o no competentes para hacerlo[372], debe destacarse la importancia de la materia que es objeto de regulación, y que no es otra que los efectos que se derivan de la ruptura de una pareja, casados o no, de la que hayan nacido hijos que se

[370] En este sentido, la *Commission European Family Law* trabaja con el objetivo de elaborar Principios europeos de Derecho de familia que puedan servir a los legisladores europeos para armonizar y modernizar su Derecho de familia. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", en *Revista Valenciana d'Estudis Autonómics* [en línea], núm. 54, vol. 2, 2010, pp. 79-81. [Consulta: 20 de octubre de 2014]. Disponible en: http://www.gov.gva.es/web/estatuto/revista-valenciana-de-estudios-autonomicos

[371] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "El Derecho de familia…", cit., pp. 92-94.

[372] Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se ha manifestado que tanto el Parlamento Valenciano como las Cortes de Aragón, se han extralimitado en sus competencias legislativas y los supuestos legislados entran en contradicción con el Derecho Civil Común, vulnerando la Constitución respecto del art. 149.1.8ª respecto del Derecho material y del art. 149.1.6ª respecto a las normas procesales.

En la doctrina, vid.: DURÁN FEBRER, M., "La posible inconstitucionalidad 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 (DOGV núm. 6945 de 5.04.2011, BOE núm. 98 de 25.04.2011) y la ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (BOA 111 de 8 de junio 2010), en *Revista Jurídica de Igualdad de Género*, ed. Asociación de Mujeres Juristas Themis, núm. 10, Segundo semestre 2011, p. 65. [Consulta: 23 de abril de 2013]. Disponible en: http://www. Mujeresjuristasthemis.org

encuentren bajo la custodia de sus progenitores.

Así, en este momento nos encontramos con la existencia de dos grupos de Comunidades. Por una parte, aquellas que con base a las competencias atribuidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, han legislado sobre esta materia y cuentan con leyes propias, y por otro, las que o bien no tienen competencia atribuida o, aun teniéndola, no la han ejercitado o, en el caso de haberlo hecho, dichas iniciativas legislativas están todavía en trámites para su aprobación. Seguidamente voy a desarrollar la referida clasificación.

2. Comunidades con normativa sobre custodia compartida: Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco

A) Consideraciones generales

En esta primera clasificación se encuentran aquellas Comunidades que ya cuentan con normativa propia sobre la materia. Todas ellas han legislado y tratado en profundidad esta cuestión, con la salvedad de la ley navarra, no limitándose a realizar una mera reforma del régimen de atribución de la guarda y custodia de los hijos, sino emprendiendo la regulación integral de las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres o progenitores.

En el caso concreto de la legislación aragonesa[373] , la valenciana[374] y la vasca[375], han venido a determinar explícitamente en su articulado, la preferencia del modelo de custodia compartida respecto del modelo de custodia individual o monoparental. Para DE VERDA Y BEAMONTE, en las referidas leyes autonómicas la custodia compartida no sólo no es

[373] El art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, determina que "*El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente"*.

[374] El art. 5 de la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana, establece que "*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 paraello la oposición de los progenitores o las malas relaciones entre ellos"*. *No obstante, "la autoridad judicial podrá otorgar a uno sólo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual"*.

[375] El art. 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de Relaciones familiares en los supuestos de separación o ruptura de los progenitores, refiere, en su 2º apartado que *"La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor"*. De igual modo, en el apartado 3º refiere que*: "El Juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores…"*

excepcional, "sino que se considera "abstractamente" como lo más conveniente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurran circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos"[376].

Por su parte, la norma catalana[377] se inclina por un modelo compartido, pero sin un reconocimiento explícito de la preferencia, y la ley foral navarra[378], no prevé tal sistema de preferencia, ni tácita ni expresamente, si bien lo que establece es la posibilidad de dejar plena libertad al Juez para establecer el sistema de custodia, exclusiva o compartida, que estime más conveniente, estando ambas al mismo nivel, y sin que una modalidad sea preferente a la otra.

No obstante, interesa poner de relieve que la preocupación por el beneficio que para el desarrollo de la personalidad del menor puede tener esta materia, y que es lo que justifica la amplia promoción legislativa y jurisprudencial de la misma en los últimos años, puede no ser tan positivo para su esencial estabilidad ni para la efectiva aplicación del interés superior de la infancia en muchos casos[379].

Como desarrollaré en el siguiente apartado de forma más detallada, el denominador común de todas las leyes, a excepción de la ley navarra, es la tendencia a que la guarda y custodia compartida de los hijos tenga un carácter preferente frente a la custodia individual, y ello al considerarla como la mejor opción para dar continuidad a las relaciones paternofiliales tras la ruptura, salvaguardando no sólo el derecho de los hijos a relacionarse y tener un contacto directo con sus dos progenitores, sino garantizando

[376] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", Ponencia expuesta en el marco de las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia en colaboración con el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), celebradas en Valencia los días 14 y 15 octubre 2015.

[377] Dispone el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, que: "*se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido*".

[378] El art. 3.3 de la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, determina que "*El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además a lo dispuesto en esta Ley Foral*", haciendo alusión a los 8 factores que el precepto enumera y que el Juez deberá tomar en consideración para determinar la modalidad de custodia más adecuada para los menores.

[379]VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, organizado por la UNED de Calatayud y el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), celebradas los días 27 y 28 de marzo de 2014.

además el derecho de ambos a intervenir en igualdad de condiciones en la vida de sus hijos, con independencia de la ruptura de la convivencia.

La situación legal existente en dichas Comunidades antes de la entrada en vigor de sus respectivas leyes, era similar en todas ellas. Por una parte, en Aragón, hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, el sistema aplicable era el del C.c., y por tanto, la excepcionalidad de la custodia compartida a falta de acuerdo entre los progenitores[380].

En Cataluña, antes de la reforma promulgada con la Ley 25/2010 del Parlamento catalán, por la que se reforma el Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a persona y familia, la situación existente era la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, en donde todavía no se contemplaba la guarda y custodia compartida. Al ser la modificación del C.c. del año 2005, posterior al Código de Familia, se aplicó la previsión contenida en el art. 92 C.c., al ser la legislación española supletoria, para introducir en Cataluña la guarda compartida en los supuestos legalmente previstos en el referido precepto.

Por su parte, la guarda y custodia de los hijos en el Derecho Civil navarro anterior a la entrada en vigor de la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, tampoco abordaba explícitamente la cuestión de la guarda y custodia de los hijos. El Fuero Nuevo no preveía la cuestión de la guarda y custodia si bien, sí recogía el derecho de comunicación del padre a quien por decisión judicial, no se le hubiera otorgado tener en su compañía a su hijo, derecho éste a ejercitarse en las condiciones establecidas por el Juez. De igual modo, y por lo que se refiere a la situación de los hijos en caso de ruptura de la pareja, el antecedente más inmediato a la nueva regulación era el art. 10[381] de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio[382], para la igualdad jurídica de las parejas estables.

[380] En este sentido, merece ser puesto de manifiesto que a pesar de la labor legislativa llevada a cabo en la comunidad aragonesa, no ha sido hasta la promulgación de esta ley cuando se ha promovido el ejercicio preferente de la custodia de forma compartida por los progenitores.

[381] "*1.- En caso de cese de la pareja estable en vida de ambos miembros, éstos podrán acordar lo que estimen oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y al régimen de visitas, comunicación y estancia. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea lesivo para cualquiera de los miembros o para los hijos e hijas comunes. 2.- El Juez acordará lo*

Al margen y además de estos preceptos, en el Derecho Civil foral de Navarra, existen otras leyes como la de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en donde se recoge el derecho de los menores a vivir con sus padres y sus madres[383], por lo que al margen y además de la nueva ley foral, existe un marco normativo que complementa la nueva ley promulgada.

En la Comunidad Valenciana, hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el régimen aplicable era el recogido por las disposiciones del C.c., art. 92 y concordantes, al igual que en el País Vasco. El criterio mantenido por la Sección 10ª de la AP Valencia[384] en cuanto a la atribución de la custodia compartida, venía siendo mayoritariamente el de denegar dicha modalidad de custodia salvo en aquellos supuestos en los que hubiera acuerdo de ambos progenitores y, para el caso de desacuerdo, siempre que hubiera informe favorable del Ministerio Fiscal, y que sólo de esta forma se protegiera el interés de los menores, teniendo en cuenta la opinión de éstos, así como, de forma determinante, el informe de idoneidad de los equipos técnicos[385].

---

que estime procedente respecto de los hijos e hijas comunes, en beneficio de éstos y previa audiencia de los mismos, si tuvieran suficiente juicio o fueran mayores de doce años".

[382] Precepto derogado por la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

[383] El art. 43 de la Ley de Promoción, Atención y Protección de la infancia, recoge que la responsabilidad en la crianza y formación de los hijos corresponde al padre y a la madre; de igual modo, el art. 44, bajo la rúbrica "*convivencia y derecho a la relación entre padres, madres e hijos*", se afirma expresamente que los menores tienen derecho a vivir con sus padres y sus madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, señalando en el apartado segundo que en caso de no convivir con su padre, con su madre o con ninguno de ellos, los menores tendrán derecho a mantenerse en contacto con los mismos, en los términos y con los límites previstos en el ordenamiento jurídico.

[384] En este sentido, las sentencias AP Valencia de 10 enero 2001(Id Cendoj: 46250370102001100050), 19 mayo 2004 (Id Cendoj: 46250370102004100353), 21 abril 2005 (Id Cendoj: 46250370102005100199), 5 mayo 2005 (Id Cendoj: 46250370102005100318) y 13 febrero 2013 (TOL 292.243); en esta última, manifestaba la Sala que "*es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos…*".

[385] SAP Valencia de 10 septiembre 2012 (TOL 2.637.374). La Sala refiere que *"[...] permite al Juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el apartado 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*" (art. 92.9 C.c.). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el 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 Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1, 2 L.E.C. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo

En el marco constitucional actual[386], los legisladores autonómicos de Aragón, Navarra, Cataluña, Valencia y País Vaco, han seguido el camino iniciado por el legislador estatal en el año 2005, si bien enfatizando en mayor medida la bondad y pertinencia de la custodia compartida como un instrumento básico de toda sociedad avanzada. El denominador común de las regulaciones autonómicas parte de la calificación de la regulación dada por el art. 92 C.c. como insuficiente, al configurar la guarda y custodia compartida con carácter excepcional en defecto de acuerdo de los progenitores. Ello se traduce en un otorgamiento generalizado de la custodia individual, lo que en opinión de los legisladores autonómicos, así como de la mayoría de la doctrina especializada, no se corresponde con la evolución actual de la sociedad y lo que ésta está reclamando, que exige una regulación que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.

A continuación, desarrollaré los rasgos generales de cada una de las leyes autonómicas sobre custodia compartida promulgadas hasta el momento, detallando el ámbito objetivo de aplicación de cada una de ellas, así como su ámbito de aplicación subjetivo, aspectos regulados por cada una de las leyes, extensión de las mismas, etc.

B) Rasgos generales de las leyes autonómicas: Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

a) La ley aragonesa

La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, de la Comunidad Autónoma de Aragón[387], fue la primera ley de ámbito autonómico aprobada en España, que estableció la custodia compartida como opción de guarda preferente, considerando la custodia exclusiva o monoparental

92.6 C.c., 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".

En idéntico sentido se pronuncia la SAP Valencia de 9 febrero 2012 (EDJ 2012/78519). La Sala deja sentado su criterio en los supuestos de petición de custodias compartidas por uno sólo de los progenitores, manifestando al efecto que "*en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere*".

[386] En base a la potestad conferida por los artículos 149.1.6ª, 8ª y Disposición Adicional Primera de la Constitución, las Comunidades Autónomas citadas en el texto han actualizado su Derecho foral civil realizando una regulación detallada de la guarda y custodia compartida.

[387] B.O.E. núm. 151, de 22 de junio de 2010, pp. 54, 523.

como un sistema subsidiario, invirtiendo de este modo los términos previstos en el art. 92 C.c.

A este respecto, con la ley aragonesa se dio el pistoletazo de salida para una carrera legislativa hacia lo que hasta hace relativamente poco tiempo se veía en los medios políticos y judiciales con grandes recelos: la relegación de la custodia individual a un segundo plano y su sustitución como modelo preferente por el régimen de guarda basado en la corresponsabilidad parental. De este modo, el legislador aragonés ha "exportado" al resto de legislaciones autonómicas la opción legislativa por la generalidad de la custodia compartida, dotándola de un mayor protagonismo, y la excepcionalidad de la custodia individual, si bien con las matizaciones y diferencias que a seguidamente expondré.

La ley aragonesa se encuentra actualmente derogada por la Disposición derogatoria única del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó, bajo el título "Código de Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas[388], quedando incorporada la ley al referido texto[389].

El Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011 de Aragón, en su apartado 10, referente a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, indica que la Sección 3ª (arts. 75 a 84) incorpora los preceptos de la Ley 2/2010 de Aragón. Dicha Sección se compone de un total de diez artículos distribuidos en cinco Subsecciones[390].

[388] B.O.A. número 63/2011, de 29 de marzo de 2011, pp. 6, 490. La Ley 2/2010 de Aragón (que se refunde en el Decreto legislativo), y tal y como indica el mismo tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, promoviendo el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos, en desarrollo de los principios rectores en la máxima norma aragonesa de protección de la familia y de igualdad entre hombre y mujer. Ha supuesto 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. Se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. La custodia compartida tiene como fundamento en la conjugación de los derechos de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres, y también el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.

[389] Se refunden el Título preliminar de la Compilación de Derecho Civil de Aragón; la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, y la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

[390] La Subsección primera, 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

El ámbito objetivo de aplicación de la ley viene referido a la regulación de las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de hijos menores. Por lo tanto la ley es aplicable, en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores, tanto a los hijos matrimoniales como a los nacidos de padres no casados entre sí, aunque no haya existido previa convivencia entre ellos.

La expresión "padres con hijos a cargo" puede entenderse referida tanto para referirse a los padres que aún tienen confiado el cuidado de sus hijos como para aludir a los hijos que viven a expensas de sus padres. Por lo tanto hay que entender que la regulación de "las relaciones familiares derivadas de la ruptura de convivencia de los padres" abarca tanto a los hijos menores de edad o incapacitados, como a los mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios[391].

Por lo tanto, en el ámbito de aplicación de la ley van a estar comprendidas la regulación de las relaciones familiares de los hijos sometidos a la autoridad familiar de sus

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.

La Subsección segunda lleva por título "El pacto de relaciones familiares". El referido pacto pasa a ser para el derecho foral aragonés el equivalente del convenio regulador del artículo 90 CC. En este aspecto, se otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo pactado por los padres en el pacto de relaciones familiares, en donde se regularán las cuestiones derivadas de la ruptura de la convivencia de los progenitores, tanto en su relación personal con los hijos, como también en el ámbito económico[390]. De igual modo, se hace referencia a la relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, que deberá tenerse presente.

La Subsección tercera se refiere a la mediación familiar, regulando la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión judicial, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de la ruptura.

La Subsección cuarta relativa a las medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares; se incluyen las medidas judiciales (art. 79), la guarda y custodia de los hijos (art. 80), la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar (art. 81), los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y la asignación de la pensión compensatoria (art. 83).

Por último, la Subsección quinta, se dedica a las medidas provisionales, regulándose aquéllas que se deben adoptar judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva que apruebe el pacto de relaciones familiares o las medidas judiciales aplicables. Para solicitar dichas medidas están legitimados los padres y los hijos a cargo mayores de catorce años y el Ministerio Fiscal.

[391] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 7529, 2010, Año XXXI, p. 4. [Consulta: 20 de octubre de 2012]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

progenitores, sean menores o incapacitados, y la regulación de las relaciones familiares de "los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos propios"[392].

Respecto al ámbito de su aplicación subjetiva, éste no se precisa dando por sobrentendido que el ámbito territorial se refiere a la Comunidad de Aragón, si bien no se precisa si será para progenitores aragoneses, con hijos de vecindad civil aragonesa, que residen en Aragón. Esta cuestión, como refiere TENA PIAZUELO[393], "pudiera dar pie a situaciones nada extrañas si se tiene en cuenta la constante movilidad territorial, o el aporte de población inmigrante, que requiriesen normas de conflicto interregional".

b) La ley catalana

La segunda normativa autonómica es la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro Segundo del Código civil de Cataluña[394] relativo a la persona y la familia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Entró en vigor el 1 de enero de 2011, y si bien no apuesta claramente por la custodia compartida, sí que lo hace con cierta tibieza, al estimar la custodia compartida como más adecuada para satisfacer el interés del menor en los casos de crisis matrimoniales o de pareja, y ello al considerar la guarda compartida como el corolario del carácter conjunto de las responsabilidades parentales[395].

La aprobación del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, ha puesto de relieve el intento de promocionar la denominada custodia compartida, si bien ya con anterioridad al mismo, la jurisprudencia de la AP Barcelona se mostrara claramente favorable a esta medida[396]. La nueva regulación introduce dos importantes novedades respecto de la responsabilidad parental, con ocasión de la separación o el divorcio.

[392]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación….", cit., p. 4.

[393]TENA PIAZUELO, I., "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", en *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 1, 2011, p. 5. [Consulta: 12 de julio de 2013]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

[394] BOE número 203/2010, de 21 de agosto de 2010, pp. 73, 429.

[395] Art. 233-8-1 del Código catalán, establece que "*la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente*".

[396] SAP Barcelona de 20 febrero 2007 (Id Cendoj: 08019370182007100001). A este respecto establecía que con la modalidad de custodia compartida:

"*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*

Por una parte, la instauración del denominado plan de parentalidad, que desarrollaré en el Capítulo siguiente. Se trata de un instrumento a través del cual los progenitores, tanto en los procesos consensuales como en los contenciosos, incorporan al proceso judicial sus propuestas sobre los hijos menores. Todas las cuestiones de los progenitores ligadas a la existencia cotidiana de sus hijos menores y al ejercicio de la potestad parental, debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad.

Y por otra, se establece que en defecto de una concreta modalidad de custodia, convenida entre los cónyuges en el plan de parentalidad, o si éste no es aprobado, la autoridad judicial debe distribuir las responsabilidades de manera compartida, salvo que la atribución de la guarda exclusiva a uno de ellos sea más adecuada, de acuerdo con los intereses de los hijos.

Se ve pues que se favorece la fórmula de la coparentalidad, abandonándose el principio general de que la crisis convivencial significa el apartamiento automático de los hijos a uno de los progenitores para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido, y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, atendiéndose al carácter conjunto de éstas y al interés del menor.

---

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 padresque 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; e) 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 custodiaal 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; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) 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 h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartidafavorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor".

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, es tan amplio como el de la norma aragonesa, siendo aplicables estos preceptos cuando los progenitores estén unidos por un vínculo matrimonial o cuando constituyan una pareja estable conforme a lo dispuesto en el art. 234, cuyo apartado séptimo se remite a los arts. 233-8 a 233-13[397] del Código catalán.

c) La ley navarra

La tercera de las leyes promulgadas ha sido la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra[398].Se trata del texto legal más corto de todos los ofrecidos por los legisladores españoles, con tan sólo tres artículos y una brevísima Exposición de motivos. En su Disposición final segunda emplaza al gobierno navarro para que, en los

[397]Las uniones de mero hecho también quedan incluidas ya que si durante la convivencia tienen un hijo en común pasan automáticamente a ser consideradas parejas estables conforme al art. 234-1. b. No obstante, esto sólo es así en relación a la elección del régimen de guarda y custodia de los hijos. Las cuestiones patrimoniales como la asignación compensatoria, aún cuando estén directamente relacionadas con el cuidado de los hijos, como es el caso del destino de la vivienda familiar, sólo aparecen reguladas para los progenitores que fueran cónyuges y estén en trámites de separación o divorcio. En estas materias, cuando se trata de parejas estables no casadas, toda la regulación es la que puedan pactar sus propios miembros, como apunta el art. 234-3.1, careciendo el progenitor desfavorecido por la ruptura de derecho a compensación económica. Destaca el caso de la vivienda familiar, donde considero que la ausencia de regulación para estas parejas puede perjudicar gravemente el interés de los hijos menores, así como del progenitor que no fuera titular de un derecho de uso sobre la misma, cuyas posibilidades de obtener la guarda y custodia de sus hijos (ya sea individual o compartida) se verán muy reducidas, especialmente si carece de acceso a otra vivienda. En este sentido la legislación aragonesa garantiza mejor tanto los intereses de los hijos como del progenitor más desfavorecido económicamente con la ruptura.

[398] Aprobada por el Pleno del Parlamento de Navarra, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2011, y que de conformidad con el artículo 20.2 de la LORAFNA y el artículo 152 del Reglamento de la Cámara, fue aprobada por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto, y que ha sido publicada en el BOPN núm. 26, de 21 de marzo de 2011, y en el B.O.N. núm. 60, de 28 de marzo de 2011.

La Proposición de Ley Foral Navarra sobre custodia compartida se puede consultar en el BOPN núm. 64, de 8 de junio de 2010. Las enmiendas a la Proposición de Ley Foral sobre custodia compartida, en la que se cambia el título de la Proposición, y se denomina Proposición de Ley Foral sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Se pretende situar la custodia individual y compartida en el mismo plano de igualdad, y plantea una modificación del Fuero Nuevo en materia de Derecho de Familia. Tras las modificaciones introducidas a partir de las enmiendas aprobadas a iniciativa de UPN y SPN, el objeto de la Proposición de Ley presentada por A.P.F., de IUN-NEB se reduce a la regulación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres. Se atenderá al interés superior de los hijos menores y a la igualdad de los progenitores, y se adoptarán las medidas necesarias, facilitándose el acuerdo de aquéllos a través de la mediación familiar. Se pretende corregir la problemática que se plantea en la actualidad ante la excepcionalidad que supone asistir a la custodia compartida en los supuestos en los que no hay acuerdo entre los progenitores.

Noticia publicada en la web del Parlamento de Navarra. [Consulta: 22 de marzo de 2012]. Disponible en:http://www.parlamento-navarra.es/57/section.aspx?idnoticia=2526 (consultada el 22 de marzo de 2012).

Se ha considerado como no procedente ni necesario abordar una regulación completa de las relaciones familiares y de todo el Derecho de Familia, tal y como se planteaba en siete de los nueve artículos restantes del texto original, que han sido eliminados merced a una enmienda de supresión del G.P. UPN y SPN, a la que se opusieron el G.P. Nabai y las A.P.F. de CDN e IUN-NEB.

En el BOPN núm. 26, de 21 de marzo de 2011, se aprueba por el Pleno la Ley Foral sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

nueve meses siguientes a la aprobación de la ley, apruebe un decreto foral en el que regule "*la organización, el funcionamiento, las competencias y las atribuciones de los servicios de mediación familiar, para la resolución de los conflictos familiares y para la aplicación de esta Ley Foral*".

La referida ley entró en vigor el 28 de junio de 2011, recogiendo en su Exposición de motivos, que si bien la regulación actual contenida en el C.c. contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres. La ley navarra pretende, al menos en el plano teórico, corregir estos supuestos en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.

Al igual que la norma valenciana, el texto navarro se ocupa únicamente de regular los aspectos relativos a la guarda y custodia de los hijos, sin regular las relaciones económico-patrimoniales entre los progenitores. De hecho ni siquiera se pronuncia sobre los gastos de asistencia a los hijos y el destino de la vivienda familiar. Por lo demás el tratamiento que hace de las distintas cuestiones (finalidad, mediación, criterios de atribución de la guarda y custodia y modalidades de esta) es prácticamente idéntico al aragonés, que toma claramente como referencia, sin ninguna diferencia reseñable salvo una: la ausencia de preferencia legal a favor de la custodia compartida.

No obstante y pese al panorama legislativo existente, NANCLARES VALLE[399] refiere la insuficiencia del Derecho Civil navarro a la hora de regular la repercusión sobre los hijos de esa crisis afectiva en la que se ven inmersos sus progenitores, de ahí la necesidad de la nueva ley foral, que dicho sea de paso, no ha conseguido dar solución a la laguna legal existente.

d) La ley valenciana

Al igual que la norma aragonesa, la norma valenciana se destina a regular el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo preferente e idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a

[399] NANCLARES VALLE, J., "La custodia de los hijos…", cit., pp. 3-5.

sus hijos en su compañía en aquellos supuestos en que éstos no conviven[400]. Hasta la fecha, ha sido la antepenúltima de las Comunidades Autónomas que ha legislado al respecto de la modalidad de custodia compartida[401].

Con la reforma del Estatuto de Autonomía por la L.O. 1/2006, de 10 de abril, se dotó de altas cotas de autogobierno a la Generalitat Valenciana, lo que dio lugar a la posibilidad de legislar al respecto de las relaciones familiares. Tras la reforma, se atribuyó a la Generalitat en el art. 49.1.2ª, competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano.

[400] En este sentido, se ha señalado que lo que mejor contribuye al desarrollo psíquico, emocional y afectivo de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar en compañía de ninguno de ellos. Así lo refiere GARRIGA GORINA, M., "El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta", en *Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 3, 2008, pp. 9-10. [Consulta: 24 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.Indret.com

[401] El *íter* legislativo de la regulación de la ley de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven ha sido el que seguidamente se detalla:

1.- Proyecto de Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (RE 66.827; BOCV núm. 265, de 5 de noviembre de 2010).

2.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Ampliación del plazo de presentación de enmiendas. (BOCV núm. 270, de 26 de noviembre de 2010).

3.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Enmiendas a la totalidad presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista (RE 68.485) y por la Agrupación de Diputados y Diputadas no Adscritos (RE 70.584), y enmienda a la totalidad con texto alternativo presentada por el Grupo Parlamentario Compromís (RE 70.763), con corrección de errores. (RE 70.802; BOCV núm. 276, de 21 de diciembre de 2010).

4.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Aplicación del procedimiento de urgencia. (BOCV núm. 278, de 12 de enero de 2011).

5.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nombramiento de la Ponencia. (BOCV núm. 295, de 8 de marzo de 2011. La Ponencia quedó constituida por los siguientes diputados: Grupo Parlamentario Popular: Sra. Asunción Quinzá Alegre y Sra. María Soledad Linares Rodríguez; Grupo Parlamentario Socialista: Sra. María Dolores Huesca Rodríguez y Sr. Manuel Mata Gómez, y Grupo Parlamentario Compromís: Sra. Mónica OltraJarque).

6.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Informe de la Ponencia. (BOCV núm. 295, de 8 de marzo de 2011. Se indica que la Ponencia para informar el Proyecto de Ley que nos ocupa, se reunió el 24 de febrero de 2011, y se debatieron las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios y por la Agrupación de Diputados y Diputadas no Adscritos, y la representación de los grupos parlamentarios Popular y Compromís consideraba que el principio de custodia compartida, debe guiar el contenido del texto normativo; mientras que la representación del Grupo Parlamentario Socialista considera que la custodia compartida, no debe ser el principio que deba regir las relaciones entre padres y madres que no conviven).

7.- Proyecto de Ley, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Dictamen de la Comisión. (B.O.C.V. núm. 297, de 21 de marzo de 2011).

8.- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (B.O.C. núm. 300, de 30 de marzo de 2011; D.O.C.V. núm. 6495, de 5 de abril de 2011 y B.O.E. núm. 98, de 25 de abril de 2011).

Mucho se ha discutido y escrito sobre las dudosas competencias de nuestra Comunidad para legislar en materia de Derecho Civil, al amparo del maltrecho art. 149.1.8ª C.E.[402]. No obstante, y sin perjuicio de las dudas razonables respecto de su competencia para legislar en esta materia, puesto que no hay antecedentes que regulen las relaciones de familia más allá de las concernientes a la regulación del régimen económico del matrimonio, se va a partir de la premisa de la existencia de competencia para legislar sin perjuicio de que dicha competencia pueda ponerse en entredicho, cuestión ésta que no voy a tratar al no ser objeto del presente trabajo[403].

[402] El art. 149.1.8ª C.E. reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil, y todo ello "*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*".

[403]BLASCO GASCÓ, F. de P., "El desarrollo del Derecho Civil valenciano: La Ley de Régimen económico matrimonial valenciano", en *Revista jurídica de Navarra* [en línea], núm. 46, 2008, pp. 45-68. [Consulta: 3 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarro/Revista+Juridica+de+Navarra/Propiedad.htm

Refiere que, el Derecho Foral valenciano, público y privado, se derogó expresamente en 1707. De esta forma, hay que distinguir a la Comunidad Valenciana de otras Comunidades Autónomas, como Cataluña, Aragón o Baleares, las cuales, junto con otras, han mantenido su derecho civil propio. Tras la avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia y sí, sorprendentemente Galicia, a día de hoy la Constitución reconoce en el alambicado art. 149-1º-8º cierta competencia en materia civil a las Comunidades Autónomas allí donde exista derecho foral. Y el Estatutd'Autonomia, tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, atribuye la competencia sobre el derecho civil valenciano (ahora, en un alarde no sé de qué dice derecho foral, cuando el derecho foral era todo, tanto el privado o civil como el público) a la Generalitat valenciana. Así, en la propia Exposición de motivos de la Ley de reforma del Estatuto se puede leer que la dicha reforma pretende también el impulso y desarrollo del Derecho Foral Valenciano aplicable, del conocimiento y uso de la lengua valenciana, de la cultura propia y singular de nuestro pueblo, de sus costumbres y tradiciones. Y añade: Es necesario que a través de la recuperación de "Los Fueros del Reino de Valencia" recupere también nuestra Comunidad la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707. Por eso mismo el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino en plena armonía con la Constitución Española.

Añade Blasco que, respecto de la competencia en materia civil de la Comunidad Valenciana, ya ha habido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional con ocasión de la ley de arrendamientos históricos valencianos, los cuales refiere el autor, no son derecho foral. Desde entonces, y con base en dicha sentencia de 28 de septiembre de 1992, se sostiene mayoritariamente una tesis que podemos denominar agroconsuetudinaria: al carecer la Comunidad Valenciana de derecho civil propio o foral cuando se aprobó la Constitución, porque tal derecho fue derogado en 1707 por Felipe V, la competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas agrarias, como los arrendamientos históricos, les vendes a ull o per alfarrassar o les vendes al pes o per arrovat, etc.

Según el autor, esta tesis no por estar más extendida es más sólida. No explica cómo, derogándose todo el derecho foral, subsistan determinadas normas como las consuetudinarias. Es verdad que tras la abolición de fueros puede haber normas consuetudinarias, pero ya no serían forales porque no conformarían el ordenamiento foral, ya derogado. Igualmente, la tesis no explica la subsistencia de tales costumbres a la codificación civil y la cláusula derogatoria del art. 1.976 C.C. o la prelación de fuentes dispuesta en el mismo Código civil. Por último, la norma consuetudinaria tiene una eficacia territorial concreta: lo que es costumbre en una determinada comarca no tiene por qué serlo en otra. No hay una costumbre de la Comunidad Valenciana, sino, en su caso, varias y distintas costumbres en determinadas y concretas

La Ley 5/2011 tiene por objeto regular el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a sus hijos menores en su compañía cuando aquellos no conviven[404]. Entró en vigor el 5 de mayo de 2011, siendo su aplicación suspendida por Providencia del TC de 19 de julio de 2011, desde la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Ejecutivo español, esto es, el 4 de julio de 2011. No obstante, y tras estar unos meses suspendida, mediante Auto de fecha 22 de noviembre de 2011[405], el Pleno del TC, aún sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, levantó la suspensión por entender que no estaba acreditada la gravedad e irreversibilidad en la aplicación de los artículos, siendo en la actualidad de aplicación plena, a pesar de la pendencia del recurso[406]. El referido recurso venía a argumentar que en base al art. 149 C.E., la norma valenciana "*no puede encontrar amparo*" en la competencia exclusiva que reconoce el Estatuto de autonomía (art. 49.1.2), "*dado que no desarrolla ninguna disposición del derecho civil de la comunidad autónoma*", por lo que excedería sus competencias[407].

La ley contiene una regulación poco extensa, pues consta solamente de siete artículos,

comarcas valencianas. Cómo se explica, entonces, que se puedan convertir en norma legal, con eficacia personal y en todo el país valenciano, en todo el territorio de la Comunidad Valenciana. Cuestión distinta es que la Comunidad Valenciana, por historia y en desagravio, deba tener competencia en materia derecho civil propio o foral, como la tienen, entre otras, las Comunidades Autónomas cuyos territorios conformaron la antigua Corona de Aragón y también se rebelaron contra el primer Borbón. Pero esta es una cuestión más política que jurídica.

[404] BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar…*, cit., p. 1.

[405] El Auto de 22 noviembre 2011, dictado en el Recurso de inconstitucionalidad núm. 3859/2011 ha resuelto levantar la suspensión, estimando que "*Reiterando la doctrina según la cual, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, es necesario ponderar, de un lado que los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público, como, en su caso, el particular o probado de las personas afectadas, y de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, se ha destacado que esta valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y a la margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulen en la demanda, recordando que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa, aporte y razone con detalle los argumentos que la justifiquen, pues debe partirse de presunción de constitucionalidad de las normas objeto de recurso*".

[406]En el marco de la Mesa redonda organizada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia por la Asociación de Juristas valencianos, el 22 de julio de 2015, sobre la problemática actual de la custodia compartida en Valencia, así como las novedades jurisprudenciales y la situación ante el recurso de inconstitucionalidad pendiente de resolución, PLAZA PENADÉS refería que no hay visos de que el fallo del TC vaya a ser a corto plazo. Criticó la demora en la resolución del recurso argumentando que se trata de una ley de gran trancendencia y que por ello, debiera haber sido resuelto ya. Refiere que los recusos de inconstitucionalidad no debieran quedar "al albuir" de cuestiones políticas.

[407] Vid. EFE, "El Gobierno recurre la ley de Custodia Compartida al Tribunal Constitucional", *El Mundo.es* [diario online], 1 julio 2011, Política. [Consulta: 16 de julio de 2012]. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/01/valencia/1309530801.html

una Disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y tres finales, si bien, y a pesar de que es poco extensa, sí condensa en pocos artículos una verdadera revolución en el ámbito del Derecho de familia de nuestra Comunidad. En la misma, se regulan cuestiones tales como alimentos, régimen de custodia y visitas o atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (no trata la pensión compensatoria, para la cual se aplicará íntegramente la regulación del C.c.).

La Exposición de motivos de la ley, se la ha tildado de *"manifiestamente desproporcionada respecto del texto normativo"*, y se presenta como una *"auténtica declaración de intenciones sobre la prevalencia del principio de coparentalidad, de los derechos de los progenitores a relacionarse con sus hijos y a la inversa, pero además, del derecho que les asiste a los menores a relacionarse no sólo con sus progenitores, sino también con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. Esto, podríamos decir, salvo algún pequeño matiz, lo tienen en común las cuatro regulaciones autonómicas. Tales principios de coparentalidad e igualdad son el fundamento de la opción legislativa por la guarda y custodia compartida con carácter preferente, en detrimento de una custodia individual con régimen de visitas y estancias"*[408].

En cuanto al objeto de la ley, y en similares términos a la regulación aragonesa, es el de regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven con sus hijos e hijas comunes sujetos a la autoridad parental, y la de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegados. Por lo tanto, la cuestión es determinar el régimen de los padres respecto de sus hijos, con independencia de la causa por la que no conviven o que no hayan convivido nunca. En este sentido, al igual que el resto de leyes autonómicas, no discrimina entre los distintos estados civiles que puedan tener los progenitores.

Asimismo, quedan fuera de su ámbito de aplicación todas aquellas cuestiones que afectan únicamente a los progenitores entre sí, pero no a los hijos. Esto impide la adopción de medidas judiciales sobre cuestiones personales o patrimoniales entre los progenitores, y restringe el contenido mínimo que se exige al pacto de convivencia familiar (quedan fuera

[408] BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILLAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar*…, cit., p. 4.

la liquidación del régimen económico matrimonial, o la pensión compensatoria, cuestiones estas en las que habrá que remitir a la regulación del C.c.).

Para BLASCO GASCÓ[409], el objeto principal de la ley valenciana es regular las relaciones de los padres con los hijos. En su sentido más literal y estricto, se excluye todo lo relativo a los derechos y deberes de los ex cónyuges o ex miembros de la pareja, de ahí que la ley valenciana, y en contraposición a las leyes aragonesa, catalana y vasca, no regule el tema de la pensión compensatoria, ni tampoco la liquidacióndel régimen económico matrimonial, siendo que en este aspecto y conforme hemos referido anteriormente, se deberá acudir a lo establecido en el art. 90 C.c.

El ámbito de aplicación territorial de la ley[410], no sigue un criterio puramente geográfico, sino que se basa en la vecindad civil de los hijos[411], de ahí que su aplicación será para todos quienes ostenten vecindad civil valenciana, allá donde se encuentren. Se establece de este modo, un ámbito de aplicación de tipo personal y no geográfico, que supone que para poder aplicar la nueva ley, no hay que estar al criterio del domicilio o del lugar de residencia sino al de la vecindad civil de las partes, en este caso de los menores. Referida a esta cuestión, ya se ha pronunciado alguna sentencia en la cual, y por no cumplirse el requisito de la vecindad, no ha sido objeto de aplicación la ley valenciana[412].

[409] BLASCO GASCÓ, F.de P., y MORERA VILAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar…*, cit., p. 7.

[410] Art. 2 *"Ámbito de aplicación. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4 del Estatutd'Autonomía de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana"*.

[411] Art. 3.4 del Estatuto de Autonomía que dispone que *"el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes"*.

[412] En este sentido, la SAP Valencia de 4 julio 2012 (TOL 2.634.615). Refiere que *"el primer motivo del recurso se refiere a la atribución del uso del domicilio familiar, pretendiendo el recurrente que la atribución del uso a la esposa a hijos lo sea por un periodo de tres años y que después se le atribuya a él. Se basa en lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana. Ha de decirse que la esta Ley, según dispone su artículo 2, solo es aplicable respecto de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana. La demandada alegó que no concurría la vecindad civil valenciana y no se ha acreditado otra cosa, teniendo en cuenta que los litigantes tienen nacionalidad pakistaní, no habiéndose aportado la certificación registral que la acredite, conforme a lo previsto en el art. 14 del Código Civil . Por tanto, no se estima aplicable la mencionada ley, habiendo resuelto la sentencia conforme a la normativa aplicable (art. 96 del Código Civil) que dispone "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden"*.

Esta ley se ha erigido en transcendental en el ámbito del Derecho de familia en la Comunidad Valenciana, y su aplicación no ha estado exenta de polémica, pues como he referido, tras su entrada en vigor, su vigencia fue suspendida tras la impugnación ante el TC impulsada por el Gobierno de la nación. Al margen y además de lo anterior, tampoco ha estado exenta de problemas la interpretación del régimen transitorio previsto en la misma para su aplicación, lo que ha dado lugar a una ardua polémica jurisprudencial, propugnándose diversas interpretaciones que afortunadamente han sido resueltas de forma contundente por la STSJ Comunidad Valenciana de 6 septiembre 2013[413], que analizaré en el siguiente apartado.

De igual modo, la norma valenciana es la única que recoge una serie de definiciones para varios conceptos clave, a diferencia de la norma estatal y del resto de leyes autonómicas, que carecen de las mismas a pesar de formular nuevos términos o cambiar las acepciones de los ya existentes. Es el único de los cinco textos autonómicos que define lo que se entiende por convivencia compartida, que es la terminología que utiliza la ley[414], identificándola con la idea de reparto igualitario del tiempo de convivencia[415]. Estas definiciones no son diferentes de las acuñadas por doctrina y jurisprudencia para los conceptos en esta materia, pero es de agradecer su inclusión para evitar confusiones y tener que recurrir a interpretaciones con las que se puede distorsionar el espíritu y la finalidad de la ley. Lo más destacado es que el legislador valenciano desecha los habituales términos de guarda, custodia, o guarda y custodia para acuñar la expresión "convivencia", que empleará para referirse a los distintos regímenes: convivencia

[413]Id Cendoj: 46250310012013100012. Afirma la Sala que "*la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivadas de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación, nulidad o divorcio con base en la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia"*.

[414] La ley valenciana supera el término guarda y custodia y lo sustituye por el de régimen de convivencia. Con este cambio se trata de una apuesta por superar una terminología antigua (aunque tradicional) y de perfiles confusos. Blasco Gascó refiere el "relativo acierto" de la Ley valenciana en este sentido, sustituyendo el término "guarda y custodia" por el de "régimen de convivencia". BLASCO GASCÓ, F.de P., y MORERA VILAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar…*, cit., p. 5.

[415] Art. 3 *"a) 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 aquéllos, o en su defecto por decisión judicial"*.

individual y convivencia compartida (esta ley, aligual que la aragonesa, no hace referencia expresa a la guarda o convivencia partida).

e) La ley vasca

La última de las leyes promulgadas ha sido la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

En este sentido, el 19 de abril de 2011, la mesa del Parlamento Vasco acordó admitir a trámite la proposición de ley vasca de custodia compartida, presentada por la Federación de Euskadi de madres y padres separados *Kidetza* por iniciativa popular[416]. La normativa pretendía garantizar, entre otros aspectos, el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, siempre que cualquiera de ellos lo solicite y no sea contrario al interés del menor, y el deber de éstos a cuidar y educar a sus hijos, al mismo tiempo que les asegura el derecho a relacionarse con sus abuelos y otros familiares. Al respecto de dicha proposición de ley, el Parlamento Vasco respaldó la custodia compartida de los hijos como modelo preferente en caso de divorcio y separación, aunque no haya acuerdo, siempre y cuando prevalezca el derecho del menor y lo avale un Juez. Los grupos del PNV, PP, EA, Aralar, y UPyD votaron a favor de la iniciativa de la federación de padres y madres separadas *Kidetza*, que ha hecho llegar hasta la Cámara vasca esta proposición de ley después de haber recogido más de 51.000 firmas.

Así, recoge que cada uno de los progenitores por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez tanto la custodia compartida como que ésta sea ejercida sólo por uno de ellos. La oposición de uno de ellos o las malas relaciones entre ambos, no será obstáculo ni motivo suficiente según el texto, para no otorgarla. Plantea además que sea el Juez quien adopte *"de forma preferente"* esta figura legal en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual *"sea más conveniente"*. Esta medida estará ligada a un plan de coparentalidad, donde se recojan las condiciones del sistema de convivencia con el hijo, a propuesta de ambos miembros de la pareja y siempre bajo aprobación judicial[417].

[416] SORIANO MARTÍNEZ, E., "La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de familia", *Revista de Derecho Civil Valenciano* [en línea], núm. 9, 2011, p. 5. [Consulta: 2 de junio de 2012]. Disponible en: http://www.derechocivilvalenciano.com

[417] Vid. ALDAZ, A., "El Parlamento Vasco respalda la custodia compartida "preferente", *Diariovasco.com* [diario online], 29 junio 2012, San Sebastián. [Consulta: 15 de julio de 2012]. Disponible en: http://www.diariovasco.com

Dicha iniciativa legislativa popular que estuvo varios años paralizada[418], si bien la tramitación volvio a comenzar prácticamente desde el principio para posibilitar que en ella participe EH Bildu, un grupo que no estuvo presente la pasada legislatura[419].

Después de varios años de deliberaciones, el pasado 30 de junio de 2015 el Parlamento Vasco aprobó la ley vasca bajo el título Ley de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Dicha ley, que regula la custodia compartida, aprobada después de que la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia de la Cámara haya aprobado el dictamen en el que establece que cada uno de los progenitores, por separado o de común acuerdo, podrán solicitar al Juez la custodia compartida, sin que la oposición de uno de ellos o las malas relaciones entre ambos, sean obstáculo para aprobarla[420].

Se trata de un texto que cuenta con 13 artículos, una Disposición transitoria y una Disposición final. La norma vasca hace una previsión bastante detallada de los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y del convenio regulador (Capítulo II de la ley, arts. 4 y 5); igualmente dedica el Capítulo III a la mediación familiar, destinando el Capítulo IV (arts. 7 a 11) a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo entre los progenitores, regulando todo lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, pensión alimentos, así como régimen de comunicación y estancias con el progenitor no custodio. Por último, dedica el Capítulo V (art. 12) al uso de la vivienda familiar, y el Capítulo VI (art. 13) a las medidas previas, provisionales o coetáneas y definitivas y su modificación.

[418] Vid. J.M., "Separados acusan al Parlamento Vasco de frenar la ley de custodia compartida", *Diariovasco.com* [diario online], 31 octubre 2014, San Sebastián. [Consulta: 4 de diciembre de 2014]. Disponible en: http://www.diariovasco.com

[419] A este respecto, la tramitación ha vuelto a comenzar prácticamente desde el princpio con el fin de dar participación a grupos como EH Bildu, que no estuvo presente en la pasada legislatura. En este sentido dicho grupo parlamentario ha presentado 33 enmiendas a la proposición de ley sobre custodia compartida presentada por la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados, *Kidetza*, porque cree no se puede imponer esta solución como norma general a todas las familias y debe primar el interés de los menores. EH Bildu ha explicado que aboga por soluciones individualizadas, en las que se analice cada caso en profundidad, porque no hay una solución universal válida para todas las familias. De igual modo, portavoces de *Kidetza* han comparecido y se han mostrado partidarios de introducir modificaciones en su propuesta original.

Disponible en: http://www.elmundo.es/pais- vasco/2014/11/24/5473562322601ddd7a8b457e.html

[420] Disponible en: http://www.diariovasco.com/sociedad/201506/24/parlamento-vasco-aprobara-junio-20150624143100.html

Su ámbito de aplicación es tan amplio como el de la norma aragonesa y catalana, siendo aplicables estos preceptos cuando los progenitores estén unidos por un vínculo matrimonial o cuando constituyan una pareja estable conforme a lo dispuesto en el art. 1.

Asimismo quedan dentro del ámbito de aplicación de la ley cuestiones que afectan únicamente a los progenitores entre sí, como pudiera ser el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges o la liquidación del régimen económico matrimonial, cuestiones estas que, si fuera el caso, deberán incluirse en el convenio regulador[421].

El ámbito de aplicación territorial de la ley, no sigue un criterio puramente geográfico, sino que se basa en la vecindad civil de los hijos[422], de ahí que su aplicación será para todos quienes ostenten vecindad civil vasca, allá donde se encuentren. Se establece de este modo, un ámbito de aplicación de tipo personal y no geográfico, que supone que para poder aplicar la nueva ley, no hay que estar al criterio del domicilio o del lugar. No obstante, en su defecto, se estará a la del lugar de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda o, en el caso de las parejas de hecho, de la residencia inmediatamente anterior a la disolución de la pareja de hecho, si se hallan situados en el territorio de la comunidad vasca.

Se puede concluir pues, que la finalidad de todas estas leyes ha sido la de superar la excepcionalidad con que esta materia ha sido regulada en el C.c., para adecuar la regulación a lo que entiende constituye una demanda social con un doble fundamento: proteger el interés del menor preservando la relación –equilibrada y continuada– con ambos progenitores después de la ruptura y garantizar la igualdad entre ambos padres. No obstante, la técnica legislativa empleada por los legisladores autonómicos se ha articulado en torno a dos vertientes; por un lado, las Comunidades Autónomas de Aragón y Valencia han optado por instituir la custodia compartida como institución prioritaria en defecto de pacto entre las partes, y por su parte, Cataluña, Navarra y País Vasco se sitúan en una posición intermedia: facilitan el otorgamiento de la custodia compartida a solicitud de uno

[421] Así lo dispone el art. 5 de la Ley 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

[422] Art. 2 de la Ley 7/2015, referido al "Ámbito de aplicación".

sólo de los progenitores en comparación con el art. 92.8 C.c., pero sin elevarla a medida preferente en ausencia de consenso.

3. Comunidades con iniciativas legislativas sobre la custodia compartida, que todavía no han visto la luz

En la misma línea iniciada por las Comunidades Autónomas antes referidas, han continuado otras Comunidades como Galicia, Murcia y Baleares, y si bien hasta la fecha, no tienen normativa legal propia, siendo de aplicación el régimen legal del C.c., todas ellas han proclamado la necesidad de reformas en la materia que estamos tratando.

En el caso de las Islas Baleares se propuso la inclusión de varios artículos para regular la custodia compartida en la Ley de Igualdad de Hombres y Mujeres, que se tramitó en el 2011. La finalidad de tales preceptos era conseguir que la custodia compartida de los hijos fuera el principio general que rigiera la actuación judicial en caso de divorcio. El Juez se reservaría, en cualquier caso, la potestad de delimitar otras modalidades de custodia si lo considerara oportuno. No obstante, el Proyecto de Ley, no llegó a ser aprobado por el Parlamento balear.

Por su parte, en Galicia, la *Comisión Superior para o Estudo do Desenvolvemento do Dereito Civil Galego*, órgano consultivo asociado a la Consellería de Presidencia, ha elaborado, con carácter inicial, un borrador del texto legislativo para que la custodia compartida sea la opción preferente en Galicia tras una ruptura matrimonial. La Comisión trabaja en la modificación de la *Lei de Dereito Civil* de Galicia, que prevé su propia revisión cada cinco años, y cuya última reforma fue acometida por consenso en 2006, cuando equiparó las parejas de hecho a los matrimonios, siendo que dicha normativa autonómica sobre la equiparación de derechos entre matrimonio y parejas de hecho está cuestionada ante el TC por el TSJ Galicia[423]. Dicha iniciativa legislativa ha quedado paralizada por el momento conforme afirmó el Conselleiro de Presidencia de la Xunta de Galicia, Alfonso Rueda, al confirmar que las reformas que se habían propuesto en el contexto de las separaciones y divorcios, tanto la de convertir la custodia compartida en régimen preferente, como la de establecer la separación de bienes gananciales como norma, quedaban para la próxima legislatura, alegando como motivos, por una parte, que

[423]RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., "A revisión la Ley de Derecho Civil de Galicia", en *Diario La Ley* [en línea], núm. 7513, 2010. [Consulta: 10 de julio de 2014]. Disponible en: http://www.diariolaley.es

se duda de que la comunidad autónoma tenga competencias para establecer la custodia compartida como prioritaria; y por la otra, que la modificación a la separación de bienes gananciales de forma automática resulta más controvertida de lo que la Xunta consideraba en un primer momento y hay posiciones de rechazo contra este cambio [424].

Por último, el pasado 11 de febrero de 2013, la Mesa de la Cámara de la Asamblea Regional de Murcia acordó admitir a trámite la Proposición de Ley 14, sobre relación de los hijos e hijas con los progenitores en los casos de ruptura de la convivencia familiar, formulada por el grupo parlamentario Popular[425]. Se trata de un Proyecto de Ley que cuenta con 9 artículos y con un contenido muy similar al de la ley valenciana sobre custodia compartida. La Exposición de motivos refiere que con la misma, se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y fomentar la corresponsabilidad de los progenitores en el marco de una sociedad avanzada, que persigue la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo del hombre de una mayor implicación en el ámbito familiar, determinan la necesidad de abordarlo y de contribuir con ello a avanzar en la igualdad integral entre mujeres y hombres.

No obstante, y a pesar de las iniciativas legislativas instadas, de momento, y hasta su aprobación como leyes, continuará siendo de aplicación en dichas Comunidades el régimen previsto en el C.c.

4. Consecuencias de la diversidad de legislaciones acerca de la custodia compartida en el Derecho español

La entrada en vigor de las leyes en Aragón, Navarra, Cataluña,Valencia y País Vasco, ha tenido como consecuencia inmediata el desplazamiento en cada uno de los territorios donde son de aplicación, y en los supuestos en que lo sea, del régimen legal previsto en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del C.c. que, comprendiendo los arts. 90 a 106, regulan las medidas y efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio. Dicho desplazamiento de la legislación común, lo ha sido incluso con un efecto

[424] Vid. POSILIO, A., "La custodia compartida no llegará a Galicia hasta el 2012", *La voz de Galicia.es* [diario online], 3 julio 2011, Madrid / La voz. [Consulta: 15 de julio de 2012]. Disponible en: http://www.lavozdegalicia.es/sociedad/2011/07/03/0003_201107G3P38996.htm

[425]Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia, núm. 71, 12 febrero 2013, pp. 4240-4245. [Consulta: 3 de diciembre de 2013]. Disponible en: www.hermes.asambleamurcia.es/documentos/pdfs/boar/Boar.08/130212.071.pdf

retroactivo, pues la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales decretadas con arreglo a la legislación anterior han pasado a regirse por las nuevas leyes, si bien en los términos establecidos en las Disposiciones Transitorias de cada una de ellas, en donde se han previsto mecanismos que han habilitado a las partes para instar, por vía del procedimiento de modificación de medidas y amparándose en las nuevas leyes promulgadas, la modificación de la custodia en su día acordada judicialmente.

En cuanto al Derecho estatal, con la reforma del C.c. del año 2005, se modificó el art. 92 en materia de guarda y custodia de los hijos, introduciendo explícitamente la posibilidad del establecimiento de la custodia compartida, si bien dejando intactos, entendemos que erróneamente, artículos como el relativo a la atribución de la vivienda familiar (art. 96 C.c.), alimentos de los hijos (art. 93 C.c.) y otros, y dando con ello pie a situaciones verdaderamente injustas para alguna de las partes.

Por el contrario, el legislador autonómico ha sido mucho más ambicioso y no se ha contentado con modificar única y exclusivamente los criterios legales que rigen la atribución de la guarda y custodia de los hijos, sino que acertadamente, ha acometido la reforma de todo el conjunto de efectos que se siguen de la ruptura de la convivencia de los progenitores, regulando aspectos como la fijación de la pensión del menor, atribución del domicilio familiar[426], etc. Ha logrando así, un mayor grado de coherencia en el diseño final de las condiciones de vida a que tendrán que acomodarse tanto los hijos, como cada uno de sus progenitores, a resultas del proceso y de la opción de guarda que se apruebe.

Esta situación de disparidad de legislaciones va a plantear problemas en cuanto va a dar lugar a la existencia de lo que ya se ha llamado "niños de primera y segunda clase"[427] o, correlativamente, padres de primera y padres de segunda, que actualmente se produce dada la disparidad legislativa existente en nuestro país al respecto de esta materia, dependiendo del territorio en el que convivan, pues en función de ello y atendiendo a la diversidad de normas existentes, se les aplicará un régimen legal u otro, propiciando situaciones de desigualdad, que debieran evitarse.

[426] Con la excepción de la Ley Foral Navarra que no contempla la regulación de la atribución del domicilio familiar.

[427] TENA PIAZUELO, I., "Custodia compartida en Aragón…", cit., p. 2.

A la vista de esta situación, resultó en cierto modo tranquilizadora la noticia publicada en la nota de prensa emitida el 13 de junio de 2014 por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Justicia, en la que se anunciaba el encargo por parte del anterior ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, a la Comisión de Codificación de la modificación del C.c., para que el art. 92 deje de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida de menores. Queda pues en manos del legislador, la tarea de modificar la ley estatal, y así unificar criterios y subsanar las posibles deficiencias que se deriven de la aplicación práctica de las legislaciones autonómicas. A tal efecto y mal que nos pese, ya se ha referido a lo largo del presente trabajo, que el referido Anteproyecto no verá la luz esta legislatura, por lo que habrá que esperar a la tan ansiada reforma.

En suma, se trata de una ley más que necesaria, que armonice el marco legal existente y flexibilice los criterios que, hasta la fecha, se exigen en el C.c. para acordar la custodia compartida, al margen y además de que se adecuen cuestiones tales como las pensiones alimenticias o la atribución del domicilio familiar, para los supuestos en que se acuerde la atribución compartida de la custodia. De igual modo, la necesidad de una ley estatal armonizadora debe tener como objetivo central favorecer la continuidad en la vida familiar del niño, ya que sin duda esto va a contribuir a reducir el fracaso escolar de los menores, reducir también su sentimiento de pérdida, y fortalecer su autoestima.

II.EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA

1. Consideraciones generales

Las leyes autonómicas han resultado ser mucho más acordes a la evolución actual del concepto de potestad conjunta, tal y como está sucediendo en diversos ordenamientos europeos[428]. En relación con los modelos legales de guarda y custodia en caso de ruptura

[428] La opción elegida por los legisladores autonómicos concuerda con la adoptada por otras legislaciones como las de Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Italia o Alemania, en las cuales se ha potenciado la objetivación de la actuación judicial hacia la custodia compartida.

A título de ejemplo, cabe citar el art. 155.2 *CodiceCivile*, el cual tras la reforma llevada a cabo por la Ley núm. 54 de 8 de febrero de 2006, establece que el Juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores. A tal efecto establece que "*Per realizzare la finalitàindicatadal primo comma, ilgiudice che pronuncia la separazionepersonaledeiconiugiadotta i porvvedimentirelativialla prole con esclusivoriferimentoall'interessemorale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figliminorirestinoaffidati a entrambi i genitorioppurestabilisce a quale di essi i figlisonoaffidati, determina i*

de la convivencia de los padres, en el Derecho extranjero parece detectarse una clara tendencia a favor de la instauración en la práctica de regímenes de custodia compartida, siendo el modelo general en Europa el de la responsabilidad parental conjunta[429], fomentando la relaciones personales de ambos progenitores con el niño y respetando los vínculos de éste con ambos.

No obstante, hay que tener presente que cuando se pretende establecer una comparación entre ordenamientos jurídicos distintos, la primera dificultad con la que nos encontramos es que con frecuencia, la traducción literal de los términos legales de un idioma a otro no se corresponde con el contenido legal de las instituciones del mismo nombre. En este sentido, y con el fin de evitar conclusiones erróneas, conviene manifestar que muchos de los ordenamientos, entre ellos los anglosajones, carecen de la distinción entre patria potestad y la custodia compartida, de ahí que el término *jointcustody* no signifique lo que parece deducirse de su traducción literal, que sería custodia compartida.

Sin perjuicio de lo anterior, en países como Francia, Reino Unido, Italia, Suecia, Suiza o Bélgica se regulan diversos sistemas en los que, con diversas nomenclaturas, se viene a hacer referencia a lo que en nuestro sistema se denomina custodia compartida, entendida ésta como alternancia en la residencia del menor con ambos progenitores al momento de la ruptura de la pareja. Vamos a tratar de exponer las ideas generales existentes en estos países.

2. La custodia compartida como modelo preferente en el Derecho extranjero

En este sentido, en Francia se autoriza el sistema de lo que se ha denominado *résidence alternée*[430]para los menores cuyos padres no conviven; el concepto de *résidence*

tempi e le modalitàdella loro presenzapressociascungenitore, fissandoaltresì la misura e il modo con cui ciascuno di essideve contribuiré al mantenimento, alla cura, all'instruzione e all'educazionedeifigli. Prende atto, se non contrariall'interessedeifigli, degliaccordiintervenutitra i genitori. Adottaognialtroprovvedimento relativo alla prole".

Circunstancia similar ocurre en Francia, donde el art. 373.2 *Code* establece que: "*Chacun des père et mèredoitmaintenir des relationspersonnellesavecl'enfant et respecter les liens de celui-ci avecl'autreparent*".

[429]Acerca de esta cuestión, y sin perjuicio de las similitudes que se puedan dar, tenemos que tener presente que la mayoríade los países de la Unión Europea no tienen un sistema jurídico semejante en materia de relaciones paterno-filiales al español, circunstancia ésta que tendremos que tener presente para no llegar a conclusiones equivocadas.

[430] En este sentido, vid., PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado…", cit.

alternée o residencia alterna de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores hace referencia a un modelo de custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores pero no excluye la denominada custodia compartida tipo "nido", con domicilio fijo de los hijos en la vivienda familiar y domicilio alterno y rotatorio de los padres en la misma en los periodos que desempeñan las funciones de guarda[431]. En los supuestos en los que no haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez ordenará con carácter provisional, una residencia alternativa por un periodo de tiempo determinado que determinará igualmente; a su término, será el Juez el que resuelva definitivamente sobre la residencia del hijo de modo alternativo en el domicilio de cada uno de los padres o en el de uno de ellos, según considere más adecuado para el menor.

Por su parte, la legislación italiana, con la ley de 8 de febrero de 2006 sobre disposiciones en materia de atribución compartida de los hijos, establece como principio rector, el derecho a que los menores mantengan una relación equilibrada y continuada con cada uno de los progenitores. Para ello, el Juez valorará prioritariamente la posibilidad de una guarda y custodia conjunta, de tal forma que para establecer una guarda y custodia

Del estudio de la custodia compartida en el Derecho comparado, refiere que la regla general en la legislación francesa es que en los supuestos de divorcio o cese de la convivencia es el ejercicio conjunto de la *autorité parentale*, pues la reforma llevada a cabo a través de la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002 ha intentado mantener el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores, imponiendo como principio general el ejercicio común al momento de la ruptura. En este sentido, y si bien el *Code* no contiene el término guarda y custodia, sí que regula el sistema de *résidence alternée* en virtud del cual se regula el sistema de residencia de los menores con sus progenitores una vez finalizada la vida en común de estos. Al respecto de este sistema, el legislador francés atribuye facultades al Tribunal para el establecimiento de la *résidence alternée* aún cuando los progenitores se pronuncien en contra.

Me parece interesante destacar en este sentido, el hecho de que se prevea la posibilidad de que este sistema pueda ser establecido durante un tiempo determinado y con carácter provisional en los supuestos de falta de acuerdo, debiendo el Juez decidir de forma definitiva, si adopta el sistema de *résidence alternée* en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno sólo de ellos, una vez haya finalizado el periodo que podríamos denominar "de prueba" que la ley prevé a tal efecto.

[431] Así lo establece el art. 373-2-9 *Code"En application des deuxarticlesprécédents, la résidence de l'enfantpeutêtrefixée en alternanceaudomicile de chacun des parentsouaudomicile de l'und'eux. A la demande de l'un des parentsou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le jugepeutordonner à titreprovisoire une résidence en alternancedontildétermine la durée. Au terme de celle-ci, le jugestatuedéfinitivement sur la résidence de l'enfant en alternanceaudomicile de chacun des parentsouaudomicile de l'und'eux"*.

MONSERRAT QUINTANA, A., "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio" en *Diario La Ley* [en línea], Sección Estudios, núm. 23, 2006. [Consulta: 30 de agosto de 2014]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

Para el autor, este sistema "da pábulo a defender que la solución legal primaria es la que aquí conocemos – con manifiesta falta de rigor – custodia compartida. En Francia, al tomarse como punto de vista prioritario el de la residencia, se conoce el sistema como el de *résidence alternée*, o residencia alternada".

exclusiva, el Juez deberá justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor. Por ello, tras la reforma, se ha invertido la relación regla – excepción, siendo que en el sistema legal italiano actual, la guarda compartida no sólo es la regla general sino que la ley arrincona la guarda exclusiva y la hace viable sólo para supuestos excepcionales. En este sentido, la redacción del art. 155 bis[432] refiere que en los supuestos de separación de los progenitores, los hijos tienen derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cualquiera de ellos,de recibir educación e instrucción de ambos y de conservar una relación significativa con los ascendientes y con los parientes de cualquiera de las ramas familiares" y "teniendo en cuenta los intereses morales y materiales de la prole"… "valorará prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean atribuidos a ambos progenitores, debe establecerse la medida y el modo en que cada uno de ellos debe contribuir al mantenimiento, al cuidado, a la instrucción y a la educación de los hijos". De igual modo, el art. 155 bis permite la adjudicación del cuidado a uno sólo de los progenitores, pero mediante decisión motivada, cuando la guarda al otro progenitor sea contraria al interés del menor, siendo suficiente la contrariedad con dicho interés para que no se otorgue la guarda conjunta.

En igual medida, países como Alemania[433],Suiza[434], así como en los anglosajones (USA, Canadá, Gran Bretaña, etc.), toman como punto de partida que "el divorcio de un

[432]Art. 155 bis *Codice*: "*Affidamento a un solo genitore e opposizioneall'affidamentocondiviso*

1. *Ilgiudicepuòdisporrel'affidamentodeifigli ad uno solo deigenitoriqualoraritenga con provvedimentomotivato che l'affidamentoall'altrosia contrario all'interesse del minore.*
2. *Ciascuno dei genitore può, in qual siasi momento, chiedere l'affidamento exclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento exclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma del l'articolo 155. Se la domandarisulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore instante ai finidella determinazionedeiprovvedimenti da adottaremell'interessedeifigli, rimanendofermal'applicazionedell'articolo 96 del codice di proceduracivile*".

Transcrito del CommentariCodiceCivile. Commentoalle novita' normativegiurisprudenza, IPSOA, Rozzano (Milano), 2006.

[433] El *Burgerliches Gesetzbuch*, en su art. 1671 para el supuesto de la ruptura de la convivencia de los padres, establece la posibilidad de que tras el divorcio de los padres puedan mantener compartido el ejercicio de la patria potestad (entendiendo que también incluye la custodia del menor) del menor si ello es conveniente para el interés del menor. Cuando se produzca la separación de los cónyuges, y esta no sea transitoria, se mantendrá la responsabilidad parental compartida si bien cada uno de los progenitores podrá solicitar del Juez de familia que le atribuya en exclusiva el ejercicio de la responsabilidad parental o, en su caso, realice una atribución parcial sobre determinados aspectos de dicha responsabilidad. La traducción del artículo es de: LAMARCA MARQUÉS, A., Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

cónyuge no es el divorcio de los hijos, ni las decisiones sobre la custodia deben usarse como castigo". Así, en el Derecho anglosajón, se observa una mayor tendencia a normalizar la atribución de la guarda y custodia compartida. La mayoría de los textos legales de los distintos Estados federados, refieren que ha de promoverse el frecuente y continuo contacto con los padres, dando por supuesto que estos son aptos para ello, así como se pretende animar a los progenitores a que compartan los derechos y las obligaciones relativos a la educación y promoción de los hijos. En este sentido, Estados como Alabama, Connecticut, Nevada, Washington, Minnesota, entre otros, reconocen la presunción legal a favor de la custodia compartida en caso de que ambos progenitores estén de acuerdo[435].

Con todo, el fin último de todas las reformas legislativas que se han llevado a cabo en los últimos años, tanto en nuestro ordenamiento como en los de otros países, es procurar la mejor realización del interés del menor, que va a prevalecer frente al de los padres cuando exista alguna colisión entre dichos intereses, y ello con la intención de que sufran lo menos posible la ruptura de sus progenitores y conserven lo más posible a ambos[436].

Todos los ordenamientos inciden en la nota de que el modelo de guarda y custodia compartida de los menores atiende a un reparto temporal de los derechos y responsabilidades parentales para con los hijos, que no tiene por qué ser igualitario en el tiempo, dejando a un lado la connotación de empoderamiento de uno de los progenitores derivada del régimen de custodia monoparental.

EIRANOVA ENCINAS, E., Código Civil alemán comentado. BGB., ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p.487.

[434] A partir de julio de 2014, la custodia individual es la excepción en Suiza y lo normal es que la custodia sea compartida. Ha pasado a ser la norma general haya acuerdo o no entre los progenitores. Se parte de la presunción de que la custodia compartida es la modalidad más beneficiosa para los menores. Esta modalidad de custodia se aplicará independientemente de que las parejas estén o no casadas, así como igualmente, no será impedimento para su adopción el que la relación entre los progenitores sea conflictiva.

Conclusiones extraídas de la Ponencia presentada por WIDRIG. M, "*Shared custody*" en la legislación suiza y su reciente revisión, en el marco del I Congreso Internacional de Custodia compartida y protección jurídica del menor, celebrado en Alicante los días 24 y 25 abril 2015.

[435] MONSERRAT QUINTANA, A., "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005…", cit.

[436]Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L., "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", Trabajo de Investigación realizado dirigido por José Manuel de Torres Perea en el ámbito del I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga; Málaga, 28 de diciembre de 2009. Al hilo del interés del menor, refiere que se configura como un derecho que tienen los hijos y sus progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, a la que no se puede ni se debe renunciar.

3. La preferencia de la modalidad compartida en el Derecho autonómico

A) Cuestiones preliminares

La promulgación de las leyes autonómicas constituye un interesante punto de partida para la reforma del C.c. a los efectos de actualizar la normativa en materia de custodia compartida. Pese a ello, considero que la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual, constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro. Esta es la línea en la que se han pronunciado, entre otros, autores como GONZÁLEZ DEL POZO[437]. En mi opinión, dicho carácter preferente no garantiza adecuadamente el interés superior del menor, que es el fin último a proteger, ya que en este tipo de supuestos hay que estar a cada caso en concreto para ver cuál es el régimen de custodia que mejor garantizará el interés de los menores y no al establecimiento de un sistema de preferencia que en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas.

No obstante, y a pesar de la preferencia legal establecida, ello no va a suponer la aplicación automática de la misma[438]. A este respecto, y con buen criterio, la jurisprudencia entiende que no se puede hacer *tabula rasa* en este tipo de procesos, fomentando una medida única para prácticamente todos los supuestos dejando escaso margen para la capacidad de maniobra del juzgador. Éste, debe precisar en todo caso, qué régimen se adhiere mejor a las necesidades de cada menor y a las circunstancias de cada caso en concreto. Para ello, habrá de atender a diversos factores que faciliten la motivación de la decisión judicial, abstrayéndose de tratamientos igualitarios que pueden dar lugar a medidas no acordes con el verdadero interés de la familia.

A lo largo de los siguientes epígrafes, voy a exponer el sistema establecido en cada una de las leyes autonómicas en relación con la modalidad de custodia compartida, su

[437] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 9.
En este sentido, considera que ya que la ley presume, *iuris tantum*, tanto la bondad del sistema de custodia compartida, como que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual, el Juzgador "*no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor en el caso concreto suscitado*".

[438] Así lo refieren, entre otras, las sentencias AP Valencia de 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347); 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345).

preferencia expresa o no, así como los condicionantes que deben darse para su aplicación. Igualmente expondré los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en cuanto a la no aplicación automática de la modalidad compartida y la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso en concreto.

a) Del reconocimiento expreso de la preferencia de la modalidad compartida: la norma aragonesa y la ley valenciana

En la legislación aragonesa, la medida judicial sobre la guardaycustodiadelos hijos menores e incapacitados está regulada en el art. 80 Código aragonés[439]. El precepto, tras establecer en el párrafo primero de su apartado 1, como norma general, que cada uno de los progenitores por separado o ambos de común acuerdo, puedan solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno sólo de ellos dispone, en su apartado segundo que, a falta de pacto, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente[440].

Así, el art. 80.2 del texto aragonés establece que, "*seconsidera 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*

[439] Refiere el precepto que: "*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 sólo 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. 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*".

[440]Del análisis realizado se puede concluir que la jurisprudencia del TSJ Aragón, recogida por la SAP Zaragozade 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441), hace una apuesta fuerte por el régimen de custodia compartida, si bien ello no va a presuponer una negación del sistema de custodia individual, puesto que por encima de todo se encuentra el interés del menor. La SAPZaragoza de 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060), recoge la jurisprudencia del TSJ Aragón sobre esta cuestión refiriendo que "e*n reciente sentencia de 25 de julio de 2013 se optó por un régimen de custodia en favor de la madre y amplio régimen de visitas para el padre, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba el individual, habida cuenta que aquel era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido. En la sentencia de 8 de febrero de 2012, se destacaba por el TSJA que en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente establecido por el legislador aragonés debía ser el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente*".

En similares términos, STSJ Aragón de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100020).

fuera lo más conveniente"[441]. Con este cambio, en el que se invierten los términos del C.c., se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. Y con respecto al objeto de esta custodia compartida la fundamenta la ley en la conjugación de dos derechos básicos: "*por 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*"[442].

De la literalidad del precepto pudiera desprenderse que el Juez podría adoptar la medida aún en el supuesto de que los padres hubieran acordado la custodia individual, pues si bien es cierto que el Juez debe tener en cuenta el llamado pacto de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender y que le vincula, es el interés superior del menor[443]. No obstante, dicha decisión del Juez apartándose de la voluntad de los padres, vulneraría el derecho a la libertad de éstos para elegir la modalidad de custodia que más se adecue a las necesidades de sus hijos. Por lo tanto, en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez debe ceñirse a dicha voluntad, y ello salvo que situaciones excepcionales en donde pudieran derivarse consecuencias dañosas para los menores.

Por lo tanto, y en defecto de pacto entre las partes[444], el Juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores y que la oposición de un progenitor a la custodia compartida (art. 80.5 Código aragonés), no será causa suficiente para considerar que no procede adoptar el régimen de custodia compartida solicitado por el otro[445].

Por tanto, el art. 80.2 del Código aragonés trasforma el carácter excepcional que tiene la custodia compartida en el art. 92.8 C.c. cuando no resulta de un acuerdo de los progenitores y en su lugar, la establece como un sistema preferente de custodia. No

[441] Preámbulo IV de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.
[442] Preámbulo III de la Ley 2/2010, de 26 de mayo.
[443] En este sentido, la sentencia de la SAP Zaragoza de 29 mayo 2012 (TOL 2.555.903), refiere que "l*a custodia compartidaes el sistema prioritario en nuestro Derecho Foral, pero éste cederá cuando, como en el caso enjuiciado, la individual resulte más conveniente para los menores (Art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón)".*
[444] Art. 77 Código aragonés, referido al llamado pacto de relaciones familiares así como al contenido mínimo que debe reunir el mismo, así como los supuestos de extinción y/o modificación de dicho pacto.
[445] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas…", cit., p.5.

obstante la declaración de preferencia legal, ésta no supone que la misma opere de manera automática, ni se preestablece la bondad de dicha modalidad que suponga la necesidad de adoptarla siempre que esta petición pugne con una de custodia individual[446]. Así, para el caso de solicitarse la individual por uno de los progenitores, deberá realizarse el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en el caso concreto así como realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia norma y todo ello con el máximo respeto al principio básico o fundamental e inspirador de la norma, que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad, tal como indica el art. 76.2 del Código aragonés. En estos términos se pronuncia la Sección 2ª de la AP Zaragoza[447].

No se trata de un sistema legal rígido, salvo en cuanto al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el interés superior del menor. Según GONZÁLEZ DEL POZO[448], en referencia al sistema establecido en la legislación aragonesa, si bien es perfectamente aplicable a la regulación prevista en la ley valenciana, "la preferencia legal por la custodia compartida es más nominal o teórica que real, ya que, si el Juez debe adoptar la custodia individual cuando la misma sea más conveniente para el interés y beneficio de los hijos, la preferencia por la custodia no devengará de ningún criterio legal de primacía o prioridad, sino de la mayor idoneidad o conveniencia de ese régimen de convivencia en el caso concreto planteado".

A tal efecto, autores como GONZÁLEZ DEL POZO y CASTILLA BAREA[449], han cuestionado esta preferencia en cuanto a la atribución de la modalidad de custodia compartida en el Código aragonés, si bien el razonamiento sería aplicable al resto de normas. Es evidente que ninguna de las normas autonómicas descartan la custodia individual, y en cuanto a la preferencia por la custodia compartida señala, que tal

[446] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos…", cit., pp. 32-33.

[447] Sentencias de la AP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.378, TOL 2.584.361, TOL 2.584.683, TOL 2.584.583), así como las de 12 junio 2012 (TOL 2.584.735), 29 mayo 2012 (TOL 2.555.994); 9 mayo 2012 (TOL 2.555.705), 5 junio 2012 (TOL 2.577.832).

[448] GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Análisis crítico de las medidas judiciales…", cit., p. 8.

[449] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales…", cit., p. 9.

Refiere que aunque el precepto establezca que "el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los menores" en realidad no hay tal preferencia puesto que, a renglón seguido, impide hacerlo si el régimen de custodia individual es más beneficioso para los menores ("salvo que la custodia individual sea más conveniente") de donde se infiere que, a la postre, en cada caso concreto planteado, el Juez tiene plena libertad para acordar el régimen de custodia compartida o individual que considere más beneficioso para los menores".

En igual sentido, CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., p. 32.

posibilidad se hará depender de las circunstancias y factores que se prevén en cada una de las leyes, de modo que lejos de decidir judicialmente la custodia compartida con carácter general, se deberá valorar para tomar la decisión más acorde al respecto, la edad de los hijos, el arraigo social y familiar, la opinión de estos siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de catorce años, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Con todo, el texto legal se decanta, sobre todo, "procustodia compartida", ya que es ésta la filosofía que se inspira en su Exposición de motivos[450].

En el caso de la norma valenciana, la regla general viene recogida en el art. 5.2 de la ley, que establece que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el Juez *"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*", extremo este último importante porque el motivo más habitual para la denegación de la custodia compartida, cuanto menos hasta fechas recientes, era precisamente la existencia de malas relaciones entre los progenitores, considerándose que dicha circunstancia dificultaba enormemente un régimen de este tipo[451].

Vemos pues que la ley valenciana irá todavía más allá que la aragonesa, y ello por cuanto no sólo contempla la convivencia compartida como regla general a falta de acuerdo entre los progenitores, sino que además, establece que no será obstáculo para ello la oposición de un progenitor, que también lo prevé el Código aragonés, o las malas

[450]Refiere que, "*lacustodiacompartidase acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. Lacustodiacompartidafavorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres*."

[451] SAP Alicante de 16 enero 2012 (TOL 2569000); Consideró beneficioso para el menor el establecimiento de un régimen de custodia compartida ante la ausencia de conflicto alguno entre los progenitores en lo relativo al cuidado del menor, "*pues el que los padres como pareja no tengan buena relación no influye en lo relativo a la guarda y custodia del menor que hasta el momento ha funcionado de modo correcto*".

relaciones existentes entre ambos, siendo esta última expresión exclusiva de la regulación valenciana[452].

Así lo refiere igualmente la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 6 septiembre 2013 declaró como doctrina a los efectos de la interpretación que debía darse del art. 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril , que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.

El criterio que recoge la doctrina legal del tribunal en la referida sentencia es que, de la interpretación del art. 5.4 de la Ley 5/2011, se desprende que para acordar el régimen de custodia monoparental es necesario que existan informes que lo justifiquen en aplicación del principio de primacía del interés superior del menor.

En los supuestos en los que no exista informe, la reciente STSJ Comunidad Valenciana de 23 julio 2015[453] sienta como doctrina jurisprudencial que *"La aplicación de la primacía del interés superior del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el art. 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitore son conviven, de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible con la doctrina de la sentencia de este tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general"*.

En mi opinión, y aún existiendo informe, debieran tomarse en consideración a la hora de otorgar la modalidad de custodia monoparental, no sólo el contenido de los informes emitidos sino también el análisis de los factores recogidos en el art. 5.3 de la ley.

[452] Conviene matizar que con la entrada en vigor de la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, también recoge en su art. 9, apartado 2º, que "*la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor*".

[453] Id Cendoj: 46250310012015100009

Así, la ley valenciana regula el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a los hijos menores en su compañía cuando aquellos no conviven[454].

En este sentido, para REYES LÓPEZ[455] la ley valenciana "supone un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores". En similares términos, CLEMENTE MEORO[456], parte de que la regla general es la convivencia compartida, siendo la excepción la convivencia con uno sólo de los progenitores, constituyendo este hecho un cambio de criterio al presumirse la mayor bondad del régimen de convivencia compartida, siendo que esta presunción, admitirá prueba en contrario, al ser el criterio básico el interés del menor.

Con esta ley, y al igual que con la norma aragonesa, se produce un cambio de criterio respecto al imperante hasta la fecha, al establecer "un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental en todas las esferas de la vida del menor afectado, siempre compatible y guiado, en todos los extremos, por el principio fundamental del interés del menor, de igualdad entre los progenitores, y con el derecho de cada menor de poder convivir con ambos"[457].

[454] En este sentido se ha señalado que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social…de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos. Así lo refiere GARRIGA GORINA, M., "El criterio de la continuidad…", cit., p. 4.

[455] REYES LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación de las relaciones familiares…", cit., p. 18.

[456] CLEMENTE MEORO, M.E., "El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en ausencia de pacto en la Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas que no conviven", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 61. El autor refiere igualmente que sorprende el hecho de que no se haga referencia en la ley a los hijos incapacitados o a los sometidos a patria potestad prorrogada, como sí que hace la ley aragonesa.

[457] REYES LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación de las relaciones familiares…", cit., p. 23.

b) La guarda y custodia compartida como modalidad preferida pero no preferente en el Código catalán

Por su parte, la redacción del Libro Segundo del Código catalán ha regulado tal organización familiar como deseable y preferida pero no preferente, y siempre y en cualquier caso, sometida al interés del menor que debe primar sobre cualquier otro interés en juego[458]. En este sentido, los Tribunales deberán de hacer una aplicación extremadamente cuidadosa y quien predique y pretenda una guarda y custodia compartida, (como quien predique y pretenda la denominada "guarda exclusiva") ha de asumir la carga de probar cuál es el reparto de funciones que se corresponde con la realidad de su familia en concreto y ha de acreditar la concurrencia de las condiciones necesarias en cada uno de los progenitores y la conveniencia de la guarda compartida para los menores (que lo que se pide se corresponde a su "superior interés"), aportando en concreto datos sobre vinculaciones afectivas, acuerdos, aptitudes, actitudes, situación de domicilios, residencia adecuada, horarios y actividades de los hijos, tiempo libre, tiempo dedicado de pasado a los hijos, tareas desarrolladas, opinión de los menores, y de los progenitores, etc., a cuyos efectos deben suministrarse las oportunas pruebas. En defecto de mejor prueba, adquiere relevancia la guarda residual a favor de quien ha cuidado más de los menores[459].

Por ello la legislación catalana, a diferencia de lo previsto en la aragonesa y la valenciana, no establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, y si bien la jurisprudencia sí que se refiere a ella como preferible[460], esta falta de reconocimiento expreso ha dado lugar a diversas interpretaciones, de ahí que se haya criticado la redacción del art. 233.9 Código catalán al no establecer de forma clara, contundente y sin dudas el carácter preferente de la custodia compartida[461].

[458]Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285); 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078).

[459] SAP Barcelona de 21 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100204).

[460]SAP Barcelona de 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233). La Sala refiere que " *el CCCat no establece ni impone la modalidad de guarda compartida como modelo preferente aunque sí preferido. En el CCCat la manera de ejercer la responsabilidad parental después de la ruptura, es decir, la modalidad de la guarda, está condicionada por el interés del menor. El art. 233-8 CCCat que determina que la nulidad, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que mantienen el carácter de compartido y en la medida que sea posible se han de ejercer conjuntamente, exige en el apartado tercero que la autoridad judicial en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores ha de atender de manera prioritaria al interés del menor*".

[461] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa…", cit., p. 49.

No obstante, de la redacción de la misma y en concreto del art. 233-10.2[462] del texto catalán, parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, optándose, en ausencia de pacto entre los progenitores, por un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentalidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. Se puede decir que el art. 233.8.1 del Código catalán, hace mención a la custodia compartida pero en la medida que ello sea posible, sin olvidar que el art. 233.10 otorga al Juez la posibilidad de atribuir la guarda y custodia exclusiva, sin hacer especial mención a la preferencia sobre la custodia compartida en los términos de las legislaciones aragonesa y valenciana.

Con esta nueva regulación, se aparta el legislador de la existente hasta la fecha en el C.c., apreciándose una clara influencia de otros sistemas de Derecho extranjero[463].

La Sección Segunda, titulada "*Cuidado de los hijos*", del Capítulo III, dedicado a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial (y aunque se omite es obvio que también hay que contemplar los casos de cese de la convivencia en la pareja estable[464]), se inicia con el art. 233-8, enunciado "*Responsabilidad parental*". A pesar del nombre enunciado, el precepto no define lo que debe entenderse por responsabilidad parental, sino que se limita a decir que: "1. *La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236.17.1*[465]*. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente*".

[462] *"La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo"*.

[463] Así, tras la Ley francesa 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad, en consonancia con el artículo 373.2.11 *Code*, que pone de relieve la valoración judicial de la aptitud de cada progenitor para asumir sus deberes y respetar la posición del otro. También en otras legislaciones, como ocurre con la *Children Act* inglesa de 1989, o en Bélgica, Gales y Escocia, se admite que la autoridad judicial pueda otorgar la guarda compartida sin acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor. Por el contrario, en Alemania o Noruega sólo procede si hay acuerdo entre los progenitores. VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña...", cit., p. 78.

[464] Todo lo expuesto en el ejercicio de la guarda de los hijos matrimoniales y relaciones personales es, evidentemente, aplicable al ejercicio de la guarda de los hijos de las parejas estables ya que el art. 234-7 hace una remisión expresa a lo preceptuado en los arts. 233-9 a 233-13.

[465] Relacionando este precepto con el 236-17.1, se concluye que por "responsabilidades" o "responsabilidades parentales" es claro que debemos de entender el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido de la potestad parental.

En este sentido, la STSJ Cataluña de 9 enero 2014 refiere que *"la norma a tener en cuenta, es el art. 233-8, 1 del CCCat que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente"*.

Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación. Conforme indica el Preámbulo de la ley, el Libro Segundoabandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan deparentalidad o si éste no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor[466].

Así, en el supuesto en que no haya un acuerdo entre los progenitores, no se otorgará por defecto, y será el Juez quien decida cuál de los dos asume la guarda de los hijos menores, ya que no hay que partir de una apuesta indiscriminada de la norma catalana por la modalidad compartida[467], pues la autoridad judicial podrá disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del menor (art. 233-10.2 *in fine* Código catalán). En esta tarea, el Juez atenderá a una serie de factores previamente establecidos en la ley[468], y que luego veremos, positivando los que la jurisprudencia había

[466] SAP Barcelona de 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651).

[467] En este sentido la SAP Barcelona de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282) refiere que *"la ley catalana actualmente vigente, con el objetivo de procurar que las relaciones personales tras la ruptura sigan desarrollándose en términos equivalentes para ambos progenitores y partiendo también del carácter compartido o conjunto de la potestad parental derivada de la filiación, proyecta como modelo preferible para alcanzar esa finalidad el de la guarda conjunta o compartida. Sin embargo el modelo de guarda conjunta debe ser acordado sólo si, analizando los hechos concurrentes en el supuesto concreto, resulta que este es el modelo que atiende y protege del mejor modo el interés de las hijas menores de edad"*.

[468] Según el art. 233-11 Código catalán, estos criterios son: *"1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de sus padres, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; 2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y la posibilidad de*

tenido ya en cuenta[469]. A ello se añade la consideración de los pactos de los progenitores en previsión de una ruptura, anteriores al procedimiento[470].

La redacción del precepto, dista mucho de la regulación establecida en la ley valenciana y en el Código aragonés en donde se dice claramente que "*el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida*…". En la norma catalana, en palabras de MAZA DOMINGO, "todo se dice de manera más difusa"[471], pues refiere que las responsabilidades parentales "mantienen un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente", pero no reconoce expresamente la preferencia, si bien se intuye la misma de manera más o menos clara.

Para PADIAL, SERRANO Y TOLDRA[472], "…la principal directriz del "*Llibre Segon*" con respecto a la potestad parental, en los supuestos de crisis de la pareja, es la apuesta decidida a favor de la guarda compartida o coparentalidad; de modo que, cuando es el Juez el encargado de decidir el régimen de guarda (art. 233-10.3 Código catalán), es decir, en defecto de acuerdo, o en caso de que la propuesta formulada por los padres no llegue a ser aprobada, porque resulta perjudicial para los hijos, como establece el Código catalán en su art. 233-10.3, la autoridad judicial atribuirá la responsabilidad parental con

procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad; 3. La actitud de cooperación de los padres entre ellos a fin de asegurar la estabilidad de los hijos y garantizar las relaciones de estos con los dos progenitores; 4. El tiempo de dedicación de cada uno de los progenitores hacia sus hijos antes de la ruptura y las tareas que ejercían para procurarles el bienestar; 5. La opinión de los hijos; 6. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; 7. La situación de los domicilios de los padres, así como los horarios y actividades de estos y de los hijos".

[469] En este sentido, la SAP Barcelona de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100669) recoge los referidos criterios "*la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; la opinión expresada por los hijos competentes; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores."*.

[470] GARRIGA GORINA, M., "El criterio de continuidad…", cit.

[471] MAZA DOMINGO, J., "Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia", en *Boletín de Derecho de Familia* [en línea], núm. 112, 2011. [Consulta: 1 de julio de 2012]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[472]PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., y TOLDRÁ ROCA, M.D., "Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña", en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (Coords.), *El nuevo Derecho de la persona y la familia*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 691.

carácter compartido, ya que la idea fundamental que informa esta normativa es "la coparentalidad y la responsabilidad parental conjunta", como la modalidad de organización más idónea en interés del hijo, a fin de que siga manteniendo una relación estable con ambos progenitores".

En este sentido, la invocación general a la jurisprudencia y legislación vigentes, específicamente al art. 233-10.2 del Código catalán como favorecedora de las fórmulas de coparentalidad, y del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental debe ir acompañada de un examen del caso concreto dado que como el TSJCataluña subraya en sentencia de 20 diciembre 2010[473]a propósito de la guarda compartida, el modelo de guarda preferente es o será aquel que mejor tutela el interés del menor.

Por lo tanto, y aunque no conste expresamente reconocido, del texto catalán se desprende que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida[474], pues la expresión "sin embargo" denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida. El criterio jurisprudencial consolidado es que el sistema que el sistema que mejor garantiza la estabilidad de los hijos tras el divorcio es el ejercicio conjunto de la custodia. No obstante, en la aplicación de la doctrina al caso concreto, el Juez deberá indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, y la "idoneidad" de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implante[475].

c) La falta de concreción de la ley navarra en cuanto a la preferencia por una modalidad u otra de custodia

Por lo que se refiere a la ley navarra, y a pesar de las manifestaciones de su Exposición de motivos[476], no deja de ser una mera declaración de intenciones, pues si bien

[473] Id Cendoj: 08019310012010100079

[474]Así lo refiere VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014. Refiere que "la guarda –o custodia- compartida se aplicará preferentemente, incluso en los procesos contenciosos, debiendo motivarse en la sentencia la posible atribución de la guarda –o custodia- exclusiva a favor de uno de los progenitores, que se considera excepcional, y debe justificarse sobre todo en aplicación del principio del interés superior del menor en el caso concreto".

[475] SAP Barcelona de 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070)

[476] La Exposición de motivos de la Ley Foral Navarra declara que pretende corregir desigualdades entre los padres, en línea con la realidad social actual, apostando por que la decisión que se adopte sobre la

regula las dos modalidades de custodia, no acaba de decantarse por ninguna de ellas de modo especial, ya que deja en manos del Juez la decisión sobre la concreta modalidad de custodia en interés de los menores[477], siendo que por ello se la ha tildado de norma vacía de contenido.

El texto final, en la línea con lo que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, recoge que la custodia compartida no debe prevalecer sobre la individual, sino que ambos regímenes deben quedar en pie de igualdad[478]. El Juez tendrá plena libertad a la hora de adoptar la modalidad individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero sí al menos, uno de ellos (art. 3.2). No obstante, partiendo en su Exposición de motivos de la insuficiencia del C.c. para garantizar la igualdad de los padres, apuesta, "*en línea con la realidad social actual*", porque la custodia compartida no sea algo excepcional.

El sistema adoptado por la ley navarra, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor[479].

El art. 3.1 de la ley foral referido a la guarda y custodia de los hijos prevé, que en el supuesto de ruptura de la convivencia y en defecto de pacto de relaciones familiares pactado por los progenitores, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. En el supuesto de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres (art. 3.2), el Juez podrá acordar la guarda y custodia

custodia, a falta de acuerdo, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores. Esta declaración se recoge en el art. 3.3 del texto articulado.

[477]La Exposición de motivos de la Ley Foral Navarra declara que pretende corregir desigualdades entre los padres, en línea con la realidad social actual, apostando por que la decisión que se adopte sobre la custodia, a falta de acuerdo, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores. Esta declaración se recoge en el art. 3.3 del texto articulado.

[478] Ello conllevó a que se cambiara incluso el nombre originario de la ley que dejó de llamarse "ley de custodia compartida" para denominarse "ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres".

[479]SABATER BAYLE, E., "Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

Se ve pues como el art. 3.2[480] de la ley navarra, no establece la preferencia legal de ninguna modalidad de custodia, confiriéndole al Juez amplia potestad para que decida por una modalidad u otra, sin establecer la preferencia de ninguna. Igualmente, y al igual que se prevé en el resto de legislaciones autonómicas, se prescinde del informe necesariamente favorable del Ministerio Fiscal que venía previsto en el art. 92.8 C.c. y permite al Juez, en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oído el Ministerio Público y previos los dictámenes que sea necesario recabar.

Concluye el art. 3.4 de la ley navarra que "*la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de esto*".

Del articulado de la ley foral, no se recoge un modelo de custodia compartida como en el resto de las legislaciones autonómicas, permitiendo que sea el Juez, el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso. La prioridad, al igual que en el resto de legislaciones, será el interés de los hijos, así como conciliar las querencias de los padres. La posibilidad de los padres de conseguir la custodia compartida va a quedar subordinada a la decisión del juzgador, con el límite genérico de que su resolución debe respetar el principio del interés del menor, pero sin que pese sobre los Tribunales, el mandato legal de establecer la custodia compartida preferente.

Para autores como CONDE PUMPIDO[481], éste sería el modelo idóneo pues se trata de una regulación en la que no se da preferencia a una u otra modalidad de custodia, sino que las coloca a un nivel de total igualdad, de forma que en cada caso concreto sea el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta siempre como

[480] *"En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos"*.

[481] CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia compartida", en *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana* [en línea], núm. 62, 2011. [Consulta: 28 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ces.gva.es/cs_/revista63.htm

principio preferente el del interés del menor, el que adopte una u otra solución en relación con lo que se considere más adecuado y beneficioso para los menores objeto de cada procedimiento. Partiendo de esta premisa, considera que el legislador navarro ha adoptado una solución más neutra y, más correcta al poner al mismo nivel las dos modalidades de custodia, y remitir en cada caso concreto al criterio del Juez basado en el interés superior del menor.

d) La custodia compartida como modalidad más adecuada en la ley vasca

Por último, el sistema adoptado por la ley vasca, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, siempre previa petición de parte, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor.

En la norma vasca la regla general viene recogida en el art. 9.2, que establece que el Juez *"a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores…"*. Igualmente, el apartado 1º del art. 9, en una clara intención de favorecer el establecimiento de la modalidad compartida, refiere que *"la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor"*.

Todo ello, junto al alegato realizado en la Exposición de motivos de la ley en términos de que considera "*la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio*…", hace que la ley se decante claramente por esta modalidad de custodia, si bien con el condicionante de que deba ser solicitada dicha modalidad de custodia por uno de los progenitores.

e) Doctrina jurisprudencial contra el automatismo en cuanto a la aplicación de la custodia compartida como modelo preferente y la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto

El reconocimiento legal de la preferencia por la custodia compartida se ha visto reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido sucediendo tras la entrada en vigor de las diversas normativas autonómicas. La doctrina emanada de

las diversas Audiencias Provinciales se ha mostrado favorable a la aplicación de la modalidad compartida, alabando las bonanzas de la misma, si bien, se ha hecho hincapié en que no se debe aplicar dicha modalidad de forma automática sino atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

No se debe olvidar que ni la custodia compartida es la panacea que va a remediar todos los males que produce en los hijos la ruptura de los padres -que, inevitablemente, afectará y cambiará en alguna medida la vida de aquellos y de éstos-, ni tampoco la custodia individual es el mal del que huir a toda costa. Debe reconocerse que este último régimen presenta como ventaja fundamental la estabilidad que proporciona al modo de vida de los hijos, eso sí, determinado por el progenitor custodio. Y esta estabilidad en el *modus vivendi* puede redundar en muchos casos en estabilidad emocional, principalmente cuando en el ámbito de la custodia individual se respetan los derechos de visita, comunicación y estancia del progenitor no custodio y se tiene el sentido común de no indisponer o predisponer a los hijos contra la persona que no vive habitualmente con ellos[482].

Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia de las diversas Audiencias. Así, en este sentido, la SAP Zaragoza de 19 junio 2012[483], entre otras[484], refiere que *"la ley establece la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello por el contrario no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores, deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico y fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad en línea, igualmente, con lo proclamado por el Artº. 39 C.E., L.O. 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor,*

[482]CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., pp. 13-14.
[483]Id Cendoj: 50297370022012100255
[484]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066).

Convención de los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, Sentencias del T.C. 114/1992 , 143/1990 y 141/2000 , entre otras, y Ley Aragonesa de la Adolescencia e Infancia".

En iguales términos se ha manifestado la STSJ Aragón de 28 septiembre 2012, al establecer los criterios de interpretación del art. 80 del texto aragonés, donde reproduce lo ya manifestado en su sentencia de 1 febrero 2012[485]. Refiere que no se trata de un sistema rígido, salvo en lo referido al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el superior interés del menor. La doctrina del tribunal establece que la regla de preferencia correspondiente a la modalidad compartida de guarda sobre los hijos (tal como se configura en el art. 80 del Código aragonés), no llega a excluir absolutamente la posibilidad de una custodia individual o exclusiva ejercida por cualquiera de los progenitores[486], debiendo atenerse a las circunstancias del caso concreto para llegar a la conclusión de que la custodia individual pueda resultar más beneficiosa que la compartida, aplicando en estos supuestos la excepción al criterio legal de aplicación preferente de la custodia compartida.

Por su parte, y en la misma línea, el TSJ Cataluña en sentencia de 31 julio 2008[487], la SAP Barcelona de 1 marzo 2012[488], se han pronunciado de forma unánime en cuanto a "*alabar*" las indudables ventajas de la llamada custodia compartida, y ello en cuanto a 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 éstos 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

[485] Los criterios de interpretación del art. 80 Código aragonés sintetizados en la STSJ Aragón de 1 febrero 2012: *"a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá que evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)".*

[486] En este sentido, las sentencias TSJ Aragón de 15 mayo 2014 (EDJ 2014/90606); 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100014); 9 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100003).

[487] Id Cendoj: 08019310012008100006

[488] Id Cendoj: 08019370182012100095

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. Sin embargo, y como reiteraré a lo largo del trabajo, no puede concluirse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos los casos.

En esta misma línea, la SAP Barcelona de 5 mayo 2011[489], entre otras[490], ha manifestado que *"nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia"*.

En estos términos se pronuncia igualmente la STSJ Cataluña de 5 septiembre 2008[491] mostrándose favorable, cuando concurran las circunstancias que lo aconsejen, al establecimiento de un sistema de guarda compartida.

No obstante, esta preferencia normativa expresa no se ha traducido afortunadamente, en un sistema rígido que impida la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto, atendiendo sobre todo al interés del menor, con la posibilidad de que se pueda adoptar la custodia monoparental cuando esta resulte la solución más conveniente para el referido interés.

[489] Id Cendoj: 08019370182011100275

[490] Id Cendoj: 08019370182011100639; Id Cendoj: 08019370182012100192; Id Cendoj: 08019370182013100132; Id Cendoj: 08019370182012100742; Id Cendoj: 08019370182012100635; Id Cendoj: 08019370182012100720

[491] Id Cendoj: 08019310012008100009

Así, el TSJ Aragón para quien la regla de preferencia correspondiente a la modalidad compartida de guarda sobre los hijos, no llega a excluir absolutamente la posibilidad de una custodia individual o exclusiva ejercida por cualquiera de los progenitores[492], debiendo atenerse a las circunstancias del caso concreto para llegar a la conclusión de que la custodia individual pueda resultar más beneficiosa que la compartida, aplicando en estos supuestos la excepción al criterio legal de aplicación preferente de la custodia compartida. En igual sentido, el TSJ Cataluña[493] también se ha pronunciado en términos de que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos los casos, debiendo atenerse como único criterio a tener en cuenta el interés superior del menor en cada supuesto.

Por su parte, y en términos similares la SAP Valencia de 7 abril 2014[494], a pesar de que la norma valenciana recoge expresamente la preferencia, se ha pronunciado en términos de que la custodia compartida no es automática en nuestra legislación autonómica sino que debe ser valorada en función de las circunstancias concurrentes como más beneficiosa para los menores de conformidad con el principio rector de reconocido en el art. 39 C.E., en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-89, así como en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del C.c. y en la L.O.P.J.M..

En esta misma dirección, la doctrina sentada por la STSJ Comunidad Valenciana de 6 septiembre 2013[495] establece que, la ley no crea un automatismo en la atribución de la

[492]En este sentido, sentencias TSJ Aragón de 15 mayo 2014 (EDJ 2014/90606); 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100014); 9 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100003).

[493] Entre otras, STSJ Cataluña de 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063).

[494]Id Cendoj: 46250370102014100246

[495] TOL 3.966.045. La Sala efectua una interpretación del art. 5 en los siguientes términos: Acerca de la infracción del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril , invocada en el recurso de casación se ha de señalar que el dicho precepto establece en su punto 2 que la autoridad judicial "*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* ", estableciendo asimismo, en su punto 3, los factores que se han de tener necesariamente en cuenta para la aplicación de este régimen general de custodia compartida , lo que convierte en criterio prevalente el régimen de custodia compartida, como se recoge asimismo en el Exposición de motivos de esta Ley, resultando excepcional el régimen de custodia individual en los términos del punto 4 del dicho precepto que establece que "*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*.", invirtiendo el principio de excepcionalidad del régimen de custodiacompartida a falta de acuerdo de las partes en los términos del punto 8 del art. 92 C.c. , en relación en cuanto la modificación de medidas con lo establecido en el art. 91 del mismo texto legal , que tradicionalmente ha venido aplicándose

guarda y custodia compartida para la que baste meramente su solicitud, pues dicha ley en su art. 5 permite la excepción de la regla general de custodia compartida mediante la ponderación del juzgador de cuál de los regímenes de custodia es el más adecuado para garantizar el interés superior del menor. En definitiva, será ese interés el que determine la resolución a adoptar teniendo en cuenta que, como dice la referida sentencia, que *" el interés superior del menor se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida -art. 5.2- y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés de menor en cada caso - art. 5.4 -, todo ello en los términos de la definición de ambos de la propia norma legal -art. 3- todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su art. 5.3"*.

La referidasentencia declara como doctrina de esta Sala respecto del art. 5 de la ley valenciana que, *"el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto"*.

Se ve pues que el legislador autonómico ha instaurado la presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para el menor cuyos padres ya no conviven juntos, es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a ambos progenitores. Esta presunción se ha reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al efecto. El Juez no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor

en la doctrina jurisprudencial que recientemente ha evolucionado a pronunciamientos en los que se consideran con arreglo al derecho común ambos regímenes normales interpretando que la excepcionalidad del art. 92 C.c. se refiere sólo a la determinación judicial del régimen de custodia a falta de acuerdo de las partes.

sino que, presumiendo la idoneidad de éste, razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor ese sistema de custodia individual, en el supuesto de que lo haya solicitado alguna de las partes o el Ministerio Fiscal[496].

III.LA EXCEPCIONALIDAD DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL

Sin perjuicio de la preferencia a que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, ello no será impedimento para que pueda establecerse el sistema de custodia individual cuando éste resulte más conveniente para el interés del menor. En los supuestos en los que el tribunal acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador, habrá de evaluar los parámetros y factores previstos en todas y cada una de las leyes autonómicas, razonando suficientemente la decisión adoptada[497].

En el supuesto de la adopción de la modalidad de custodia individual, se exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite. Especialmente relevantes serán, a estos efectos, los informes psicosociales –art. 80.3 del Código aragonés , el art. 5.4[498] de la ley valenciana y el art. 9.6[499] de la ley vasca- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2.c) Código aragonés y art. 5.3.b) de la ley valenciana-.

Por su parte, el apartado segundo del art. 80 del Código aragonés establece la preferencia por la modalidad de custodia compartida, 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 factores que establece el referido precepto y que deben tomarse en consideración para adoptar una modalidad u otra de custodia.

A la vista del precepto, es claro que el Juez podrá negarse a establecer un régimen de custodia compartida cuando considere la modalidad individual más conveniente para el

[496] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas….", cit., p. 3.

[497] En este sentido, las sentencias TSJ Aragón de 1 febrero 2012 (TOL 2452238); 8 febrero 2012 (TOL 2473494) y de 9 febrero 2012 (TOL 2452681).

[498] Art. 5.4 *"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"*.

[499] Art. 9.6 "*El Juez podrá otorgar a uno sólo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan*".

interés de los menores En el supuesto de que uno de los progenitores quiera para sí la custodia monoparental, o se considere que la custodia individual va a ser más conveniente, tendrá que realizar el esfuerzo probatorio para superar la preferencia de la custodia compartida en la norma legal[500].

En este sentido, y para valorar el sistema de custodia que sea más conveniente, el apartado tercero del art. 80 del texto aragonés, prevé la posibilidad de que el Juez, antes de adoptar su decisión pueda, al igual que viene previsto en el C.c. (art. 92.9) y en el resto de legislaciones autonómicas, *"…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*". El Juez tomará como referencia el contenido del informe psicosocial para ver de determinar el régimen de custodia que mejor salvaguarde el interés del menor. Si del contenido del informe se deduce que los menores mantienen lazos afectivos adecuados con cada uno de los progenitores, resultando beneficiosa la presencia de ambos, y dándose las circunstancias necesarias para que pueda llevarse a cabo, se aplicará la guarda y custodia compartida como régimen más adecuado para el menor[501].

Si por el contrario, a la vista del informe psico-social así como de la opinión del propio menor y de otras circunstancias, tales como la residencia en distintas localidades de ambos progenitores, el elevado grado de conflictividad entre los padres, son circunstancias que aconsejarán la guarda y custodia individual como más beneficiosa para el menor[502].

---

[500] DOMINGO MONFORTE, J., "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 836, 2012. [Consulta: 23 de agosto de 2012]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

[501] En este sentido se han pronunciado a favor de la custodia compartida, entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.378); 19 junio 2012 (TOL 2.584.683); 19 junio 2012 (TOL 2.584.583); 9 mayo 2012 (TOL 2.555.705).

[502] En este sentido, las sentencias AP Zaragoza de 12 junio 2012 (TOL 2.584.735); 19 junio 2012 (TOL 2.584.361); 5 junio 2012 (TOL 2.577.832); 29 mayo 2012 (TOL 2.555.994); 2 mayo 2012 (TOL 2.525.783); en concreto, en esta última y en base al elevado nivel de conflictividad entre ambos progenitores, se deniega la custodia compartida, alegando que *"aspectos decisivos en la decisión a adoptar son el elevado nivel de conflictividad entre ambos progenitores -conflictividad inútilmente negada por el actor, pues consta documentada en autos y los conflictos personales y judiciales les han sido transmitidos en términos bastantes a Psicóloga y Trabajadora social, al margen de que hayan podido o no precisar el número de los segundos- y su falta de habilidades para llegar a acuerdos, situación en la que la Psicóloga considera que el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida no es aconsejable en el caso –perjudicial dice la Trabajadora Social-, además de que la modificación del sistema de guarda y*

Por lo tanto, es evidente que no estamos pues ante un sistema de custodia obligatoria sino que también cabe la monoparental por acuerdo de los padres o por decisión judicial. A pesar de no ser preceptivo la emisión del informe, fundamentalmente en los procesos contenciosos, sí que será conveniente e incluso necesario para que el Juez pueda dar una resolución motivada de la decisión adoptada.

En el caso de la regulación valenciana, las circunstancias concretas del caso pueden determinar que la autoridad judicial no acuda a la regla general de la custodia compartida y opte por atribuir la guarda a uno sólo de los progenitores[503]. En este supuesto, se requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente asimismo expresamente recogidos en la ley valenciana[504]. Así lo ha referido igualmente la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2013 a la que antes me he referido.

Esta modalidad excepcional de custodia se establecerá, en el caso de la ley valenciana, en dos supuestos:

En primer lugar, y en consonancia con lo previsto en la regulación aragonesa, el Juez cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior de los hijos menores, y a

custodia de los menores no resolvería sus necesidades ni el malestar existente en el grupo familiar, ya que la principal problemática de los menores es la elevada conflictividad y litigiosidad existente entre los progenitores y el grado en que se les ha hecho participes de la misma, extremos ambos – disminución del nivel del conflicto de la pareja y mantenimiento de sus hijos al margen de sus tensiones y diferencias- en el que ambos deben concentrar sus esfuerzos".

[503] ALGARRA PRATS, E., y BARCELÓ DOMÉNECH, J., "El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la ley valenciana", en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 18, 2014, p. 575. [Consulta: 1 de febrero de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

[504]Entre otras, destacan las sentencias AP Valencia de 14 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100277); 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100595); 15 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100026); 24 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100586). En la nueva regulación legal, el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual o monoparental, requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente asimismo expresamente recogidos en la Ley valenciana, lo que ni siquiera se ha intentado acreditar en el caso de autos por la ahora recurrente.

la vista de los informes sociales[505], médicos, psicológicos y demás que procedan (art. 5.4)[506]. En estos supuestos, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto con el otro progenitor. No estamos pues, ante un sistema de custodia obligatoria sino que también cabe la monoparental por acuerdo de los padres o por decisión judicial, si bien se trata de una modalidad excepcional, que requerirá de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente expresamente recogidos en la ley valenciana[507].

En la norma valenciana, al igual que lo prevé el Código aragonés, el Juez podrá negarse a establecer un régimen de custodia compartida en interés de los menores. En el supuesto de que uno de los progenitores quiera para sí la custodia monoparental, tendrá que realizar el esfuerzo probatorio para superar la preferencia de la custodia compartida en la norma legal[508].

Para DE VERDA Y BEAMONTE[509], el elemento que debe prevalecer a la hora de determinar ese interés del menor es el objetivo, entendiéndose por éste cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, quedando el interés subjetivo, esto es, la inclinación que pudieran tener los propios hijos así como sus deseos y aspiraciones, como el segundo de los factores. A este respecto, entiendo que junto a dicho criterio objetivo, y al mismo nivel debiera estar el subjetivo; las querencias de los hijos, sobre todo en los supuestos en que los menores gocen de la madurez suficiente, deben ser valoradas en igual medida que el

[505] SAP Valencia de 25 julio 2012 (TOL 2676734). Estableció el régimen de custodia a favor exclusivo de la madre, apoyándose en el informe psicológico que decía *"había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores"*. Por el contrario, la SAP Alicante de 5 diciembre 2012 (TOL 3415514), revoca la sentencia apelada, y atribuye el régimen de custodia compartida a los dos por considerar que ambos eran *"perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor"*.

[506] Art. 5.4 *"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"*.

[507] SAP Valencia de 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100330).

[508] DOMINGO MONFORTE, J., "Vía libre en la aplicación judicial…", cit.

[509] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Doctrina, núm. 8299, 2014, p. 5. [Consulta 10 de julio de 2014]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

resto de circunstancias, e independientemente de lo que se considere que sea mejor o peor para ellos, habrá que atenderse en igual medida a cuál es su voluntad en aquellas cuestiones que le afecten.

En segundo lugar, el art. 5.6[510] de la ley valenciana, excepciona el régimen de convivencia compartida cuando exista una situación de violencia familiar que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor. No obstante, cuando en el seno del procedimiento se dicte una resolución absolutoria, se podrá revisar bien de oficio o bien a instancia de parte, las medidas acordadas respecto a la modalidad de custodia establecida.

La ley valenciana establece que en defecto de pacto, refiriéndose al pacto de convivencia familiar[511], el Juez decidirá el régimen convivencial del menor con sus progenitores, y si bien es cierto que la decisión debe tender a atribuir la guarda y custodia compartida, dicha atribución no tiene por qué ser automática. Ello supone que en defecto de pacto, el régimen de guarda y custodia compartida será preferente pero no ineludible, no actuará como un régimen legal supletorio en defecto de acuerdo entre los progenitores; si fuera así se podrían producir situaciones injustas que en modo alguno garantizarían el interés superior del menor.

Por su parte el Código catalán, a diferencia de la normativa aragonesa y valenciana, y si bien no establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, de la

[510] Refiere el precepto que "*excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuanto 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*".

[511] El denominado "pacto de convivencia familiar" viene regulado en el art. 4 de la Ley 5/2011, en donde se recoge el contenido mínimo del pacto, su modificación y extinción, así como la aprobación judicial del mismo; en el mismo se van a regular las relaciones de los hijos con sus padres cuando éstos no convivan.

Como refiere CLEMENTE MEORO, El objeto del pacto de convivencia familiar "no es la determinación de las relaciones entre los padres sino entre éstos y sus hijos. Es por ello que no tiene por qué contemplar los señalados extremos, (refiriéndose a la liquidación del régimen económico matrimonial o a la pensión compensatoria) que sólo afectan a los cónyuges como tales y no a quienes no lo hayan sido, aunque tengan hijos comunes".

CLEMENTE MEORO, M. E., "El Pacto de convivencia familiar…", cit., pp. 58-59.

redacción del art. 233-10.2[512], parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, optándose, en ausencia de pacto entre los progenitores, por un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentalidadque debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. El art. 233.8.1 del Código catalán hace mención a la custodia compartida pero en la medida que ello sea posible, sin olvidar que el art. 233.10 del texto catalán otorga al Juez la posibilidad de atribuir la guarda y custodia exclusiva, sin hacer especial mención a la preferencia sobre la custodia compartida en los términos que señalan las leyes aragonesa y valenciana.

Por último,laley navarra, al no establecer la preferencia por ninguna de las dos modalidades de custodia, no se puede decir que la custodia monoparental sea considerada como una modalidad excepcional. A estos efectos, su art. 3.2[513] no establece la preferencia legal de ninguna modalidad de custodia, confiriéndole al Juez amplia potestad para que decida por una modalidad u otra, sin establecer la preferencia de ninguna.

Para los casos en los que se establezca la modalidad de custodia individual, todas prevén que se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor por el tiempo suficiente para garantizarle el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Tampoco en esta modalidad se establecen precisiones relativas al ámbito temporal, sino que únicamente se fija como condición que el régimen de visitas sea por el tiempo necesario para que el progenitor no custodio pueda ejercer las funciones propias de la autoridad parental para con el menor.

[512] *"La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo".*

[513] *"En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos"* .

IV.LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS LEYES AUTONÓMICAS Y SU CONSIDERACIÓN COMO CAMBIO DE CIRCUNSTANCIA PARA INSTAR LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA ESTABLECIDO CONFORME AL RÉGIMEN LEGAL ANTERIOR

1. Análisis de la doctrina jurisprudencial existente sobre la cuestión

Dada la importancia del cambio legislativo producido con la entrada en vigor de las leyes autonómicas, especialmente de aquellas en donde se establece la custodia compartida como preferente, se ha planteado la problemática de si la entrada en vigor de dichas leyes debía ser considerada como un cambio de circunstancias a los efectos de instar la oportuna modificación de medidas para pedir el nuevo régimen legal preferente.

Hasta la entrada en vigor de las referidas leyes, la regla general era la de que las medidas establecidas a consecuencia de un procedimiento de divorcio podrían ser modificadas al variar de modo sustancial las circunstancias que determinaron el establecimiento de las mismas, atendido el interés de los hijos, siendo la variación de circunstancias consecuencia de hechos nuevos y sobrevenidos, como se desprende de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 C.c. Procesalmente se articula en el procedimiento de modificación de medidas en los términos del art. 775 y concordantes de la L.E.C., sin que quepa sustituir por el cauce del procedimiento de modificación de medidas, un régimen de custodia individual por otro de custodia compartida sin alegar ninguna alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar las medidas que se pretenden modificar. Ello determinaría una pura revisión de lo acordado volviendo a examinar y valorar nuevamente la prueba practicada en el proceso anterior, ya que no se daría la alteración de circunstancias que sustantivamente permite la modificación de medidas.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la cuestión se ha resuelto a partir de la STSJ Comunidad Valenciana de 6 septiembre 2013. Declara como doctrina de la Sala en cuanto a la interpretación de la Disposición Transitoria primera de la ley valenciana, que la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la entrada en vigor de la nueva regulación valenciana, constituye una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, y ello en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable de la ley resulta

distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas[514]. Sin perjuicio de la anterior resolución, ésta ha sido completada por la STSJ Comunidad Valenciana de 15 junio 2015[515] que sienta doctrina jurisprudencial de la Sala que "*la adopción de un acuerdo homologado judicialmente durante la vigencia de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, veda la aplicación de la Disposición Transitoria primera de la misma*". De igual modo, resuelve la Sala en la misma sentencia que, en los supuestos de acuerdos privados, acordados entre los progenitores bajo la nueva legislación, no impedirá la interposición de la modificación por la vía de la Disposición Transitoria primera.

Por lo tanto, la nueva regulación permite la revisión judicial de las medidas definitivas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten, por vía de la modificación de medidas definitivas. La alteración de las reglas de Derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia[516], y en base a ello cabrá la posibilidad de modificación de la medida de custodia individual por otra de custodia compartida por causa de la modificación de la legislación aplicable[517].

No obstante lo expuesto, la entrada en vigor de la ley no opera como criterio automático para dar lugar a la modificación de las medidas, sino tan sólo permite a la parte ejercer las oportunas acciones tendentes a la acomodación del sistema de guarda a la nueva normativa autonómica, pero siempre con absoluta sujeción a los preceptos de la ley reguladora. Si bien como regla general, la convivencia de los hijos comunes será

[514]En este sentido, es evidente que el cambio legislativo abre el camino para la incoación de un eventual proceso de modificación de medidas, pero no determinará que sin más deba efectuarse una aplicación automática de la legislación autonómica, sino exclusivamente en aquellos casos en que la situación de hecho existente en el momento inicial, a la vista de la nueva regulación, hubiera sido merecedora de una regulación distinta. En este sentido, y como refiere el Auto de la Sala núm. 9/14 de 13 de marzo, la Disposición tiene un alcance puramente procesal, en la medida que el mero cambio legislativo justifica la incoación de un proceso de modificación de medidas, pero no tiene un alcance material, es decir que para que se produzca de manera efectiva esa modificación, es preciso que el nuevo régimen legal hubiera determinado la imposición de unas medidas igualmente diversas, pero no si el régimen acordado judicialmente en aquel momento, igualmente se hubiera podido acordar bajo la nueva legislación autonómica.

[515] Id Cendoj: 46250310012015100026

[516] En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias AP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100436); 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100442); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100426); 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350).

[517] SAP Valencia de 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350).

compartida entre los progenitores, el art. 5.4 señala expresamente que, la autoridad judicial podrá otorgar a uno sólo 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[518].En este sentido se han pronunciado, entre otras,[519] la SAP Valencia de 18 diciembre 2012[520].

La doctrina emanada del TSJ Comunidad Valenciana de la sentencia de 6 septiembre 2013, establece que a falta de acreditación de que otro sea el interés del menor, éste viene representado por compartir la custodia de sus padres[521].

Con esta sentencia, se zanja la polémica existente en algunos Tribunales dadas las reticencias de los mismos a sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, con el argumento de que no existía una alteración sustancial de las circunstancias, lo que conllevaba a que fuera realmente difícil la adopción de un régimen de custodia compartida.

No obstante la doctrina existente en este aspecto, se han alzado otros pronunciamientos jurisprudenciales[522], refiriendo que ello no obstante, dicha doctrina no significa crear un automatismo en la atribución de la guarda y custodia compartida bastando meramente su solicitud, pues su art. 5 permite la excepción de la regla general de custodia compartida mediante la ponderación por parte del juzgador a quo de cuál de los regímenes de custodia es el más adecuado para garantizar el interés superior del menor. Por lo tanto, se concluye en el sentido de que será el interés del menor el que determine la resolución a adoptar, todo ello en consonancia con lo reconocido en el art. 39 C.E., en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas, en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del C.c., en la L.O.P.J.M., etc.

[518] SAP Valencia de 7 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100833).

[519] Sentencias AP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100436); 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100442); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100426); 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350); 6 marzo 2014 (IdCendoj: 46250370102014100148).

[520]Id Cendoj: 46250370102013100841

[521] SAP Valencia de 3 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100380).

[522]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 21 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100760); 7 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100721); 5 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100711).

Por su parte, y en relación con esta cuestión, en la AP Barcelona parece haber pronunciamientos contradictorios pues si bien hay sentencias en las que se refiere que no basta la mera alegación dela existencia del cambio legislativo para modificar la modalidad de custodia acordada en un proceso anterior, sin que concurra cambio alguno (SAP de 28 febrero 2014, de 27 enero 2014 y TSJ de 26 julio 2012), así como sin que se acredite que la modalidad propuesta es idónea y reporta beneficios para el menor y que el cambio va a repercutir de forma positiva en su estabilidad y en el desarrollo de su personalidad[523], por el contrario hay pronunciamientos en los que se refiere que para la modificación del régimen de custodia anterior al Libro Segundo, según la Disposición Transitoria citada, no es necesario ningún cambio de circunstancias, y basta el cambio legislativo, si bien hay que analizar el caso concreto.

En el caso de Cataluña, la SAP Barcelona de 31 mayo 2013[524], entre otras[525], establece que *"…cuando la cuestión debatida es la custodia de los menores, la disposición transitoria tercera, punto 3, del CCCat, por vía de excepción, permite pedir la modificación del régimen de custodia, sin cambio de circunstancias. Asimismo, este Tribunal ha señalado (sentencia del pasado 15 de mayo, apelación 307/2012) que la ausencia de cambio de circunstancias no exime a los Tribunales de apreciar elementos para mantener o modificar la ya atribuida, en un nuevo análisis de las circunstancias presentes, teniendo siempre como criterio rector el interés de menor…"*

[523] SAP Barcelona de 1 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100569).

[524] Id Cendoj 08019370122013100371

[525] En este sentido se han pronunciado, entre otras, la SAP Barcelona de 29 mayo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100359). En relación a tal petición, cuando la cuestión debatida es la custodia de los menores, reseña la Sala que *"hay que tener en cuenta que la disposición transitoria tercera, punto 3, del CCCat, por vía de excepción, permite pedir la modificación del régimen de custodia, sin cambio de circunstancias. En este sentido, hemos de recordar, que este Tribunal ha señalado, que la ausencia de cambio de circunstancias no exime a los Tribunales de apreciar elementos para modificar la ya atribuida, teniendo siempre como criterio rector el interés de menor, en sintonía con los artículos 3 de la Llei 8/1995, d'atenció i protecciódelsinfants i elsadolescents, 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989".*; la SAP Barcelona de 28 mayo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100349). El accionante no ha aportado prueba pericial en sustento de su pretensión, ni ha acreditado que se protejan de mejor manera los intereses de la menor, constituyendo un sistema de guarda y custodia compartida, tras la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, desde cuyo momento no se precisa justificar un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes, sino que tal guarda y custodia de la menor, de manera compartida, beneficie los intereses de la menor, lo que ciertamente no consta probado en el proceso.; SAP Barcelona de 15 mayo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100293); SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100263).

Siguiendo con la interpretación de la DP 3ª del Código catalán, la SAP Barcelona de 6 marzo 2013[526], entre otras[527], refiere que "*tal previsión legal ha de ser interpretada sistemáticamente con lo establecido en el art. 233-7 y 233-10 del CCCat., por lo que se ha de concluir que la mera alegación de la existencia del cambio legislativo no es suficiente para que resulte conveniente producir un cambio del sistema de custodia, sino que es fundamental que se acredite que la modalidad propuesta es idónea y reporta beneficios para el menor*".

Por su parte, la solución prevista en Aragón tras la entrada en vigor de la norma, fue establecer un periodo transitorio de un año desde la entrada en vigor de la ley para pedir la modificación del régimen de guarda individual a compartida sin alegar ningún cambio de circunstancias.

[526]Id Cendoj: 08019370122013100101

[527]En este sentido, entre otras, las sentencias AP Barcelona de 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100213); 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100127).

CAPÍTULO IV. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (II): FACTORES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA ATRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

De conformidad con las indicaciones recogidas en el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia[528], las cinco leyes autonómicas existentes hasta la fecha, en la línea del Derecho comparado[529], así como de legislaciones, como la francesa[530], la *ChildrenAct*

[528] En el IV Encuentro celebrado en Valencia en 2009 se aprobó por mayoría una conclusión que recogía determinados criterios que favorecerían la aplicación del sistema de custodia compartida. Concretamente se acordaba que "Constituyen presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:

a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable;

b) Existencia de estilos educativos homogéneos;

c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos;

d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores".

[529] BARONA SELLÉS, M.A., "Valoración crítica sobre la ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AAVV., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 220-221.

"Para un análisis de la convivencia o guarda y custodia compartida en el derecho comparado véase la STS 623/2009 de 8 de noviembre de 2009 que refiriéndose al particular dice:

'*Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.*

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Familia de Catalunya).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la ChildrenAct 1989 inglesa, 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. Otros sistemas, como los American LawInstitutePrinciples of theLaw of FamilyDissolution ha 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

1989 del Reino Unido[531], así como algunos Estados norteamericanos[532], y contrariamente a lo previsto en el C.c., prevén una serie de factores, muy similares en las cinco, que los juzgados y Tribunales van a tomar en consideración para determinar el régimen y la forma de ejercicio de la guarda y custodia por parte de los progenitores. Todos los referidos

con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por 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".

[530] Elart. 373-2-11 *Code*, refiere una serie de factores que el Juez deberá tener en cuenta para adoptar la forma de ejercicio de la patria potestad.

"*Lors qu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le jugeprendnotamment en considération:*

1. *La practique que les parents avaient précédemment suivieou les accords qu'ils avaientpuantérieurementconclure;*
2. *Les sentimentsexprimés par l'enfantmineurdans les conditionsprévues à l'article 88-1;*
3. *L'aptitude de chacun des parents à assumersesdevoirs et respecter les droits de l'autre;*
4. *Le résultat des expertiseséventuellementeffectuées, tenant comptenotamment de l`âge de l´enfant;*
5. *Les renseignementsquiontétérecueillisdans les éventuellesenquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12".*

[531] Los sistemas anglosajones establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los Tribunales a la hora de concretar el interés del menor y, a tal efecto, el derecho inglés, en la *ChildrenAct 1989* del Reino Unido, fija criterios tales como a) los deseos y sentimientos del niño, no siendo estos deseos vinculantes para el Juez sino un dato más a tener en cuenta, al igual que ocurre en el Derecho español y en las leyes autonómicas; b) sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación, vestido, etc.), educativas y emocionales. Estas últimas suelen ir relacionadas con la edad y personalidad del menor y son de muy difícil y subjetiva valoración, por lo que se emplea el asesoramiento de los profesionales pertinentes, como psiquiatras, psicólogos, etc., a los efectos de poder valorar adecuadamente dichas necesidades emocionales; c) la incidencia que pueda tener para el menor el cambio de residencia, estudios, amigos y en general del entorno en el que ha convivido. Los Tribunales ingleses tenderán a no variar el *statu quo* del menor, salvo necesidad; d) la edad, sexo, ambiente o cualquier otra circunstancia que el tribunal considere relevante; e) la existencia de algún daño sufrido o riesgo de padecerlo; f) la capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del menor; g) circunstancias como la localización geográfica y el carácter de las personas con quien el menor va a relacionarse (por ej. como afectará la convivencia del menor con la nueva esposa del padre); y por último h) el abanico de facultades a disposición del tribunal. Este factor es la expresión de la "regla de la mínima intervención judicial"; los Tribunales pueden abstenerse de intervenir si ello puede crear otros conflictos o impedir que las partes lleguen a acuerdos privados entre ellas.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 1485-1486.

[532] En EEUU, cada uno de los Estados han establecido criterios para determinar el interés del menor en las decisiones que les afecten y que deberán ser tenidos en cuenta para determinar el régimen de convivencia con sus progenitores tras la ruptura de éstos.

VILLAGRASA ALCAIDE ha referido los factores que el Estado de Ohio menciona, y que son: a. Los deseos de los padres en relación con la custodia; b. Los deseos del niño en relación con la custodia, atendiendo a su edad y discernimiento (si tiene once años o más); c. La interacción o interrelación del niño con sus padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar señaladamente al interés del menor; d. La adaptación del niño a su hogar, escuela o comunidad; e. La salud mental y física de todas las personas implicadas.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor" en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.), en *Derecho de la persona*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 47.

factores, ni que decir tiene que "deberán ser tamizados por el filtro del interés del menor"[533].

Hasta la fecha, y dada la carencia en el C.c. de un precepto similar en donde se recojan estos factores, ha sido la jurisprudencia la que, durante años, ha venido estableciendo los factores a tener en consideración por la autoridad judicial para adoptar una u otra modalidad de custodia.

En los procedimientos contenciosos, y hasta la entrada en vigor de las leyes autonómicas, la jurisprudencia había venido siendo bastante restrictiva en cuanto a la aplicación del régimen de custodia compartida, admitiéndose sólo en supuestos muy limitados, justificados con el principio del *favor filii* y siempre y cuando se dieran circunstancias tales como: a) Mantenimiento de relaciones cordiales entre los padres tras la ruptura de la convivencia; b) coincidencia de criterios educativos y formativos respecto a los hijos menores; c) asignación equitativa y compartida entre los padres de los cuidados y atención sobre sus hijos; d) idoneidad de la medida en atención a la normal evolución y desarrollo integral del menor; e) proximidad entre los domicilios de los progenitores, etc.

Desde la perspectiva del C.c., la jurisprudencia desaconsejaba en la mayoría de los casos, el establecimiento del régimen de custodia compartida, en base a argumentos tales como el carecer los progenitores de un proyecto común en cuanto a la educación y formación de los hijos[534], o por la falta de especial colaboración de los progenitores en relación con los hijos[535], o por la poca estabilidad que tendrían los menores con el cambio de domicilio[536], y sobre todo por la existencia de un elevado grado de conflictividad entre los progenitores[537], así como por la residencia de los progenitores en localidades distintas y lejanas[538], entre otras.

[533] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia…", cit., p. 6.

[534] SAP Madrid de 14 noviembre 2005 (TOL 784.509).

[535] SAP Baleares de 12 noviembre 2008 (TOL 1.460.052).

[536] SAP Madrid de 26 septiembre 2005 (Id Cendoj: 28079370222005100394); SAP Girona de 3 noviembre 2006 (Id Cendoj: 17079370012006100334).

[537] SAP Córdoba de 24 abril 2006 (Id Cendoj: 14021370022006100195); SAP Madrid de 24 octubre 2006 (Id Cendoj: 28079370222006100611); SAP Sevilla de 1 abril 2009 (Id Cendoj: 41091370022009100049); SAP Vizcaya de 31 octubre 2008 (Id Cendoj: 48020370042008100285).

[538] SAP Girona de 9 enero 2008 (Id Cendoj: 17079370022008100020); SAP Huelva de 10 diciembre 2007 (Id Cendoj: 21041370012007100308).

Igualmente, por parte de la doctrina también se han venido señalando toda una serie de criterios que debieran tomarse en consideración a la hora de acordar una modalidad u otra de custodia. Entre otros, ESPARZA OLCINA[539] señala como criterios a tener en cuenta, la disponibilidad de tiempo que los progenitores pudieran dedicar a sus hijos, el entorno social con que cuente cada uno de los miembros de la pareja que ha dejado de serlo, la edad de los hijos, pues se entendía que cuando se trataba de niños pequeños era la madre la persona más necesaria, siquiera fuera por el hecho de la lactancia, siendo que dicha dependencia iba disminuyendo a medida que el menor fuera creciendo, la propia opinión del niño[540], etc. La mayoría de todos estos factores enunciados, vienen recogidos en el art. 80.2[541] del Código aragonés, en el art. 5.3[542] de la ley valenciana, el art. 233-11-1[543] del Código catalán, en el art. 3.3[544] de la ley foral navarra y, por último, en el art. 9.3 de la ley foral vasca[545].

[539] ESPARZA OLCINA, C., "La guarda de los menores", en BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M., y LLOPIS GINER, J.M. (Coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, ed. Práctica del Derecho, Valencia, 2008, pp. 185-190.

[540] Este factor a tener en cuenta se hace patente en la denominada "exploración", en donde el menor manifiesta en el Juzgado cuál es su relación con los progenitores y cuáles son sus deseos e inclinaciones en relación con la custodia. Esta audiencia es preceptiva cuando se considere que tienen suficiente juicio, teniendo en cuenta lógicamente que la trascendencia de la exploración será mayor cuanto mayor sea el niño o cuanto mayor entendimiento tenga.

[541] *"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[541]; 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".*

[542] *"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: a) 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; b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años; c) 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; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores; g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad; h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos".*

[543] *"Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin*

Todas ellas contienen una lista de factores que deberán de tenerse en cuenta por Jueces y Tribunales a la hora de establecer una modalidad u otra de custodia, si bien en ninguna de ellas se detalla qué factores van a favorecer el establecimiento de un régimen de custodia compartida ni cuáles van a favorecer el sistema de custodia individual, dejándose a la libre valoración del Juez cuáles considera positivos o negativos para el establecimiento de un sistema u otro. No obstante, de la relación de factores, se intuye claramente cuáles van a beneficiar el establecimiento del régimen de custodia compartida y cuáles no.

A lo largo de este Capítulo, voy a analizar todos y cada uno de los factores que recogen las distintas leyes autonómicas así como otros que, si bien no se recogen expresamente en la ley, se viene tomando igualmente en consideración por la autoridad judicial y así se recogen en los pronunciamientos judiciales más recientes sobre esta materia.

---

deasegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; e) La opinión expresada por los hijos; f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores".

[544] *"El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en la Ley Foral, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos; b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; c) El arraigo social y familiar de los hijos; d) 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; e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".*

[545] *"El Juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias: 1. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de estos progenitores. 2. El número de hijos e hijas. 3. La edad de los hijos e hijas. 4. La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de doce años. 5. El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados. 6. El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo. 7. El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas. 8. Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes. 9. La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentes. 10. Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte para el régimen de convivencia*".

II. EL INTERÉS DE LOS HIJOS

Conforme se ha expuesto en el Capítulo I, el interés del menor es el principio fundamental que debe inspirar cualquier decisión que afecte a los menores. Se trata del criterio básico y fundamental que ha de servir de guía al Juez, para presidir e inspirar todas las resoluciones que afecten a los menores, aunque a veces se constate la enorme dificultad de averiguar donde se encuentra este interés dada la falta de criterios específicos en que inspirarse[546]. Ninguna duda cabe que a la hora de determinar la modalidad de custodia más acorde para el menor, el interés de éste debe ser el principal referente para el Juez; así, en aquellos supuestos en los que no quede garantizado, no se adoptará la modalidad de custodia compartida[547].

Dada la amplia exposición que se ha hecho sobre el mismo en el Capítulo y con el fin de evitar repeticiones innecesarias, me remito a lo allí manifestado sobre el mismo.

III. LA EDAD DE LOS HIJOS

Al respecto de este factor, se debe partir de la premisa de que nada tiene que ver un hijo de diecisiete años con un hijo de un año. El factor referido a la edad de los hijos, es un factor de suma importancia, sobre todo cuanto menor sea la edad de éstos, y ello dada la especial vulnerabilidad que se da en estos supuestos. Las necesidades de los hijos respecto de los padres varían de forma considerable en función de la edad de los menores, pues no son iguales las necesidades de un recién nacido o de un niño de corta edad, que las de un

[546]VILLAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior…", cit., p. 28; afirma el autor que "pretender definir lo que debe entenderse por "interés superior del niño" es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es el "interés superior del niño".

Tratar de dar un concepto rígido, estricto, inamovible a la cláusula abierta del interés superior del niño sería contrario a la finalidad que el propio concepto encierra en sí mismo; ya que si se trata de un concepto jurídico indeterminado ¿cómo puede quedar fijado su contenido sin que ello implique entrar en franca contradicción con la finalidad propia de la norma? Sentadas las bases que deben regir en todo momento nuestra actitud frente a la cláusula general del interés superior del niño, sí que podemos, no obstante, tratar de aproximarnos a cuál es su significado".

[547]Entre otras muchas, las sentencias AP Barcelona de 30 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100289); 7 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100283); ésta última concluye que, de la valoración de las pruebas practicadas, "*procede mantener la guarda y custodia de las menores en favor de su madre, desatendiendo, por ahora, el sistema de guarda y custodia compartida, pues el instante no ha probado en las actuaciones, que sea la custodia compartida más favorable a los intereses de sus hijas, que deben de ser referentemente tuteladas*".

adolescente y por ello, la edad va a ser un dato que deberá valorarse por parte del Juez a la hora de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia.

En el plano internacional, ni juristas ni psicólogos han conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo influye la edad en el interés del menor a efectos de su régimen de guarda y custodia. Como refiere LANGA MUELA, en los Estados Unidos de América se defiende la custodia compartida de niños muy pequeños o incluso bebés, justificando dicha decisión en que cuanto menor sea la edad del hijo, más rápida es la alternancia entre los progenitores en el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo, llegando al extremo de rotar entre los progenitores en un mismo día, uno por la mañana y otro por la tarde. Esta postura se fundamenta en la peculiar percepción del mundo que tienen los niños de muy corta edad, cuyos sentidos y facultades intelectuales todavía no están completamente desarrollados. En consecuencia, si el menor no es consciente de donde está en cada momento tampoco notará los cambios sucesivos de residencia[548].

Por su parte, en los ordenamientos jurídicos europeos, entre los que se incluye el nuestro, la creencia generalizada es la de que los niños de muy corta edad, y especialmente los bebés, deben permanecer con la madre todo el tiempo posible durante la primera etapa de su vida. Esta postura, denominada "*doctrina de los primeros años*", también llamada "*doctrina de los años tiernos*"[549] se apuntala fundamentalmente sobre la lactancia y otros argumentos construidos sobre la teoría del progenitor natural, que darían preferencia a la madre del niño en sus primeros meses de vida. A pesar de estar cuestionada desde hace años, esta doctrina continúa orientando el fallo de gran parte de nuestros Tribunales, y puede encontrársele un fundamento normativo en el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, donde se establece expresamente que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre[550].

Siguiendo esta línea, el criterio mayoritario imperante hasta fechas recientes por parte de la jurisprudencia, sobre todo en los supuestos en que había menores de tres años de edad o en período de lactancia, era el de otorgar a la madre la custodia exclusiva del

[548]LANGA MUELA, A., Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo. Beca 2011-2012 del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés, pp. 69-71. [Consulta: 30 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.eljusticiadearagón.com

[549] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución…", cit., p. 5.

[550]GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución…", cit., p. 9.

menor, así como establecer un régimen de visitas a favor del progenitor paterno muy limitadas, pues hasta que los menores no contaban con tres años de edad, incluso no se establecían pernoctas a favor del progenitor paterno, y por lo tanto, tanto menos se atribuían custodias compartidas.

En la actualidad, todavía sigue siendo mayoritaria la reticencia al otorgamiento de la custodia compartida en los supuestos de menores con edades muy tempranas. En este aspecto, se entiende que es de sobra justificado que en el caso de menores lactantes se muestre una actitud reacia a esta modalidad de custodia, siendo que en el resto de supuestos, y salvo casos excepcionales donde se den las condiciones idóneas para ello, debería fijarse la frontera de los tres años para el otorgamiento de la modalidad compartida.

Lo que parece evidente es que en los niños de corta edad, al objeto de facilitar una adecuada vinculación afectiva con aquel de los progenitores con el que no se convive de forma continuada, es el establecimiento de contactos o permanencias muy frecuentes y no distanciadas en el tiempo. Respecto a la conveniencia o no de las pernoctas antes de los tres años, lo cierto es que no hay una indicación técnica clara que la desaconseje. Desde la psicología se mantienen recomendaciones generales de contactos cortos y frecuentes y de sistemas previsibles y estables atendida la diferente percepción que del tiempo tiene un niño menor de tres años respecto a uno de siete, por ejemplo, sin que tampoco puedan establecerse pautas rígidas según edades, pues siempre dependerá de cada niño/a y también de cómo se organicen los padres y de cómo les transmitan la información a los menores.

Este factor junto con el referido a la relación existente entre los progenitores, siempre ha pesado de forma considerable a la hora de escoger un régimen u otro de custodia.

La edad es un factor a ponderar no siempre de fácil e igual solución. Naturalmente, cuando se habla de la edad, no sólo hay que tener en cuenta la edad biológica sino el grado de madurez y las experiencias previas, ya que no todos los niños son iguales ni han tenido las mismas vivencias.

En este aspecto, se ha producido una evolución importante. Se parte del texto del C.c. que imponía la custodia a la madre cuando los hijos tenían hasta siete años. Posteriormente, la tendencia fue a no conceder pernoctas con el progenitor no custodio

cuando los hijos eran menores de esa edad de siete años, y por último, y hasta fechas relativamente recientes, nuestra doctrina jurisprudencial solía decantarse, en los supuestos de corta edad de los hijos, y sobre todo cuando se trataba de menores de tres años, por atribuir la guarda y custodia a la madre, al considerar con esa edad, resulta preferible que su guarda y custodia se atribuya a ella, salvo que se acreditara la existencia de otras circunstancias en la conducta de ésta que pudieran perjudicar el desarrollo de los menores, o de la existencia de unas aptitudes por parte del padre que aconsejaran la custodia compartida como la modalidad que mejor garantiza el interés de los menores.

Esta línea parece estar superándose poco a poco, siendo ejemplificativas resoluciones como la SAP Barcelona de 14 mayo 2010, que dice *"la teoría de que los niños de tres años no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia"*.

Al respecto del criterio de la sentencia, en mi opinión, debe ponerse en entredicho la aludida *"capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia"* entendiendo que será preferible analizar las circunstancias de cada caso en concreto sin confiar demasiado en la capacidad abstracta de ambos y en consecuencia, adoptar la modalidad de custodia más acorde al menor.

No son pocas las sentencias[551] en las que se ha considerado que la corta edad de los menores y el horario laboral del padre, no son razones para excluir la pernocta una vez rebasado el periodo de lactancia del menor, si bien ha habido otras en las que entiendo que de forma justificada, por circunstancias tales como la escasa relación existente entre la

[551] Entre otras, SAP Asturias de 14 enero 2008; SAP Madrid de 12 marzo 2009; ésta última estimó procedente adelantar el régimen acostumbrado de visitas entre una niña de 18 meses y su padre, inicialmente fijado a partir de los 2 años y modificado al año y medio que tenía la menor y ello por considerar que "*en situación de absoluta normalidad, tanto en la niña como en el padre, (…), se estima más acorde al artículo 94 del Código Civil una mayor amplitud de visitas, reservando las restricciones a supuestos de incumplimiento o graves circunstancias que lo aconsejen*…".; Incluye igualmente la pernocta en las visitas la SAP Alicante (Elche) de 24 abril 2009 a fin de evitar que el hijo de dos años pierda el referente de la figura paterna al pasar tan sólo dos honoras con él, rechazando esperar hasta los tres años. También la SAP Asturias de 25 julio 2007 deniega la restricción de las visitas paternas a una niña de dos años, ya que no se ha demostrado que el padre no sea responsable, ni que desconozca los especiales cuidados y atenciones que exige un niño de tan corta edad. Por su parte, la SAP Murcia de 23 febrero 2007, mantiene la pernocta con un niño de dos años por el beneficio que para el niño comporta unos contactos cortos y periódicos, con rotación entre los progenitores.

menor y el progenitor paterno, se ha considerado adecuado aplazar al cumplimiento de la edad de tres años la pernocta con el progenitor paterno[552].

Con la entrada en vigor de las leyes autonómicas, todas ellas establecen la edad de los menores como un factor a tener en cuenta a la hora de determinar una modalidad u otra de custodia, si bien en algunas de ellas, como la ley vasca, no se deduce con claridad si ese factor debiera tomarse como criterio a favor o en contra de la modalidad compartida. De igual modo, también el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad familiar prevé el factor de la edad de los menores como un criterio a tener en cuenta para el establecimiento de una u otra modalidad de custodia.

Ante tal disparidad de criterios no resulta fácil determinar en qué sentido debe la autoridad judicial interpretar la edad de los hijos. Por lo que se refiere a la norma aragonesa, sin decirlo expresamente, parece considerar desaconsejable y contraindicado un régimen de custodia compartida en caso de hijos menores de corta edad, y, en cambio, sí ve como algo natural y lógico que se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo y que se pase a un régimen de custodia compartida cuando los hijos no sean tan pequeños, incluso en el plazo fijado en la propia sentencia, si así se hubiere establecido[553].

Así se desprende del art. 79.5 del Código aragonés, al referir que "*cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la convivencia de un régimen de custodia compartida*".

De la lectura del precepto parece desprenderse que cuanto más corta sea la edad de los menores, más reticencias pueden ponerse a la custodia compartida, considerando este factor como desfavorable y contrario para la adopción de la custodia compartida. Es evidente que el legislador parece estar pensando en un hijo de cortísima edad, reconociendo implícitamente que esta característica puede ser un factor determinante para la atribución de la custodia individual a uno de los progenitores, que en la mayoría de los casos será la madre, siguiendo de este modo con la línea jurisprudencial que durante años

[552] SAP Barcelona de 13 abril 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100213).
[553]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar…", cit., pp. 8-9.

ha venido siendo aplicada en estos supuestos. Del texto legal se deduce, aún sin reconocerlo expresamente, que no es aconsejable un régimen de custodia compartida en caso de hijos de muy corta edad y en cambio, sí ve como algo natural y lógico el que se acuerde la modalidad de custodia individual en atención a la edad del hijo, refiriendo que se pase a un régimen de custodia compartida cuando los hijos ya no son tan pequeños[554].

En este sentido, la SAP Zaragoza de 7 mayo 2014[555], señala que en menores de tres años es necesario mantener un entorno y rutina estables que favorezcan su seguridad y estabilidad, habiendo sido hasta ahora la madre la persona que, de manera fundamental, se ha hecho cargo del cuidado del menor desde su nacimiento. En este caso en concreto, y dada la aptitud de ambos progenitores para el cuidado del menor, se fija el establecimiento de la custodia compartida a partir de una fecha determinada, que es cuando el menor alcance los tres años de edad.

De esta forma, la ley aragonesa parece admitir como válida una de las objeciones más extendidas frente a la custodia compartida, y es el supuesto de que no se adopte la misma en el supuesto de menores de corta edad, siendo que así parece haberlo entendido la jurisprudencia aragonesa[556]. La fundamentación legal a dicha negativa pudiera estar en la

[554]Así lo resuelve la SAP Teruel de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 44216370012015100065).

[555]Id Cendoj: 50297370022014100131. En similares términos SAP Zaragoza de 28 octubre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100298).

[556]En este sentido, las sentencias AP Zaragoza de 6 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100140); 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100420), que resuelve que, atendiendo a la edad de la menor y la distancia existente entre los domicilios de sus padres, debe acogerse, atendiendo a su superior interés, el sistema de custodia que propone la madre y aconseja la perito, que entraña una custodia compartida con un reparto de tiempo que se acomoda a sus especiales necesidades. En similares términos las de la AP Zaragoza de 12 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100364); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100271); 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100066); 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100053); 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100045); 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100088), 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100253); 12 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100270); por su parte, la sentencia de 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100357), a pesar del Informe psicológico favorable a la custodia compartida, atendiendo a la aptitud y capacidad para ejercer sus deberes de crianza y educación del hijo, por parte de ambos progenitores, la Sala considera que la custodia individual garantiza mejor el interés del menor teniendo en cuenta la escasa edad del menor, que cuenta con tres años y medio, así como las exigencias laborales del padre que hasta ahora le han impedido asumir el cuidado cotidiano del menor y la disponibilidad de la madre.

En similares términos, las sentencias AP Zaragoza de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100114), 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100477); 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100047). En ésta última, el juzgador considera más beneficioso el sistema de custodia individual para la madre, si bien con un amplio régimen para el padre, al entender que "*resulta el más beneficioso para el hijo menor, atendida su corta edad, la escasa concreción del padre en orden a la determinación de la organización cotidiana del cuidado de hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos) y en orden a la compatibilización de su horario laboral (Art. 80 a),d) y e) del Código de Derecho Foral)*";

Declaración de los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1959, cuando señala que, salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse a un niño de corta edad de la madre. Frente a ésta, se invocará el art. 7 de la Convención Europea de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos padres.

No obstante, no será la regla general la denegación de la custodia compartida atendiendo a la edad de los menores, pues también se han resuelto supuestos en los que se ha concedido la custodia compartida en menores con edad inferior a los tres años[557].

SAP Zaragoza de 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100049). La Sala fundamenta la denegación de la custodia compartida en el hecho de que *"no existiendo un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor la que presenta requerimientos específicos en torno a su alimentación, descanso, ocio, etc., teniendo en cuenta su corta edad, y la gran disponibilidad de que goza la madre, con todos los días libres para dedicarse a la niña, salvo a lo sumo, tres noches a la semana, resulta más beneficioso para ésta mantenerla bajo su cuidado cotidiano, instaurando el régimen de visitas con el padre…";* SAP de Zaragoza de 22 de enero de 2013(Id Cendoj: 50297370022013100025); la sentencia trata la guarda y custodia edades cortas, en este caso una menor de 2 años, supuesto este que requiere de una especial consideración. Argumenta la Sala que en una menor de esas características, una de las principales necesidades a cubrir para su adecuado desarrollo psicoevolutivo es proporcionarle una estabilidad en sus condiciones y hábitos cotidianos de vida que garantice su bienestar, requiriendo de un cuidador primario que le proporcione seguridad en el mantenimiento de dichas condiciones. Por ello, concluye la sentencia que no resultan recomendables para menores de corta edad los sistemas de custodia que implican estancias alternas, ya que dicho sistema de alternancia de estancia entre los progenitores responde más a las necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de los adultos que a las de la propia niña, no garantizando dichas condiciones de estabilidad en la vida cotidiana de los menores de esta edad; interfiriendo en su adecuada adaptación a su situación familiar; y pudiendo provocar un importante malestar y sufrimiento en los niños que puede generar sintomatología clínica. Se concluye que, la solicitud de que la menor permanezca en periodos de quincenas alternas con cada uno de sus padres, no es la opción de reparto y organización del tiempo de la menor que le proporciona la mayor estabilidad y bienestar dada su edad y dadas las actuales circunstancias de tensión, conflictividad, ausencia de comunicación, falta de una actitud de cooperación y colaboración parental y de capacidad de resolución de sus deferencias y sobre todo ausencia de establecimiento de criterios homogéneos en las pautas de crianza y en el establecimiento de rutinas cotidianas.

[557]En este sentido, la SAP Zaragoza de 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100373), a pesar del informe psicosocial no favorable al mantenimiento de la custodia compartida, se otorga la misma en base a que ambos progenitores ya disfrutaron de esta modalidad de custodia sin ningún tipo de problema y con plena capacidad para ello. En concreto, refiere la sentencia que "*el informe psicosocial practicado indica que dada la corta edad del menor que requiere estabilidad y rutinas, la disparidad de criterios en cuanto a hábitos cotidianos y la elevada conflictividad existente, se considera adecuada la custodia materna exclusiva hasta que el menor cumpla los 3 años e inicie la escolarización, momento en el que se podría retomar la custodia compartida. Finalmente recomienda que viva con su madre y aconsejando un sistema de visitas amplio de tres días entre semana al mediodía ya que es cuando el padre tiene mayor disponibilidad. Así como fines de semana alternos desde el viernes a las 18:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas. En verano 10 días y que una vez el niño esté escolarizado se podría retomar una custodia compartida consistente en periodos de 2 meses con cada progenitor y sistema de visitas de fines de semana alternos y dos tardes. Mitad de vacaciones escolares, de navidad, Semana Santa y verano. En el presente supuesto debe tenerse en cuenta que ambos progenitores, en su momento, mantuvieron una custodia compartida del hijo común y que en la actualidad ha cumplido los dos años, por lo que no existe obstáculo alguno, teniendo en cuenta que el propio informe prevé la custodia compartida a partir de los 3 años, que el régimen instaurado por la Sentencia apelada se mantenga, sin necesidad de su modificación actual para*

De la lectura del precepto aragonés, se prevé un sistema de revisión de la modalidad de custodia adoptada atendiendo a la edad de los menores. En este sentido, la SAP Zaragoza de 25 febrero 2014[558] refiere que es criterio del legislador aragonés haber primado en materia de custodia de los hijos menores, el régimen de custodia compartida, hasta el punto y así se establece de que cuando se hubiere acordado una custodia individual en favor de un progenitor en atención a la edad del hijo, cabe la revisión del régimen en el plazo que prevea la sentencia para plantear la conveniencia de la custodia compartida. Del supuesto se deduce que, en los supuestos de menores de edad, será común que se adopte la modalidad de custodia individual y todo ello sin perjuicio de la revisión de dicha modalidad dentro del plazo previsto en la sentencia.

Para CASTILLA BAREA[559], y al respecto de esta previsión legal, considera que sería más beneficioso para los hijos imponer estas revisiones de oficio en todos los casos, es decir, también en el sentido inverso a la previsión legal, esto es, pasado un tiempo de la instauración del régimen de custodia compartida, juzgar de la conveniencia o no de la continuidad del mismo o de pasarlo a la modalidad de guarda individual. Esta posibilidad, como la propia autora refiere, si bien traicionaría los principios de la norma aragonesa conforme a los cuales el régimen de custodia compartida es el régimen de guarda más idóneo para los hijos, no obstante ello, redundaría en mayor medida en la mejor realización del tan reiterado *bonum filii*[560].

En la misma línea que la ley aragonesa, parece pronunciarse la ley valenciana. Ésta refiere que "*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*

volver a fijarse una vez superada la indicada edad. En el presente supuesto pues, es claro que la custodia compartida se revela como más adecuada para el interés del menor, a pesar de la edad de éste, teniendo en cuenta, ya se ha indicado el régimen de custodia compartida por semanas consensuado entre los progenitores en su momento y las propias recomendaciones del informe psicosocial que, en modo alguno lo descartan, no existe, en consecuencia, infracción alguna de lo dispuesto en el Artº. 80.2 y 76.2 del Código de Derecho Foral de Aragón , se confirma íntegramente la Sentencia apelada, al ser el resto de medidas correlativas a la custodia compartida fijada y adecuadas para el interés del menor (Artº. 81 y 82 del CDFA)".

[558] Id Cendoj: 50297370022014100060; en igual sentido SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj 50297370022014100010).

[559] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos…", cit., pp. 105-152.

[560] En relación con esta propuesta, considero que si bien la misma redundaría en el bienestar de los menores, ya que con ella se evitaría perpetuar un régimen de custodia que quizá no funcione o no sea todo lo idóneo que debiera para los menores, se trata de una medida costosa, pues deberían emitirse informes a los efectos de acreditar la necesidad de modificar el régimen acordado. En este sentido, la falta de medios una vez más, entiendo obstaculizaría la aplicación práctica de esta medida.

niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores". Parece deducirse que en los supuestos de lactancia natural, estaría justificada la adopción de un régimen de guarda y custodia individual a favor de la madre en los primeros meses de vida del hijo[561].

De la lectura del art. 5.3 de la ley valenciana, se intuye que el interés de los niños muy pequeños, es el de tener una mayor relación con la madre, y en atención a ello, han sido numerosos los pronunciamientos en los que se ha denegado la custodia compartida atendiendo precisamente a la edad de los menores[562]. Así lo da a entender, entre otras, la SAP Alicante de 30 octubre 2013[563] que, al justificar el cambio al régimen de convivencia compartida, refiere que "*el menor se encuentra próximo a cumplir los diez años, edad en la que ya no existe la dependencia materna propia de los primeros meses de vida*".

Vemos pues, que si bien no se determina en el precepto si en el supuesto de menores lactantes se debe optar por el sistema de custodia monoparental o compartida, de la lectura del mismo sí que se desprende, en la misma línea que la norma aragonesa, que el régimen de convivencia previsto por la ley valenciana en estos supuestos, debe ser provisional, de menor extensión, sin determinar si será para con el padre o la madre, si bien se entiende que será de menor extensión para con el padre por razones obvias.

Con esta referencia a los lactantes, exclusiva de la ley valenciana, se pone de manifiesto algo que ha sido una idea tradicionalmente aceptada en la atribución de la guarda de los menores y que es la preferencia de que los menores de corta edad, convivan con la madre. En el supuesto de menores lactantes, y quizá atendiendo a la especial vulnerabilidad de este tipo de supuestos, se fijará un régimen provisional de custodia atendiendo a esta circunstancia. Parece desprenderse que en la práctica, se seguirá la línea jurisprudencial mayoritaria que hasta ahora venía aplicándose en el supuesto de menores lactantes, en donde se fijaba un régimen de visitas bastante restringido a favor del padre,

[561] En esta línea parece pronunciarse igualmente el art. 4.3 de la que podría ser la futura Ley del País Vasco de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que llega a precisar que "*en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores*".

[562] Entre otras, las sentencias AP Valencia de 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100354); 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100611).

[563] Id Cendoj: 03065370092013100553

ampliándose dicho régimen con pernoctas una vez el menor cumpliera los tres años de edad[564].

Así las cosas, han sido numerosos los pronunciamientos en los que se ha acordado un régimen de custodia provisional hasta que el menor alcance una edad determinada, estableciendo regímenes transitorios hasta que el menor cumpla una determinada edad, tres años[565], o cinco años[566], y a partir de ese momento, aplicar el régimen de custodia compartida. En estos supuestos, se ralentiza la progresión en la distribución de tiempos, quedando pospuesto el establecimiento de la modalidad compartida a una fecha determinada[567].

Por su parte, la normativa catalana no incluye la edad de los menores como factor a tener en consideración para la adopción de una modalidad u otra de custodia, diferenciándose en este supuesto del resto de legislaciones autonómicas que sí lo prevén expresamente.

No obstante, dicha carencia se ha suplido con los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, entre otras la SAP Barcelona de 7 marzo 2012[568], de los que se deduce que la tendencia va a ir encaminada a que si bien la edad del menor no va a ser un obstáculo para que se otorgue la modalidad de custodia compartida, en el supuesto de menores lactantes, se tendrá en cuenta dicha circunstancia a la hora de adoptarse una modalidad u otra de custodia[569]. En este sentido la SAP Barcelona de 13 mayo 2014[570]

[564]SAP Valencia de 11 enero 2012 (TOL 2.454.842).En este supuesto, se otorga la custodia compartida a ambos progenitores a pesar de que la madre pidió la custodia exclusiva, si bien dicho régimen se aplicará a partir del momento en que el menor cumpla los 3 años de edad, y ello en atención a que, "*a la vista del informe pericial practicado en los autos en el que los profesionales en la materia consideran como más beneficio para el menor el que a partir de los tres años compartan su custodia ambos progenitores, por periodos semanales*".

[565] En este sentido, las sentencias AP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); 4 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100939).

[566] SAP Valencia de 23 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100777).

[567]Entre otras, sentencia AP Valencia de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100749); 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100740).

[568] Id Cendoj: 08019370122012100221.En un supuesto de una menor de 3 años, ve como positivo el *"sistema de alternancia en los cuidados y la frecuencia en las visitas, favoreciendo la presencia de ambos progenitores para garantizar que la menor pueda desarrollar su personalidad disfrutando del afecto y de las atenciones de ambos. Más aún, es en esta edad en la que los esquemas vitales de la niña se conforman lo que le permitirá aceptar con naturalidad la circunstancia que le ha correspondido vivir, que es la de que su padre y su madre vivan separados, pero que ello no es obstáculo para convivir equitativamente con ambos"*.

[569]SAP Barcelona de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100337).

refiere que en relación con la edad del menor, se trata de un factor irrelevante a la hora de acordar una modalidad u otra de custodia salvo en el supuesto de lactancia materna. No obstante este criterio, son numerosos los pronunciamientos en los que se ha denegado esta modalidad de custodia atendiendo, entre otros factores como puede ser la conflictividad extrema existente entre los progenitores, a la edad de los menores[571].

Así, ha habido pronunciamientos en los que se ha puesto en tela de juicio la conveniencia de la custodia compartida en menores de corta edad, fundamentando dicha decisión en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 noviembre 1959 recuerda que, "*salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre*"[572].

Por último la regulación navarra, en similares términos a la redacción que establece la ley vasca[573], también contempla el factor referido a la edad de los menores. Dicho factor se recoge en el art. 3.3 a) de la ley foral[574].

[570] SAP Barcelona de 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100303).

[571]En este sentido, las sentencias AP Barcelona de 21 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100266); 22 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100630); 30 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100274); 28 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100030); 27 abril 2011(Id Cendoj: 08019370122011100215). En ésta, la Sala fundamenta la denegación de la modalidad de custodia compartida "*habida cuenta no sólo de la corta edad del menor, sino también por la circunstancia de que ambos progenitores continúan todavía incursos en procesos de violencia doméstica, ya que, aunque obra en lo actuado una sentencia absolutoria del juzgado de lo penal núm. 3 de Sabadell, cuando en el acto de juicio por el juzgador del primer grado fue cuestionada la defensa letrada de la madre sobre si el proceso penal había finalizado, respondió que una parte sí y otra parte no; sin que por la defensa del recurrente en aquel momento se objetase cuestión alguna al respecto*". De igual modo, muestra la Sala su reticencia a que se otorgue la modalidad de custodia compartida respecto de un menor de corta edad. Fundamenta su decisión en lo dispuesto en la "*la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 nov. 1959 recuerda que, "salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre"), y tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema u hostilidad entre los progenitores, a causa de la continua Exposición del menor 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 la personalidad del menor afectado (STSJC 2/2007, de 26 de Febrero). Sin que ello signifique, sin embargo, como se afirma en la otra STSJC de 3/03/2010, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para el menor, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)*".

[572] SAP Barcelona de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100552).

[573]Art. 9.3, apartado 3) se refiere a "*la edad de los hijos e hijas*".

[574]Art. 3.3. "*El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:*

a) La edad de los hijos.

Se alude a la circunstancia de que, si bien la edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el art. 80.2 del Código aragonés, la corta edad del menor, no va a resultar por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales a tener en cuenta[575]. No obstante esta línea jurisprudencial, en los supuestos de menores lactantes y por razones obvias, resulta casi imposible plantearse la modalidad de la custodia compartida, y por lo tanto, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia a la hora de determinar una modalidad u otra de custodia en estas circunstancias.

Al respecto del factor de la edad, la doctrina más especializada no lo considera como un factor determinante en cuanto a la elección de una u otra modalidad de custodia. Así lo refiere GUILARTE MARTÍN-CALERO[576], para quien en ocasiones, la corta edad de los hijos ha servido para fundamentar la procedencia de una custodia compartida cuando no debiera ser dicho factor decisivo para ello. En igual sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[577] considera que el parámetro de la edad no es de unánime consideración, existiendo opiniones en que se considera más fácil su implantación en los más pequeños, mientras que hay otras que, a la inversa, la juzgan más adecuada cuánto mayores sean los hijos. No obstante, refiere que en lo que sí hay concierto "es en la superior necesidad de oírles y, sobre todo, de atender sus opiniones y deseos, según van haciéndose mayores". Es evidente que en las proximidades a la mayoría de edad, parece difícil ordenar una modalidad en contra de la decisión del menor.

---

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

c) El arraigo social y familiar de los hijos.

d) 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.

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

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

g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos los hayan justificado.

h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".

[575] STSJ Aragón de 28 septiembre 2012 (TOL 2.678.269). Refiere que "*la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren*".

[576] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida…", cit., p. 17.

[577] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 1241-1242.

En mi opinión, y con la excepción de los menores con lactancia materna, en que no será aconsejable la custodia compartida, entiendo que esta circunstancia deberá valorarse en conjunto con el resto de factores concurrentes pues qué duda cabe que en ocasiones, y atendidas las circunstancias del caso concreto, será desaconsejable que atendiendo a la corta edad de los hijos, se establezca un régimen de custodia compartida. Para los supuestos en que existan serias dudas de que pueda funcionar dicha modalidad de custodia, debiera establecerse un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, teniendo en cuenta las necesidades del menor, que deberá ir ampliándose conforme a las necesidades del mismo y a instancia de sus progenitores. Parecen despejarse las dudas en los supuestos de edades cercanas a la mayoría de edad, donde deberá atenderse a la voluntad manifestada por los propios menores a la hora de determinar el régimen de custodia.

IV. EL ARRAIGO SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS HIJOS

El factor del arraigo se halla vinculado a la proximidad geográfica entre la vivienda familiar y el entorno afectivo del hijo, formado por los parientes no pertenecientes al núcleo de la familia pero con los que mantienen un contacto regular, sus amigos y compañeros de colegio, vecinos o conocidos de la zona, etc. Su consideración supone dar preferencia al régimen de guarda y custodia que suponga la menor ruptura posible con ese círculo de allegados en el que se mueve el menor. Esto será así en la medida en que exista ese arraigo. De constatar el Juez su efectiva concurrencia, ello ayudará a que falle en favor de un régimen de guarda y custodia que minimice la ruptura del menor con su entorno, como, por ejemplo, la guarda y custodia compartida en la vivienda familiar, cuyo uso y disfrute se atribuiría a ambos progenitores por periodos alternativos.

La legislación catalana es la única que define este concepto, debiendo remitir para ello al art. 233-11.1a) del Código catalán, que lo define como la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que convivan en los respectivos hogares. Por su parte, y como he referido antes, el arraigo social supone la relación de los hijos con los amigos y conocidos de éstos dentro de su entorno escolar y de sus actividades de ocio. Ambos tipos de arraigo deberán ponerse en conexión con el domicilio familiar y más específicamente con la situación y distancia de los domicilios de los progenitores en caso de establecerse la modalidad compartida, con el

consiguiente cambio de domicilio para los menores. Estas circunstancias deberán valorarse a fin de evitar situaciones de desarraigo familiar y/o social en los menores, que puedan afectarles. En estos supuestos, se acordará denegar la modalidad de custodia compartida[578].

El factor del arraigo social y familiar de los hijos lo recogen todas y cada una de las leyes autonómicas, así como también se prevé en el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental. Tanto la norma aragonesa, la catalana, la ley foral navarra, la valenciana, y recientemente la ley vasca, se refieren al mismo en términos de "*supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores",* y lo prevén en sus articulados.

Dentro del factor del arraigo, debe incluirse la elección del domicilio familiar para los menores. Las resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales de las Comunidades con normativa específica sobre esta materia, han hecho especial hincapié en el hecho de que no va a ser recomendable para el interés del menor y por tanto para el establecimiento de la modalidad de custodia compartida, el que la distancia existente entre los domicilios de los progenitores, sea excesiva. Así lo expondré de forma más detallada en el epígrafe referido al supuesto concreto de la proximidad de los domicilios de los progenitores.

A este respecto, la doctrina alemana considera que en los supuestos de separación de los padres, el interés del menor exige que el entorno afectivo del niño no resulte alterado, manteniendo el contacto y la relación hasta entonces existente con sus dos padres.

Es lo que la jurisprudencia catalana ha acuñado como "principio de continuidad", que implica que se conserve la situación hasta entonces existente para con el menor, permaneciendo las relaciones y contactos del menor con las personas que le son cercanas.

[578]SAP Barcelona de 29 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100418). Concluye la Sala que, a pesar de que ambos progenitores disponen de capacidades y habilidades para el desempeño de las funciones de guarda, y atendiendo al contenido del informe del SATAV, en el que se desaconseja el traslado de los hijos a Reus y el consiguiente cambio de domicilio y se valora la necesidad, en interés de los hijos comunes, de mantener su entorno en el que tienen su arraigo familiar y escolar, "*se estima que la guarda paterna tutela en estos momentos adecuadamente el interés de los menores al proporcionarles estabilidad y seguridad*". Por ello, y atendida la distancia geográfica existente entre ambos domicilios, acuerda rechazar la guarda compartida pretendida subsidiariamente por la Sra. Melisa y las pretensiones directamente vinculadas.

En atención al denominado criterio de la continuidad, se da prioridad al sistema de guarda establecido con anterioridad, en tanto garantiza la estabilidad de los menores, y asegura que su *modus vivendi* y su cotidianeidad se vea alterada lo menos posible, lo que se hace coincidir con la mejor manera de satisfacer su interés.

En este sentido, y entre otras[579], la SAP Barcelona de 29 diciembre 2011[580], en base al referido criterio de continuidad así como atendiendo a la falta de colaboración entre los padres, han denegado el establecimiento de la custodia compartida.

V. LA OPINIÓN DE LOS HIJOS CON SUFICIENTE JUICIO Y, EN TODO CASO, DE LOS MAYORES DE DOCE AÑOS

Estrechamente relacionado con el derecho de los menores a ser oídos en la toma de decisiones que les afecten, la voluntad de éstos y su opinión, será de indudable trascendencia en relación con la vivencia y estancias con sus progenitores[581]. Es evidente que conforme la edad y madurez de los menores va incrementándose, su juicio sobre la propia situación deberá ser valorado, no sólo por los propios progenitores sino también por el Juez. Será éste quien tendrá que ponderar, atendida la edad del menor y su grado de madurez, sus opiniones y sus deseos.

Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los

[579]SAP Barcelona de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100190). Concluye la Sala que "*no concurren elementos que aconsejen un cambio en la medida relativa a la guarda de los menores que deben seguir viviendo bajo la guarda de su madre, lo que por otra parte implica la continuidad de la situación existente desde que eran muy pequeños que se ha evidenciado positiva para su estabilidad emocional y para su normal desarrollo y crecimiento, no ofreciendo la otra opción planteada garantías de mayor beneficio para los niños. En este caso el interés de los menores exige el mantenimiento de la medida lo que conduce a desestimar el recurso formulado por el demandado*"; SAP Barcelona de 21 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100333). Tras valorar la prueba practicada, la Sala comparte la valoración efectuada por la Juez a quo en el sentido de considerar que "*durante el último o dos últimos años, debido a la crisis de pareja, quien ha asumido de forma prioritaria el cuidado de la hija ha sido la madre y que desde esta perspectiva el modelo de guarda acordado es el que se parece más al que ha vivido la menor en la época más reciente…*"; SAP Barcelona de 9 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100007). Concluye la Sala que, en aras de tutelar los intereses de los hijos del matrimonio, de tan corta edad, y convivientes con su madre desde su nacimiento y tras la unión matrimonial, "*procede a tenor de las circunstancias descritas, atribuir a la madre las funciones derivadas de la guarda y custodia de los menores, con rechazo en la actualidad de un sistema de guarda y custodia compartida, con la consecuente confirmación del resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, relativos al ejercicio conjunto de la patria potestad por parte de ambos progenitores; al régimen de visitas paterno-filial y uso de la vivienda familiar"*.

[580] Id Cendoj: 08019370182011100629

[581]El origen del derecho de audiencia lo encontramos en el art. 9 L.O.P.J.M. según el cual: "*Todos los menores tienen derecho a ser oídos en los procedimientos en los que se traten asuntos de su interés* ".

menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado[582].

Se trata de un factor que ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia[583]y que se encuentra recogido, si bien con algún matiz diferenciador, en las cinco regulaciones autonómicas como desarrollaré seguidamente. Todas ellas hacen referencia de forma unánime, a la necesidad de oír a los menores, y ello en consonancia con lo dispuesto en el art. 9.1 L.O.P.J.M. que establece que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo y judicial en que esté directamente implicado, y cuyas decisiones afecten a su esfera personal, familiar o social; y en el art. 9.2 de la referida ley que establece que "*se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuanto tenga suficiente juicio"*.

No hay que olvidar que los menores son sujetos activos en aquellos procedimientos cuyas decisiones puedan afectarles, y su opinión deberá valorarse en las decisiones que se adopten. Como recogen tanto el Código aragonés como la ley navarra, supone la necesidad de que el Juez oiga a los hijos que tengan suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. La norma obliga a cumplir el trámite de audiencia de los menores siempre que hayan sobrepasado la frontera temporal de los doce años, dotando de mayor trascendencia a los que ya cumplieron los catorce. Por debajo de aquella edad, la exploración dependerá de que el menor tenga suficiente juicio, lo que constituye, un auténtico concepto jurídico

[582] SAP Valencia de 2 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100498).

[583]Entre otras, STSJ Cataluña de 31 julio 2008 (Id Cendoj: 08019310012008100006); SAP Valencia de 23 marzo 2009 (TOL1.784.569), donde la Sala refiere que se trata de un deber procesal el oír a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, pues ello "*permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos*".

indeterminado. Por su parte, la ley valenciana hace alusión a que los hijos tengan la madurez suficiente.

Para PASTOR VITA[584] la decisión del menor de doce años o más, debe ser decisiva en la decisión judicial que se tome, sobre todo en los supuestos en que dicha voluntad esté bien formada, por haberse efectuado la exploración correctamente, en un ambiente adecuado y sin la presencia de los progenitores, y con las suficientes garantías para la obtención de una decisión serena y sopesada.

En cuanto a la relevancia que se le deba dar a la opinión manifestada por el menor, VIÑAS MAESTRE[585] refiere que cuando la ley reconoce este derecho "no lo equipara al derecho de decidir, de manera que la voluntad manifestada ante el Juez, no vincula ni condiciona la decisión que se adopte al respecto. Para que el Juez pueda determinar la medida exigida por el interés del menor, debe valorar todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del contexto de un procedimiento contencioso en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades. En ocasiones, incluso se transmite a los niños la convicción de que pueden decidir sobre la custodia, delegando en ellos la responsabilidad de tomar una decisión, cuando, pese a ser mayores de doce años, no tienen ni la capacidad, ni la madurez, ni las condiciones ambientales o de entorno familiar adecuadas, para poder pronunciarse al respecto, lo que les genera mayor tensión y repercute negativamente en su formación".

Es evidente que la opinión manifestada por los menores no siempre coincidirá con lo que es más beneficioso para ellos. Habrá que tener en cuenta que, en ocasiones, están sometidos a una fuerte mediatización por parte de personas próximas a los mismos, la mayoría de las veces sus propios progenitores. Ello hace que la opinión expresada por el

[584] PASTOR VITA, F.J., "Una primera aproximación…", cit., p. 16.
[585] SAP Barcelona de 22 septiembre 2005 (TOL 815.284).

menor esté fuertemente influenciada por coacciones afectivas, dádivas, etc. y que en muchas ocasiones, será difícil de detectar[586].

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[587], se echa en falta que el Ministerio Fiscal, como defensor de los menores, no tenga en la ley procesal un trámite que le permita tener un contacto con ellos y acceder así, en privado y fuera de Sala, a la opinión de los mismos. No obstante esta queja, entiendo que con la exploración el menor se permite precisamente que el Ministerio Fiscal tenga ese contacto privado con los menores, ya que si bien también está presente la autoridad judicial, se trata de un trámite en donde hay un contacto directo con éstos con la finalidad de obtener su opinión en las decisiones que se van a adoptar y que les afectan directamente.

Refiere SEIJAS QUINTANA, en referencia a la STS de 25 octubre 2012[588] que "*constituye un elemento relevante para la resolución judicial sobre el régimen de custodia la propia voluntad de los hijos, especialmente cuando en los mismos, por su edad, ha de presumirse madurez suficiente para la toma responsable de sus propias decisiones. Pero no puede olvidarse que la opción del menor no es el único factor que los Tribunales deben tener en cuenta a tal fin, debiendo valorarse igualmente los demás medios probatorios, en orden a determinar cuál sea la opción que mejor proteja los intereses de la prole*"[589].

En este sentido, se sigue la línea de los países de nuestro entorno, al tomar en consideración la opinión de los menores para cualquier decisión que les afecte. Así, el Derecho alemán contempla que cuando el menor haya cumplido los catorce años deberá ser oído siempre, y si no llega a esa edad, deberá dársele audiencia siempre que las inclinaciones, compromisos o deseos del niño tuvieran significado en la decisión a tomar. El Tribunal Constitucional alemán considera que la voluntad del menor ha de tenerse en cuenta cuando se tomen decisiones que afecten al menor, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentre el niño al expresar su voluntad, esto es, la edad, estado de

[586] A este respecto el denominado Síndrome de Alienación Parental; GONZÁLEZ ÓRVIZ, M.E., *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*, ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 37. La autora lo define como "un conjunto de conductas y síntomas que el niño ha aprendido a desarrollar y que le impiden vincularse afectivamente con uno de sus progenitores, el padre o madre excluido, además de empujarle a contribuir en la campaña de denigración de éste".

[587] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1246.

[588] Id Cendoj: 28079110012012100605

[589] SEIJAS QUINTANA, J.M., "Guarda y custodia. Derecho de visitas…", cit., p. 154.

desarrollo, condición mental, etc.[590]. De igual modo, la Observación general Nº 12 del Comité de los Derechos del Niño establece que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afecten[591].

Esta es la línea en la que se ha pronunciado recientemente la Sala 1ª del TS en su sentencia de 20 octubre 2014[592] al acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida en casación y retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos. Alude la sentencia a la aparente contradicción entre el C.c. y la L.E.C. en la regulación de la audiencia de los menores, siendo que esta aparente contradicción viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el Juez de oficio. En el supuesto de que el Juez decida no practicar la audición, fundamentando esta decisión en el interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

Al hilo de la sentencia antes dicha, NIÑEROLA GIMÉNEZ[593] refiere que a través de la misma se ha venido a aclarar definitivamente a los órganos judiciales reacios a dicha práctica de dicha prueba, en clara alusión a la exploración del menor, que cuando el Juez decida no practicar la exploración en aras al interés del menor, deberá hacerlo de forma motivada, y ello por cuanto que no es una prueba renunciable, siendo que además puede acordarse de oficio.

Ello no debe conllevar a que se deba atender a la opinión de los menores en cuanto al establecimiento de una modalidad u otra de custodia, sino que su opinión, se debe de

[590]DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor…", cit., pp. 675-742.

[591] Reproducida en la Observación general Nº 14 (2013), aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

[592]Id Cendoj: 28079110012014100524

[593] NIÑEROLA GIMÉNEZ, I., "Cambio de residencia: ¿Basta con pedir la autorización conforme a lo previsto en el art. 156 del C.c. o tendrá que interponer una demanda de modificación de medidas"(Tema de debate), en *Revista de Abogados de Familia* [en línea], núm. 74, 2014, pp. 3-6. [Consulta: 5 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.aeafa.es

tomar como un factor más que, junto con el resto de factores y circunstancias concurrentes, para ilustrar al Juez y elegir una modalidad u otra de custodia.

Así, la ley aragonesa hace referencia a *"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"*. La redacción del precepto ha sido objeto de crítica, entre otros CASTILLA BAREA[594], para quien la ley aragonesa da un paso atrás respecto de lo que se considera una de las conquistas del régimen codicial, cual es la de haber erradicado la necesidad de que comparezcan los menores de doce años en el juicio que por su custodia mantienen los padres. La expresión *"en todo caso"* que refiere el texto autonómico, obliga a una indagación de la opinión del menor que en rara ocasión puede resultarle beneficiosa, salvo supuestos en los que sería absolutamente necesario como los supuestos de violencia doméstica, abusos, etc. Establecer como pauta general la de tomar en cuenta la opinión del menor, garantiza la homogeneidad en los procesos, si bien la autora refiere como más aconsejable que esa homogeneidad se lograra a base de limitar generalizadamente el interrogatorio de los menores, salvo en los supuestos excepcionales antes referidos o en aquellos en los que el propio menor lo solicite.

La opinión de los menores ha sido tomada por la jurisprudencia aragonesa como un factor determinante a la hora de elegir una u otra modalidad de custodia, siendo un factor decisivo para denegar la modalidad de custodia compartida el que el menor manifestare su interés de convivir habitualmente con uno de los progenitores, en la mayoría de las veces, la madre[595], si bien también en ocasiones, y en menor medida, esta voluntad ha venido referida respecto al progenitor paterno[596].

[594] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos…", cit., pp. 105-152.

[595] En este sentido se han pronunciado las sentencias AP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100209); 19 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100349); 11 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100385); 26 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100374); 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100357); 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100310); 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100448); 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100300); 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100216); 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100211); 22 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100026); 3 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022012100280); 26 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100291); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100167); 20 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100163); 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100085); 15 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100309); 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100418), que refiere, en base a las pruebas periciales, psicológica y social, practicadas en el proceso, que los menores han sido cuidados y atendidos desde su nacimiento principalmente por la madre, dado el amplio horario laboral del padre, con frecuentes viajes y salidas fuera

de su residencia, y dado el deseo manifestado por los propios menores (de 9 y 7 años de edad) de seguir conviviendo habitualmente con su madre, llevan a la Sala a mantener la guarda y custodia a favor de la madre; SAP Zaragoza de 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100084). En esta sentencia, al margen y además de tener en cuenta la opinión de la menor, también se tiene en cuenta la distancia existente entre los domicilios de los respectivos progenitores, que llevan al Juez a valorar como más favorable para la menor la guarda y custodia a favor de la madre.

De igual modo, las sentencias AP Zaragoza de 26 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100082); 20 febrero 2013 (Id Cendoj: 44216370012013100030); 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100055); 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100048); 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100044); 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100029); 29 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100225). Mantiene la sentencia el sistema de custodia monoparental en base a las manifestaciones de los menores en términos de desear continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la cual se encuentran muy unidos, siendo ésta la principal figura de su mundo afectivo y quien les ha aportado la seguridad y estabilidad que han requerido a lo largo de su desarrollo psico-evolutivo. Al margen y además de lo anterior, en la exploración judicial, los menores manifiestan que se encuentran bien en su actual situación, si bien se percibe en ellos una cierta preocupación por el resultado del conflicto judicial, lo que hace que de manera inconsciente se involucren excesivamente en la conflictividad de sus progenitores, ello podría perjudicar su adecuado desarrollo psico-emocional. Por todo lo expuesto procede mantener la actual situación, que servirá de base para garantizar una adecuada estabilidad de los menores, tal como se refleja de manera acertada tanto por el informe psico-social como por la resolución apelada. Igualmente debe indicarse que en el Código de Derecho Foral de Aragón, tanto los informe de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores (art. 80.2 c) y (art. 76.4 y 6) adquieren singular relevancia para la fijación de la guarda y custodia.

Por su parte la SAP Zaragoza de 19 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022013100073). Aboga por la custodia individual a favor de la madre atendiendo a la voluntad del menor así como a las escasas aptitudes y habilidades del padre para atender al cuidado de su hijo menor.

También las sentencias AP Zaragoza de 22 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100196); 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100185); 11 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100153); 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100129); 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100111); 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100106). En concreto en esta sentencia, se deniega la custodia compartida atendiendo a la opinión de los menores y aún en contra de lo recomendado por el informe realizado por la psicóloga del juzgado que recomendaba la custodia compartida.

De igual modo, las sentencias AP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100107); 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100086); 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100076); 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100037); 14 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100236). Se basa la decisión de la Sala en el contenido del informe psicológico que refiere que "*la figura de referencia afectiva asistencial de las niñas es la madre. No existen signos de alienación parental. Las niñas tienen a su madre como su principal vínculo afectivo y que desean seguir viviendo con ella, al reconocerla como la persona que las ha cuidado y dotado de seguridad y estabilidad*…"; 22 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100116); 15 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100289); 18 enero 2011(Id Cendoj: 50297370022011100022); 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100464); 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100207); 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100452); 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100413); 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100365); 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100488); 18 diciembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100480); 13 noviembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100430); 7 noviembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100413); 18 septiembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100339); 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100335); 20 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100298); 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100319); 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100316); 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100330); 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100193); 21 marzo 2013 (Id Cendoj: 44216370012013100043); 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100181); 12 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100082); 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100071).

[596] SAP Valencia de 2 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100498).

A tal efecto, la exploración judicial será el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, dé a conocer al Juez su opinión[597]. A tal efecto, la STSJ Aragón de 25 marzo 2013 indica que es el juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor[598]. Es jurisprudencia reiterada, entre otras SAP Zaragoza de 9 junio 2015[599], que la opinión del menor, siendo relevante, no es decisiva, pues, como refieren las sentencias TSJ Aragón de 10 junio 2012 y 12 julio 2013, por su corta formación y experiencia vital no es de admitir que su proceso intelectivo pueda tener tanta certeza a la hora de calibrar el perjuicio o beneficio que para él pueda suponer uno u otro régimen de custodia, no pudiéndose por ello prescindir de las matizaciones y valoración que en toda presencia de menores de edad corresponde hacer a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado.

Por su parte, y en base también a la opinión manifestada por el propio menor de querer convivir con ambos progenitores, han sido muchas las sentencias en las que se ha concedido la modalidad de custodia compartida[600]. La propia opinión del menor así como el hecho de que se relacione de forma satisfactoria con ambos progenitores, que los vínculos afectivos del menor con sus progenitores sean adecuados, así como que ambas figuras parentales reúnan buenas condiciones y recursos personales para afrontar la

[597]SAP Zaragoza de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100127).

[598] Id Cendoj: 50297310012013100016

En igual sentido, las sentencias TC de 25 noviembre 2002, 6 junio 2005 y 30 enero 2006, han establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. No se trata, es obvio, que la voluntad del menor decida el litigio, pero sí que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, valorándose junto con los demás factores concurrentes (art. 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y 76.4 y 6 del mismo texto legal, art. 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989).

[599]Id Cendoj: 50297370022015100175

[600]La SAP Zaragoza de 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100442) refiere que no se desprende siquiera de la voluntad de la menor, la cual manifiesta estar conforme con pasar una semana con cada progenitor. De igual modo, otorgan la custodia compartida en base a la voluntad del menor, entre otras, lassentencias AP Zaragoza de 4 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100203); 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100049); 14 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100237); 3 mayo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100177); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100041); 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100025); 29 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100428); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100158); 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100015). En esta última, fundamenta la Sala su decisión en que del informe psico-social se desprende que la opinión de la menor es favorable a realizar un mayor contacto con su padre que el que se ha llevado hasta la fecha, y por ello es claro que la custodia compartida favorece más los intereses de la menor que la individual.

Por su parte la SAP Zaragoza de 28 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100253) concede la custodia compartida a favor de ambos progenitores y en detrimento de la custodia exclusiva que venía ostentando el padre, en base a la opinión de las menores, que cuentan con 15 años de edad.

crianza del menor de forma satisfactoria, se consideran factores favorables para el otorgamiento de la modalidad de custodia compartida[601].

A este respecto, y si bien no se trata de que la voluntad del menor decida el litigio, sí que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, y que deberá valorarse junto con los demás factores concurrentes[602], y ello por cuanto se trata de garantizar que en aquellos supuestos en que se afecte a la esfera personal y familiar de los menores, y gozando éstos de juicio suficiente, deberán ser oídos por el tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicadas y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social[603]. No obstante y a pesar de la opinión del menor, en ocasiones se han tomado decisiones contrarias a la voluntad manifestada por el propio menor, y ello por cuanto se ha considerado más relevante el contenido del informe psicosocial emitido en el que se reconocía la aptitud de ambos progenitores para desempeñar la modalidad de custodia compartida[604].

En este sentido GALÁN CÁCERES[605] refiere que "…el nuevo Ordenamiento Jurídico refleja progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y la satisfacción de las necesidades de los demás, de manera que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la familia y al menor, es promover su autonomía como sujetos".

La ley navarra reproduce lo dispuesto en el Código aragonés respecto del derecho del niño a ser oído en el proceso en donde se decida el régimen de guarda y custodia, y tras la previsión en su art. 3.2 referida a "…*cuando así convenga a los interés de los hijos*", el apartado tercero de dicho artículo, donde se establecen los factores a tener en cuenta para otorgar una modalidad u otra de custodia, se recoge en la letra d), *"la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con*

[601]SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100074).
[602]Así, las sentencias AP Zaragoza de 25 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100122); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100024).
[603] SAP Zaragoza de 15 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100117).
[604]SAP Zaragoza de 27 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100012).
[605] GALÁN CÁCERES, E., "¿Es conveniente que el Juez ostente…",cit., p. 3.

especial consideración a los mayores de catorce". La redacción del precepto, que es igual a la prevista en el art. 80.2c) del Código aragonés, respeta lo dispuesto en el art. 9 L.O.P.J.M., y de la combinación de ambos se desprende un régimen en el que la opinión de los hijos menores de doce años pero con suficiente juicio podrá ser tenida en cuenta, atribuyendo un valor especialmente relevante a la voluntad del hijo cuya edad excede de catorce años. En este sentido, la AP Pamplona ha denegado la modalidad de custodia compartida en base precisamente a la opinión de los menores[606], así como igualmente la ha concedido ateniendo a la voluntad de los menores de estar con ambos así como la vinculación de éstos con el menor[607].

Por su parte, la redacción de la ley valenciana, en similares términos a la norma aragonesa si bien contiene algún pequeño matiz, refiere que *"la opinión de los hijos e hijas cuando tuvieren madurez suficiente y en todo caso, cuando hayan cumplido doce años"*. Se alude a la expresión *"madurez suficiente"* y la aragonesa y navarra se refieren a *"suficiente juicio"*, al igual que establece el precepto de la ley vasca[608], si bien son términos similares que en modo alguno varían el significado del precepto. A este respecto, y si bien el interés subjetivo del menor deberá tenerse en cuenta, la jurisprudencia ha matizado este criterio, entendiendo que debe ser interpretado a la luz del interés superior del menor, que puede aconsejar un régimen de custodia distinto al manifestado por éste.

El art. 5.3.b) del texto valenciano, sigue la línea de la ley aragonesa en cuanto establece que se contará con la opinión de los menores cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido los doce años, aspecto éste último en el que hay plena coincidencia con la ley vasca. A este respecto, la ley navarra potencia que el menor de esa edad sea oído, pero concede especial importancia a su opinión cuando tenga cumplidos los catorce años, al igual que el Código aragonés.

En este sentido, la jurisprudencia de la AP Valencia establece, que a falta de informe pericial, la voluntad de los menores, con juicio suficiente, de querer convivir con uno u

[606]Entre otras, las sentencias AP Pamplona de 5 octubre 2011(Id Cendoj: 31201370022011100461); 9 octubre 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100318).

[607]SAP Pamplona de 18 julio 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100221).

[608]El art. 9.3, apartado 4) de la ley vasca se refiere a la circunstancia de "*la opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de doce años*".

otro progenitor[609] o por el contrario, con ambos progenitores[610], amén del interés de ambos progenitores por el cuidado de sus hijos[611], será el factor que se tome en consideración para establecer la modalidad de custodia[612], y ello siempre que no se muestre caprichosa ni esconda otro tipo de intenciones. En muchas ocasiones, en los propios informes se fallará a favor de una modalidad de custodia u otra, atendiendo principalmente a la opinión del menor[613].

Así las cosas, puede concluirse que el criterio de la AP Valencia para otorgar la modalidad de custodia compartida partirá de la existencia de un informe de Gabinete Psicosocial que sea favorable a dicha modalidad de custodia, siendo que a falta de informe[614], en contadas ocasiones se concederá la modalidad compartida, salvo en los supuestos en que de la opinión de los menores, con suficiente juicio, se deduzca dicha voluntad. Estos son los dos criterios preferentes que se tendrán en cuenta para la adopción de dicha modalidad de custodia.

[609]Así, las sentencias AP Valencia de 18 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100284); 15 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100201); 19 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100041); 16 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100098); 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100872); 19 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100881); 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100725); 23 septiembre 2013 (TOL 4.043.264), en la que se ratifica la sentencia de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre habida cuenta que la hija cumple 18 años dentro de 3 meses, y ha revelado inequívocamente su voluntad de seguir con su madre.

En estos términos se pronuncian igualmente las sentencias AP Valencia de 21 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100097); 4 febrero 2012 (Id Cendoj: 46250370102013100057); 24 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100104); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100847); 8 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100648); 7 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100645); 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100674); 23 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100660); 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100333); 15 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100311); 30 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100280); 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100109).

[610]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 15 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100602); 17 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100557); 6 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100392); 14 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100650). En este último supuesto, las menores contaban con 15 años de edad, considerándose que a dicha edad, ya contaban con juicio suficiente para tomarse en consideración su opinión.

[611]SAP Valencia de 4 febrero 2011 (Id Cendoj: 46250370102013100057).

[612]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 25 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100308); 12 diciembre 2011 (TOL 2.409.266); 11 mayo 2012 (EDJ 2012/154443); 19 enero 2012 (EDJ 2012/78513); 23 marzo 2012 (EDJ 2012/121795); 5 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100392); 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100374); 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345); 10 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100306); 29 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100278); 23 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100258); 4 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100057); 15 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100008); 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100168).

[613]En este sentido, SAP Valencia de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100360).

[614] SAP Valencia de 28 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100107). La Sala, tras denegar la custodia por existencia de una sentencia penal de condena, refiere que en el supuesto de que se hubiera cumplido la pena, "*sólo tras un dictamen pericial se habría entrado en el estudio de dicha posibilidad…*".

Es criterio de la Sala que, en los supuestos de menores próximos a cumplir la mayoría de edad, se tendrá en cuenta su criterio a la hora de determinar el régimen de custodia que les es más favorable. En edades como los catorce años, se hace presumir en ella una madurez próxima a la que determina la mayoría de edad legal y por ello se valorará de forma considerable dicha opinión[615].

En ocasiones, y atendiendo a la petición del menor de querer tener más visitas con el padre o a la recomendación de los informes periciales emitidos al efecto, se ha ampliado el régimen de visitas sin llegar a concederse la custodia compartida[616].

Por último, la legislación catalana únicamente se refiere a la opinión expresada por los hijos[617], sin concretar a partir de qué edad debe tomarse en consideración ésta. Siguiendo el criterio previsto en las legislaciones aragonesa y valenciana, parece ser que se requerirá que tengan suficiente juicio o que en todo caso, hayan cumplido los doce años.

La SAP Barcelona de 7 mayo 2014[618], en relación con el derecho de los menores a ser oídos señala que *"los menores son sujetos de derechos y que con la audiencia se garantiza la satisfacción de un derecho, del derecho a ser oído no debiendo confundirse dicho derecho con el de decidir, pues no puede delegarse en el menor la decisión de la modalidad de guarda en un proceso judicial en el que los padres están enfrentados. La ley distingue diferentes grados de madurez con carácter orientador al señalar que debe oírse a los menores de doce años presumiendo que a dicha edad se alcanza un grado mayor de madurez, pero dicha consideración está supeditada a las condiciones de capacidad del menor en cada caso concreto - el Código catalán habla de capacidad natural- por lo que en ningún caso se impide la exploración de los menores que no alcanzan dicha edad"*.

[615] SAP Valencia de 12 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100335).

[616] SAP Valencia de 5 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100711); 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100708); 8 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100648).

[617] SAP Barcelona de 1 octubre 2007 (TOL 1.230.757); considera esencial la voluntad del menor, junto con el informe psicosocial, al efecto de fijar un sistema de guarda coherente con sus necesidades. El principio de audiencia el menor viene recogido en el art. 9 L.O.P.J.M., y en el art. 5.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia, puesto que para determinar su interés superior "*deben atenderse sus necesidades y derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social*".

[618] Id Cendoj: 08019370182014100293

De este modo, la jurisprudencia de la AP Barcelona, ha denegado la modalidad de custodia compartida en base a la opinión de los menores, manifestada a través de la exploración judicial, de querer convivir con uno de los progenitores[619]. Así, la SAP Barcelona de 28 enero 2014[620] refiere que "*aunque las manifestaciones del menor no sean vinculantes para el juzgador, en cuanto son expresión de unos sentimientos e inclinación afectivas, deben ser valoradas y tenerse especialmente en cuenta a los efectos de determinar el interés prevalente, cuando se trata de la atribución de la custodia de una hija mayor de doce años*". En este supuesto, atendido el resultado de la exploración, así como que ha quedado acreditado que el padre es un progenitor idóneo para prestar a la menor los cuidados diarios que necesita, que tiene un horario laboral muy flexible, así como cualidades para darle estabilidad emocional y favorecer su rendimiento escolar ayudándole con los deberes, en tanto que la situación con la madre era insostenible, decide la Sala otorgar la custodia al padre.

De igual modo, y en base precisamente a la opinión de los menores de querer convivir con ambos progenitores, o bien de querer compartir más tiempo con el otro progenitor, se ha concedido la modalidad compartida[621].

Por tanto, las cinco leyes autonómicas contemplan la audiencia de los menores, fijando algunas de ellas la edad mínima de los doce años y antes si tienen suficiente juicio, sin que los Tribunales admitan las exploraciones de niños de edades inferiores y ello por cuanto, si bien puede ser interesante conocer sus opiniones, también es cierto y es de especial importancia, preservarles del conflicto de sus progenitores, lo que no se lograría

[619]Entre las más representativas, las sentencias AP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100648); 20 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100194); 10 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100266); 25 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100203); 14 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100181); 4 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100172); 15 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100048); 22 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100632); 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370182011100553); 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100654); 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100116); 10 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100614); 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100556); 19 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100555); 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100514); 10 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100619); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100354); 29 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100085).

[620]Id Cendoj: 08019370182014100043

[621]Así, las sentencias AP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100706); 10 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100276); 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100085); 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100677); 8 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100648); 5 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100094); 20 mayo 2014 (IdCendoj: 08019370182014100319); 29 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182011100632).

si se les hace comparecer en el juzgado para hacer sus manifestaciones[622]. No obstante, deberá tenerse presente el desarrollo madurativo del menor y por ello, aunque tenga menos edad de la reseñada, su opinión deberá ser igualmente válida[623], si bien deberán valorarse el resto de circunstancias concurrentes al caso. Por su parte, en países como Alemania fijan dicho trámite en la edad de catorce años[624].

Se prevé este factor como un requisito procesal previo, esto es, en aquellos procedimientos en los que intervengan menores, y siempre que se encuentren en la edad que la ley establece o tengan madurez suficiente, deberán pasar por el trámite de la exploración judicial. Con carácter general el legislador entiende que a los doce años se ha alcanzado la madurez suficiente, que su capacidad de obrar ha evolucionado suficientemente, y por ello, la finalidad que se pretende con este trámite es que las opiniones del menor vertidas ante el Juez, contrastadas con las pruebas practicadas y en su caso, con el dictamen pericial de especialistas, sirvan a éste para reforzar su convicción sobre la medida a adoptar.

En cuanto al contenido de la exploración, como refiere SEIJAS QUINTANA[625], no debe tener reflejo en las actuaciones, y ello salvo que, atendiendo a la edad y madurez del menor, y siempre contando con su autorización, utilice sus opiniones para fundamentar la medida adoptada. En este sentido, el Juez de familia, al igual que cualquier profesional que por razón de su cargo u oficio recibe información reservada, no debe traicionar la confianza del menor expresando públicamente unas opiniones que se le confían de una forma reservada y que pueden colocarle en una situación de riesgo para su posterior desarrollo psico-social.

No obstante todo ello, no hay que olvidar que una cosa será la satisfacción del derecho del menor a ser oído y otra muy distinta la valoración que de dicha exploración se haga por el tribunal, pues hay que tener en cuenta que las manifestaciones del menor no serán vinculantes para el juzgador, en cuanto son expresión de unos sentimientos e inclinación afectivas, y por ello deberán ser valoradas y tenerse especialmente en cuenta a los efectos

[622] SAP Barcelona de 11 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100163).
[623] REYES LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación de las relaciones familiares…", cit., p. 46.
[624]PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado…", cit.
[625] SEIJAS QUINTANA, J.M., "Guarda y custodia. Derecho de visitas… ", cit., p. 155.

de determinar el interés prevalente, cuando se trata de la atribución de la custodia de hijos menores.

En todo caso, y para el caso de considerarse imprescindible la exploración de los menores, sería aconsejable que se realizara fuera de la sede judicial, si bien a presencia del Ministerio Fiscal, que es quien a fin de cuentas, le corresponde velar por el bien del menor, y ello con la finalidad de dotar al acto de mayor normalidad ya que la sede judicial, no cuenta con los medios ni con las condiciones idóneas para que se puedan llevar a cabo este tipo de actos, pues se trata de un entorno ajeno al menor que en muchas ocasiones, y al no serles familiar, va a crearles situaciones que debieran evitarse a fin de evitarles dicho sufrimiento.

En palabras de SEIJAS QUINTANA[626]"el paso de los menores por los juzgados, muchos de los cuales no están preparados para estas visitas o encuentros con los Jueces y sedes judiciales, no parece lo más conveniente al interés del menor que suma al conflicto conocido de sus padres la preocupación y la incertidumbre de enfrentarse a una situación extraña y completamente nueva para él".

En este aspecto, debieran preverse lugares menos hostiles para los mismos, como por ej. los colegios, donde podría desarrollarse dicha exploración en las mismas condiciones que cualquier entrevista con el orientador o el psicólogo escolar. Se evitaría con ello la difícil y en ocasiones, porque no decirlo, traumática vivencia, que para los menores supone la exploración en sede judicial.

Por ello, en todo caso, la valoración de la voluntad del menor deberá realizarse con prudencia, teniendo en cuenta que a medida que la edad del menor sea superior, su voluntad cobrará una mayor significación. En la valoración de la expresión de la voluntad del menor se deberán tener en cuenta por una parte su edad y por otra su libertad, esto es la ausencia de influencias externas indebidas.

[626] SEIJAS QUINTANA, J.M., "Guarda y custodia. Derecho de visitas…", cit., p. 153.

VI. LA APTITUD Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES PARA ASEGURAR LA ESTABILIDAD DE LOS HIJOS

De nuevo estamos ante un factor determinante para que pueda llevarse a cabo la modalidad de custodia compartida en condiciones favorables para los menores. La aptitud de ambos progenitores, su voluntad de cooperar con el otro para lograr la mayor estabilidad del hijo, garantizando y favoreciendo la relación y el contacto con ambos progenitores, van a ser circunstancias decisivas a la hora de determinar el régimen de custodia compartida como más favorable para el menor[627].

Todo ello va a permitir al Juez inclinar su fallo de lado del progenitor que se muestre más implicado en garantizar el bienestar del menor[628]. Para determinar el grado de aptitud y voluntariedad, el Juez deberá atender a los méritos realizados por los progenitores en este sentido, como puede ser rechazar una oferta laboral en el extranjero, mantener al menor en su centro educativo, etc. En un régimen de guarda y custodia compartida, una mayor aptitud y/o voluntariedad en este sentido, es un buen motivo para que el Juez aumente los periodos de custodia del menor al progenitor que ha demostrado su compromiso.

En este supuesto deberán tomarse en consideración los cuidados prestados en el pasado por los progenitores, si ambos participaban en condiciones de igualdad en el cuidado de los hijos, pues en este supuesto, de establecerse una custodia compartida, no existiría problema alguno de adaptación, y se seguiría manteniendo una situación similar a la anterior a la ruptura, que favorecería la adaptación de los hijos a la nueva situación.

[627] En este sentido, SAP Valencia de 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350); SAP Valencia de 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100649); SAP Pamplona de 10 abril 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100061).

[628] Es abundante la jurisprudencia que ha concedido la custodia monoparental atendiendo ala circunstancia de ser dicho progenitor el que se ha venido ocupando del menor, y por lo tanto, ser la referencia para el menor. En este sentido destacan, entre otras muchas, las sentencias AP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 80193701820121007779); 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100531); 10 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100472); 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100404); 13 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100539); 26 julio 2012 (IdCendoj: 08019370122012100517); 9 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100041); 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100323); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100315); 6 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100292); 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285); 29 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100260); 9 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100240); 18 septiembre 2014 (IdCendoj: 08019370122014100531); 30 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100274); 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100067); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100265); 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100158); 16 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100025); 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651).

Ahora bien, si el padre, o porque no, la madre solicitante de la guarda y custodia (individual para sí o compartida) nunca ha desarrollado tareas de cuidado de los niños, como compras, preparación de alimentos, limpieza, supervisión de tareas escolares y un largo etc., parece, cuanto menos, poco adecuado que se conceda una custodia compartida de manera inmediata, poniendo este hecho en relación con otros intereses espúreos como pretensión de uso de la vivienda o intención de evitar el pago de una pensión de alimentos. Quizá en este supuesto lo aconsejable sería establecer un régimen provisional o progresivo a fin de garantizar el interés de los menores.

Si partimos de que la estabilidad y el bienestar de los hijos pasa por su contacto continuado con ambos progenitores, resulta inevitable que dentro de este criterio deberá valorarse también la capacidad y actitud positiva respecto al otro progenitor, que permita mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad[629]. Si ambos progenitores hacen gala de esa buena predisposición, la viabilidad de un sistema de guarda conjunta será mucho más factible.

Las cincoleyes recogen este supuesto, si bien la terminología empleada por cada una de ellas no es idéntica. A este respecto,la ley valenciana lo recoge bajo la rúbrica *"La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad"*; por su parte, el Libro Segundo del Código catalán como *"la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad"*, y la ley vasca[630]se refiere a la circunstancia del cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados. En este último supuesto, más amplio que los anteriores, se valora como circunstancia favorable para otorgar la modalidad compartida el que el progenitor adopte una actitud que garantice la relación de los menores no solo con el otro progenitor sino también con el resto de parientes y allegados.

[629]GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida…", cit., pp. 13-14.

[630]Art. 9.3, apartado 5.

En este sentido, tanto el TSJCataluña como el TS en sus respectivas doctrinas han citado como criterio preferente, entre otros, no sólo 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, sino también las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado[631].

Todas ellas confluyen en que deberá ser tenido en cuenta a la hora de acordar una u otra modalidad de custodia, si bien deberá el mismo valorarse junto con otros factores concurrentes, no siendo este factor el único elemento a tomarse en consideración para resolver este tipo de litigios. Así lo ha recogido la jurisprudencia de las diversas Audiencias Provinciales, entre las que destacanla SAP Zaragoza de 11 junio 2013[632], SAP Zaragoza de 30 enero 2013[633], SAP Barcelona de 5 marzo 2015[634], SAP Barcelona de 8 abril 2015[635], entre otras muchas. Por su parte, la AP Pamplona también recoge el factor de la aptitud y capacidad de ambos progenitores como factor favorable para el otorgamiento de la custodia compartida[636].

Por el contrario, la falta de aptitud de alguno de los progenitores ha sido motivo para que los Tribunales hayan denegado la modalidad de custodia compartida, pronunciándose en estos términos la jurisprudencia de la AP Zaragoza[637], la AP de Barcelona[638], y también

[631] SAP Barcelona de 5 de marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100154).

[632]Id Cendoj: 50297370022013100215. Fundamenta la Sala su fallo en el contenido del informe psicológico que indica que "*ambos padres muestran capacidades parentales adecuadas para atender a sus hijos y los dos muestran las actitudes necesarias para garantizar un cuidado directo de los niños en la mayoría de las ocasiones sin tener que delegar en terceras personas. Ambos son capaces de realizar sin mayores dificultades las tareas domésticas y las tareas que implican el cuidado directo de sus hijos. Asimismo, los dos progenitores tienen un buen conocimiento de las características personales de los dos niños, de sus gustos y preferencias*".

[633]Id Cendoj: 50297370022013100036

[634]Id Cendoj: 08019370182015100154

[635]Id Cendoj: 08019370122015100265

[636]Entre otras, las sentencias AP Pamplona de 20 febrero 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100002); 10 diciembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100427); 24 septiembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100400); 18 julio 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100221); 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 31201370022014100033).

[637] En este sentido, entre otras, SAP Zaragoza de 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100448); 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100306).

[638]De entre las más representativas, las sentencias AP Barcelona de 21 noviembre 2014 (Id Cendoj: 25120370022014100479); 26 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100249); 25 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100287); 10 enero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100033). La Sala deniega el establecimiento de la custodia compartida en base a que el progenitor paterno "*no aporta una previsión de cómo piensa organizarse, dónde va a residir con las niñas ni cuál va a ser su concreta disponibilidad horaria*".; 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100115); 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100112); 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100176); 7 marzo 2012 (Id Cendoj:

la de Valencia, para quien ser la madre la figura de referencia para los menores al ser ella la que se ha ocupado de los mismos desde su nacimiento, la que se ha venido ocupando de su educación, de los aspectos asistenciales, y de los cuidados de su salud y la que mejor garantiza su interés, al poderles dedicar más tiempo, así como estar los menores adaptados a ella y ser una madre favorecedora de las relaciones paterno-filiales[639], ha sido un factor determinante para denegar la custodia compartida[640].

VII. LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES

Este factor viene referido a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; si no hay conciliación difícilmente podrá haber custodia compartida[641]. El Juez ha de tener en cuenta y valorar el tiempo del que dispone cada progenitor, para una vez atendidas sus obligaciones laborales y compromisos sociales,

---

08019370182012100104); 5 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100159); 5 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100162); 1 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100095); 29 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100105); 29 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100106); 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100767); 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100670); 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100635); 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100593); 3 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100462); 15 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100411); 7 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100446); 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100288); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100211);16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100319); 10 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100271); 28 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100098); 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100049); 23 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100078); 16 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100221); 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100283);12 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100256); 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100300); 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100229); 4 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100287);26 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182014100222); 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100568); 10 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100043).

[639]Destacan, entre otras, las sentencias AP Valencia de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100357); 13 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100308); 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100225); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100015); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100818); 20 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100750); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100722); 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100717); 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100705); 28 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100756); 23 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100624); 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100611); 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100631); 8 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100482); 23 octubre 2013 (TOL 4.043.142); 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100099); 5 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100080); 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100377).

[640]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 1 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100338); 25 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100120); 3 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100116); SAP Barcelona de 24 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100128).

[641]En este sentido, la SAP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100209), deniega la custodia compartida a favor del padre precisamente *"al no existir garantía alguna de que disfrutaran, en los periodos que corresponderían al padre, de su atención y presencia, finalidad prevista en la ley para su implantación"*

dedicarlo al cuidado y educación de los hijos comunes. Se deberá valorar hasta qué punto los progenitores pueden implicarse, como consecuencia de su situación laboral, en la crianza de sus hijos. Ningún sentido tiene establecer un régimen de custodia compartida si uno de los progenitores, por motivos laborales, no puede ejercer su autoridad parental ni cumplir con sus funciones[642].

Tradicionalmente eran las madres las que se ocupaban del cuidado de los menores, sacrificando en mayor medida una carrera profesional con el fin de poder atender al cuidado de sus hijos menores. En los últimos años, se han producido cambios que implican cada vez más al progenitor paterno en el cuidado y atención de sus hijos, implicándose más en esta esfera tradicionalmente reservada a las madres.

A este respecto, tanto el Código aragonés[643]como las leyes valenciana[644], navarra[645] y vasca[646], recogen este factor en idénticos términos, siendo que el Código catalán no lo recoge como tal, si bien podría considerarse incluido en el factor referido a la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores.

Será igualmente un factor más a tener en cuenta por el Juez, ya que es evidente que los hijos tendrán que estar con el progenitor que pueda atenderles personalmente. Se trata de un criterio que no debe considerarse de forma aislada, sino que deberá ponderarse con otros, ya que no se trata de preferir sistemáticamente al que tiene más tiempo libre para los hijos, sino de que al margen y además de tener ese tiempo de dedicación a los hijos, reúna las condiciones para el adecuado desarrollo de los menores. Será objeto de valoración en el proceso, a mayor o menor disponibilidad de los progenitores para atender las necesidades de sus hijos, y ello tanto referido a necesidades educativas (estudios), como

[642]CLEMENTE MEORO, M.E., "El Pacto de convivencia familiar…", cit., p. 66.

En este sentido, entre otras, la SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100370), que denegó la custodia compartida instada por el padre dado no se concretó la forma de ejercicio ni la compatibilidad horaria del padre con el cuidado de la menor y existe además un rechazo por parte de la menor hacia el padre cuyo origen no se ha determinado.

[643]Art. 80.2 e) del Código de Aragón

[644] Art. 5.3 f) de la Ley valenciana 5/2011

[645] Art. 3.3 f) de la Ley foral navarra

[646] El art. 9.3, apartado 8) se refiere a "*las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes*".

las que tienen una mayor trascendencia (concurrencia a actos médicos o colegiales), así como aquellas que quedan encuadradas en la rutina diaria (recogerles en el colegio, darles la merienda, etc.).

En este sentido es ejemplificativa la SAP Barcelona de 7 diciembre 2012[647]. En similares términos, la SAP Granada de 6 noviembre 2009[648] que refiere que *"según el informe psico-social que obra en los autos, de fecha de 11 de diciembre de 2008, se dan una de las premisas que viene formulando la jurisprudencia menor para conceder la custodia compartida:*

g) Disponibilidad personal y profesional de ambos progenitores para el cuidado y atención de los menores".

De igual modo, la reciente STSJ Aragón de 6 abril 2015[649], se ha pronunciado en términos de que la mejor disponibilidad para conciliar la vida familiar y laboral no es una circunstancia por sí sola relevante a efectos de excepcionar la modalidad compartida. La formación de la decisión final debe tener en cuenta otros factores como la correcta aptitud de ambos progenitores, su buena disposición, la adecuada relación afectiva que ambos tienen con la hija, la inexistencia de disparidad en el modo de educación que emplean, o el arraigo social y familiar existente, centrándose exclusivamente en aquellas circunstancias que, por sí solas, no tiene la relevancia en contra del régimen de custodia compartida.

Por su parte, la jurisprudencia valenciana ha resuelto igualmente conceder la modalidad de custodia compartida en aquellos supuestos en los que ha quedado acreditada la posibilidad de que los progenitores concilien adecuadamente su vida profesional con la familiar, pudiendo atender a sus hijos, cuidándolos y educándolos como merecen[650].

Directamente relacionado con este factor, no puedo dejar de referirme al papel que van a protagonizar la intervención de terceros en estos cuidados de los menores, díganse abuelos, personal doméstico, así como las personas unidas por vínculos sentimentales con alguno de los progenitores, que pueden facilitar el que pueda llevarse a cabo dicha modalidad de custodia. No se debe partir de que el progenitor custodio o el titular de un

[647] Id Cendoj: 08019370182012100688
[648] Id Cendoj: 18087370052009100498
[649] EDJ 2015/53346
[650] Entre otras, SAP Valencia de 10 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100194).

derecho-deber de estancias y comunicaciones tenga que cumplir tales funciones con carácter estrictamente personal, sin ayuda de terceras personas. Es evidente que si antes de la ruptura de la pareja, los progenitores podían dejar a sus hijos con terceras personas e irse al cine, también lo podrán hacer en la nueva situación de separación, sin que ello comporte ningún tipo de consecuencia desfavorable en cuanto al otorgamiento de una u otra modalidad de custodia.

En este sentido, la SAP Barcelona de 2 noviembre 2012[651] resuelve a favor de la custodia compartida dado que "*existe implantada en la práctica un sistema peculiar de ejercicio de la custodia que se fundamenta, sobre todo, por el apoyo que la abuela paterna presta a sus tres nietas"*; igualmente, y si bien se alude a la falta de aptitudes de ambos progenitores, "*la ayuda prestada por la madre del mismo a las hijas es sumamente beneficiosa puesto que contribuye a dotar al sistema familiar implantado de unos recursos que ninguno de los padres disponen por sí mismos*".

Esta circunstancia, como una prueba más de la relatividad de las soluciones en esta materia, unas veces se argumenta como positivo el hecho de que uno de los progenitores o incluso los dos, cuenten con esas ayudas y apoyos[652], mientras que en otras, la misma circunstancia se califica de forma negativa, por no desempeñarla el progenitor directamente[653].

No obstante, todo ello deberá de ser analizado desde una postura lógica, analizando la frecuencia y duración de este tipo de situaciones.

[651]Id Cendoj: 08019370122012100729; En similares términos, las sentencias AP Barcelona de 5 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100353); 22 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100603); 4 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100438).

[652]En este sentido, SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332), resuelve a favor de la custodia compartida, al margen y además de por la aptitud de ambos progenitores, así como la compatibilidad de tales funciones con sus jornadas laborales, por la colaboración de los abuelos paternos y maternos para que ello pueda llevarse a cabo.

[653] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…., cit., p. 1272.

VIII. CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA

1. Consideraciones generales

A excepción de la normativa catalana, el resto de leyes autonómicas cierran el precepto en donde se recogen los factores a tener en cuenta por el Juez para acordar una u otra modalidad de custodia, con una cláusula abierta que permite valorar cualquier otro hecho concurrente distinto de los enunciados expresamente en el precepto, siendo que cada una de ellas, al margen y además de los factores comunes a todas ellas, cuenta con factores específicos propios que deberán tomarse en consideración.

En este sentido el art. 80 del Código aragonés, contrariamente a lo dispuesto en otras leyes como la valenciana, no hace referencia expresa a la relación existente entre los progenitores en orden a tener en cuenta dicha circunstancia en cuanto al establecimiento o no de la modalidad de custodia compartida, si bien pudiera incluirse la misma dentro del factor referido a la aptitud y voluntad de los progenitores, así como en el último de los factores que hemos expuesto que actúa como "cajón desastre". No obstante la falta de referencia expresa en el texto legal, en la práctica, la jurisprudencia aragonesa sí que ha tomado este factor en consideración como luego veremos.

La ley navarra prácticamente reproduce los mismos factores que el Código aragonés si bien incluye en su art. 3.3 dos más, que son, "*b) la relación existente entre los padres y la actitud de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos padres y sus familias extensas*"; y el "*g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*".

Por su parte, en el caso de la ley valenciana, se recogen factores como 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. Este factor deberá ser interpretado con cierta flexibilidad, ya que el hecho de que el menor durante sus primeros años de vida, haya pasado más tiempo con la madre no puede ello conllevar a la negativa a que se establezca un régimen de custodia compartida. De igual modo, deberán valorarse 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, así como la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad, así como *"cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos"*, que evita el carácter exhaustivo de la relación permitiendo tener en cuenta otras circunstancias que puedan afectar al supuesto.

El Código catalán, en su art. 233-11 se refiere entre otros criterios, a la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares[654]; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores[655]; los acuerdos en previsión de la ruptura adoptados fuera del convenio antes de iniciarse el procedimiento, así como la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores[656].

De igual modo, la legislación catalana también recoge el factor referido al tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar, pudiendo ser este factor el equivalente al que la ley valenciana denomina *"dedicación pasada a la familia"*.

[654] Salvo excepcionales supuestos, esta vinculación afectiva entre los hijos y sus progenitores se puede presumir muy estrecha, si bien debemos de entender que la calibración de la calidad de tal vinculación afectiva va dirigida a la idea de la existencia de una nueva familia reconstituida en la que se tenga que integrar el hijo, y la consecuencia afectiva y emocional que esta nueva familia pueda tener en la relación entre el hijo y el progenitor.

RUBIO BONET, A., "La potestad parental, la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia", en AAVV, PÉREZ DAUDÍ, V., *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 67.

[655] Este criterio supone la ausencia de conflicto entre los progenitores de manera que puedan adoptar de común acuerdo las decisiones relativas al desarrollo, crianza, educación y formación de sus hijos. En relación con este criterio, mucho se ha discutido al respecto de si la ausencia de conflicto entre los progenitores se ha de configurar como el primer requisito exigible para que se pueda acceder a una guarda compartida.

[656] En este sentido, entendemos que será determinante para el establecimiento de la modalidad de custodia compartida la situación geográfica de los domicilios de los progenitores, la distancia existente entre ambos, así como igualmente los horarios de los hijos y de los progenitores, pues serán determinantes para el establecimiento de una modalidad u otra de custodia.

En el caso de la ley vasca, curioso resulta el factor referido al número de hijos e hijas como circunstancia a tomar en consideración para establecer o no la modalidad de custodia compartida.

Todos los factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, tienen como denominador común la estabilidad delos menores en cada caso concreto. Para ello, va a tener una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo más similar posible a ésta, con preservación de los intereses del menor. Para ello, resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación de los progenitores y cierta coherencia en los estilos educativos de ambos. La Exposición de motivos de la propia ley se inclina claramente por la preferencia de la organización familiar anterior.

No obstante, y al margen y además de los factores legalmente establecidos, se han recogido por parte de la jurisprudencia toda una serie de circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, para el establecimiento de la custodia compartida.

En este sentido, la jurisprudencia catalana establece como circunstancias a tener en cuenta, entre otras: a) la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) el aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; f) que quede deslindada la idoneidad de la custodia con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones[657], etc.

[657]SAP Barcelona de 8 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100683).

En este sentido, el TSJ Cataluña, en sus sentencias de 31 julio 2008[658] y 3 marzo 2010[659], fija la línea jurisprudencial que se ha consolidado en esta materia, delimitando sus requisitos, basados esencialmente en el análisis de la realidad de cada caso concreto, y teniendo en cuenta fundamentalmente la propia dinámica de la familia anterior a la crisis, los deseos de los menores, el respeto mutuo, el cumplimiento de las obligaciones por los progenitores o la ubicación de los domicilios.

El denominado criterio de continuidad o de respeto por la situación existente de modo previo a la ruptura, se valora como un factor positivo por la jurisprudencia mayoritaria[660], y supone que se debe procurar que el menor sufra las menores alternaciones posibles tanto en su entorno personal, geográfico, hábitos y costumbres, respecto a su situación anterior a la ruptura. Es evidente que tras la ruptura, se van a producir una serie de cambios que son inevitables, si bien se debe procurar que esos cambios sean los mínimos y ello con el fin de alterar lo menos posible la marcha del menor antes de la ruptura. La ruptura de la convivencia de los padres ya supone por sí sola un cambio importante en la vida del menor y por ello, salvo que las circunstancias lo aconsejen en pro de su interés, es preferible que se mantengan las pautas que venían existiendo hasta ese momento y ello para no complicar más la situación con alteraciones importantes en su entorno. Se trata de no alterar la vida del menor y la forma de desarrollarse ésta, o hacerlo en el menor grado posible[661], sobre todo cuando exista una situación de estabilidad y tranquilidad del menor que desaconseje el cambio en el régimen de guarda[662].

[658]Id Cendoj: 08019310012008100006

[659]Id Cendoj: 08019310012010100016

[660]Entre otras, SAP Barcelona de 20 diciembre 2006 (Id Cendoj: 08019370122006100638), al manifestar que *"el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, las relaciones con la família amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio"*.

[661]Entre las más representativas, las sentencias AP Barcelona de 12 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100812); 30 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100274); 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100067); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100265); 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100158); 16 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100025); 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651).

[662]Así, las sentencias AP Barcelona de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100141); 5 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100170); 21 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100307); 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100293); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100263); 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100101); 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100182); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100011); 20 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100187); 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100514). En esta última, la Sala rechaza la petición de guarda y custodia compartida al considerar que "*la actual organización de la vida del menor se considera óptima*".

No obstante este factor, no debe tomarse el mismo en términos absolutos ya que si de la contemplación de la situación preexistente pudiera resultar más favorable para los menores el romper con la misma, habrá que ir al resultado opuesto a su continuidad.

De igual modo, todo ello no debe conllevar que ante situaciones en las que normalmente la madre se hiciera cargo en mayor medida del cuidado del menor tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, se deniegue la custodia compartida a favor del progenitor paterno, siempre que por parte del mismo se hayan demostrado las habilidades necesarias y adecuadas para hacerse cargo del menor en la nueva situación familiar tras la ruptura. Si uno de los progenitores se ha ocupado personalmente de manera especial, singular y privilegiada de sus atenciones vitales y educacionales, si bien deberá valorarse esta circunstancia, no deben desecharse otras opciones, siempre claro está, que con las nuevas opciones se garantice el interés y la estabilidad del menor.

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[663]"si en la forma que viene desarrollándose su vida, no está mal, es preferible no ensayar con nuevos cambios".

En mi opinión, resulta desacertada esta afirmación y ello por cuanto que habrá que analizar las circunstancias del caso concreto, así como analizarse el resto de circunstancias concurrentes, el contenido de los informes emitidos al efecto, etc., para poder determinar la modalidad de custodia que mejor garantizará el interés y bienestar emocional del menor.

Por su parte, también puede darse el supuesto de que haya transcurrido algún tiempo desde la ruptura de la pareja y que la convivencia de los hijos esté dividida entre ambos. Esta situación precedente también constituye un elemento de indiscutible importancia a tener en cuenta, pues la relación que los hijos hayan tenido con los padres, constituye una experiencia previa que deberá tomarse en consideración a la hora de adoptar otra modalidad de custodia.

En este sentido la SAP Barcelona de 7 octubre 2010[664], acordó la modalidad de custodia compartida estimando que *"concurren todas las circunstancias objetivas para acceder a la petición formulada por el padre, en tanto dicho sistema es el de mayor semejanza con el modelo de convivencia y cuidado llevado a cabo cuando los padres*

[663] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1329.
[664]Id Cendoj: 08019370182010100331

vivían juntos y con el modelo de convivencia acordado por los padres después de la ruptura que, aunque breve en el tiempo, no se ha evidenciado perjudicial para los niños. Los cambios de domicilio de los menores se producen igualmente con el régimen de comunicación establecido en la sentencia apelada que contempla una tarde entre semana con pernocta y en tanto no se ha probado que resulten perjudiciales para los hijos, no pueden servir como única razón para denegar la guarda compartida en los términos en que ha sido solicitada".

Dado que la ruptura de la unidad familiar, ya va a suponer una convulsión importante en la vida de los hijos, se trata de que en la medida de lo posible, no se les someta a importantes alteraciones, y ello salvo que las circunstancias lo aconsejen para garantizar su interés.

Por su parte, la jurisprudencia de la AP Valencia también ha establecido sus propios factores a tener en cuenta, al margen y además de los que la ley valenciana recoge para otorgar o denegar la custodia compartida. En este sentido, se han considerado como circunstancias no favorables para el otorgamiento de la custodia compartida que el progenitor paterno traslade el conflicto que tiene con su ex mujer a los menores, lo que repercute de manera negativa en su desarrollo madurativo y hace aconsejable seguir con el mismo sistema de guarda y custodia a favor de la madre[665], la existencia de enfermedad grave de uno de los progenitores[666], el no quedar acreditado que con la custodia compartida se beneficiara el interés del menor[667], la radical diferencia de los estilos educativos de los progenitores[668],el no acreditarse cambio circunstancias que justifiquen el cambio de custodia ni aportarse informe del Gabinete Psicosocial ni haberse interesado la exploración del menor para acreditarlo[669], así como por considerar que el hecho de que el

[665] En esta línea, las sentencias AP Valencia de 21 diciembre 2011 (TOL 2.409.626); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428).

[666]Así, las sentencias AP Valencia de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100599); 10 julio 2012 (EDJ 2012/199748); 1 febrero 2012 (EDJ 2012/82241). Esta última refiere que *"…las alteraciones de salud que presenta el padre de los menores unidos al hecho de que presenta episodios en los que rehúsa la toma de medicación y el contacto con psiquiatría durante los cuales exterioriza explosiones de ira e incluso agresividad contra objetos incluso con cuchillos con ideación de prejuicio hace aconsejable mantener la guarda en los términos fijados en la resolución recurrida"*.

[667] SAP Valencia de 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100320); 5 marzo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100147).

[668]SAP Valencia de 25 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100573); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428).

[669] SAP Valencia de 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100069).

padre cambie de residencia a otra Comunidad Autónoma sin motivos que lo justifiquen, no puede conllevar el cambio de custodia[670].

Al margen y además de los criterios ya apuntados, del examen del Derecho extranjero así como de la jurisprudencia reciente, se desprenden otros como el número de hijos, la capacidad de los progenitores para mantener un modelo educativo común, la proximidad de los domicilios de los progenitores, la disponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente, los medios materiales disponibles, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en la convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven[671].

Sin perjuicio de todo lo anterior, merece destacarse el hecho de la situación que se produce cuando se produce la ruptura de hecho entre los progenitores, sin embargo no es hasta pasados unos meses cuando se acuerdan medidas judiciales en torno a los hijos, bien en el procedimiento de medidas provisionales o bien en el procedimiento principal de divorcio. Durante estos meses, en muchas ocasiones, se produce una situación que acaba consolidando con posterioridad, tomándose por la autoridad judicial dicha situación para adoptar lo que serán las medidas a regir en relación con la custodia de los menores y demás. Mucho se ha debatido al respecto de la denominada consolidación de situaciones pero de lo que no cabe duda es que este tipo de situaciones, acaban convirtiéndose en un factor que es tomado como referente por el Juez a la hora de decidir[672].

[670]SAP Valencia de 7 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100720).

[671]Puede verse un análisis pormenorizado de cada uno de estos criterios en GUILARTE MARTÍN CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida…", cit., pp.11-18.

[672] SAP Valencia de 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965). En este supuesto, la Sala toma como referente para fundamentar su decisión de adoptar la modalidad compartida los acuerdos suscritos por los progenitores, no perdiendo fuerza dichos acuerdos por el hecho de que el pacto de convivencia no fuera presentado al Juzgado para su ratificación y aprobación judicial, al parecer por otros motivos ajenos.

2. La recomendación de no separar a los hermanos

La regulación de las leyes autonómicas en este aspecto, y con la excepción de la valenciana que no lo contempla, se asemejan a lo previsto en el art. 92.5[673] último inciso del C.c., pues todas ellas van a establecer el condicionante de que salvo que las circunstancias lo justifiquen[674], no se adoptarán soluciones que suponga la separación de los hermanos. Esta pauta general se refiere, con buena lógica, a cualquier régimen de guarda y custodia y no sólo a la compartida. Siguiendo la doctrina del TS, "*los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomará de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficioso para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos*"[675].

A tal efecto, el art. 80.4 del Código aragonés[676], el art. 233.11.2 del Código catalán[677], el art. 3.7 de la ley navarra[678], así como el art. 9.7 de la ley vasca[679], establecen la acertada recomendación, que no prohibición, de que cualquiera que sea la modalidad de custodia adoptada, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos, salvo que las circunstancias así lo justifiquen[680].

[673] Refiere que "*el Juez, al acordar la guarda conjunta, y tras fundamentar su decisión, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*".

[674] En este caso, la SAP Valencia de 5 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100799), atendidas las circunstancias del caso, y si bien considerarse una medida excepcional, opta por separar a los hermanos.

[675]Por todas, STS de 25 septiembre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100509).

[676] La ley aragonesa exige con mayor énfasis que el C.c., la determinación de no separar a los hermanos "*salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente*".

[677] Refiere que "*en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen*".

[678] El precepto incluye la norma de orden general de que no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos, pero admite la posibilidad de una excepción cuando concurran "*circunstancias que lo justifiquen específicamente*".

[679]Establece que "*salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas*".

[680] En este sentido, SAP Zaragoza de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100189).

La norma valenciana, no prevé el supuesto de que no se separe a los hermanos[681]. Quizá por olvido no se incluyó en la ley, si bien se trata de un factor que se ha tomado en consideración por la jurisprudencia, en el sentido de no adoptar decisiones que supongan la separación de los hermanos[682].No obstante y en situaciones excepcionales sí se han adoptado decisiones judiciales en sentido contrario[683].

Por ello, y a pesar de no estar recogido expresamente en la ley, no hay olvidar que se trata de una medida excepcional y que únicamente será acordada en aquellos supuestos en que o bien los padres, si es de mutuo acuerdo, o bien el Juez, consideren que es la mejor en interés siempre de los menores y nunca de sus progenitores.

3. La necesidad de buena relación entre los progenitores. La especial mención a la existencia de malas relaciones entre ellos recogida en la ley valenciana y vasca

A) Consideraciones generales

Uno de los aspectos que tiene mayor incidencia a la hora de la fijación o no del sistema de custodia compartida, es el papel que puede jugar la conflictividad en la relación entre los progenitores. Ninguna duda cabe de que cuando la relación entre los progenitores sea conflictiva, ello va a influir de forma negativa en los hijos y va a dificultar el ejercicio de la guarda conjunta, si bien dependiendo del grado de conflicto existente, ello no impedirá que se pueda otorgar esta modalidad de custodia.

Mucho se ha discutido al respecto de si la mala relación existente entre los progenitores, podría ser motivo para denegar el régimen de custodia compartida. Hasta fechas recientes y antes de la entrada en vigor de las leyes autonómicas, al tratarse de una modalidad más o menos novedosa de custodia, contó con cierto recelo y por ello, la existencia de malas relaciones era uno de los factores principales en los que más se basaban los Tribunales para denegar esta modalidad de custodia. La tendencia mayoritaria

[681] En los supuestos en que se produce la separación de los hermanos, se denomina custodia partida, y supone que unos hermanos estarán bajo la custodia de un progenitor y los otros hermanos bajo la custodia del otro progenitor o de un tercero. Se trata de una medida de carácter excepcional y por ello, el Juez debe intentar, no separar a los hermanos.

LACALLE SERER, E., y SANMARTÍN ESCRICHE, F., *Protocolo sobre la guarda*…, cit., p. 3.

[682]SAP Valencia de 21 mayo 2012 (EDJ 2012/154430); SAP Valencia de 28 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100056). En esta última, al margen y además de por otros motivos, se deniega la custodia compartida para no separar a los hermanos.

[683]SAP Valencia de 9 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100598).

partía de que para otorgar la custodia compartida debía de haber una relación armónica entre los progenitores, rechazando de plano esta modalidad de custodia cuando existiera conflictividad entre ambos, entendiendo que las discrepancias y desacuerdos hacían imposible un reparto equitativo de las funciones de la custodia. Por ello, bastaba con que uno de los progenitores no quisiera poner de su parte para que se denegara este tipo de guarda.

Así, la mayoría de pronunciamientos judiciales que venían denegando la atribución de la custodia compartida fundamentaban su negativa en "la situación verificada de conflictividad clara entre los padres y su relación con los intereses que están en juego"[684]. GUILARTE MARTÍN-CALERO[685] refería que ésta era precisamente la razón más esgrimida por los Jueces y Tribunales para denegar la procedencia del régimen de custodia compartida.

A este respecto, los sectores más críticos de la custodia compartida se han referido en términos de que ésta sólo es viable en los supuestos de plena colaboración y buena relación entre los progenitores.

Sin embargo, con la entrada en vigor de las leyes autonómicas y el cambio en el criterio jurisprudencial existente hasta el momento, ya no será suficiente que exista mala relación sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento para que esta situación pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida. No obstante el giro acontecido, es cierto que los enfrentamientos agudos y constantes, fruto de una conflictividad profunda, hacen muy difícil esta modalidad de custodia sin poner en riesgo la estabilidad educacional del menor, que cada día se va a ver sometido a una normativa distinta en función del progenitor con el que conviva en ese momento. Por el contrario, unas relaciones correctas entre los progenitores, con una buena comunicación entre ambos, sin grandes diferencias en cuanto al estilo educativo del menor (colegio, religión, etc.), son circunstancias favorables para otorgar el régimen compartido.

A continuación expondré el tratamiento que se le ha venido dando al factor de la conflictividad entre los progenitores tanto por parte de la doctrina como por parte de la

[684] DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos*…, cit., p. 161.
[685] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa...", cit., pp. 5-6.

jurisprudencia, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia del TS; tras este análisis, expondré el tratamiento que se le da en cada una de las leyes autonómicas, con especial incidencia al tratamiento en la ley valenciana.

B) Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de este factor. Especial referencia a la reciente doctrina del Tribunal Supremo

A tal efecto, la más reciente doctrina del TS va a tomar en consideración a la hora de adoptar o no la modalidad de custodia compartida, la relación existente entre los progenitores, si bien superando las limitaciones que hasta fechas recientes venían dándose en este aspecto.

En esta evolución jurisprudencial, el TS ha abordado la cuestión relativa a si la conflictividad entre los progenitores constituiría un impedimento para acordar la guarda y custodia de los hijos comunes. A este respecto, son numerosas las sentencias, entre otras, la de 7 junio 2013[686], 17 diciembre 2013[687], 29 noviembre 2013[688]y 9 marzo 2012[689], que señalan que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. El Tribunal considera que la existencia de mala relación entre los padres, no limita en absoluto el ejercicio de la guarda y custodia compartida en la medida que esa mala relación no causa perjuicio para los menores[690]. De igual modo, las sentencias TS de 15 octubre de 2014[691], 29 noviembre 2013[692] (recogiendo la doctrina contenida en la STS de 22 julio 2011[693]) añaden que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, como sucede en los supuestos de conflictividad extrema entre éstos, "*especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición el niño al enfrentamiento*". Añade que la genérica afirmación "*no tienen buenas relaciones*", no debe amparar por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se aprecia de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias

[686]Id Cendoj: 28079110012013100303
[687] Id Cendoj: 28079110012013100736
[688]Id Cendoj: 28079110012013100675
[689] Id Cendoj: 28079110012012100175
[690]STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681).
[691] Id Cendoj: 28079110012014100490
[692] Id Cendoj: 28079110012013100675
[693] Id Cendoj: 28079110012011100491

al interés de los menores. En similares términos la STS de 16 octubre 2014[694] establece que la tensión entre los progenitores no es obstáculo a la custodia compartida en niveles propios de estas situaciones de crisis y buena disposición de los menores. A juicio de la Sala, la tensa situación existente entre los progenitores no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal y por ello, y acreditada la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y la abstinencia de ambos para predisponer negativamente a los hijos, debe conllevar a que se admita el sistema de custodia compartida como el más favorable para el interés de los menores.

Por su parte, la STS de 30 octubre 2014[695] parte de la premisa de la necesidad, en los supuestos de guarda compartida, de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. En esta misma línea, la STS de 29 abril 2013[696] estableció que "*la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*". En sentencia de 22 de julio de 2011, señaló que "*las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor*" y finalmente la reciente sentencia de la Sala Primera del TS de 15 febrero 2015 dice que para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo.

[694]Id Cendoj: 28079110012014100531

[695] Id Cendoj: 28079110012014100551. Así, refiere la Sala que *"la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

[696]Id Cendoj: 28079110012013100242

Por su parte, la STS de 8 octubre 2009[697], así como la de 11 marzo 2010[698], establecen la doctrina sobre esta cuestión y refieren que exigir que los progenitores se lleven bien, implica un reduccionismo de las previsiones legales y dejaría en manos de uno sólo de ellos la conveniencia de este sistema que gravita sobre el derecho del menor a compartir a sus dos progenitores[699]. En igual sentido la AP Valencia[700]se pronuncia en términos de que sólo por las malas relaciones, o inexistencia de las mismas entre ambos progenitores, no puede ser motivo bastante para denegarla pues choca con la disposición legal del régimen general de custodia compartida recogido en la legislación valenciana.

En esta línea se ha pronunciado igualmente la denominada jurisprudencia menor, para quien la relación de enemistad existente entre los padres, no puede perjudicar la frecuencia de la relación de los hijos con el padre pues la ampliación de los contactos supone un beneficio para estos. La SAP Madrid de 24 octubre 2011[701] ha considerado que "…*las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor*". De igual modo, la SAP Madrid de 28 octubre 2009 otorga la custodia compartida, pese a la oposición de la madre, fundamentándose en que estaba positivamente informada como beneficiosa por el Equipo Técnico adscrito al juzgado de origen, que igualmente la insta el Ministerio Fiscal y que, respecto a los litigantes, éstos mantienen una comunicación aceptable, el proyecto educativo es común, y ambos progenitores tienen relación con el centro escolar, manteniendo uno y otro relación fluida con el colegio, asistiendo a reuniones generales de clase y a las entrevistas con los tutores, además de que los menores desean mantener la cotidianeidad con los dos y finalmente, consta que sólo a través de este sistema de guarda quedan protegidos los superiores intereses de los dos hijos.

Por su parte, la doctrina también parece seguir la línea establecida por nuestro más Alto Tribunal y a tal efecto considera, que para que el factor referido a la conflictividad

[697]Id Cendoj: 28079110012009100624

[698]Id Cendoj: 28079110012010100108

[699] En este sentido, cuantas veces nos encontramos los profesionales de la abogacía con situaciones en las que, ante una situación de ruptura en la que se ha de determinar el régimen de custodia para los hijos, se pretende hacer ver por una de las partes, la existencia de una situación de conflicto entre los progenitores para evitar de este modo, el que se otorgue la modalidad de custodia compartida.

[700]Así, las sentencias AP Valencia de 26 mayo 2014 (IdCendoj: 46250370102014100350); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100316).

[701]Id Cendoj: 28079370242011100800

entre los progenitores pueda afectar al ejercicio adecuado de la modalidad de custodia compartida, deberé partirse de unas relaciones muy deterioradas y con un elevado nivel de enfrentamiento.

Así, para GUILARTE MARTÍN-CALERO[702], tendrá que ser una relación deteriorada, pésima, conflictiva o simplemente inviable para que se descarte el régimen de guarda compartida, pues se hace necesaria la existencia de una actitud, un entendimiento mínimo y una colaboración entre los padres para que sea un sistema eficaz y no un sistema generador de continuos problemas.

En similares términos PÉREZ-SALAZAR RESANO[703], para quien se debe aceptar la custodia compartida como medida adecuada en aquellas situaciones en donde exista un cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, siempre que ambos sean capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. Se parte de que no es necesario un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.

Por ser evidente, no hay que olvidar que en la mayoría de las rupturas, la situación posterior a la quiebra de la paz matrimonial es, cuanto menos, de tirantez entre los progenitores, siquiera sea en el momento inicial. Quedan al descubierto disconformidades de siempre y desacuerdos profundos –de siempre- y se magnifican otros enfrentamientos que el amor o la pasión mantuvieron ocultos o dormidos[704].

En este sentido, DE TORRES PEREA[705] refiere que ante una situación de divorcio siempre existirán tensiones, por lo que no se dará esa situación idílica de buena relación entre ambos progenitores al menos en la mayoría de los casos. Por ello, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto y determinar si el grado de enfrentamiento existente se prevé que sea algo pasajero y fruto de la ruptura o por el contrario, sea consecuencia de otros motivos no tan fácilmente superables.

[702]GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida…", cit., p. 14.

[703] PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p.2. [Consulta: 11 de diciembre de 2014]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[704] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia…"*, cit., p. 211.

[705] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa…", cit., pp. 14-15.

Lo aconsejable en estas situaciones es que los padres cierren filas en torno a los hijos y se manifiesten acordes en cuanto a las normas y líneas a seguir para la formación de los hijos y para garantizar su bienestar no sólo físico sino también emocional. No obstante, este consejo en demasiadas ocasiones se hará muy difícil de llevar a la práctica.

Por lo tanto, es mayoritaria la tendencia de que la mera discrepancia entre los progenitores, no es razón suficiente para denegar la custodia compartida. En este sentido, ZARRALUQUI[706]refiere que no bastará con que existan discrepancias para negar la custodia compartida o alterna si bien, en el supuesto de que existan, sólo deberán tener consecuencias cuando lleguen a ciertos extremos.

Frente a la que parece ser la línea jurisprudencial dominante, autores como ROMERO COLOMA[707], GUILARTE MARTÍN-CALERO[708], BLASCO GASCÓ[709] y VILLAGRASA ALCAIDE[710], entre otros, han reseñado que resulta crucial para salvaguardar el beneficio del menor, la existencia de una buena relación entre los progenitores. Para PÉREZ MARTÍN[711], el requisito "de la falta de conflictividad" se considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí, si no existe el más mínimo diálogo, nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores. Es importante que en ambos progenitores exista una conciencia de priorizar los intereses de los menores frente a los suyos propios. La guarda y custodia compartida no se debe otorgar para contentar a ambos progenitores, sino para beneficiar a los hijos, por ello, si esta modalidad de custodia se traduce en una fuente inagotable de conflictos, se habrá desatendido el principio

[706] ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia*…., cit., p. 212.

[707] En este sentido ROMERO COLOMA, A., "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 825, 2011, p. 2. [Consulta: 1 de julio de 2012]. Disponible en: http://www.westaw.es

El artículo referido, concluye que "la custodia compartida no se revela como la medida familiar más beneficiosa para los menores, en tanto los progenitores no sepan alcanzar un entendimiento entre ellos".

[708] En similares términos GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa…", cit., p. 5; afirma que "una actitud de diálogo y colaboración con el progenitor custodio sólo puede traer beneficios a las partes implicadas (SAP Barcelona de 2 de marzo de 2007 exhorta a los padres para que busquen la desaparición de la conflictividad *que comportará un verdadero beneficio para el menor, que no pasa por más o menos días de pernocta, sino por aligerarle la carga emocional referida en el informe*".

[709] BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILLAR, B., "La determinación del régimen de convivencia familiar en la Ley de la Generalitat...", cit., p. 9.

[710] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 98.

[711]PÉREZ MARTÍN, A.J., "Guarda y custodia conjunta o compartida", en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol 1, ed. Lex Nova S.A, 2007, p. 268.

prioritario del interés del menor. Por encima de la custodia compartida será la custodia responsable.

Por su parte PÉREZ-VILLAR[712] alude a la necesidad de que exista una fluidez en la comunicación, pues en caso contrario, resulta inviable esta modalidad de custodia. Alude a la existencia de un auténtico infierno en los supuestos de no comunicación entre los progenitores.

En este sentido, entiendo que resulta determinante que los progenitores mantengan una relación personal, no tanto óptima como algún autor ha referido[713], si bien sí carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, con una actitud de cooperación entre los progenitores y relaciones cordiales y fluidas entre ellos, dejando de lado sus enfrentamientos personales, y mostrando una actitud, un entendimiento y una cooperación entre ambos, mediante relaciones cordiales y fluidas, que permita afirmar su conveniencia para el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos.

En los supuestos en los que la relación entre los padres haya llegado a un deterioro considerable, deberá prescindirse del sistema de custodia compartida, si bien tomándose las medidas correspondientes para garantizar el régimen de comunicación y estancia y otorgar la guarda al progenitor "menos envenenado"[714] con la ruptura, a fin de evitar la pérdida de la figura del no custodio. En esta línea se han pronunciado, entre otras muchas, la SAP Sevilla de 10 octubre 2006[715] y la SAP Valencia de 22 julio 2005[716].

Para CASTILLA BAREA[717], para quien la creencia de que la custodia compartida precisa de una fluida relación y entendimiento de los progenitores es erróneo, afirma, refiriéndose tanto a la custodia individual como a la compartida que, "es cierto que en ambos supuestos un mínimo de comprensión y unidad de criterios de actuación de los

[712]PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado…", cit.

[713]VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014. Refiere que "lo determinante en estos sistemas de guarda es que los progenitores mantengan una relación personal óptima, carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, puesto que es preciso que no se convierta en una fuente de controversias permanente…".

[714]GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa…", cit., p. 18.

[715] VLEX 32489398

[716] VLEX 54575223

[717] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., p. 9.

progenitores facilitará las cosas y, sin duda alguna, redundará claramente en beneficio de los hijos, pero la ley está precisamente para suplir esa falta de armonía esencial, que será lo más habitual y previsible teniendo en cuenta que el desencuentro entre los progenitores debe ser profundo cuando han decidido llegar al extremo de romper su convivencia". Reseña además que lo importante será el "estricto cumplimiento de la legalidad", en términos de que en los supuestos de custodia individual, el progenitor custodio respete y facilite el régimen de visitas del otro progenitor en los términos pactados, y en los supuestos de custodia compartida, que cada progenitor cumpla y se atenga al régimen de convivencia establecido.

Entiendo que se trata de una cuestión en la que no se debe generalizar. Es evidente que en casi todas las rupturas, al menos durante los primeros meses, la relación existente entre los progenitores es tensa y con infinidad de desavenencias respecto de los acuerdos que hay que tomar referidos a los hijos menores, vivienda familiar, pensiones, etc. Esa desarmonía que en muchos casos será transitoria, no puede ser excusa para que se deniegue la custodia compartida, siempre y cuando no perjudique el desarrollo personal del menor y exista por parte de los padres un proyecto educativo común para sus hijos. No obstante, y en los supuestos en donde ni tan siquiera exista ese proyecto educativo común, como puede suceder cuando los progenitores provengan de mundos culturales distintos, sean de distinta nacionalidad, etc., pudiera producirse un elevado grado de conflictividad que haga inviable la custodia compartida.

La existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar un desencuentro personal en aras al beneficio de los hijos comunes, debe considerarse un presupuesto de singular valoración, si bien ello no debe llevar a concluir que la existencia de conflictividad entre los progenitores sea motivo suficiente para denegar la custodia compartida, pues no debe olvidarse que si la medida se adopta en un proceso contencioso, es obvio que habrá discrepancias entre los progenitores, si bien un alto grado de conflictividad y desavenencias entre los progenitores, entendemos no debiera aconsejar la concesión de la custodia compartida pues es evidente que este régimen familiar de conflictividad no es aconsejable para los hijos ni garantiza el principio del interés superior del menor.

A este respecto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[718], señala que la necesidad de acuerdo entre los progenitores deberá ser no tanto respecto al grado de entendimiento entre ellos, sino en cuanto al proyecto educativo de sus hijos, y ello por cuanto "si se concede tal relevancia a la conflictividad de los padres que pueda impedir una guarda y custodia compartida, se condenará a dicha figura a un papel residual, dejando en manos de los cónyuges instrumentalizar los conflictos para forzar, en su caso, una guarda unilateral". En definitiva, puede existir desarmonía siempre y cuando no perjudique al desarrollo normal del menor[719]. En esta misma línea, LATHROP GÓMEZ, para quien la conflictividad parental es un elemento prácticamente connatural a toda crisis matrimonial, independientemente del tipo de custodia establecida. La guarda compartida no supone que los progenitores interrelacionarán positivamente. La ausencia de conflictividad no es un requisito esencial del establecimiento de la custodia compartida y que "las cuestiones que obligan a los padres a mantener un cierto grado de comunicación son las relativas al cuidado de los hijos, no a la que les unieron como cónyuges"[720]. Esta es la interpretación mayoritaria así como la línea seguida por la doctrina del TS[721], para quien las relaciones entre los progenitores, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, siendo que únicamente se convierten en relevantes cuanto afecten, perjudicándolo, al interés del menor; esto sucederá en los supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, cuando existan malos tratos, etc. La genérica afirmación de que "no tienen buenas relaciones" no ampara, según esta doctrina, una medida contraria al régimen de custodia compartida.

En esta línea DE TORRES PEREA insiste en que no hay que olvidar que en un divorcio existirán siempre tensiones, siendo que la situación idílica entre ambos no se dará[722].

A este respecto, muchas han sido las investigaciones que han concluido que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los

[718] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales…", cit., pp. 8-22.

[719] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Problemas que genera la actual regulación…", cit., pp. 6-7.

[720] LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida…*, cit., pp. 492-494.

[721] STS de 7 junio 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100303); STS de 22 julio 2011(Id Cendoj: 28079110012011100491); STS de 29 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100675).

[722] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa…", cit., p. 18.

padres y que en muchas ocasiones, el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda. Concluyen que los niveles de conflictividad no difieren entre supuestos en los que se opta por una custodia compartida o una monoparental con régimen de visitas. Se insiste en la viabilidad de esta modalidad de custodia aunque los padres no cooperen, y ello siempre y cuando cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y se tengan en cuenta sus necesidades, puesto que cuando cada uno de los progenitores es capaz de apreciar las necesidades de su hijo de contactar con el otro progenitor, la cooperación no será tan importante[723].

En mi opinión, resulta más que evidente que la clave del éxito de la llamada custodia compartida está, en buena parte, en la relación que mantengan los progenitores entre sí, y respecto de sus hijos comunes[724], y por ello difícilmente habrá una custodia efectiva si la relación de los padres está muy deteriorada[725]. De la misma forma que la relación de los hijos con los progenitores debe ajustarse a una asunción equitativa de las responsabilidades de éstos en relación con las necesidades de aquellos, deben concurrir parámetros que permitan determinar la idoneidad de esta medida. De este modo, se ha considerado relevante que existan unas condiciones similares entre los progenitores en los diferentes órdenes de la vida, personales, sociales y culturales[726]; que exista un proyecto común respecto a la educación y formación de los hijos, que exista flexibilidad y comunicación fluida, que haya una proximidad entre los domicilios de los progenitores al efecto de evitar una ruptura del menor con su entorno habitual[727].

[723] DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa…", cit., p. 18.

[724] El art. 92.6 C.c. establece que la autoridad judicial, para acordar una guarda y custodia compartida, debe valorar la relación que mantengan entre sí los progenitores y con sus hijos, en sintonía con el criterio jurisprudencial de ausencia de conflictos graves, y la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que señala, como circunstancia fundamental a tenerse en cuenta, la de la buena relación entre los progenitores.

En esta misma línea se pronuncia la STSJ Cataluña de 3 marzo 2010 (TOL 1.861.743); en cuanto que *"es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la responsabilidad parental"*.

[725] CATALÁN FRÍAS, M. J., "La custodia compartida" pp. 76-77. [Consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.padresdivorciados.es/pdf/La%20custodia%20compartida.Mar_a%20Jos_%20Catal_n.pdf

[726] En este sentido, SAP Barcelona de 15 diciembre 2009 (TOL 1.793.864).

[727] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 93.

A este respecto, y siguiendo la línea de la SAP Barcelona de 4 marzo 2011[728], la posibilidad de adoptar la modalidad de la custodia compartida depende en gran medida, aparte de otras consideraciones de tipo material, de la actitud de cada uno no sólo frente al hijo sino también respecto al otro progenitor. Será fundamental que padre y madre sean capaces de mantener una comunicación frecuente y fluida porque son muchas y diarias, las pequeñas incidencias que se plantean en la vida cotidiana y que han de resolverse rápida y eficazmente. Para el menor, el enfrentamiento constante, el conflicto y el menosprecio de una u otra figura constituyen un motivo de infelicidad, así como se le va a causar graves perjuicios que en ocasiones, serán de difícil superación.

Es por ello que se hace siempre hincapié en la conveniencia de que los padres acepten mantener un canal de comunicación que facilite el diálogo y les permita "compartir" las necesidades del hijo. Y de ahí que se tienda, incluso como fórmula para suavizar el conflicto, a tratar de recuperar el dialogo a través de esa posibilidad de compartir la realidad de los hijos. Aunque sea naturalmente exigible como presupuesto básico a esta posibilidad el acuerdo mutuo de los padres, pues de lo contrario aquello que había de ser una vía de comunicación constante se convierte en una fuente constante de enfrentamientos, si el interés y bienestar del menor así lo aconsejan, nada impide que sea finalmente la autoridad judicial la que resuelva adoptar esta medida, una vez alcanzada esa convicción a través de la actividad probatoria del oportuno proceso. Por supuesto, no siempre será posible acordar la custodia compartida, si el nivel de conflictividad familiar se revela de difícil superación.

A la vista de todo ello, no hay que olvidar que una cosa es una divergencia absoluta y clara o un enfrentamiento total en cuanto a las cuestiones que guardan relación con los menores, su cuidado, su educación, etc.; y otra muy distinta las discrepancias que pueden ser normales y que existen incluso en las parejas que permanecen en convivencia y por ello, no cualquier discrepancia deberá tomarse como razón de peso para denegar la modalidad de custodia compartida, pues la conflictividad entre quienes han roto una relación de pareja es habitual. No obstante, ello no debe impedir adoptar decisiones sobre los hijos que sean las mejores para ellos. Por tanto, si los progenitores logran superar el enfrentamiento existente o cuanto menos, que éste no influya en las decisiones que van a

[728]Id Cendoj: 08019370182011100171

afectar los menores, no debe constituir un obstáculo para acordar la modalidad compartida de custodia.

La inexistencia de comunicación entre los progenitores durante bastante tiempo, así como las pésimas relaciones y la existencia de un nivel de enfrentamiento considerable entre los progenitores[729], ha sido un factor determinante para la denegación de la modalidad de custodia compartida. Ninguna duda cabe de que esta situación de conflicto, así como la discrepancia en el estilo en el estilo educativo de ambos[730], ni el alto conflicto relacional entre ambos[731], harán difícil de abordar la modalidad de custodia compartida. No obstante se considera que sólo por las malas relaciones o inexistencia de las mismas entre los progenitores, no es motivo bastante para no acordarla, ya que choca con la disposición legal del régimen general de custodia compartida recogido tanto en la legislación valenciana[732], como en el resto de las vistas.

C) Especial referencia a la consideración de *"las malas relaciones entre los progenitores"* en la ley valenciana

De las cinco normativas autonómicas, únicamente la valenciana y la vasca recogen expresamente que el hecho de que existan malas relaciones entre los progenitores, no impedirá que se pueda otorgar la modalidad de la custodia compartida[733]. En este sentido, el art. 5.2 del texto valenciano refiere que "c*omo regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas*

[729] El grado de enfrentamiento existente sirve como argumento para no conceder la custodia compartida. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias AP Valencia de 21 octubre 2009 (Id Cendoj: 46250370102013100612); 4 enero 2012 (TOL 2.456.206); en esta última, atribuye la custodia a la madre al considerar inadecuado la concesión de un régimen de compartido de guarda y custodia por el enfrentamiento existente así como por la escasa convivencia del menor con el padre.

En similares términos se pronuncian lassentencias AP Valencia de 21 octubre 2013 (TOL 4.043.081); 30 septiembre 2013 (TOL 4.043.262) y 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428), en las que se señalan, entre otras, que el clima de confrontación entre los padres como circunstancia que no hacen recomendable el sistema de custodia compartida.

[730]De entre las más representativas, las sentencias AP Valencia de 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100368); 9 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100259); 7 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100033).

[731]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 31 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100595); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100599); 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394).

[732] SAP Valencia de 24 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100586).

[733] En este sentido, y entre otras muchas, destacan las sentencias AP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354); 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100289); 29 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100236); 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100821); 6 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100392).

menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores[734] *o las malas relaciones entre ellos*". Por su parte, el art. 9.2 dela ley vasca refiere que "*la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor*".

A este respecto, ninguna otra ley autonómica contempla expresión similar a la recogida por la ley vasca y la valenciana, habiéndose tildado a esta última de radical[735] a propósito de la referida expresión. Sin embargo y a pesar de no existir expresión similar en el resto de legislaciones, la jurisprudencia de las distintas Audiencias ha tratado esta cuestión de forma prolífica como seguidamente se verá.

En mi opinión, y al respecto de la redacción del precepto, no me parece adecuada la terminología utilizada ni la generalidad con que éste lo trata, así como tampoco la redacción que se le da al mismo. Habrá que estar al caso concreto y determinar el grado de conflictividad existente a través de los pertinentes informes periciales, para ver si ese grado de conflictividad se convierte en un obstáculo insalvable para la adopción de la medida o no. No hay que olvidar que si hay una materia en la que no se puede generalizar ésta es el Derecho de familia, de ahí que habrá que ir al caso concreto para ver la incidencia que pueda tener en el bienestar del menor la existencia de estas situaciones de conflicto entre los progenitores.

El inciso de la norma valenciana es de crucial importancia y ello por cuanto el argumento más habitual para denegar la custodia compartida antes de la entrada en vigor

[734] El aspecto referido a que uno de los progenitores se oponga a esta modalidad de custodia, conviene referir que en muchos países se deniega la concesión de la modalidad compartida en el supuesto de que no haya acuerdo entre ambos progenitores. Así, en países como Alemania y Noruega, no se otorgará esta modalidad si no hay acuerdo, mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia).Así lo refiere la STS de 8 octubre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624).

[735] BLASCO GASCÓ, F.de P., y MORERA VILAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar…*, cit., p. 16. Refiere que la "radicalidad" de la expresión se debe a que con carácter general, nuestros Juzgados y Tribunales han venido señalando como criterio casi imprescindible para el establecimiento de una guarda y custodia compartida una buena relación entre los progenitores. En este sentido, sentencias como la de la AP Sevilla de 10 octubre 2006 (VLEX-32489398). La SAP Valencia de 22 julio 2005 (VLEX-54575223). Bastaba con que uno de los progenitores no "quisiera poner de su parte" para que se denegara este tipo de guarda. El autor entiende que lo que la ley pretende es fomentar que los progenitores colaboren en aras a establecer el régimen que mejor salvaguarde el interés del menor y, que la mera oposición de uno de ellos, no sea causa suficiente para que se considere la custodia individual como régimen más adecuado.

del referido texto legal era, como he referido, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo[736].

Es importante reseñar que el hecho de que no haya acuerdo entre los progenitores para decidir qué modalidad de custodia va a organizar las relaciones con los hijos tras la ruptura, no debe suponer que no haya una predisposición por parte de los mismos para superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad[737].

Para CONDE PUMPIDO[738] el que el legislador valenciano haya introducido expresamente esta expresión, se ha hecho "para soslayar un argumento alegado de forma recurrente por la parte que se opone a la custodia compartida, conforme al cual esta modalidad no resulta factible cuando existe esa mala relación. No le falta razón al legislador valenciano por cuanto que la mala relación entre los progenitores es una circunstancia negativa no sólo para una convivencia compartida, sino también para la exclusiva, pues ningún bien va a hacerles a los hijos ver cómo sus padres se están tirando los trastos a la cabeza continuamente".

A este respecto, y al hilo de la discusión que ha suscitado este inciso de la ley, ESPARZA OLCINA[739] refiere que los Tribunales, y en particular la Sección décima de la AP Valencia, entienden que "debe prevalecer el interés de los hijos, de modo que si, por cualquier causa, incluso las malas relaciones de los progenitores, la custodia compartida no responde a su interés, el Juez debe asignar la convivencia a uno sólo de los progenitores, sobre la base del art. 5.4 de la ley que sigue subordinando la decisión acerca de la guarda de los hijos al beneficio de éstos".

Ahora bien, siguiendo la doctrina jurisprudencial existente, habrá que valorar en cada caso concreto la intensidad de esa mala relación, ya que en un contexto de ruptura familiar, es evidente que las relaciones no serán idílicas y en la inmensa mayoría de los casos existirá mala relación o pequeños roces que pueden dificultar la relación entre

[736] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Menores de edad, alimentos…", cit., p. 4.
[737] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida…", cit., p. 14.
[738] CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia…", cit.
[739] ESPARZA OLCINA, C., "La guarda compartida en el Código Civil español…", cit., p. 206.

ambos, al menos en un primer momento, porque de no ser así a lo mejor la ruptura no se habría producido. Sólo en el supuesto en que se alcancen cotas desproporcionadas puede hacer inviable el necesario nivel de consenso y colaboración que la convivencia compartida precisa, siendo que únicamente en estos supuestos, se considerará un factor impeditivo de la custodia compartida[740].

Se trata de una cuestión que ha tenido en los últimos años una gran incidencia práctica, y que ha sido objeto de numerosos debates para ver de determinar cuál es el grado de conflicto "idóneo" que debe darse para que no interfiera en el buen desarrollo de la modalidad de custodia compartida.

D) Tratamiento legal y jurisprudencial en el resto de leyes autonómicas

a) La jurisprudencia aragonesa

Como he referido en el epígrafe anterior, el Código aragonés y contrariamente a lo dispuesto en la ley valenciana, no hace referencia alguna a la relación existente entre los progenitores en orden a tener en cuenta dicha circunstancia en cuanto al establecimiento de una modalidad u otra de custodia, si bien pudiera ser tenida en cuenta dicha circunstancia dentro del último de los factores que hemos expuesto que actúa como "cajón desastre".

Ninguna duda cabe que una relación cordial entre los progenitores va a favorecer el régimen de custodia compartida, pues va a ser harto complicado poder llevar a cabo esta modalidad de custodia cuando la relación entre los progenitores sea prácticamente inexistente e incluso nula, e incluso con un alto grado de conflictividad entre ambos, al margen y además de que en estas circunstancias, se va a causar un perjuicio, en ocasiones irreparable, a los menores.

A este respecto y si bien mucho se ha debatido sobre esta cuestión, el criterio que se va perfilando es el de que "*el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí sólo la custodia compartida*…"[741]. Así se han pronunciado,

[740] Entre otras, las sentencias AP Valencia de 27 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100222); 28 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100056).

[741] STSJ Aragón de 28 septiembre 2012 (TOL 2.678.269).

entre otras[742], la SAP Zaragoza de 10 octubre 2013[743] y la reciente de 14 enero 2014[744], refiriendo la Sala que "…*no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de un ruptura, más también lo es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, debiendo en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad y hostilidad para que pueda dejarse sin efecto los beneficios que para el menor puede conllevar en su caso la implantación de la guarda y custodia compartida*". En la misma línea, el TSJ Aragón, entre otras en la sentencia de fecha 9 febrero 2012, ha reiterado que el enfrentamiento entre los padres, no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, y ello salvo que se den circunstancias por las que resulte afectado perjudicialmente el interés del menor.

De este modo, y siguiendo dicha doctrina, se ha adoptado la custodia compartida siguiendo el criterio de los informes técnicos, a pesar de la existencia de malas relaciones entre los progenitores, si bien las mismas no se han considerado relevantes para el buen funcionamiento de esta modalidad de custodia[745].

La cuestión referida al problema de la conflictividad entre los progenitores, pese a que en ocasiones se ha reconocido como obstáculo al régimen de custodia compartida, no parece otorgársele gran importancia al mismo, ya que se alude a que en muchas ocasiones, puede ser incluso buscado con un fin espúreo[746] . El propio TSJ Aragón, en su sentencia de 28 septiembre 2012[747] refiere que "*para fundamentar el mantenimiento de la custodia individual, la sentencia recurrida menciona en primer lugar la conflictividad existente entre los progenitores. Es cierto que esta circunstancia, en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no sólo en los casos de custodia*

[742]SAP Barcelona de 24 marzo 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100247).
[743]Id Cendoj: 50297370022013100326
[744]Id Cendoj: 50297370022014100001
[745]En este sentido, destacan las sentencias AP Zaragoza de 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100114); 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100148); 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441); 5 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100392); 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100187); 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100069).
[746] SAP Zaragoza de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100042).
[747]Id Cendoj: 50297310012012100019

compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio -y preceptivo de visitas con el progenitor no custodio -art. 80.1, párrafo tercero CDFA-. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular - art. 75 CDFA-".

No toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, debiendo en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad y hostilidad para que pueda dejarse sin efecto los beneficios que para el menor puede conllevar en su caso la implantación de la guarda y custodia compartida[748].

b) La jurisprudencia catalana y la navarra

Por su parte, y en los mismos términos que la legislación aragonesa, tampoco el Código catalán ni la ley navarra contemplan en su articulado expresión similar a la que recogen la ley valenciana y la vasca.

En este sentido, y al igual que el resto de Audiencias, la de Barcelona ha tratado de forma muy prolífica esta cuestión, y siguiendo el criterio establecido por nuestro más Alto Tribunal[749], ha reiterado que únicamente en los supuestos de conflictividad extrema se denegará la custodia compartida, siendo que en el resto de supuestos, no será impedimento para que se otorgue esta modalidad de custodia[750]. El Código catalán no se refiere

[748] SAP Zaragoza de 14 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100001).

[749] Entre otras, STS de 22 de julio de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491).

[750] De entre las más representativas, las sentencias AP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332), 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100265); 21 septiembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100520); 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100192); 8 noviembre 2012 (Id Cendoj 08019370122012100684); 21 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100655); 13 diciembre 2011 (IdCendoj: 08019370122011100611); 25 junio 2009 (Id Cendoj: 08019370182009100466).

expresamente a la conflictividad entre los progenitores sino que pone el acento en la capacidad de cooperación y colaboración en interés de los hijos. Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia, sólo se convierten en decisivas cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. Consecuentemente la conflictividad sólo podrá erigirse en razón decisiva para descartar el modelo de guarda conjunta cuando esta hostilidad sea de tal intensidad que perjudique al menor. En este sentido, la STSJCataluña de 8 marzo 2010[751].

Se mantiene el criterio de que "*la única circunstancia que se evidencia negativa o perturbadora del sistema de guarda alterna es la incomunicación existente entre los padres que coloca al hijo menor en una situación ciertamente poco conveniente para su estabilidad emocional y su adecuado desarrollo, pero al respecto cabe señalar que como ha recogido el TSJ de Cataluña en sentencias de 31 de julio de 2008, 25 de junio de 2009 y 3 y 8 de marzo de 2010, la custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no resulta exigible una armonía que es incompatible en los casos de ruptura, entendiendo este Tribunal que uno de los factores que propicia la incomunicación y falta de entendimiento actual es la medida que también ha sido objeto de apelación consistente en compartir por semanas también el domicilio familiar y las medidas económicas adoptadas que han determinado, como se verá, una situación clara de desequilibrio de una de las partes, medidas que como se analizará de inmediato deben ser corregidas o rectificadas y que sin duda paliarán las dificultades de relación existentes entre ambos progenitores*"[752].

De igual modo, STSJ Cataluña de 16 junio 2011(Id Cendoj: 08019310012011100044).

[751] La STSJ Cataluña de 8 marzo 2010: "*La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio -, 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), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores*".

[752] SAP Barcelona de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100072).

En este sentido, la SAP Barcelona de 22 diciembre 2011[753], recoge la doctrina consolidada del TSJ Cataluña (SSTTJJ Cataluña de 16.6.2011, 25.6.2009 y 31.7.2008) de que cualquier grado de conflictividad existente entre los progenitores no puede excluir el ejercicio conjunto de la custodia, sin procurar su implantación cuando resulta beneficiosa para la menor, aun cuando sea imponiendo en determinados casos la mediación o terapias educativas (art. 79.2 Código catalán). Refiere la Sala que *"evidentemente lo deseable es que haya un grado de comunicación óptimo entre el actor y la demandada en todo aquello que afecta al bienestar de la hija, mas no es suficiente aludir a la mala relación si no se analiza en qué medida la inexistencia de cauces normalizados para cumplir las obligaciones compartidas sean responsabilidad de la actitud intransigente de uno u otro, ni en qué grado tal incomunicación puede afectar al ejercicio de la responsabilidad parental conjunta"*.

Del estudio jurisprudencial realizado, pueden resaltarse cuatro ideas básicas al respecto de este aspecto:

1. No será causa de exclusión automática del ejercicio de la guarda y custodia compartida la existencia de cualquier grado de conflictividad en la relación entre los progenitores, y ello por cuanto que esperar un "perfecto" entendimiento entre los progenitores, equivaldría a dejar al arbitrio de uno de ellos la efectividad de un derecho que corresponde al menor y del que se podría ver privado sin justa causa[754].

Es obvio que para el ejercicio de esta modalidad de custodia se precisará de un cierto entendimiento entre ambos, pero dicha exigencia no debe llevarse hasta el extremo de hacer depender el otorgamiento o mantenimiento de la misma de una armonía prácticamente utópica tras una crisis matrimonial.

2. Sólo en los casos de conflictividad extrema entre los progenitores, será desaconsejable esta modalidad de custodia[755].

3. Aun existiendo conflicto entre los progenitores, no deberá descartarse la guarda y custodia compartida, y deberá procurarse su aplicación cuando se considere beneficiosa

[753]Id Cendoj: 08019370122011100631
[754]SAP Barcelona de 15 mayo 2015 (IdCendoj: 08019370122015100320).
[755] Entre otras, STSJ Cataluña de 16 junio 2011 (Id Cendoj: 08019310012011100044); SAP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100342).

para los menores, aun teniendo que acudir en determinados casos a instrumentos como la mediación familiar o terapias educativas[756]. Se trata éste de un supuesto que debiera aplicarse de forma muy residual, y en todo caso, estableciendo con carácter provisional esta modalidad de custodia para evitar situaciones perjudiciales para los menores.

4. Que en cualquier caso, y como he referido a lo largo de este trabajo, se trata de una materia en donde no se puede generalizar y hay que ir a las circunstancias del caso en concreto, y por ello será esencial el análisis caso por caso y resultarán de vital importancia para este tipo de supuestos los dictámenes periciales o técnicos si existen en las actuaciones, aunque no sean vinculantes[757].

Siguiendo esta doctrina, se ha denegado la custodia compartida atendiendo al elevado grado de enfrentamiento existente entre los progenitores y su alto nivel de litigiosidad[758], la situación "enconada" entre ambos y sus respectivas parejas[759], la no existencia entre ambos progenitores de un proyecto de colaboración que garantice una comunicación igualitaria con el menor, por una parte, y que tampoco disponen de un plan para resolver las dificultades que puedan surgir[760], la falta de cooperación o a la nula relación entre ambos[761], así como junto con lo anterior, haber venido siendo la madre la figura de referencia para los menores[762].

[756] Entre otras, STSJ Cataluña de 31 julio 2008 (Id Cendoj: 08019310012008100006).

[757] STS 7 abril 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100189).

[758] De entre las más representativas, las sentencias AP Barcelona de 20 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100250); 4 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100299; 12 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100143); 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100215); 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100642); 17 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100588); 16 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100456).

[759] SAP Barcelona de 14 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100175).

[760] SAP Barcelona de 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100560).

[761] En estos términos, destacar las sentencias AP Barcelona de 5 mayo 2011(IdCendoj: 08019370182011100275); 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100126); 7 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100377); 15 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100242); 3febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100057); 31 enero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100048); 20 diciembre 2011(IdCendoj: 08019370122011100626); 13 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100613); 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370182011100604); 3 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100279); 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100781); 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100782); 20 noviembre 2012 (IdCendoj: 08019370182012100724); 12 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100720); 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100560); 18 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100543); 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100517); 18 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100387); 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100361); 8 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100526); 7 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100446); 30 de abril de 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100274); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100259); 22 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100247); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100319); 10

Esta es la línea seguida por, entre otras[763], la SAP Pamplona de 18 julio 2013[764]. La Sala remite a la STS de 9 marzo 2012, reiterando la doctrina antes reseñada de que "*en relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 (RJ 2011, 5676) declaró que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso"*.

Efectivamente, una cosa es la extrema conflictividad que impide el ejercicio conjunto de la custodia y otra cosa es una situación de relación tensa, que pudiera venir motivada por el propio hecho de la ruptura, y por ello quizá ser pasajera, pero con capacidad de ejercicio.

Viene a establecer la referida línea jurisprudencial que las fricciones normales en la relación entre los progenitores no pueden determinar la denegación de la atribución de la custodia de forma compartida, pues es lógico que las personas que se han divorciado no tengan una excelente relación, si bien habrá que ver si se pueden lograr acuerdos en relación a los temas importantes de sus hijos, que es lo que va a ser realmente determinante a la hora de adoptar esta modalidad de custodia. Por ello, la existencia de cualquier grado de conflictividad en la relación entre los progenitores no será causa de exclusión automática del ejercicio de la guarda y custodia compartida, básicamente porque esperar un perfecto entendimiento equivaldría a dejar al arbitrio de uno de ellos la efectividad de un derecho que corresponde al menor y del que se podría ver privado sin justa causa. Si se denegara la modalidad compartida en base a la existencia de conflicto entre los padres, bastaría desencadenar conscientemente el conflicto para privar de

abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100271); SAP Barcelona de 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100105); 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100132); 24 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100028); 14 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100002); 17 mayo 2011(IdCendoj: 08019370122011100465); 14 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100251).

[762] SAP Barcelona de 26 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100207).

[763]A tal efecto, se ha denegado la custodia compartida por la falta de fluidez en las relaciones entre los progenitores del menor, en sentencias como la de la AP Pamplona de 21 junio 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100082).

[764]Id Cendoj: 31201370022013100221

contenido a una institución querida por el legislador, impidiéndose igualmente dicha modalidad de custodia en los procedimientos contenciosos[765].

Resulta obvio que para el ejercicio de ese régimen será necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los padres, pero dicha exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento o mantenimiento de la misma de una armonía prácticamente utópica tras una crisis matrimonial.

Por ello, y aunque la guarda compartida pueda establecerse incluso con situaciones de conflictividad entre los padres, tal conflictividad debiera ser mínima y temporal y no puede ser la guarda compartida un instrumento para intentar resolverla (se confundiría el fin con los medios). Será tarea primordial de los padres en cualquier modelo de asignación de los hijos y no es *per se* finalidad ni efecto de la guarda compartida favorecer la adopción de acuerdos, evitar los sentimientos negativos en los menores (abandono, deslealtad, culpa), fomentar actitudes abiertas y evitar manipulaciones.

Siguiendo la línea jurisprudencial mayoritaria, los progenitores no tienen obligación ni necesidad de mantener una relación excelente entre ellos, no resulta imprescindible para acordar el sistema de guarda y custodia compartida el acuerdo total de ambos progenitores pues si así fuera, sería casi imposible en los procedimientos contenciosos el establecer esta modalidad de custodia. Si así fuera probablemente mantendrían la relación conyugal y no se hubiera producido la separación. Es natural que tras una ruptura de pareja exista un distanciamiento entre quiénes fueron esposos, mas existiendo hijos comunes se ha de imponer que se esfuercen por mantener una relación mínima de colaboración respecto a las responsabilidades que han de compartir con sus hijos. Es conveniente que los progenitores tengan capacidad de comunicación y de alcanzar acuerdos, siendo capaces de mantener una relación respecto a los hijos.

4. La proximidad de los domicilios de los progenitores

Es evidente que la proximidad de los domicilios de los progenitores va a facilitar el funcionamiento del régimen no sólo de custodia compartida sino también de la individual, ya que se va garantizar la estabilidad del entorno del menor. Es un criterio favorable para

[765]SAP Barcelona de 29 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100421); SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100133).

la concesión de la custodia compartida que exista proximidad entre los domicilios de los progenitores. Se trata de una circunstancia que se ha contemplado por la mayoría de la jurisprudencia si bien únicamente la legislación catalana y la vasca la recogen expresamente en sus articulados como circunstancia a tener en cuenta para la adopción de la modalidad de custodia compartida[766]. El resto de leyes autonómicas no hacen referencia explícita a este criterio si bien ello no implica que no se valore, pues todas ellas así como la jurisprudencia de forma mayoritaria, reconocen y hacen valer entre los criterios, uno abierto a modo de cajón desastre que alude a "*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*".

La proximidad de los domicilios conlleva el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, el círculo de amigos del menor, zona de juegos, etc. La proximidad de los domicilios a fin de garantizar la necesaria estabilidad del menor en su entorno habitual es imprescindible y por ello, las distancias entre las residencias de los progenitores e incluso el hecho de que puedan vivir en diferentes ciudades, con distancia kilométrica importante, va a dificultar el establecimiento de un régimen de custodia compartida, y ello debiera ser determinante para denegar dicha modalidad de custodia.

Así lo recogen, entre otras[767], la SAP Barcelona de 21 diciembre 2009[768]que establece que deberán ponderarse las circunstancias de cada caso, tales como *"…la proximidad del domicilio de éstos para que no afecte las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, …"*.

En similares términos, la SAP Pamplona de 10 abril 2012[769]considera, que al margen y además de otras circunstancias favorables, el hecho de que el padre esté a muy pocos metros en su residencia con relación a los hijos, separándoles solamente un jardín y

[766]Art. 9.3, apartado 9) establece "*la ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten*".

[767]En este sentido, las sentencias AP Barcelona de 26 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100722); 11 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100691); 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100748); 30 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100807); 4 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100564); 31 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100507); 27 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100589); 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100633); 27 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100444); 5 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100353); 15 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100194); 7 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100190); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100010); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100339); 30 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100232); 18 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100528).

[768]Id Cendoj: 08019370122009100882

[769]Id Cendoj: 31201370022012100061

cuando ocurre que en concreto el nivel socioeconómico, por no decir educativo de los padres es muy similar, sin que por otra parte se observe en los hijos ningún rechazo con relación a ninguno de ellos, cumpliéndose además por los progenitores las obligaciones económicas hasta este mismo momento, con lo cual evidentemente no se puede añadir más que entender que efectivamente está bien justificada la custodia compartida.

Por lo que se refiere al patrón de la proximidad en sí, y si bien estamos ante un concepto difícil de determinar, cabe decir que la misma implica una distancia que permita hacer compatible la custodia compartida con el bienestar del menor. Así, será posible el establecimiento de una custodia compartida con domicilios emplazados en poblaciones distintas pero vecinas y ello por cuanto que el no haber una distancia kilométrica excesiva, hace que los inconvenientes prácticos que pueda conllevar la distancia existente quedan compensados con las ventajas de que el menor disfrute de la compañía de ambos progenitores[770].

Así, la doctrina civilista especializada, se muestra favorable a la necesidad de que concurra dicha circunstancia para la adopción de la modalidad compartida. Entre otros, MECO TÉBAR refiere que la proximidad de los domicilios junto con el mantenimiento del centro de intereses del menor, favorece un clima decididamente beneficioso y adecuado para la formación y desarrollo del menor y ello por cuanto que los menores están continuamente en contacto con ambos progenitores y pueden disfrutar de la fuerte vinculación afectiva que une al menor con ellos y compartir con ellos los aspectos sustanciales de su educación y formación. En referencia a la STS 495/2013, refiere que "este deseable maridaje "aproximará al modelo de convivencia existentes antes de la ruptura matrimonial y garantizará al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece lo más beneficioso para ellos"[771].

[770] SAP Valencia 11 diciembre 2013 (EDJ 2013, 300232).

[771] MECO TÉBAR, F., "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996), en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 19, 2015, p. 591. [Consulta: 1 de septiembre de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

Mayores dificultades ofrecería la existencia de una distancia kilométrica importante pues constituiría un claro e insalvable obstáculo en la determinación de la custodia compartida, pues afectaría drásticamente a la cotidianeidad vital del menor, afectando su realidad (escolar, extraescolar o de ocio) que se tiene que preservar. En caso de producirse ese distinto y lejano emplazamiento de uno de los progenitores, lo normal es que se atribuya a favor del progenitor que mantuviera el entorno estable del menor anterior a la ruptura de la convivencia; aunque pueda determinarse lo contrario si existe causa justificada.

Esta circunstancia puede no sólo imposibilitar la custodia compartida, sino que incluso puede dificultar el régimen de comunicaciones entre los hijos y el padre con el que no residen. Ninguna duda cabe de que cuanto mayor sea la distancia, superior será la dificultad para que pueda desarrollarse un régimen de custodia compartida. Naturalmente, no es lo mismo que la distancia sea corta que cuando los domicilios estén en ciudades distintas, lejanas entre sí, mal comunicadas, por no hacer alusión a que estén en distintos países o continentes.

En este aspecto, ha sido casi unánime la jurisprudencia en cuanto a considerar que una distancia excesiva entre los domicilios de ambos progenitores, no será un factor favorable para el establecimiento de la custodia compartida, considerando que no es beneficioso para el menor el trasiego de ir de un domicilio a otro dada la distancia existente entre ambos, pues dicha circunstancia afectará a la cotidianeidad del menor, así como el desarraigo que ello puede producir[772].

Así, la SAPBarcelona de 5 octubre 2011[773] consideró excesiva la distancia de 23 kilómetros existente entre Sabadell y Barcelona para denegar la custodia compartida de un

[772]En este sentido destacan las sentencias AP Barcelona de 8 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100093); 15 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100064); 23 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100645); 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100724); 29 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100418); 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100361); 6 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100367); 27 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100309); 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282); 7 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100331); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100260); 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100132); 22 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100177); 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100089); 11 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100093); 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100626); 29 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100260); 30 enero 2014 (IdCendoj: 08019370182014100095); 13 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100066).

[773]Id Cendoj: 08019370122011100591

menor de cuatro años. De igual modo, también ha sido tomado este factor por la AP Zaragoza para denegar la custodia compartida[774].

De igual modo, la jurisprudencia de la AP Valencia ha considerado como no favorable para el establecimiento de la custodia compartida, la distancia geográfica existente entre la población de residencia de ambos progenitores, ya que ello va a conllevar no sólo cambio de domicilio, sino de ciudad y de colegio, con el consiguiente trastorno para los menores, de ahí que no se considere aconsejable el otorgamiento de la custodia compartida[775].Igualmente, y relacionado con el factor de la distancia, se ha analizado en numerosos supuestos, qué distancia es la que se debiera considerar razonable para que se pueda llevar a cabo la modalidad de custodia compartida. En este sentido, la AP Valencia consideró excesiva la distancia de 25 km existentes entre los domicilios de ambos progenitores para que pudiera funcionar adecuadamente la modalidad de custodia compartida[776], y en base a ello la denegó.

No obstante, la proximidad o lejanía de los domicilios si bien es un factor a ponderar con otros muchos, no será determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia[777].

Por su parte, y *a sensu* contrario, se ha reconocido la ventaja de la proximidad de los domicilios de los progenitores para el otorgamiento de la modalidad de custodia compartida para los menores[778] y ello para que no afecte a las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor.

[774]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100095); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100034); 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100264); 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100104)

[775] En este sentido, y entre otras, destacan las sentencias AP Valencia de 1 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100188);1 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100465); 27 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100054); 10 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100533); 24 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100566); 8 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100648); 30 enero 2012 (EDJ 2012/80.190); 21 mayo 2012 (EDJ 2012/154431); 26 junio 2012 (EDJ 2012/199709); 25 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100573); 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394); 27 febrero 2014 (IdCendoj: 46250370102014100176); 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100226); 8 octubre 2013 (TOL 4.043.124).

[776]Así, las sentencias AP Valencia de 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100354); 23 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100624).

[777] AP Barcelona de 9 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100258).

[778]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); 31 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100507); 11 diciembre 2012 (Id

En cualquier caso, se puede concluir que la proximidad física de los domicilios de los progenitores facilitará el buen desarrollo de la modalidad de custodia no sólo compartida, sino también la monoparental; de igual modo, dicha proximidad va a permitir el mantenimiento de los hábitos de los hijos en la forma que se desarrollaban antes de producirse la ruptura de los padres, continuando en el mismo centro escolar, mantenimiento del mismo grupo de amigos, etc.

5. La existencia de resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad o cuando uno de los progenitores esté incurso en 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

Este factor es igualmente recogido por todas las leyes autonómicas. Así, tanto la norma aragonesa[779], como la catalana[780], la navarra[781], la valenciana[782] y la vasca[783],

Cendoj: 08019370182012100691); 13 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100321); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100175).

[779] Art. 80.6 Código aragonés: "*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*".

[780] Art. 233-11-3 del Código catalán: "*En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*".

[781] Art. 3.8 de la ley foral navarra: "*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:*

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.

b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

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

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos".

[782] Art. 5.6 de la ley valenciana: "*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*

confluyen en que será motivo de denegación de la custodia compartida, la existencia de sentencia de condena penal por malos tratos en el ámbito familiar, lesiones y amenazas, así como por la existencia de fundados indicios de violencia doméstica.

En este aspecto, merece ser destacada la mención que se establece la ley vasca de que, sin perjuicio de la privación que se pueda hacer tanto de la custodia individual como de la compartida en los supuestos que establece el precepto, se va a privar igualmente al progenitor que encuentre en ese supuesto de que pueda gozar de un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de los menores. Se trata de una mención que únicamente recoge la ley vasca. La redacción del precepto es fiel reflejo de la sensibilidad social con el tema del maltrato en el ámbito familiar o violencia machista, castigando de este modo duramente al progenitor que se encuentre en esta situación, siendo privado de cualquier tipo de comunicación con sus hijos.

En consonancia con todo ello, la jurisprudencia de las distintas Audiencias, ha sido unánime en cuanto a denegar la modalidad de custodia no sólo compartida sino también monoparental, en estos supuestos. En este sentido, la jurisprudencia aragonesa[784], catalana[785], navarra[786] y valenciana[787] han confluido en que la existencia de actuaciones

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".

[783] Art. 11.3 de la ley vasca: "*No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal"*.

[784]Destacan las sentencias AP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100416); 15 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100210); 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100094); 11 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100054); 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100104).

[785] Así, las sentencias AP Barcelona de 6 abril 2011(Id Cendoj: 08019370122011100208); 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100710); 12 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100795); 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100668); 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100105); 1 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100236); 18 septiembre 2014 (IdCendoj: 08019370122014100529); 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100146).

De igual modo, y en similares términos, la STSJ Cataluña de 14 abril 2014 (Id Cendoj: 08019310012014100039).

[786]SAP Pamplona de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100330).

penales o de condena penal es motivo para denegar la custodia al cónyuge incurso en este tipo de procedimientos o sobre el que haya recaído sentencia de condena.

No obstante, y *a sensu* contrario, en ocasiones no se ha considerado como motivo para denegar la convivencia con los hijos el hecho de que uno de los progenitores estuviera incurso en un procedimiento penal por maltrato familiar[788].

En estos supuestos es evidente que, al margen y además de las malas relaciones que de seguro van a existir entre los progenitores, lo normal es que se haya dictado una orden de alejamiento que impida el que pueda llevarse a cabo de forma adecuada la modalidad de custodia compartida, por lo que en estos supuestos, es evidente que la custodia individual será la que más garantice el interés de los menores[789].

IX. DE LA IMPORTANCIA DE LOS INFORMES MÉDICOS, SOCIALES O PSICOLÓGICOS

1. Consideraciones generales

Tanto la norma aragonesa[790], como la valenciana y la navarra[791], contemplan como circunstancia a tener en cuenta a la hora de establecer por la autoridad judicial una u otra

[787]Destacan, entre otras, las sentencias AP Valencia de 26 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100122); 19 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100018); 21 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100769); 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100093); 28 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100107); 1 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100465); 25 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100454); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428); 12 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100414); 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100569); 25 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100203).

[788]Así, en este sentido destaca la SAP Valencia de 5 diciembre 2013(Id Cendoj: 46250370102013100799); refiere la Sala que "*tampoco el hecho de que el demandado esté incurso en un procedimiento penal por maltrato familiar impide la asignación de la convivencia con tres hijos, pues no consta la resolución judicial motivada que refleje los indicios racionales de criminalidad, posterior a la muy sumaria orden de protección de 28 de abril de 2.012 ni, a tenor de las pruebas practicadas, en especial los informes periciales imparciales, este régimen de convivencia suponga en la actualidad riesgo objetivo para los menores o para la actora, todo ello a la luz del artículo 5-6 de la ley autonómica 5/2.011*".

[789] SAP Zaragoza de 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100264).

[790] Art. 80.3 del Código aragonés refiere que, "*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*".

En este sentido, el TSJ Aragón (S. 30-09-2011 y 05-07-2012), han destacado la especial relevancia de los informes psicosociales, puesto que en ellos previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria Exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas.

modalidad de custodia, el contenido de los informes médicos, sociales o psicológicos que se hayan emitido al efecto en el seno del procedimiento. Será precisamente el contenido del informe, junto con la opinión de los menores, los dos factores que mayor relevancia va a tener a la hora de decantarse el Juez por una modalidad u otra de custodia. En el caso concreto de Valencia, y como seguidamente expondré, es tal la importancia del informe a la hora de acordar una modalidad u otra de custodia, que la jurisprudencia ya se ha pronunciado en términos de que éstos, se convierten en un instrumento necesario de conformación del interés del menor[792]. Sin perjuicio del análisis de las circunstancias concretas del caso, resultarán de vital importancia para este tipo de supuestos, los dictámenes periciales o técnicos si existen en las actuaciones, aunque no sean vinculantes. Así lo refiere la STS de 7 de abril de 2011[793], estableciendo que *"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, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009"*.

Nos encontramos ante una materia en la que los problemas que pueden presentarse en el ámbito que nos ocupa, no revisten particular dificultad en el orden jurídico puro, si bien sí presentan muchas y graves dificultades de tipo humano (psicológico, familiar, social,…). El Juez normalmente no es especialista en estas materias, y por ello, necesita el asesoramiento de expertos, llámense psicólogos, asistentes sociales, médicos de diversas especialidades, etc. Todos ellos intentan proporcionar "la luz específica que el problema concreto exige, o aportar los datos que las partes litigantes han hurtado a su conocimiento o el Juez por sí sólo no alcanza a ver en su verdadera dimensión, la que importa realmente para decidir sobre el destino de los hijos"[794].

El informe pericial psicológico emitido por el Equipo Técnico adscrito al juzgado no es vinculante, pero proporcionará al Juez los elementos precisos para acordar la modalidad de custodia más acorde con los intereses del menor. Estos informes han ido cobrando cada

[791] Art. 3.2. *"En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga al interés de los hijos"*.

[792] SAP Valencia de 25 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100120).

[793] Id Cendoj: 28079110012011100189

[794] RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV*…, cit., p. 1042.

vez mayor importancia por su función de aportar a la autoridad judicial pretendidos elementos científicos y precisos en aras de poder acordar un sistema de guarda u otro cuando no exista acuerdo entre los progenitores.

A tal efecto, la doctrina alemana ha insistido en el hecho de que a la hora de tomar medidas que afecten a los menores, debe tenerse en cuenta el estado de salud y las perspectivas de futuro del menor, siendo que dichas medidas deben procurar el total desarrollo armónico de su personalidad. Por todo ello, se insiste en que el Juez ha de ser capaz de apreciar la importancia que en esta materia tienen las aportaciones de la sicología y las ciencias sociales. El Derecho alemán, siguiendo la línea establecida no sólo en el Derecho español en general sino en el caso concreto de las normas autonómicas objeto de estudio, establece que el Juez deberá solicitar al *Jungamt* (Servicio público de protección de la juventud que elabora informes realizados por un equipo de trabajadores sociales siendo relevante la intervención de los psicólogos) un informe que deberá orientarle para ponderar la intensidad del peligro que amenaza al niño así como la probabilidad de su persistencia[795].

En este aspecto, el Tribunal Constitucional alemán ha estudiado el trato que ha de darse a la opinión expresada por el menor, considerando que más que el reconocimiento legal del derecho a ser escuchado, lo importante será saber interpretar el lenguaje, querencias y necesidades del niño, teniendo en cuenta que en ocasiones, podrá haber sido influido por uno de sus progenitores para que hable en contra del otro[796]. Por ello, se hace especial hincapié en que cuando los juzgados de familia no tienen clara cuál es la interpretación que ha de darse a los deseos del niño, resulta imprescindible la consulta a un experto perito en la materia, que será un psicólogo especialista en el trato con menores. Será el Juez el que, en cada caso concreto tendrá que valorar, a la vista del informe de los especialistas, el reconocimiento que en un momento dado pueda prestarse a la voluntad del menor[797].

[795]DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor…", cit., pp. 675-742.

[796]DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor…", cit., pp. 675-742.

[797]En este sentido, destaca el asunto resuelto por el Tribunal territorial de Schleswing en el año 2003 (OLG Schleswing, FamRZ, 2003, pp. 1494,1495). En este supuesto, fue fundamental la valoración de la voluntad de un menor de diez años. En este caso, el padre ejercía la patria potestad con exclusividad, tomó la decisión unilateral de cambiar la residencia familiar trasladándose a otra ciudad, y en principio su hijo no se opuso a tal decisión. Sin embargo, dicho cambio domiciliario supuso una ruptura del menor con su entorno

Al igual que en el Derecho español, el resto de ordenamientos de los países de nuestro entorno, tampoco lo prevén como un informe preceptivo sino que el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dichos informes para determinar la modalidad de custodia más acorde con el interés del menor[798].

En este aspecto, se sigue la línea establecida en el art. 92.9 C.c. que prevé que el Juez, antes de adoptar su decisión pueda 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. Estos informes en modo alguno van a ser vinculantes pero van a servir al Juez para valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger interés del menor[799].

2. Tratamiento jurisprudencial

A) Consideraciones generales

La legislación aragonesa, al igual que la navarra, establecen que el Juez tomará como referencia el contenido del informe psicosocial para ver de determinar el régimen de custodia que mejor salvaguarde el interés del menor. Si del contenido del informe se

familiar y afectivo que le causó un cambio de carácter que no pasó inadvertido. El experto que trató al menor consideró que los verdaderos deseos del niño no habían sido apreciados quedando totalmente inadvertidos, siendo su dictamen que el menor presentaba un síndrome de inadaptación a su nuevo entorno, lo cual no impedía que presentase una absoluta solidaridad con su padre. El tribunal, al oír al menor, apreció que como resultado del traslado carecía de todo punto de referencia, y que en realidad se encontraba totalmente manipulado por su padre, por lo que la voluntad manifestada no se correspondía con sus verdaderas necesidades. El tribunal concluyó que el niño no puede ser nunca un mero objeto de medidas forzadas impuestas por los padres, sino que ha de ser considerado como portador de derechos fundamentales cuyo respeto es necesario para lograr un correcto desarrollo de su personalidad.

[798] En este sentido, el *Code* refiere que la elaboración de estos informes sociales puede ser decidida por el Juez antes de tomar la decisión sobre la modalidad de residencia a adoptar y se trata de un elemento probatorio muy útil y ello por cuanto a que va a facilitar una visión muy cercana y real de la forma de organización de la familia, lo que sin duda, va a ser de gran ayuda para fijar el sistema de residencia que más se adopte a su organización.

Así lo establece el art. 373-2-12 "*Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autoritéparentale et du droit de visite ouconfiant les enfants à un tiers, le jugepeutdonnermission à toute personne qualifiéed'effectuer une enquêtesociale. Celle-ci a pourbut de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditionsdanslesquellesvivent et son élevés les enfants.*

Si l'un des parents conteste les conclusions de l´enquêtesociale, une contre-enquêtepeut à sa demande êtreordonnée.

L'enquête social nepeutêtreutiliséedans le débat sur la cause du divorce".

[799] En este sentido, sentencias TS de 5 octubre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100633); 21 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100492).

deduce que los menores mantienen lazos afectivos adecuados con cada uno de los progenitores, resultando beneficiosa la presencia de ambos, y dándose las circunstancias necesarias para que pueda llevarse a cabo, se aplicará, casi en la práctica totalidad de los casos, la guarda y custodia compartida como régimen más adecuado para el menor.

Fiel reflejo de todo ello, la jurisprudencia aragonesa[800] así como la navarra[801], la catalana y la valenciana se ha pronunciado concediendo la modalidad de custodia compartida en aquellos supuestos en los que el Informe haya sido favorable a la misma, si bien también en contadas ocasiones, la decisión judicial se ha apartado de la recomendación del informe pericial emitido[802].

Sin perjuicio de lo anterior, y sin desmerecer la importancia de los referidos informes, parece que los últimos pronunciamientos de nuestro más alto tribunal, se inclinan por considerar que los informes emitidos deben ser analizados y cuestionados, sin que se les tenga que dar siempre validez a lo en ellos manifestado.

A partir de la STS de 9 septiembre 2015[803], parece ser un toque de atención a la automaticidad que en muchas ocasiones se produce en cuanto a que habiendo un informe favorable a la custodia compartida, el Juez la adopte sin tomar en consideración, en muchas ocasiones, el resto de circunstancias concurrentes e incluso el propio contenido del informe. El TS se ha pronunciado en términos de que "*las conclusiones del informe sicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal*,

[800] Así se han pronunciado a favor de la custodia compartida, entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.378); 19 junio 2012 (TOL 2.584.683); 19 junio 2012 (TOL 2.584.583); 9 mayo 2012 (TOL 2.555.705); 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100360); 10 octubre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100326); 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100315); SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100288); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100274); 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254);5 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100236); 15 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100213); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100168); 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100118); 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100051); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100046); 21 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100240); 29 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100429); 6 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100319); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100046); 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100499); 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100457); 4 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100370); 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100308); 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100317); 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100328); 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100123).

[801] En este sentido, se concede la custodia compartida atendiendo al contenido del Informe Psicológico realizado, entre otras, en sentencias AP Pamplona de 10 diciembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100427); 18 julio 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100221).

[802] SAP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100208).

[803] Id Cendoj: 28079110012015100445

cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos"[804].

B) La jurisprudencia aragonesa

Por lo que se refiere a la jurisprudencia aragonesa, los pronunciamientos de la AP de Zaragoza han seguido la directriz de otorgarla custodia compartida en base al informe favorable de la pericial psicológica practicada, fundamentando la decisión en motivos tales como la aptitud y capacidad de ambos progenitores para afrontar el cuidado de los menores[805], la cercanía de los domicilios y la aptitud de ambos progenitores[806], así como la voluntad de los menores de permanecer con ambos progenitores[807].

Es concluyente la jurisprudencia al afirmar que entre los elementos que van a permitir al Juez adoptar las medidas de guarda y custodia compartida a falta de acuerdo, tienen

[804] STS de 9 septiembre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100445). Refiere la Sala que en cuanto al informe sicosocial *"…la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad sicológica de los menores"*.

[805] De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100185); 24 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100050); 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100100); 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100099); 27 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100012); 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100375); 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235); 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100246); 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100415); 22 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100371); 17 diciembre 2013 (IdCendoj: 50297370022013100439); 15 enero 2013 (IdCendoj: 50297370022013100005); 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255); 19 junio 2012 (IdCendoj: 50297370022012100262); 19 junio 2012 (IdCendoj: 50297370022012100254); 9 mayo 2012 (IdCendoj: 50297370022012100201); 29 noviembre 2011(IdCendoj: 50297370022011100432); 30 marzo 2012 (IdCendoj: 50297370022012100141); 12 diciembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100468); 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100399); 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100380); 17 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100011); 27 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100474); 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100307); 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100191); 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100164); 30 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100203); 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100139); 8 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100108); 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100065); 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100017); 14 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100002).

En similares términos, STSJ Aragón de 6 abril 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100011).

[806] SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100014).

[807] SAP Zaragoza de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235); SAP Zaragoza de 6 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100337); SAP Zaragoza de 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100146).

especial relevancia los informes psicosociales[808]. A estos efectos, el TSJ Aragón[809], ha destacado la especial relevancia de estos informes, puesto que en ellos, previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas.

No obstante la línea mayoritaria en cuanto al peso específico de los informes periciales a la hora de determinar la modalidad de custodia, en ocasiones muy excepcionales, también se han dado pronunciamientos en donde a pesar de las recomendaciones contenidas en el informe, el Juez se aparta del mismo al considerar como más adecuado el sistema de custodia no recomendado[810]. Por lo tanto, si bien los informes van a ser un referente importante para el Juez, ello no va a suponer que el contenido de los mismos le vinculen en su decisión, si bien en la gran mayoría de los supuestos, éste basará su decisión en la recomendación del mismo.

En este sentido, la SAP Zaragoza de 21 junio 2011[811] se aparta de la recomendación del informe psicosocial que recomienda que la menor de tres años debe permanecer bajo custodia de la madre. La Sala destaca la existencia de otros factores como la participación activa del padre en el cuidado de su hija en el transcurso de su enfermedad, la compatibilidad del horario laboral con el cuidado de la menor, etc., que aconsejan el establecimiento de la custodia compartida para ambos. Por su parte, se ha concedido la custodia compartida, a pesar de la no recomendación del informe pericial practicado, al dar mayor relevancia a la exploración judicial del menor, en donde éste manifestaba su voluntad de compartir su tiempo con ambos progenitores[812]. De igual modo, se ha

[808]Destacar, entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 26 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100286); 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100175); 15 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100227); 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100139); 27 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100449).

[809] STSJ Aragón de 30 septiembre 2011 y 5 julio 2012.En remisión a éstas, SAP Zaragoza de 20 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100006); SAP Zaragoza de 19 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100349); SAP Zaragoza de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100317).

[810]En este sentido, entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100208); 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100210); 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100357); 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100423); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100024).

[811]Id Cendoj: 50297370022011100246

[812] SAP Zaragoza de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100041). En idéntico sentido, SAP Zaragoza de 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022015100089), donde el Juez se aparta de la recomendación del Informe de la perito judicial y acuerda la custodia compartida.

acordado la monoparental a pesar de la recomendación del informe pericial de que fuera compartida[813], y ello entre otros motivos, por la voluntad contraria del menor manifestada en la exploración judicial de que se implantara el régimen compartido.

Por el contrario, y en base al contenido del informe psicológico emitido, se ha denegado la custodia compartida[814], alegando motivos como la existencia de importantes desajustes para el menor que afecten a su rendimiento escolar, problemas con compañeros y mal comportamiento[815]; falta de habilidades parentales para desempeñar esta modalidad de custodia[816]; falta de disponibilidad horaria del progenitor paterno para hacerse cargo de los menores[817], así como la excesiva delegación por parte del progenitor paterno de sus responsabilidades como padre en la abuela paterna y en su familia,, siendo muy

[813]SAP Zaragoza de 17 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100039); SAP Zaragoza de 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100019).

[814] De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100218); 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100395); 3 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100384); 26 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100373); 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100306); 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100305); 26 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100286); 4 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100205); 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100124); 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100107); 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100064); 5 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100239); 29 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100227); 9 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100199); 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100183); 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100180); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100177); 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100131); 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100117); 13 marzo 2012 (IdCendoj: 50297370022012100096); 18 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100313); 7 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100213); 29 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100124); 29 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100127); 15 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100105); 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100024); 27 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100471); 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100408); 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100400); 2 noviembre 2011(Id Cendoj:50297370022011100392); 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100361); 13 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100320); 23 septiembre 2010 (Id Cendoj: 50297370022010100173); 22 junio 2010 (Id Cendoj: 50297370022010100295); 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100500); 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100462); 27 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100451); 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100400); 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100405); 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100403); 25 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100357); 18 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100342); 20 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100303); 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100322).

[815]En este sentido la SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (IdCendoj: 50297370022013100421).

[816]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100109); 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100112); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100173); 28 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100286); 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100481); 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100175); 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060).

[817]Así, las sentencias AP Zaragoza de 29 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100129); 11 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100071);25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100368); 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100358); 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100491); 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100461); 30 abril 2013 (IdCendoj: 50297370022013100181); 27 mayo 2014 (IdCendoj: 50297370022014100153).

dependiente de ellos en ese punto[818]; estabilidad del menor[819]; la existencia de amplias discrepancias entre los padres y su falta de acuerdo en aspectos tan esenciales del menor como el educativo[820], ser la madre el figura de referencia para el menor[821], tener la madre mayor disponibilidad horaria para atender a los menores[822], la corta edad de la menor y la necesidad de preservar su correcto desarrollo y estabilidad[823], escasas habilidades sociales del padre así como estilo educativo que no se adapta a las necesidades de socialización del menor[824], la propia voluntad del menor[825], falta de previsión o planificación razonada de las tareas y organización que precisa para asumir el cuidado habitual del hijo, afectar negativamente al desarrollo y hábitos del menor el sistema de reparto del tiempo establecido[826], distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores[827], priorizando sus expectativas sobre las necesidades del menor[828], así como la elevada conflictividad entre los progenitores[829].De igual modo, se han considerado factores determinantes de la falta de capacidad de uno de los progenitores para afrontar el cuidado

[818] SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100010).

[819]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100032); 12 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100246); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100282); 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100042); 28 junio 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100271); 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100177); 19 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100393); 27 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100156).

[820]Así, las sentencias AP Zaragoza de 15 julio 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100301); 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100371); 2 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100386).

[821]Entre otras, destacar las setenciasAP Zaragoza de 5 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100287); 10 mayo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100171); 10 mayo 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100178); 29 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100027); 2 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100445); 13 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100325);20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100436); 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100408); 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100160); 17 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100184); 27 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100156); 30 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100129); 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100071); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100027); 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100007).

[822]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 2 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100444); 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100453); 24 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100138); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100028).

[823] SAP Zaragoza de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100177); SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100028).

[824] SAP Zaragoza de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100142).

[825]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100146); 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100133); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100027); 15 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100227).

[826] SAP Zaragoza de 26 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100170).

[827]SAP Zaragoza de 13 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100066).

[828] SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100026).

[829]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100313); 24 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100196); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100154); 16 de abril de 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100152); 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100151); 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100175); 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100133); 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100264).

diario de sus hijos, el horario laboral que desempeña y su residencia en la casa de sus padres, careciendo de una vivienda en que desarrollar de forma independiente, al margen de terceros, la vida con sus hijos[830].

Por lo que se refiere al criterio a seguir para el caso de que se hayan aportado varios informes a la causa, y sean contradictorios entre sí, la jurisprudencia aragonesa ha relativizado la importancia de los informes cuando éstos tengan carácter privado, pues no pueden ser considerados como informes periciales, al no cumplimentarse los requisitos legales exigidos en el art. 335.2 L.E.C., y ello por cuanto parece evidente la mayor relevancia del informe técnico realizado por el Gabinete adscrito al juzgado que se ha entrevistado con ambos progenitores y de cuya objetividad o imparcialidad no existe motivo alguno para dudar[831].

C) La jurisprudencia valenciana

El art. 5.3 de la ley valenciana también establece de entre los factores que el Juez debe tomar en consideración para adoptar una u otra modalidad de custodia, los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En el caso concreto de Valencia, es determinante, cuanto menos hasta la fecha, el contenido del informe a la hora de acordar la modalidad compartida pues en los supuestos en los que no exista un informe favorable por parte del Equipo Psicosocial, será prácticamente imposible que se otorgue dicha modalidad de custodia[832]. No debe ello suponer que la autoridad judicial no pueda decidir en ausencia de informes, o incluso en contra de lo referido en los mismos, sin embargo, estos informes se han convertido en la práctica, en uno de los elementos fundamentales en

[830] SAP Zaragoza de 26 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100167).

[831] STSJ Aragón de 29 de abril de 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100017).

[832] En este sentido, se ha denegado la custodia compartida entre otras, en SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100865). Por su parte, la SAP Valencia de 25 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100171), fundamenta su negativa en la existencia del informe de la perito judicial que refiere que el menor, de once años de edad, tiene mayor vinculación con la madre, siendo ello motivo suficiente para denegar la modalidad compartida interesada por el progenitor paterno. De igual modo la SAP Valencia de 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100304) basa su negativa al régimen de custodia compartida en base al informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia "*que descartó la convivencia compartida porque los litigantes no han sabido mantener a los dos hijos, de 13 y 9 años de edad, ajenos al conflicto adulto, no les proporcionan una respuesta emocional adecuada a las condiciones familiares posteriores a la ruptura y tiene dificultades para resolver cuestiones prácticas cotidianas. Estas circunstancias, puestas de relieve por el informe pericial, impiden a juicio de la Sala el establecimiento de la convivencia compartida, a la luz del artículo 5-3 de la ley autonómica 5/2.011, lo que lleva a la desestimación de este motivo del recurso*".

los que los Tribunales suelen basar sus decisiones a la hora de otorgar o no un determinado régimen de convivencia. No son informes vinculantes y de hecho, si bien en muy contadas ocasiones, los Jueces han fallado a favor de una determinada modalidad de custodia apartándose del contenido o de las recomendaciones emitidas en el informe[833], en la mayoría de los casos, se toman como referente para adoptar una u otra modalidad de custodia[834].

La jurisprudencia valenciana se muestra concluyente al afirmar que, a pesar de la preferencia legal establecida en el texto autonómico, ésta no conlleva una aplicación automática de la misma, siendo unánime la doctrina en cuanto a considerar que los criterios a seguir para ver la idoneidad o no de la modalidad compartida de custodia, van a ser igualmente el resultado de los informes periciales, así como la voluntad de los menores[835], que dicho sea de paso, no siempre tiene que coincidir con lo que éstos consideren que es mejor para ellos[836], así como, igualmente, la aptitud de los progenitores.

En este sentido, es doctrina jurisprudencial consolidada que ante la delicada y difícil tarea de optar por la custodia materna o paterna y determinar, en consecuencia, cuál sea la mejor opción que preserva el interés del menor. La Sala al igual que el juzgador de instancia debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia, quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar en cada

[833]SAP Valencia de 3 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100381); SAP Valencia de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100984).

[834]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 4 enero 2012 (EDJ 2012/1746); 24 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100445); 19 enero 2012 (EDJ 2012/78513); 24 enero 2012 (EDJ 2012/78515); 1 febrero 2012 (TOL 2.531.16); 9 febrero 2011 (EDJ 2012/80172); 11 enero 2012 (EDJ 2012/19431); 11 enero 2012 (EDJ 2012/17469); 11 julio 2012 (EDJ 2012/199751); 20 febrero 2012 (EDJ 2012/80222); 20 febrero 2012 (EDJ 2012/80223); 11 enero 2012 (EDJ 2012/18134); 30 enero 2012 (EDJ 2012/78514); 26 junio 2012 (EDJ 2012/199709); 7 octubre 2013 (TOL 4.043.114); 11 julio 2012 (TOL 2.634.699); 10 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100437); 10 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100401); 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100004); 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100631); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100357); 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100263); 13 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100308); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100272); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100232); 25 junio 2012 (EDJ 2012/199699); 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100069); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100015); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100818); 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); 2 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100787); 20 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100750); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100728); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100722); 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100705); 18 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100578); 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100561).

[835]SAP Valencia de 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100377).

[836] SAP Valencia de 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100070).

caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia de los menores[837]. No obstante, es bien conocida la jurisprudencia que refiere que los informes periciales no son vinculantes para el juzgador, y por ello, el mismo, como he referido antes, se podrá apartar de la recomendación de los mismos cuando lo considere necesario para el interés del menor[838].

En cuanto al criterio a seguir para el caso de que se hayan aportado varios informes a la causa, y sean contradictorios entre sí, la jurisprudencia valenciana es contundente en considerar que los informes de parte no pueden prevalecer frente al informe pericial judicial[839]. Éste goza de imparcialidad así como examina a todos los miembros de la familia, de modo que ofrece una visión de conjunto de la que carecen los informes de parte.

Para el caso de que existan varios informes contradictorios, prevalecerán aquellos en los que se evalúe no sólo a los progenitores sino también al menor[840].Por su parte, destacar la escasa virtualidad que se les concede a los informes de parte en los que el profesional que los haya redactado, no haya entrevistado a las dos partes, ya que no aportan una visión completa de la realidad familiar[841].

No obstante, en aquellos supuestos en los que no haya habido un informe judicial, sino que el informe emitido haya sido de parte, si éste no adolece del vicio de otros informes en los que no se evalúa a ambos progenitores, se tomará en consideración para adoptar la decisión judicial que se considere más adecuada para el interés del menor[842].

Al igual que sucede con la jurisprudencia aragonesa, y no obstante la línea mayoritaria en cuanto al peso específico de éstos informes, en ocasiones muy excepcionales[843], los

[837] Sentencias AP Valencia de 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100039); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100020); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100010); 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100559); 17 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100519).

[838] SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100337).

[839]Sentencias AP Valencia de 9 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100259); 15 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100538).

[840] SAP Valencia de 14 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100862).

[841]SAP Valencia de 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001).

[842] SAP Valencia de 14 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100540).

[843]SAP Valencia de 3 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100381). La Sala, a pesar de la recomendación del Informe emitido por perito judicial en el sentido de conceder la custodia compartida, se aparta del mismo al considerar que no es lo más adecuado para los menores.

Tribunales se han apartado del criterio "recomendado" por el informe pericial, al considerar que con el mismo no se garantizaba el interés del menor. En este sentido, entre otras[844], se ha pronunciado la SAP Valencia de 19 noviembre 2013[845], donde la conclusión del dictamen pericial no coincide con el resultado de la exploración de los menores, que se mostraron favorables al mantenimiento de la guarda materna y se manifestaron en contra del sistema de convivencia compartida. A la vista de todo ello, la Sala se inclina por mantener la custodia exclusiva para la madre, habida cuenta ser la voluntad de los menores y contar estos con una edad "*en la que cabe presumir un criterio maduro y un raciocinio apreciable que les dota de capacidad de entendimiento y voluntad*".

Por su parte, y siguiendo la misma línea, la SAP Valencia de 2 abril 2014[846], a pesar de la existencia de informe pericial favorable a la custodia compartida, a la vista de la prueba practicada, y teniendo en cuenta el resultado de la exploración, así como la documentación presentada por la demandante relativa a su favorable entorno familiar y laboral en los Estados Unidos, y las propias manifestaciones de la perito en la vista, la Sala se aparta de la recomendación del informe, considerando inadecuada tanto la custodia paterna como la custodia compartida, porque el proyecto de vida de la actora en el nuevo país es realista y beneficioso para el hijo, lo que lleva a la Sala a confiarle su guarda.

La jurisprudencia de la AP Valencia es prácticamente unánime al denegar la modalidad de custodia compartida en base a la existencia de informes técnicos que desaconsejan la adopción de dicha modalidad de custodia, fundamentándose dicho informe denegatorio en diversos motivos[847], entre otros, cuestionar el horario del padre

[844]La SAP Valencia de 3 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100237).

[845]Id Cendoj: 46250370102013100748

[846]Id Cendoj: 46250370102014100229

[847]En este sentido, y de entre las más representativas, destacan las sentencias AP Valencia de 22 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100375); 19 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100016); 20 junio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100433); 17 junio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100421); 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100374); 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100370); 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100368); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100357); 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100354); 22 mayo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100335); 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347); 15 mayo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100321); 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100263); 13 mayo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100308); 30 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100285); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100272); 24 abril 2013 (IdCendoj: 46250370102013100264); 23 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100258); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100232); 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100229); 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100228); 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100230); 5 marzo

para conciliar vida familiar y laboral[848], relación conflictiva entre los progenitores[849], carencia de la figura paterna así como el poco tiempo de calidad que presta éste a sus

2013 (Id Cendoj: 46250370102013100146); 4 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100134); 4 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100141); 26 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100197); 25 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100199); 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100039); 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100070); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100020); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100010); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100015); 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100002); 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100007); 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100004); 7 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100033); 16 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100831); 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100824); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100818); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100847); 21 noviembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100760); 20 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100750); 18 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100742); 12 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100733); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100728); 7 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100721); 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100717);31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100708); 28 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100756); 28 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100697); 21 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100612); 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100611); 14 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100652); 7 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100645); 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100633); 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100631); 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100675); 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100674); 18 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100578); 16 septiembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100565); 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100561); 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100559); 6 septiembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100596); 31 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100595); 29 julio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100589);26 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100587); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100562); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100599); 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100532); 10 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100490); 10 julio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100533); 9 julio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100486); 8 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100482); 3 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100472); 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100436); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100426); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100422); 12 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100412); 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100376); 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100369); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100366); 28 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100418); 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100352); 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100330); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100318); 15 mayo de 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100344); 15 de mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100311); 12 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100306); 6 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100290); 30 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100273); 11 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100258); 9 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100252); 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100243); 3 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100235); 31 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100221); 26 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100207); 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100201); 18 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100166); 12 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100168); 15 enero 2014 (IdCendoj: 46250370102014100008).

[848] SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100887).

[849] La SAP Valencia de 21 octubre 2013 (TOL 4.043.081), que refiere que, ante un supuesto de intenso conflicto así como inexistencia de relación entre los progenitores, careciendo de vías para afrontar de manera conjunta las dificultades que puedan presentar sus hijos, se considera a la vista de las conclusiones del informe, que el proyecto de custodia compartida era difícil de abordar en la actual situación, recomendándose la custodia materna con el régimen de visitas que venía rigiendo.

En igual sentido, SAP Valencia de 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100674) refiere que, al margen y además de la opinión el menor, que ya cuenta con catorce años de edad, el informe del Equipo Psicosocial refiere que, a pesar de que ninguno de los progenitores presenta características que les impidan ejercer adecuadamente las labores de cuidado y atención de los hijos y del vínculo afectivo existente entre ellos, *"…las dificultades señaladas y clima de confrontación entre los padres no hacen*

hijos, la inexistencia de comunicación entre ambos en ningún aspecto relativo al menor, unido a que el progenitor prohíbe al menor todo contacto telefónico con la madre e, incluso, caso de encontrarse con la misma yendo con el niño por la calle le prohíbe la salude, ser la madre la figura de referencia para los menores y la más implicada en las cuestiones relativas alos mismos[850], ser el padre la figura de referencia para el menor, presentar un perfil idóneo[851] y encontrarse éste integrado en el grupo familiar paterno[852], la relación entre los padres y las familiares entre sí, contenciosas y sin buena comunicación, estilos educativos divergentes[853], falta de aptitudes por parte de uno de los progenitores[854], trasladar a los menores el conflicto familiar, distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores[855], afectar a la estabilidad del menor el cambio de custodia[856], ausencia de comunicación interparental[857], ausencia de criterios comunes sobre pautas de crianza y educación[858], ser la madre la figura de referencia para el menor y la que se ha encargado mayoritariamente de los mismos[859], la edad del menor[860], la

recomendable el sistema de custodia compartida, resultando del mismo que resulta más beneficioso para los menores mantener el actual sistema de custodia…", que era la monoparental a favor de la madre.

[850]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 11 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100957); 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100819); 6 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100832); 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100667); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100037); 4 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100074); 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100089); 17 octubre 2013 (TOL 4.043.130).

[851] SAP Valencia de 12 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100036).

[852] SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100858).

[853] SAP Valencia de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100060); SAP Valencia de 13 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100002).

[854]Así, destacan las sentencias AP Valencia de 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100106); 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100504); 20 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100770); 12 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100852).

[855]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 18 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100742); 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100148); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100037); 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100981). En ésta, la Sala deniega la modalidad compartida en base al contenido del informe, la exploración del menor así como al hecho de haber obtenido la progenitora autorización para fijar su residencia en Francia, donde ha obtenido un trabajo fijo e indefinido, matriculando a su hijo en la enseñanza pública del lugar de su residencia. Por ello, se considera improsperable en estas circunstancias la aplicación de la custodia compartida.

[856] SAP Valencia de 5 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100143).

[857] SAP Valencia de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100060); SAP Valencia de 13 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100002).

[858] SAP Valencia de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100037).

[859] SAP Valencia de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100739); SAP Valencia de 8 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100781); SAP Valencia de 1 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100707).

[860]En el contenido de los referidos informes también se tomará en consideración, si es el caso, la edad de los menores, que no debemos olvidar es uno de los factores que recoge el art. 5 de la ley valenciana, y que habrá que tener en cuenta para adoptar una u otra modalidad de custodia. En este sentido, ante un supuesto de un menor de 18 meses de edad, considera el Informe emitido que en atención a la edad del

opinión del menor o de los menores[861], descoordinación entre los progenitores que resulta perjudicial para el menor[862], ausencia de relación del progenitor paterno con el menor[863], dificultad del progenitor para ofrecer una atención personalizada[864], inexistencia de comunicación entre los progenitores unido a la distancia existente entre los domicilios de ambos[865], ser el estilo y estrategias educativas de la madre más eficaces y específicas para responder a las necesidades del menor[866], considerar la custodia monoparental existente como mejor para la adecuada atención de las necesidades de los hijos[867], las características personales de uno de los progenitores que influyen negativamente en el menor[868],la necesidad de que se produzca una restauración de la figura materna en la vida de las menores[869], etc.

A sensu contrario, se ha concedido la custodia compartida a la vista del contenido del informe del equipo psicosocial adscrito a los juzgados de familia[870], o en su caso de las

menor, así como a otras circunstancias, la custodia a favor de la madre es la decisión más idónea para el menor. En este sentido, SAP Valencia de 9 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100295).

[861]A destacar, entre otras, las sentencias AP Valencia de 3 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100326); 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100035); 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100667); 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100631); 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100595); 15 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100538); 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100774).

[862] SAP Valencia de 28 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100672).

[863] SAP Valencia de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100599); SAP Valencia de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100990).

[864] SAP Valencia de 28 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100604).

[865] SAP Valencia de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100581).

[866] SAP Valencia de 21 octubre 2012 (Id Cendoj: 46250370102014100771).

[867] SAP Valencia de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100775).

[868] SAP Valencia de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100982).

[869] SAP Valencia de 25 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100307).

[870]En este sentido, las sentencias AP Valencia de 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100821); 27 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100459); 25 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100536); 24 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100449); 4 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100383); 31 mayo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100366); 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358); 18 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100238); 18 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100241); 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100171); 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100152); 18 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100042); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100816); 9 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100807); 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); 2 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100789); 14 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100739); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100729); 16 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100511); 19 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100449); 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100423); 11 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100410); 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100373); 30 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100368); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100452); 21 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100324); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100316); 5 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100281); 29 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100338); 1 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100224); 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100205); 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100202); 11 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100158); 21 febrero 2014 (Id

periciales sicológicas en aquellos juzgados en los que no existe equipo psicosocial, recomendando dicha modalidad de custodia, fundamentando dicha decisión en factores como la existencia de buena relación del menor con sus progenitores y a las condiciones aptas que ambos ofrecen para el buen desarrollo del menor[871], la complementariedad de ambos progenitores para compartir la custodia[872], así como para garantizar el equilibrio emocional del mismo[873], la voluntad de los menores mostrando su conformidad con la modalidad de custodia compartida[874], la disponibilidad para ofrecer una atención personalizada a sus hijas[875], la integración de los menores en el entorno de ambos progenitores, la aptitud de ambos progenitores para la custodia compartida sin ser obstáculo para ello la existencia de malas relaciones entre ellos[876], ni la distancia geográfica existente entre ambos domicilios[877], el arraigo de la menor unido al mantenimiento de vínculos con ambos progenitores y todo ello unido a que ambos progenitores residen en la misma localidad, proximidad que favorece el mantenimiento de la menor en su entorno escolar y social[878], mostrar ambos progenitores apropiados estilos de apego y educativos así como características de personalidad vinculadas a competencias de parentalidad óptimas[879], reunir el progenitor paterno las características adecuadas para

Cendoj: 46250370102014100044); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100110); 10 febrero 2014 (IdCendoj: 46250370102014100094).

[871]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354); 5 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100825); 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100864); 23 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100780); 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100606); 23 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100576); 8 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100608); 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100598); 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100118); 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100649); 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100041); 15 septiembre 2014 *(*Id Cendoj: 46250370102014100598).

[872]Así, las sentencias AP Valencia de 4 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100248); 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100952); 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100124); 19 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100647).

[873] En este sentido destacan las sentencias AP Valencia de 4 enero 2012 (EDJ 2012/17493); 17 enero 2012 (EDJ 2012/17471); 14 febrero 2012 (EDJ 2012/80188); 20 junio 2012 (EDJ 2012/182795); 16 febrero 2012 (TOL 2.527.203); 31 enero 2012 (EDJ 2012/80231).

En similares términos, SAP Valencia de 2 julio 2012 (TOL 2.637.374), así como la SAP Valencia de 22 diciembre 2012 (EDJ 2011/330345).

[874] SAP Valencia de 24 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100050); SAP Valencia de 15 octubre 2013 (TOL 4.043.113); SAP Valencia de 14 octubre 2013 (TOL 4.043.150).

[875] SAP Valencia de 3 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100810).

[876]SAP Valencia de 26 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100109).

[877] SAP Valencia de 17 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100756).

[878] SAP Valencia de 18 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100559).

[879] SAP Valencia de 12 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100264); SAP Valencia de 1 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100183); SAP Valencia de 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100724).

el desempeño de una coparentalidad responsable y la voluntad de ejercerla[880], entender que la actitud de la madre, poco favorecedora de la relación paterno-filial, entraña un peligro de que la relación entre el padre y su hija terminara por verse deteriorada e incluso interrumpida[881], etc.

En ocasiones, y si bien del contenido del informe pericial emitido se considera como más beneficiosa para el menor la modalidad compartida, se considera como mejor opción para los menores, diferir la custodia compartida a un determinado momento, que pudiera ser por ejemplo el que la pequeña de las hijas curse primero de primaria, considerando que de esa forma se beneficia a las menores[882]. Igualmente, también puede darse el supuesto de que el informe no efectúe una propuesta concluyente para la determinación del sistema de guarda más ajustado a la menor pues si bien no descarta la custodia compartida, lo hace estableciendo determinadas condiciones como pueden ser que el progenitor garantice el sistema de guarda y el compromiso de mantener el arraigo social y escolar de la menor, manteniendo las actividades extraescolares que le resultan satisfactorias. En estos supuestos, se valorarán el resto de circunstancias concurrentes para ver de determinar la medida que mejor garantiza el interés de los menores[883].

Sin perjuicio de lo anterior, ya se empiezan a emitir informes periciales en los que se concluye que "*actualmente, y sin ninguna intervención, cualquier alternativa de custodia (exclusiva o compartida) presenta limitaciones, ya que ninguna de ellas preserva al menor al menor del conflicto interparental*"[884], por lo que a la vista de dicha conclusión, parece que deba entrar en juego la previsión de la Ley autonómica 5/2011, en su art. 5.2, que da preferencia a la modalidad compartida.

Se puede concluir pues, que tanto del análisis de la jurisprudencia de la AP Valencia, en la misma línea que la aragonesa, el criterio seguido es que a pesar de la preferencia legal por la modalidad de custodia compartida en el texto autonómico, ésta no conlleva una aplicación automática de la misma, siendo unánime la doctrina en cuanto a considerar que los criterios a seguir para ver la idoneidad o no de la modalidad compartida de

[880] SAP Valencia de 18 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100973).
[881] SAP Valencia de 19 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100287).
[882] SAP Valencia de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100775).
[883] SAP Valencia de 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100946).
[884] SAP Valencia de 12 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100264).

custodia, van a ser igualmente el resultado de los informes periciales[885], a los que les asigna una importancia decisiva, así como la voluntad de los menores[886], que dicho sea de paso, no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren que es mejor para ellos. En este sentido, ambos factores son considerados "elementos relevantes" a la hora de desplazar el criterio preferente de la custodia compartida por el de custodia individual a favor de uno de los progenitores[887].

D) La jurisprudencia catalana

Por lo que se refiere a la legislación catalana, y si bien no recoge expresamente como factor a tener en cuenta el contenido de los informes emitidos al efecto, a excepción de lo previsto en la Disposición adicional sexta[888], la jurisprudencia sí que reconoce el

[885]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100049); 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100036); 15 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100005); 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100045); 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100141); 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100411).

[886] SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100305).

[887]SAP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100029).

[888]***"1.*** *Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales. También pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores.*

2.*Los dictámenes relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental que las partes aporten al proceso equivalen a los elaborados por el equipo técnico de apoyo judicial o los profesionales que el Juez designa en su lugar, siempre y cuando el perito haya sido designado por un colegio profesional o una entidad reconocida por la Administración a partir de un censo de especialistas y de modo que se garantice la objetividad, imparcialidad y capacidad técnica.*

3.*Si los medios probatorios aportados por las partes relativos al régimen de guarda, incluida la compartida, y de relaciones personales no ofrecen suficientes elementos de juicio, el tribunal puede disponer que un perito judicial elabore un informe. El perito debe designarse entre los especialistas de los equipos técnicos de apoyo judicial, de la clínica de medicina forense o de los colegios profesionales correspondientes si los servicios públicos de asesoramiento no existen o no pueden asumir la designación.*

4.*Los especialistas integrados en los equipos técnicos que apoyan a los Tribunales o los designados en lugar de aquellos son auxiliares de los Tribunales. Las autoridades y los organismos públicos y privados, y los profesionales que hayan intervenido previamente con la familia, tienen el deber de colaborar. Si la colaboración solicitada se refiere a aspectos protegidos por el secreto profesional, por el derecho de intimidad o por la normativa relativa a datos personales, se requiere una resolución expresa del tribunal".*

contenido de los mismos como un factor a tomar en consideración por el Juez. En este sentido, han sido muchas las resoluciones en las que se ha denegado la custodia compartida en base al contenido del informe del SATAF y de otros profesionales[889]. En muchos de los supuestos analizados, y si bien se partía de que ambos progenitores tenían habilidades parentales, se ha denegado la custodia compartida alegando motivos tales como la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores[890], la estabilidad y tranquilidad de los menores[891], mayor aptitud de la madre y su capacidad de preservar la figura paterna y la vinculación padre-hija[892], la dificultad comunicativa entre los progenitores junto con la incapacidad de ambos por preservar a la menor del conflicto[893], la conflictividad existente entre los progenitores[894], la falta de aptitudes del padre para

[889] Entre las más representativas, destacan las sentencias AP Barcelona de 22 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100647); 8 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100090); 7 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100106); 1 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100021); 1 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100062); 5 enero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100015); 24 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100303); 3 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100278); 8 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100106); 6 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100179); 23 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100094); 21 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100786); 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100827); 15 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100697); 3 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100462); 28 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100460); 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282); 24 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100323); SAP Barcelona de 18 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100272); 14 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100002); 4 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100264); 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100211); 20 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100194); 21 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100375); 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100056). Es de resaltar en esta última sentencia, habida cuenta la difícil relación existente entre los progenitores, y con el fin de garantizar el interés de los menores, el nombramiento de la figura del Coordinador Parental. Se trata de un profesional, nombrado de entre los profesionales de los servicios sociales del Ayuntamiento de residencia de los menores, que deberá conducir a los padres, aconsejarles y dar pautas sobre el trato que ambas partes deben dispensar a sus hijos, así como sobre la necesaria comunicación que entre ellos deben mantener en temas relativos al bienestar de los menores, que es en definitiva lo que los hijos ahora precisan, e informarán al Juzgado de 1ª Instancia con frecuencia semestral sobre la evolución de la relación entre todos ellos, en tanto sea necesario.

[890] SAP Barcelona de 17 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100269).

[891] Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 15 abril 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100238); 20 diciembre 12 (Id Cendoj: 08019370122012100784); 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100310); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100316).

[892] Así, las sentencias AP Barcelona de 29 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100130); 22 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100118); 8 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013127 4).

[893]Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100331); 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100137); 14 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100658).

[894]De entre las más representativas, destacan las sentencias AP Barcelona de 30 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100092); 25 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100203); 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100125); 13 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100755); 26 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100647); 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100514); 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100404); 8 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100526); 17 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100306); 10 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100271); 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100128); 31 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100315); 13 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100259); 13 abril 2011(IdCendoj: 08019370122011100193); 18 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100189); 27 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100320); 27 diciembre

empatizar con las vivencias de los menores[895]; la edad del menor y su retraso en el ámbito psiquiátrico[896], desacuerdo entre los progenitores en cuanto al modelo educacional para el menor que contribuyen a mantener la conflictividad parental [897], la nula relación entre las hijas y la madre[898], la desconfianza recíproca entre los progenitores[899], la situación de extrema fragilidad emocional de uno de los progenitores que desaconseja la atribución de la guarda[900], etc. Igualmente, ha sido denegada por no darse las cualidades de coparentalidad necesarias (estilos educativos diferentes, falta de diálogo, respeto, confianza, etc.)[901], así como junto con las anteriores, no acreditarse igualmente facilidades logísticas (horarios, proximidades de domicilios, desplazamientos al centro escolar) y el interés para el menor[902].

Por el contrario, el contenido del informe favorable ha sido decisivo para que Jueces y Tribunales concedieran la modalidad compartida. En este sentido, se concede la custodia compartida en base al contenido del informe del SATAF[903], alegando motivos tales como las habilidades de los progenitores para atender al menor y ello a pesar de la mala relaciones existentes entre ambos[904], las habilidades parentales de ambos progenitores[905],

2011(Id Cendoj: 08019370122011100675); 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100158); 23 noviembre 2012 (IdCendoj: 08019370182012100645); 5 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100436); 9 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100006); 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100580).

[895]Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 8 febrero 2011(IdCendoj: 08019370182011100044); 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100769); 8 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100526).

[896] SAP Barcelona de 19 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100549).

[897]Así, las sentencias AP Barcelona de 30 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100362); 31 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100088); 31 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100315); 31 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100088); 13 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100259); 2 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100239); 29 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100088); 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100580).

[898] SAP Barcelona de 21 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100322).

[899] SAP Barcelona de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100760).

[900] SAP Barcelona de 15 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100209).

[901] SAP Barcelona de 19 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100368).

[902] SAP Barcelona de 5 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100306).

[903]Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 3 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100087); 22 febrero 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100074); 14 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100659); 13 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100614); 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100374); 21 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100077).

[904]En estos términos se han pronunciado, entre otras, las sentencias AP Barcelona de 7 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100688);16 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100673); 4 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100464);31 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100371); 10 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100206).

[905]Así, las sentencias AP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100706); 12 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100564); 3 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100432);

capacidad de ambos progenitores para responsabilizarse en el cuidado de los hijos así como la cercanía de domicilios y de modelos educativos similares[906], el interés del menor[907], existencia entre los progenitores de una relación afectiva beneficiosa con los hijos comunes que reciben de ambos un estilo educativo compensado por lo que ambos padres cubren adecuadamente las necesidades de los hijos[908], la armonía existente entre los progenitores en beneficio de sus hijos, con cumplimiento de sus responsabilidades parentales facilitado por un nivel de comunicación óptimo y fluido que simplifica la toma de decisiones conjuntas en favor de los menores[909].

En mi opinión, y junto al contenido de los informes, habrá de unirse el hecho de que por lo menos uno de los progenitores haya solicitado la modalidad de custodia compartida. Por el contrario, si a la vista del informe psico-social así como de la opinión del propio menor, y de otras circunstancias, tales como la residencia en distintas localidades de ambos progenitores, el elevado grado de conflictividad entre los padres, son circunstancias que aconsejarán la guarda y custodia individual como más beneficiosa para el menor[910].

Por lo tanto, y si bien no es preceptiva la emisión del informe, fundamentalmente en los procesos contenciosos, sí que será conveniente e incluso en determinados supuestos necesario. Es doctrina reiterada que serán los informes periciales los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así estos, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor[911].

---

5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100088); 15 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100307); 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100210).

[906]SAP Barcelona de 31 julio 2012 (IdCendoj: 08019370182012100507); SAP Barcelona de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100311).

[907]SAP Barcelona de 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100476).

[908] SAP Barcelona de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100238).

[909] SAP Barcelona de 27 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100106).

[910] En este sentido sentencias AP Zaragoza de 12 junio 2012 (TOL 2.584.735); 19 junio 2012 (TOL 2.584.361); 5 junio 2012 (TOL 2.577.832); 29 mayo 2012 (TOL 2.555.994); 2 mayo 2012 (TOL 2.525.783).

[911] Sentencias AP Valencia de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358); 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100357); 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100263); 13 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100308); 25 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100272); 16 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100232); 25 junio 2012(EDJ 2012/199699); 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100069); 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100015); 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100818); 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); 2 diciembre

X. DE LA PRECEPTIVIDAD O NO DEL INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

Afortunadamente y siguiendo la previsión del C.c., en ninguna de las legislaciones autonómicas se hará depender la concesión de la custodia compartida del contenido del informe del Ministerio Fiscal. A la petición de guarda compartida realizada por uno de los progenitores, el Ministerio Fiscal únicamente será oído sin que su opinión vincule en modo alguno, por lo que nos encontramos con una regulación más flexible en cuanto que no se va a exigir el dictamen favorable del Ministerio Fiscal.

Este cambio ha sido muy aplaudido por la doctrina, que veía en el antiguo art. 92.8 C.c. una limitación injustificada de las facultades decisorias del Juez. Así, para CONDE-PUMPIDO "nada debería impedir que el Juez pudiera resolver estas cuestiones con total libertad, sin estar limitado por el informe del Fiscal, con el que puede no coincidir. Bien es verdad que en muchas ocasiones, el informe desfavorable del Fiscal resulta muy cómodo para el Juez, que no necesita mayores argumentos para rechazar una custodia compartida. Pero, cuando de la prueba practicada se desprende la idoneidad y conveniencia del régimen de custodia compartida en el caso concreto, y resulta imposible acudir a este sistema por falta de informe favorable del Fiscal, puede llegar a ser algo frustrante. Y ello especialmente cuando, en líneas generales, el criterio de la Fiscalía respecto de la custodia compartida resulta muy restrictivo, siendo dificilísimo conseguir un informe favorable cuando no hay acuerdo entre las partes, e incluso a veces para aprobarla en convenio regulador si el Ministerio Público no está conforme con el sistema concreto pactado por las partes"[912].

En el caso de la norma aragonesa, se dota al Juez de la potestad suficiente para poder adoptar el sistema de custodia compartida sin restricciones, a excepción del interés del menor, sin estar condicionado por la voluntad de los progenitores ni del parecer favorable del Ministerio Fiscal.

2013 (Id Cendoj: 46250370102013100787); 20 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100750); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100728); 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100722); 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100705); 18 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100578); 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100561).

[912]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.,"Ley valenciana de custodia…", cit.

En el supuesto de la ley navarra, al igual que la legislación aragonesa y la valenciana, no será preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal respecto a la solicitud de guarda compartida por uno de los cónyuges, sino que únicamente será oído sin que su opinión vincule en modo alguno. Este aspecto ha sido elogiado por NANCLARES VALLE[913] respecto de la ley navarra, al afirmar que "…se trata de la principal y casi única aportación novedosa de la Ley Foral 3/2011, cuyo objetivo es poner fin a la excepcionalidad que caracteriza a la custodia compartida y ofrecer esta solución como verdadera alternativa que pueda ser valorada en situación de igualdad por los Jueces y Tribunales a la hora de resolver sobre la modalidad de guarda y custodia más acorde a los intereses del menor".

En conclusión, se trata de un factor en el que confluye no sólo el Derecho autonómico sino también el Derecho estatal, por lo que en este aspecto, la uniformidad legislativa existente evita la existencia de posibles situaciones de desigualdad en función de la ley territorial aplicable.

[913] NANCLARES VALLE, J., "La custodia de los hijos…", cit., p. 7.

CAPÍTULO V. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO (III): SU EJERCICIO. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN

I. MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE ESTANCIA

1. Consideraciones generales

Un elemento esencial en el ejercicio de la custodia compartida es el relativo a los tiempos en que se divide la misma, esto es, la concreción de los periodos en que los hijos han de permanecer con cada uno de los progenitores, tanto en los supuestos de acuerdo como cuando no lo haya.

En este apartado, se van a estudiar las distintas modalidades en que se puede ejercitar esta modalidad de custodia desde el punto de vista de la distribución del tiempo de estancia con cada uno de los progenitores, así como si ese tiempo de estancia debe ser igualitario o no para que se pueda hablar de guarda y custodia compartida. Se verá igualmente,cómo debe organizarse el reparto o distribución del tiempo de estancia con cada progenitor, si la convivencia con cada uno de ellos debe ser diaria, semanal, mensual, trimestral, semestral, por cursos escolares, etc. Por último expondré la forma concreta de hacer efectivo este régimen de convivencia compartida, exponiendo las diversas modalidades existentes, así como haciendo hincapié en la modalidad denominada “casa nido” y en los problemas y críticas que la misma ha suscitado.

Dada la ausencia de regulación del C.c., así como del proyectado art. 90.1.a) 3º del Anteproyecto, en línea con lo establecido en las legislaciones autonómicas sobre esta cuestión, no es posible determinar, en función del reparto del tiempo de convivencia de los hijos con uno y otro progenitor, cuando nos encontramos ante un régimen de custodia compartida y cuando ante uno de custodia individual, pues ni el Derecho estatal ni el autonómico determinan nada al respecto. Por ello, autores como IZQUIERDO TOLSADA han referido que el silencio de la ley en este apartado habilita al Juez a establecer una

custodia compartida con periodos de convivencia de distinta duración con cada progenitor.[914]

Por lo que se refiere a si el reparto de los tiempos de convivencia debe o no ser igualitario, así como cuál debe ser el tiempo mínimo de convivencia con los hijos que debe asignarse a un progenitor para que se considere un régimen de custodia compartida, las leyes autonómicas sí que se pronuncian al respecto, variando la regulación que se da en cada una de ellas.

Como acertadamente refiere ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA,[915] "en esta materia, como en todo lo que afecta a las relaciones paterno-filiales, es imposible establecer reglas generales que sean de aplicación a todos los casos y, por el contrario, es menester sopesar y tener en cuenta la multiplicidad de circunstancias que concurren en cada grupo familiar a la hora de fijar los periodos de alternancia".

En mi opinión, y si bien estas indicaciones pudieran tomarse como criterio orientativo, no se puede ni se deben tomar parámetros *standar* que se apliquen a la generalidad de los casos, ya que cada niño tendrá unas circunstancias, un grado de madurez, unas necesidades concretas… y en función de todo ello habrá que determinar la distribución de los tiempos en que debe permanecer con cada progenitor, sin que puedan establecerse reglas iguales para todos los supuestos.

2. La no necesidad de un reparto igualitario de los días de convivencia con cada progenitor

En relación con el elemento temporal, mucho se ha debatido al respecto de si ese reparto de tiempo debe ser igualitario entre los progenitores o no necesariamente. En prácticamente todas las leyes autonómicas, como seguidamente expondré, hay referencias al elemento temporal. Así, en la norma aragonesa se encuentran varias referencias en algunos de sus preceptos[916], así como se contiene una aclaración de este extremo en el

[914] IZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., *Tratado*…, cit., p. 422.

[915] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 907-908.

[916] De una parte, el art. 76.3.b) del Código aragonés señala que *"los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares"* y que, de otra, el art. 80.1.II Código dispone que: *"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"*.

Preámbulo de la misma, que bien podría haber formado parte del contenido normativo del texto legal.

El legislador aragonés[917], al igual que el valenciano[918], se refiereal tiempo de la convivencia, si bien no se determina en ninguna de ellas, cuál es el tiempo mínimo de convivencia con los hijos que debe asignarse a un progenitor para que pueda considerarse existente un régimen de custodia compartida.

En este aspecto, el legislador aragonés ha optado por una fórmula flexible y ambigua, que traslada la solución del problema a la ponderación del Juez, atendidas las circunstancias concretas del caso. Si bien en algunos preceptos se alude a la convivencia igualitaria, en el Preámbulo deja claro que la convivencia con cada uno de los progenitores no tiene por qué ser igualitaria pero "*sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida*".

Así, la jurisprudencia aragonesa, entre otras[919], en la SAP Zaragoza de 15 mayo 2012[920], refiere que *"la custodia compartida no supone por necesidad un reparto igualitario del tiempo de los menores entre los progenitores, y sí requiere una implicación total y absoluta en todas las parcelas de la vida de la menor*".

Al margen de la denominación que se le dé, lo importante es que el interés del menor sea convenientemente atendido[921]. La atribución de una custodia compartida no conlleva una matemática distribución por igual de la convivencia entre ambos progenitores y sus hijos[922], extremo éste que por otro lado, es prácticamente imposible de llevar a la práctica.

[917] En el Preámbulo de la ley aragonesa se alude al derecho de cada menor a "*crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos*".

[918] El art. 3 de la ley valenciana refiere que *"por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no conviven 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, en su defecto por decisión judicial"*.

[919]SAP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100101) se ha pronunciado igualmente en términos de que "*la custodia compartida no implica un reparto igualitario del tiempo que deba imponerse por encima de cualquier otra consideración*".

[920]Id Cendoj: 50297370022012100213

[921]SAP Zaragoza de 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100056).

[922] SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100012).

Como refiere GONZÁLEZ DEL POZO[923] "…la ley aragonesa no exige, para considerar existente una custodia compartida, una distribución idéntica entre los padres de los periodos de tiempo de alternancia en la convivencia con los hijos. No es esencial a la custodia conjunta un reparto idéntico de los tiempos de convivencia con los hijos.

Por su parte, el legislador valenciano parte igualmente de la premisa, o al menos así se desprende del art. 3 de la ley, de que en el régimen de convivencia compartida debe haber un reparto igualitario del tiempo en que el menor esté con cada uno de los progenitores.

En mi opinión, resulta desacertado referirse a repartos igualitarios de tiempo de convivencia, y ello por cuanto a que no debiera ser éste el parámetro que determine la existencia o no de custodia compartida. Más bien debiera atenderse a que ambos progenitores puedan ejercer la corresponsabilidad familiar en igualdad de condiciones, con un reparto más o menos equitativo del tiempo de estancia con sus hijos, y sin necesidad de que éste tenga que ser igualitario. Debiera hablarse de equidad en el reparto de las obligaciones y de los tiempos y no de igualdad de los mismos.

Por su parte, la jurisprudencia catalana refiere que no se puede admitir que un reparto no igualitario de la estancia con los hijos no pueda ser guarda compartida[924]. A tal efecto la SAP Barcelona de 19 mayo 2014[925], se pronuncia en términos de que la guarda y custodia compartida "*no implica el reparto igualitario del tiempo de los hijos comunes, sino que se precisa un plus en el reparto de las responsabilidades parentales siendo básico para proporcionar a los menores un entorno tranquilo emocionalmente y estable que ambos progenitores preserven a los niños del conflicto entre ellos, si es que persiste, y muestren un extremo respeto a la función paterna y materna que el otro debe seguir ejerciendo*".

De igual modo, la SAP Barcelona de 11 febrero 2013[926], refiere que "*la custodia compartida, dada la edad y evolución de los menores no es cuestión simplemente de alternar de forma igualatoria los períodos de tiempo en que los niños han de permanecer con uno y otro…*".

[923] GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Análisis crítico de las medidas…", cit., p.7.
[924] SAP Barcelona de 6 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100138).
[925] Id Cendoj: 08019370182014100316
[926] Id Cendoj: 08019370182013100104

Para la norma catalana, cuando se habla de guarda y custodia compartida no hay que tomar como referencia el reparto más o menos equitativo del tiempo que el menor deba estar con cada uno de sus progenitores, sino que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres[927].

Para hablar de guarda compartida es necesario cierto grado de coparentalidad y a su vez es necesaria la convivencia de los hijos con sus padres aunque no necesariamente por igual. Ambos elementos o factores -cualitativo y cuantitativo- son importantes ya que la convivencia diaria o frecuente es la que proporciona a cada progenitor el conocimiento de las necesidades cuotidianas de los menores y de su personalidad y ello facilita el ejercicio de las funciones parentales[928].

La cuestión no resulta baladí y ello por cuanto en función de la modalidad de custodia que se determine, va a tener una incidencia clara en cuestiones tan relevantes como el destino de la vivienda y ajuar familiar, el establecimiento de pensiones alimenticias, gastos extras, etc. En la práctica, se suelen dar supuestos en los que nos encontramos ante verdaderas situaciones de custodia compartida y ello dado que el tiempo que los menores pasan con el progenitor no custodio es prácticamente idéntico al que pasan con el custodio, si bien se obvia llamarla custodia compartida por la incidencia que ello va a tener a la hora de fijar pensiones alimenticias y demás medidas.

En este sentido, la mayor parte de doctrina especializada[929], refiere de forma acertada que la cuestión no puede plantearse en términos de igualdad y equiparación entre los progenitores y ello por cuanto sería en la mayoría de las situaciones harto complicado de poder llevar a la práctica, debiendo atenderse a lo fundamental que es priorizar los intereses de los menores frente a los de sus progenitores, dando una continuidad a la vida de los hijos que no resulte afectada por las medidas que se adopten.

[927] Arts. 233.8, 233.10 y 233.11 y concordantes del Código catalán.

[928] SAP Barcelona de 4 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100299); SAP Barcelona de 6 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100631).

[929] Entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida…", cit., p. 3.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

En mi opinión, ninguna duda cabe de que la modalidad de custodia compartida no exige un reparto igualitario del tiempo de estancia del menor con cada uno de los progenitores, sino que lo determinante será la efectiva intercomunicación entre los progenitores, la equidad en el reparto de las obligaciones y de los tiempos de estancia con el menor. No será posible alcanzar un grado de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales sino existe una atención cuantitativa importante de cada progenitor respecto de los hijos[930].En esta línea se pronuncian igualmente algunos ordenamientos europeos, como el italiano, para quien la guarda conjunta no exige igualdad acerca de la modalidad y el tiempo de desarrollo de la relación entre el hijo y cada uno de sus progenitores. Tal y como especificó el diputado italiano Paniz, relator del texto unificado de propuesta de ley "guarda conjunta no significa 50% del tiempo del hijo con cada uno de los progenitores, sino conservación de la efectiva responsabilidad de ambos progenitores"[931].

Afortunadamente, cada vez más existe una clara tendencia a superar la ecuación de que la custodia compartida supone un reparto equitativo del tiempo en que los menores estarán con cada uno de sus progenitores, pues si bien el tiempo de convivencia es también importante y a veces decisivo, no puede hablarse de custodia compartida si no hay coparentalidad, atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales[932]. Así lo establece el Código catalán, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación entre los progenitores y de intercambio de información. Y a su vez, no será posible alcanzar un grado de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales sino existe una atención cuantitativa importante de cada progenitor respecto de los hijos.

Derivado de dicho razonamiento, ya se han producido pronunciamientos en los que se refiere que la custodia compartida no tiene por qué incluir pernoctas, pues las circunstancias concurrentes, pueden dar lugar a una desigualdad en el tiempo de estancias

[930] SAP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100642).

[931] Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La guarda compartida. Una visión comparativa", *en Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, p. 268. [Consulta: 7 de agosto de 2013]. Disponible en: http://www.jurídicas.unam.mx/publica/librer/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr10.pedf

[932] SAP Barcelona de 12 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100740).

con uno de los progenitores, sin necesidad de establecer, por ello, una guarda y custodia exclusiva a cargo del que tiene mayor estancias con los menores[933].

En esta línea, el TSJCataluña a partir de su sentencia de 31 julio 2008 refiere en relación con la modalidad de custodia compartida que, "*en su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso y que bajo esa 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.)*"[934].

Por su parte, la mayor parte de la doctrina se ha pronunciado igualmente en términos de que la guarda y custodia compartida no debe conllevar un reparto igualitario del tiempo en que el menor esté con cada uno de los progenitores.

En este sentido, para CASTILLA BAREA[935], las referencias que se hacen a la igualdad en cuanto al reparto de los tiempos en los que el menor ha de estar con cada uno de los progenitores, no hay que tomarlas al pie de la letra, invocándose el establecimiento de períodos de idéntica duración en el contexto de la custodia compartida o de soluciones igualmente salomónicas en relación con otras medidas que también tienen relación con el modo de vivir de los hijos, sino que no hay que ir a una interpretación literal al no ser lo procedente.

En la misma línea, para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[936], "…no se trata de establecer reglas del 50% en relación al cuidado de los hijos, sino que deberá atenderse a la mejor fórmula para hacer efectivo el principio de interés del menor, teniendo en cuenta entre otros parámetros la disponibilidad de los padres". Se trata de "acabar con la idea de

[933] En este sentido, SAP Barcelona de 27 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100709).

[934] Esta doctrina jurisprudencial se ha reproducido, entre otras, en la STSJ Barcelona de 5 septiembre 2008 ((Id Cendoj: 08019310012008100009), así como en la SAP Barcelona de 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100212).

[935] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., p. 9.

[936] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales…", cit., p. 26.

"progenitor custodio" y "progenitor visitador" de manera que la ruptura convivencial entre ellos no implique ruptura convivencial radical con el menor (es evidente que si los progenitores no viven bajo el mismo techo, el menor no podrá pasar tanto tiempo con ellos como cuando todos convivían juntos)"[937], de que el reparto de tiempos se hagan de manera en que se satisfaga el interés del menor, y que se garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones para con el menor en situación de igualdad, y todo ello teniendo en cuenta las circunstancias familiares del caso concreto, como por ejemplo, la disponibilidad de los padres, horarios de trabajo de los progenitores, la cercanía de los domicilios de ambos, etc.

Igualmente, para VILLAGRASA ALCAIDE[938] "la guarda compartida no consiste en un reparto idéntico de los periodos temporales de atención a los hijos por cada uno de los progenitores, sino que responde a una planificación de sus responsabilidades parentales ajustada a la situación personal, personal y laboral de ambos".

Siguiendo esta línea doctrinal se ha pronunciado igualmente nuestro más Alto Tribunal. Así, la STS de 16 febrero 2015[939] refiere que la guarda y custodia compartida de los hijos no tiene tanto que ver con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidados.

Esto es lo verdaderamente importante y hacia dónde debieran encaminarse las resoluciones judiciales en torno a la guarda y custodia compartida, todo ello sin desmerecer la importancia de garantizar la estabilidad de los menores. Es en esa toma de decisiones conjunta donde se va a desarrollar la verdadera corresponsabilidad y no tanto en si el reparto del tiempo del menor con cada uno de los progenitores es igualitario o no. Es evidente que debe haber un cierto equilibrio en el reparto delos tiempos de estancia con el menor, pero no se debe tomar éste como el factor determinante para calificar la custodia como compartida o monoparental.

Por último, y en un intento de resolver la cuestión o de plantear opciones alternativas en cuanto a la atribución de la guarda de los hijos, se han planteado fórmulas como la tesis

[937] ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia…", cit., p. 17.
[938] VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 86.
[939] Id Cendoj: 28079110012015100034

del *approximation standard*[940], según la cual se trata de atribuir la guarda a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura. Este es el criterio al que se acogió el *American Law Institute* en los *Principles of the Law of Family Dissolution*, y supone que a falta de acuerdo entre los progenitores, el Juez atribuirá a cada uno de ellos la custodia de forma que la proporción de tiempo asignado a cada progenitor, se aproxime a la que cada uno de ellos dedicaba al cuidado del hijo antes de la separación.

Este criterio ha suscitado duras críticas por el hecho de que comporta aplicar a situaciones de crisis familiar, los criterios de distribución de la guarda que regían en tiempos de paz familiar, así como de igual modo, se atiende únicamente al criterio cuantitativo y no a elementos cualitativos, que pienso también debieran ser tenidos en cuenta. Por ello, la propuesta de la *aproximation standard*no me parece que se aúna solución justa, pues podría dar lugar a situaciones injustas en los supuestos en los que, por ejemplo, durante el tiempo de la convivencia de la pareja, uno de los progenitores, por motivos profesionales o de enfermedad, o por cualesquiera otros, no se hubiera hecho cargo de sus hijos, y en consecuencia dicha situación condicionaría de modo considerable la posibilidad de poder atribuírsele la custodia compartida.

En mi opinión, no será tan importante el reparto del tiempo que se haga y los periodos en los que cada uno de los progenitores disfrute de la compañía de sus hijos, sino que el mismo permita a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones para con los hijos en situación de igualdad, es decir, que garantice a ambos el ejercicio igualitario de su corresponsabilidad parental en relación con los hijos, esto es, el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales.

La falta de concreción legal sobre el reparto mínimo —y máximo— de los tiempos de convivencia de los padres con los hijos, en los regímenes de custodia compartida, va a determinar la existencia de una zona fronteriza, de una "tierra de nadie"[941], situada entre la custodia compartida y la exclusiva, en que resultará harto complicado determinar si nos encontramos en presencia de un régimen u otro.

[940] GARRIGA GORINA, M., "El criterio de continuidad…", cit., pp. 6-12.
[941] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas…", cit., p. 8.

Por lo tanto, no es posible determinar en función del reparto del tiempo de convivencia de los hijos con uno y otro progenitor, cuando nos encontramos ante un régimen de custodia compartida y cuando ante uno individual, pues la ley no efectúa ninguna cuantificación porcentual del reparto a realizar de los períodos de convivencia de los hijos con cada uno de los progenitores para estimar que nos hallamos ante una custodia compartida, siendo preciso acudir a un elemento, completamente etéreo y sujeto a apreciaciones subjetivas impregnadas de una gran carga valorativa.

En este sentido, es opinión mayoritaria por parte de la doctrina que la custodia compartida, "no puede plantearse en términos de igualdad y equiparación entre los progenitores, porque lo fundamental es priorizar los intereses de los menores frente a los de sus progenitores, dando una continuidad a la vida de los hijos que no resulte afectada por las medidas que se adopten"[942]. Esta idea será extrapolable igualmente, para el resto de leyes autonómicas y por lo tanto, la distinción entre la convivencia compartida y la individual no debe hacerse en términos de reparto de tiempos[943], siendo custodia compartida el régimen en que no haya absoluta paridad en el reparto de tiempos pero que permite a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones para con sus hijos.

Por ello, no es esencial a la custodia compartida un reparto idéntico de los tiempos de convivencia con los hijos, ni tampoco el hecho de que haya pernoctas con cada uno de los progenitores, y por ello la custodia compartida no implicará que los hijos convivan con cada progenitor durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Debiera ser admisible aquella situación en la que los menores pernocten durante la semana con uno de los progenitores, produciéndose un reparto del tiempo diario de estancia con cada uno de ellos durante la toda semana; por la mañana el progenitor con el que pernoctan se hiciera cargo de ellos (llevarlos al colegio, y si fuera el caso recogerlos al medio día para la comida) y por la tarde se encargara de ellos el otro progenitor, recogiéndolos del colegio, llevándolos a las

[942] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales…", cit., p. 35.

[943]En este sentido, SERRANO GARCÍA, J.A., citando a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en BAYOD, M.C., y SERRANO, J.A. (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, p. 43.

actividades extra escolares, ayuda deberes, etc., debiendo reintegrarlos en el domicilio donde pernoctan después de la cena, que podría fijarse en las 21'00 hs, y todo ello sin perjuicio de que el progenitor con el que no pernoctan durante la semana, se hiciera cargo de los menores los fines de semana, pernoctando con él los menores[944].

Por el contrario, sí considero necesario que haya un reparto equitativo de las responsabilidades para con ellos. La custodia compartida no implicará necesariamente que los hijos convivan con cada progenitor durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Se trata de ambos progenitores se impliquen por igual en el cuidado de los hijos[945].

Si bien el elemento cuantitativo -tiempo de convivencia- es importante, cuando se habla de guarda y custodia compartida va implícito el ejercicio compartido de las funciones parentales; por ello no puede hablarse de guarda compartida si no hay coparentalidad. La medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia y sí la intercomunicación entre los progenitores[946]. Y a su vez tampoco será posible alcanzar un grado de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales si no existe una atención cuantitativa importante de cada progenitor respecto a sus hijos. La convivencia diaria o frecuente es la que proporciona a cada progenitor el conocimiento de las necesidades

[944] Por el contrario, una parte de la doctrina se ha pronunciado en términos de que la custodia compartida exige la inclusión de pernoctas con ambos progenitores durante cierto tiempo. Establece que por debajo del 25 % del tiempo de convivencia estaríamos ante una custodia individual, mientras que a partir del 40-45 % del tiempo de convivencia habría que entender que estaríamos ante una custodia compartida; entre ambas proporciones habría una zona intermedia, en la que cabría califi car el régimen acordado como de custodia individual siempre que la opción explícita por ese régimen entrañara la atribución intencional, por causas justifi cadas, de un mayor poder decisorio y una posición jurídica más sólida al progenitor custodio.En este sentido, SERRANO GARCÍA, J.A., citando a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en BAYOD, M.C., y SERRANO, J.A., (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución "Fernando el Católico (C.S.I.C.) Excma. Diputación de Zaragoza, 2014, p. 43.

[945]Por todas, la SAP Valencia de 25 junio 2012 (EDJ 2012/199699), considera la custodia compartida como *"la solución más beneficiosa para los menores, puesto que es con ella como se consigue que ambos progenitores se impliquen y se dediquen por igual al cuidado de los hijos, y es con ella como se sientan las bases adecuadas para que la relación afectiva del menor sea lo más amplia e intensa posible con ambos progenitores, sin marginar o postergar a uno de ellos siquiera sea parcialmente en ambas facetas tan importantes para el desarrollo del menor"*.

[946] SAP Barcelona de 17 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100601).

cuotidianas de los menores y de su personalidad y ello facilita el ejercicio de las funciones parentales[947].

No obstante todo ello, la duda relativa al porcentaje de tiempo de custodia necesario para que el sistema pueda ser considerado como de custodia compartida, sería muy oportuno que fueran resueltas por la jurisprudencia ya que va a ser una cuestión relevante a la hora de acordar el resto de medidas derivadas de la situación de crisis matrimonial. Todo ello sin perjuicio de no perder la referencia de que lo verdaderamente importante no va a ser el tiempo de estancia más o menos igualitario con cada uno de los progenitores sino que éstos puedan ejercer de forma compartida sus funciones parentales, en definitiva, que pueda ejercerse la coparentalidad. La custodia compartida no debe ser una cuestión de tiempos sino de una verdadera actitud por parte de los progenitores en cuanto al ejercicio de la corresponsabilidad parental y de reparto de responsabilidades.

Por ello, y siempre que las circunstancias lo permitan, el sistema de establecer un régimen amplio de alternancia no será lo más aconsejable para el menor, ya que quedará desvinculado de uno de los progenitores durante un periodo de tiempo que en ocasiones será excesivo, con el consiguiente riesgo que ello puede conllevar para su desarrollo. Pero tampoco considero que sea adecuado para los menores el establecimiento de sistemas en los que se establece la convivencia con ambos progenitores por días alternos o similar, ya que se trata de un sistema que no es adecuado para el menor, pues entiendo que dicho sistema le puede generar inestabilidad, al tener que dormir por días alternos con uno u otro progenitor, pudiendo afectar dicha circunstancia a su estabilidad emocional, a su rendimiento escolar, etc. Por todo ello, el sistema más adecuado es aquel en el que se haga la distribución de tiempos de estancia por semanas o por quincenas, ya que va a garantizar que los menores estén con ambos progenitores y que se pueda ejercer la tan renombrada corresponsabilidad familiar, así como se va a garantizar en cierta medida la estabilidad de los menores, si bien con matices.

[947] SAP Barcelona de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100127); SAP Barcelona de 6 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100656).

3. La diversidad de modalidades en función del tiempo de estancia con cada progenitor

Al margen y además de lo anterior, esto es, de la distribución del tiempo de estancia con cada uno de los progenitores y de si éste debe o no ser igualitario, otra cuestión importante a la hora del ejercicio de la modalidad de custodia compartida es cómo deben organizarse los turnos de custodia, el reparto o distribución del tiempo de estancia o convivencia de los menores con cada uno de los progenitores; la convivencia con cada progenitor ¿debe ser diaria, semanal, mensual, trimestral, semestral, por cursos escolares…? ¿Qué modalidad será la que mejor garantizará los derechos y el bienestar de los menores…?

Con carácter general, en ninguna de las leyes autonómicas se establece un sistema de custodia compartida predeterminado que fije periodos de alternancia en la convivencia de los progenitores por días, semanas, meses o lapsos de tiempo más largos y pueda considerarse un régimen de custodia compartida estandarizado y uniforme que sirva de modelo. Es evidente que habrá que estar a las concretas circunstancias familiares de cada caso en concreto para determinar qué sistema es el que va a garantizar un mejor desarrollo de la convivencia tras la ruptura, así como el interés del menor. No obstante lo anterior, sí se puede afirmar que de entre las diversas opciones existentes, la asignación de la convivencia por semanas es la que mayor aplicación está teniendo por parte de los Tribunales.

A tal efecto, y sin perjuicio de cómo se organicen los turnos de custodia, hay un factor que resulta decisivo y que hay que tener en cuenta para fijar la frecuencia y duración de las estancias con uno y otro progenitor, y es el de la edad de los hijos. Ya se veía en el Capítulo anterior, que éste era precisamente uno de los factores que el Juez tomará en consideración a la hora de acordar una u otra modalidad de custodia, y por ello, una vez acordada la modalidad compartida, incidirá de nuevo en la forma de organización del ejercicio de dicha modalidad de custodia.

En relación a si los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores deben ser más o menos cortos, se ha planteado un amplio debate doctrinal que parece confluir en la idea de que será más adecuada para el menor la distribución de tiempos de estancia cortos con cada uno de los progenitores.

Así lo refiere SERRANO GARCÍA[948], para quien en los supuestos de menores de corta edad, habrá que optar por periodos de estancias breves y frecuentes con cada progenitor, y en consecuencia de mayor rotación, a fin de evitar sentimientos de pérdida del progenitor y atenuar el dolor de la separación. Por contra, en los supuestos de hijos con más edad, y con el fin de que no se afecte a la estabilidad de éstos, se debe optar por periodos de estancia más amplios, y por ello con menor rotación.

En este sentido, no hay que olvidar que el niño no tiene el mismo sentido del tiempo que los adultos y que un día de separación puede ser el equivalente a varias semanas vividas por un adulto, de ahí que habrá que tener presente dicha circunstancia.

La concreta organización deberá estar adaptada a las circunstancias de la situación familiar (edad y colegio de los hijos, lugar de residencia, la distancia y medio de transporte entre los domicilios de los progenitores, los lazos afectivos, la profesión de los padres, etc.).

A los efectos de tomar un referente orientativo en cuanto a la frecuencia del contacto de los menores con sus progenitores, atendiendo a la edad de éstos, ZARRALUQUI remite a las consideraciones del *Children´s Rights Council*, organización sin ánimo de lucro, fundada en 1985, domiciliada en Washington, DC (USA), que recomienda teniendo como única base, la edad del menor, los siguientes periodos de alternancia:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

[948] SERRANO GARCÍA, J.A., "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en BAYOD, M.C., y SERRANO, J.A., (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución "Fernando el Católico (C.S.I.C.) Excma. Diputación de Zaragoza, 2014, p. 40.

Es evidente que van a haber diversidad de opiniones en cuanto a la conveniencia de optar por establecer periodos de tiempo largos de convivencia, fundamentando todo ello en la necesidad de garantizar la estabilidad de los menores y por el contrario, aquellas otras en las que se opte por la custodia compartida por lapsos de tiempo inferiores, fundamentando dicha opción en la necesidad de que haya un contacto continuado con ambos progenitores con el fin de no desnaturalizar la esencia de esta modalidad de custodia, que es el que los menores puedan disfrutar de la compañía de ambos progenitores en una situación que debe ser lo más similar a la que venía disfrutando antes de la ruptura.

En la misma línea doctrinal, refiere GONZÁLEZ DEL POZO[949]que "los regímenes de custodia compartida con reparto de los tiempos de convivencia en periodos alternos excesivamente largos, como cuatrimestres, semestres, cursos escolares o años naturales, desnaturalizan la esencia de la custodia compartida, concebida como ejercicio permanente de la corresponsabilidad parental sobre los menores y caracterizada por una presencia constante de cada progenitor en la vida, actividades, vicisitudes e inquietudes del menor que sólo se consigue a través del contacto regular, frecuente y directo con ambos". Añade que "la custodia compartida por lapsos de tiempo superiores al mes, convierten la misma, de facto, en un régimen de custodias individuales sucesivas y alternas pues no permite el cumplimiento efectivo de los principios básicos que deben inspirar aquella por parte de cada progenitor en los periodos en que desempeña la custodia el otro, hasta el extremo de hacer preciso fijar, para los periodos lectivos del curso escolar, un régimen ordinario de comunicaciones, estancias o visitas de los hijos con el progenitor que no ejerce efectivamente la custodia, lo cual es más propio de los sistemas de custodia individual o exclusiva y transfiere al sistema de custodia compartida gran parte de los defectos e inconvenientes achacables a aquél".

Por el contrario, autores como VILLAGRASA ALCAIDE[950]y ROMERO COLOMA[951]abogan por la preferencia por períodos de guarda lo más amplios posibles, en

[949] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios a la regulación de la custodia compartida…", cit.

[950]VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña…", cit., p. 94.

[951] ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 157. Establece que resulta preferible que los periodos de estancia con cada progenitor sean largos, a fin de evitar que traslados demasiado continuados en el tiempo pueda constituir un verdadero "peregrinaje" que afecte a su correcto ritmo de vida, especialmente si se trata de menores de corta edad.

atención a la edad y circunstancias personales del menor, rechazando la alternancia en breves períodos de tiempo que van a resultar perjudiciales para el desarrollo de la personalidad del menor.

En este sentido, dicha posición doctrinal estaría en la directriz establecida en la Instrucción de la Fiscalía del TSJ Cataluña de 20 octubre 1995, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos de separación y divorcio. En ésta, se apuntaba que "*con carácter general, el Ministerio Fiscal debe oponerse a la aprobación de un convenio que recoja con respecto a los menores un sistema de guarda y custodia compartida que implique un cambio de domicilio del menor de modo frecuente –como puede ser un mes con cada progenitor o quince días o incluso una semana con cada uno-*".

Así las cosas, en los supuestos de menores de corta edad, ha habido pronunciamientos en los que se aboga por el establecimiento de contactos o permanencias muy frecuentes y no distanciadas en el tiempo[952]. En este sentido, en el Informe Reencuentro[953], ya se hizo hincapié en que salvo situaciones especiales, la fórmula más adecuada de custodia sería por regla general la alternancia semanal y en los niños de corta edad, los contactos debieran ser más cortos y más frecuentes, determinando que la custodia exclusiva generalmente conlleva estabilidad material mientras que la compartida deriva en una mayor estabilidad emocional del menor.

En apoyo de esta postura la SAP Barcelona de 18 septiembre 2014[954] refiere que "*para el desarrollo mental de una menor de entre los 4 y los 9 años, la cadencia por semanas completas alternas es excesivamente extensa, según ponen de manifiesto los especialistas en psicología evolutiva, puesto que impide la consolidación de hábitos y pautas de comportamiento. Por otra parte, si lo que se pretende es un contacto más frecuente, es aconsejable que no transcurran más de tres o cuatro días sin la presencia de cada uno de los progenitores en los casos en los que sea posible articular la colaboración entre ambos de este modo*".

[952] SAP Barcelona de 8 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100326).

[953] El Informe Reecuentro fue elaborado el 25 de septiembre de 2002 por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS), Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), y fue apoyado por la Asociación Gallega de Padres y Madres separados, Federación de Euskadi de Padres y Madres Separados (*Kidetza*), Unión de Separados y Separadas de Madrid, Asociación Azúl fuerte, fue contemplado en la tramitación parlamentaria de elaboración del Proyecto de Ley 15/2005. [Consulta: 2 de septiembre de 2014]. Disponible en: http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-i.pdf

[954] Id Cendoj: 08019370122014100528

Por el contrario, en los supuestos de menores de mayor edad, se ha abogado por mantener la preferencia por periodos de guarda lo más amplios posibles, y ello por cuanto se considera que las estancias con cada progenitor deben ser siempre superiores a la semana, a fin de dotar de estabilidad la estancia del hijo con cada progenitor, y no tener que estar permanente trasladándose de un domicilio a otro, con el consiguiente desconcierto que ello puede, incluso, conllevar para el hijo, si bien tampoco los períodos deben ser tan largos[955].

Sin embargo, y como he venido reiterando a lo largo del trabajo, en la medida en que las circunstancias que concurren en cada familia son diferentes, lo que puede constituir una distribución temporal y organización doméstica perjudicial para un determinado supuesto podría ser muy beneficioso en otro. En este sentido y teniendo en cuenta esta circunstancia, la jurisprudencia ofrece un amplio abanico de sistemas de organización temporal.

Así, se han dictado sentencias que fijan la alternancia de la guarda de los progenitores en períodos anuales[956], por cursos escolares[957], semestrales, cuatrimestrales[958], trimestrales[959], bimensuales[960], mensuales[961], quincenales[962], semanales[963], e incluso

[955] SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439).

[956]STS de 29 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100675); la Sala establece que el hecho de que se establezcan periodos de tiempo de estancia con cada uno de los progenitores, que podríamos considerar amplios, ello "*en ningún caso se desnaturaliza la medida…*".

[957] SAP Zaragoza de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100364).

[958] SAP Barcelona de 19 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100067).

[959] STS de 11 marzo 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100108). La referida sentencia distribuye la estancia con cada uno de los progenitores por trimestres escolares.

[960]SAP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100249).

[961] STSJ Aragón de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100020); SAP Tarragona de 26 noviembre 2010 (Id Cendoj: 43148370012010100318); SAP Valencia de 14 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100650); SAP Valencia de 9 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100545); SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439).

[962] SAP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354); SAP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100796); SAP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794); SAP Valencia de 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100373); SAP Zaragoza de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235); SAP Zaragoza de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100100)

[963] Enre otras, las sentencias AP Valencia de 29 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100236); 14 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100200); 10 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100194); 1 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100183); 19 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100287); 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001); 16 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100011); 26 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100109); 28 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100054); 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100945); 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100952); 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965); 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100866); SAP Las Palmas de 14 junio 2006 (Id Cendoj: 35016370032006100247);

diarios, o de varios días[964]. A este respecto, y si bien es lo cierto que se han dictado algunas sentencias en las que se ha impuesto un régimen amplio de alternancia, por años o por cursos académicos, justificando que es más adecuado para la estabilidad del menor el establecimiento de mayores periodos de tiempo y la menor rotación, parece que el régimen que continua siendo mayoritario es el de establecer el régimen de custodia compartida por semanas alternas[965], y ello tanto por parte de la jurisprudencia de Aragón[966] como la Cataluña[967], Comunidad Valenciana[968] y otras[969].

No obstante las diversas posibilidades en cuanto a la distribución de tiempos, y a pesar de que, en mi opinión, debieran prevalecer las estancias por periodos de tiempos más o menos cortos, no hay que incurrir en una excesiva fragmentación de los tiempos de estancia. A tal efecto, se han rechazado propuestas en las que se proponía el ejercicio compartido de la custodia con el hijo en períodos de días alternos, rechazando dicha modalidad al no resultar la más beneficiosa para el menor, y ello debido a la confusión que le crearían las pernoctas en días alternos con cada progenitor, siendo necesario

y sentencias AP Valencia de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100598); 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100606); 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100649);15 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100602); 16 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100511); 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100442); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100452); 21 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100324); y sentencias AP Barcelona de 23 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100194); SAP Barcelona de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100263); 5 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100154); 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100342); 16 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100252); 14 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100176); 28 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100142); 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100143).

En similares términos, las sentencias AP Zaragoza de 23 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100212); 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100246); 2 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100306); 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022015100089).

[964] Entre otras, las sentencias AP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100345); 10 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100168); 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100076); 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100282). Se establece una modalidad de guarda compartida de dos en dos días, conforme a lo interesado por uno de los progenitores.

[965] De igual modo, ésta es la fórmula considerada más idónea por la legislación francesa.

[966] Entre otras muchas, SAP Zaragoza de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100099

[967] En este sentido, STSJ Cataluña de 3 marzo 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100016).

[968] Así, la SAP Alicante de 24 abril 2009 (Id Cendoj: 03065370092009100040), partiendo de su admisión de la custodia compartida por considerarla más beneficiosa para el menor, estableció *"El resto del tiempo se aplicará el régimen ordinario semanal alterno, que quedará interrumpido, sin posibilidad de recuperación de días de dicho régimen ordinario, durante los períodos vacacionales"*.

[969] SAP Cáceres de 16 junio 2006 (Id Cendoj: 10037370012006100318).

proporcionarle al niño unas condiciones de estabilidad en su vida que le permitan adaptarse a las circunstancias familiares y garantizar su desarrollo integral[970].

Por contra, ese sistema de alternancia por días se ha estimado en supuestos como el resuelto por la SAP Zaragoza de 21 enero 2014[971], que remitiéndose al contenido del informe del perito, considera que no existe inconveniente en repartir el sistema de estancia de manera equitativa entre ambos progenitores, descartándose el sistema de estancias semanales o de mayor periodo y decantándose por el reparto entre días semanales tal como propone en su informe.

No obstante la diversidad de pronunciamientos existentes, el criterio mayoritario de la AP Zaragoza parece decantarse por el establecimiento de periodos semanales y quincenales[972], siendo que en todo caso se opta por periodos de estancia cortos con cada uno de los progenitores[973].

4. Las formas concretas de ejercicio de la guarda y custodia compartida

A) Consideraciones generales

Al margen y además del tiempo de convivencia con cada uno de los progenitores, y de si dicha convivencia debe ser o no igualitaria, no se debe olvidar otra cuestión importante y es la forma concreta de hacer efectivo este régimen de convivencia compartida. Es

[970] STSJ Aragón de 15 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100045). En este supuesto, aprecia la Sala que, "*si el reparto de tiempo rechazado en las instancias no es conveniente para la estabilidad del niño, tampoco parece lo más adecuado el sistema subsidiario inicialmente propuesto (cada dos días) y sí, más conveniente, un reparto del tiempo por semanas alternas. Con ello, puede prescindirse del régimen de visitas que se estableció. Tal reparto semanal, de domingo a domingo, se mantendrá sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar otro de estancias más amplias con visitas intersemanales y de fines de semana, o del que pueda determinarse judicialmente en virtud de eventuales cambios de circunstancias*".

[971] Id Cendoj: 50297370022014100015

[972] SAP Zaragoza de 15 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100227); SAP Zaragoza de 8 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100223).

[973] En este sentido, merece destacarse el trabajo realizado del Foro de Derecho Aragonés de 2012. En éste, de los 52 casos de custodia compartida resultantes de las setencias consultadas para la realización del trabajo, resultan 9 modalidades distintas de ejercicio de la custodia compartida, que clasificadas según la duración del período de alternancia, de más breve a más largo, son las siguientes: Con reparto, igualitario o no, de los días de la semana: 9 casos (17,3 %). Por semanas alternas: 10 casos (uno de custodia mixta) (19,2 %). Por períodos de dos semanas o quincenas alternas: 4 casos (7,7 %). Por meses alternos: 5 casos (9,6 %). Por bimestres alternos: 2 casos (3,8 %). Por bimestres y trimestres alternos: 7 casos (13,5 %). Por trimestres alternos: 2 casos (3,8 %). Por semestres: 7 casos (13,5 %). Por años o cursos escolares alternos: 6 casos (11,5 %). Si atendemos a la frecuencia de uso, el orden, de mayor a menor.

evidente que se opte por periodos más o menos largos de estancia con cada progenitor, habrá que determinar la forma concreta de que se lleve a cabo dicho ejercicio compartido.

Por ello, una de las cuestiones más controvertidas a la hora de otorgar la custodia compartida será establecer el modo de organizar la vida cotidiana del menor tras la ruptura de sus progenitores. En relación con esta cuestión, ni que decir tiene que el C.c. tampoco determina cuales van a ser estas modalidades, ya que no previendo la regulación de la atribución del domicilio en los supuestos de custodia compartida, en mayor medida, no va a establecer las modalidades de uso de la vivienda en este supuesto. Tampoco las leyes autonómicas han previsto la forma en que se debe de organizar el ejercicio para ésta modalidad de custodia, si bien la doctrina[974] y la jurisprudencia sí que lo han previsto, estableciendo a tal efecto tres posibles modalidades que seguidamente paso a desarrollar, y que son:

B) La distribución espacial de la vivienda

Consiste en que se atribuirá a cada cónyuge la facultad de uso de una parte de la vivienda familiar, de forma que ambos puedan seguir ocupándola simultáneamente, si bien de forma parcial.

SALAZAR BORT se refiere a ella como una distribución de los espacios interiores en orden a su utilización por los interesados[975]. Para que tenga efectividad esta opción, y sin perjuicio de la relación existente entre los progenitores[976], será necesario que las piezas resultantes de la división queden físicamente separadas, y que sean funcionalmente independientes, contando con las dependencias y servicios necesarios para cumplir la necesidad que deben satisfacer.

Con esta modalidad, se evita el eventual peregrinaje del menor y se facilita la posibilidad de que ambos progenitores compartan sus tareas cotidianas con los hijos. Por

[974]DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AAVV., ATIENZA NAVARRO, M.L., CARRIÓN OLMOS, S., *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 117.

[975]SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.Amplio estudio jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 312.

[976] SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.…*, cit., p. 317. Refiere que será necesario "que sea presumible un desarrollo pacífico de la relación personal entre los cónyuges atributarios, de modo que la proximidad de las respectivas viviendas no se erija en potencial foco de nuevos conflictos entre los protagonistas de la ruptura matrimonial".

el contrario, las dificultades de puesta en práctica de dicha modalidad son evidentes en la medida en la que no todas las viviendas tienen la posibilidad de ser divididas físicamente manteniendo unas condiciones mínimas de habitabilidad.

Como contrapartida, las dificultades de puesta en práctica de dicha modalidad son evidentes en la medida en la que no todas las viviendas van a tener la posibilidad de ser divididas físicamente manteniendo unas condiciones mínimas de habitabilidad. De igual modo, el hecho de residir tan próximo a la ex-pareja puede constituir un foco de divergencias continuadas, especialmente en los casos de malas relaciones entre los progenitores[977].

En la práctica, se trata de una opción de difícil encaje, ya que salvo supuestos de viviendas de dimensiones considerables, será prácticamente imposible que se pueda llevar a cabo esta distribución espacial.

C) La denominada "casa nido"

La segunda modalidad es la consistente en la ocupación alternativa de la vivienda, también denominada opción de la *"casa nido"*. Consiste en repartir temporalmente la facultad de uso, de manera que ambos cónyuges puedan utilizar la vivienda familiar en su integridad durante periodos sucesivos y alternativos de tiempo, previamente pactados.

En esta modalidad, los hijos permanecen en la vivienda familiar, de manera que los progenitores rotan en el uso de la vivienda por períodos de tiempo alternos. Bajo esta modalidad, se constituye un derecho de uso de carácter temporal a favor de los dos cónyuges, quienes llevarían a cabo un uso alternativo de la vivienda en función de los períodos que les corresponda residir con los menores. Esta situación exige que cada uno de los progenitores cuente con otra vivienda en la que residir durante los períodos de tiempo que no le corresponda ejercer la guarda y custodia, así como implica un coste económico extraordinario, en la medida en la que es preciso contar con tres viviendas: la

[977] El TSJ Cataluña, en su sentencia de 18 enero 2010 (TOL1.782.770), asienta como doctrina jurisprudencial integradora del artículo 80.1 del Código de Familia, que basta con que uno de los dos ex-esposos no quiera continuar conviviendo con el otro bajo el mismo techo, aunque se hubiere convenido con anterioridad lo contrario y sin que exista conflicto convivencial cotidiano, para que se estime que concurre una circunstancia de modificación de la medida de atribución del uso compartido de la vivienda familiar a ambos cónyuges acordada en la sentencia de divorcio, a los efectos de que tal asignación del uso se realice a uno u a otro de los ex-consortes.

vivienda familiar en la que con carácter permanente residen los menores y, de forma alternativa, los progenitores y las viviendas que han de ocupar cada uno de los progenitores cuando el otro se encuentre conviviendo con los menores. De igual modo, los progenitores se verán obligados a realizar mudanzas periódicas de una a otra casa, con la complejidad que ello reviste en la organización de su vida laboral y personal cotidiana, y junto a todo ello, no hay que olvidar la incomodidad de trasladar todos los objetos y enseres personales de uno y otro progenitor, junto con las posibles controversias derivadas del pago de recibos de la vivienda (agua, luz, gas, etc.) así como de las obras o mejoras que hubiese que realizar en la misma.

Por todo ello, se trata de una opción que no ha estado exenta de inconvenientes, de ahí que haya sido objeto de crítica no sólo doctrinal[978] sino también jurisprudencial[979]. La jurisprudencia no acepta con carácter general la atribución del uso alternativo de la vivienda familiar a efectos de proteger la estabilidad y tranquilidad del menor. Pese a que con este modelo se evitaría el tradicional peregrinaje de los hijos, el clima hostil y conflictivo que se puede originar como consecuencias de las continuas mudanzas de los progenitores, unido a la obligaciones pecuniarias derivadas de hacer frente a dos o tres viviendas, así como las complicaciones que puede ocasionar cuando alguno de los progenitores conviva con otra persona[980], no constituye el contexto vital idóneo para el menor.

La AP de Barcelona se ha mostrado bastante crítica a la vez que reacia a esta modalidad de atribución en los procedimientos contenciosos. Se considera dicha medida como una fuente segura de conflictos que compromete y dificulta el desarrollo adecuado de las funciones de guarda y en consecuencia no protege suficientemente el interés de los hijos comunes menores de edad[981]. En igual sentido lo ha sido la AP Valencia, al

[978] SALAZAR BORT, S.,*La atribución del uso de la vivienda familiar…”*, cit., p. 320. Se alude a “las incomodidades y molestias que acarrea el continuo cambio de residencia y que pueden llegar a provocar tanto una renuncia al derecho atribuido como la negativa del cónyuge ocupante a abandonar la vivienda en la fecha estipulada”.

[979] Entre otras, SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439); SAP Barcelona de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100547); SAP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100506).

[980] En este sentido, ESPARZA OLCINA, C., “La guarda compartida en el Código Civil…”, cit., p. 194.

Refiere este sistema como “altamente desaconsejable” cuando concurran circunstancias como pueda ser que alguno de los progenitores conviva con otra persona.

[981] SAP Barcelona de 29 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100505); SAP Barcelona de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100547). Refiere que *“Es evidente pues, que únicamente los cónyuges o*

calificarla como una opción "*poco conveniente y ello por cuanto se considera que el mismo lleva en la práctica totalidad de los casos, a disputas de toda clase entre los progenitores*"[982].

A este respecto la SAP Barcelona de 21 octubre 2014[983], entre otras[984], establece que "*únicamente los cónyuges o los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar. Este es el criterio además, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en sentencia 31/2008 de 5 septiembre y 1-3-10, dijo respecto al uso alternativo del domicilio familiar , "que se vayan alternando los progenitores en el domicilio y queden en él los hijos, no producen más que incomodidad para todos y es fuente segura de conflictos".*

En cualquier caso, ninguna duda cabe de que son más los inconvenientes que los beneficios que puede ofrecer esta modalidad de atribución del domicilio familiar y por ello, no debe ser un modelo aplicable ya que no va a garantizar el interés de los menores.

D) La modalidad "niño maleta"

Por último, estaría la opción denominada modalidad "*niño maleta*". Esta modalidad se refiere al supuesto en el que son los padres los que poseen su domicilio fijo, de manera que los hijos han de trasladarse al domicilio de cada uno de los progenitores en los períodos en que cada uno ejerce la custodia. Es la más habitual cuando se acuerda la modalidad de custodia compartida, si bien debiera garantizarse que los domicilios de ambos progenitores se encuentren en el mismo entorno en el que residía el menor con anterioridad a la crisis matrimonial y que, a su vez, estén situados próximos entre sí.

los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar. Este es el criterio además, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en sentencia de 5-9-2008 y 1-3-10, dijo respecto al uso alternativo del domicilio familiar, "que se vayan alternando los progenitores en el domicilio y queden en él los hijos, no producen mas que incomodidad para todos y es fuente segura de conflictos".

[982] SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439); SAP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100506).

[983] Id Cendoj: 08019370182014100654

[984] SAP Barcelona de 6 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100656).

En el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia[985] se instituyó como presupuesto objetivo, favorecedor de un régimen de custodia compartida, "*la proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta como domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores*". De esta manera, se trata de reducir el perjuicio que supone para el menor el tener que trasladarse periódicamente del domicilio de un progenitor al del otro progenitor.

Con respecto a esta modalidad de residencia, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, exige que los cónyuges o el juzgador, como parte del contenido de las cautelas procedentes para eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, fijen el domicilio del menor a efectos de empadronamiento. Los criterios que apunta la citada Instrucción para la determinación del domicilio en los casos de guarda y custodia compartida son los siguientes:

1. *Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.*

2. *El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.*

3. *En los supuestos en los que los periodos de convivencia estén equilibrados sin que pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquél en el que ha de ser empadronado.*

4. *Si se trata de un proceso contencioso el Juez, como una de las cautelas que debe adoptar para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y si se trata de tiempos de permanencia equilibrados, fijará el domicilio del menor a efectos de empadronamiento, valorando especialmente la conveniencia de tomar como punto de referencia el domicilio en el que ha permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquéllos en los que va a seguir viviendo.*

[985] Conclusiones de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

Respecto a esta modalidad, han sido muchas las críticas en cuanto a considerar que se trata de una medida que resulta totalmente perjudicial para proteger el interés del menor, argumentando que produce una situación de "continuo trasiego" de los hijos entre los domicilios de sus padres, así como que podría afectar al equilibrio emocional del menor, constituyendo un serio obstáculo para su estabilidad y desarrollo personal.

A este respecto, y si bien es cierto que la custodia compartida conlleva una desubicación del menor, pues es algo connatural a la misma, ello no debe resultar razón suficiente para denegar esta modalidad de guarda. La denegación automática de la custodia compartida, por el único impedimento de la alternancia domiciliaria denota una concepción de este modelo de guarda basado meramente en un reparto salomónico del tiempo de convivencia con uno u otro progenitor. La esencia de este modelo de guarda se basa en un reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos progenitores con sus hijos, sin anclarse en límites temporales. Es por ello que, siempre que los domicilios de ambos se encuentren en el mismo entorno en el que residía el menor antes de la crisis conyugal, o en un nuevo entorno pero cercanos entre sí, no me parece razón de peso para denegar la custodia compartida la imposibilidad de establecer una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor ha de permanecer con cada progenitor.

Por último, y a modo de reflexión, cabe hacer referencia a una última modalidad de convivencia que en escasas ocasiones se lleva a la práctica en el seno de una custodia compartida, pero que sí que se plantea en los supuestos de ruptura en donde los progenitores quieren continuar compartiendo durante el día las responsabilidades para con sus hijos de la misma manera que cuando estaban juntos, si bien y para evitar el trasiego a los menores, se prefiere que estos pernocten siempre en la vivienda de uno sólo de los progenitores, que normalmente será el de la madre. Sería el supuesto en el que los menores son llevados al colegio por la madre y son recogidos a la salida del centro escolar por el padre, que los tiene con él durante toda la tarde, reintegrándolos al domicilio materno a una hora determinada, que podría ser en torno a las 20 hs. Esta modalidad implica una concepción de la custodia compartida centrada en la verdadera esencia de dicho modelo de guarda que es el compartir las responsabilidades y tareas cotidianas con el hijo menor, dejando al margen la cuestión de la pernocta en uno u otro domicilio, así como sin tomar como elemento determinante el que haya un reparto más o menos

equitativo del tiempo de estancia con cada uno de los progenitores. Se trata de una opción en donde se produce un ejercicio conjunto y responsable de la coparentalidad por parte de ambos progenitores.

La pernocta en una única residencia salvaría el requisito de la proximidad domiciliaria de los progenitores, como impedimento básico a la hora de conceder este modelo de guarda y, a su vez, se reduciría el perjuicio y el estrés derivado de la alternancia domiciliaria de los hijos, propia de la ya analizada modalidad "niño-maleta". Sin embargo, el empoderamiento económico que el régimen jurídico del art. 96 C.c. ofrece al cónyuge custodio (atribución del uso de la vivienda familiar y administración de la pensión de alimentos del menor) entorpece la constitución de acuerdos en este sentido.

Al margen de las distintas opciones planteadas, no hay que olvidar una cuarta vía que podría ser la no atribución de la vivienda a ninguno de los progenitores, procediéndose a su enajenación y reparto del precio obtenido entre ambos cónyuges, quienes podrán procurarse una vivienda para residir cada uno de ellos con sus hijos en los periodos de alternancia.

En este sistema serán los propios menores los que periódicamente (o bien cada semana[986], o cada 15 días o cada mes[987]) se trasladen a los domicilios de los progenitores. Como he referido, esta última opción es la que mayor aplicación está teniendo en la práctica y la que menores problemas parece ser pudiera conllevar.

II. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES, PLAN DE PARENTALIDAD Y EL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR

1.Consideraciones generales. Concepto y contenido

Tras la entrada en vigor de las cinco leyes autonómicas, se han incorporado a nuestro ordenamiento otros acuerdos de naturaleza similar al convenio regulador si bien con distinta nomenclatura, que pretenden desarrollar los pactos alcanzados por los progenitores en relación con la residencia, custodia de los hijos, etc. El denominado pacto de relaciones familiares en el Código aragonés y en la ley foral navarra, plan de

[986] En este sentido SAP Alicante de 16 enero 2012 (TOL 2569000).
[987] SAP Alicante de 5 diciembre 2012 (TOL 3415514).

parentalidad en el Código catalán y pacto de convivencia familiar en la ley valenciana, suplen o, en ocasiones, complementan, al denominado convenio regulador del art. 90 C.c. El denominador común en todos ellos será el principio de libertad de pacto entre los padres, todo ello sin perjuicio de que lo pactado, garantice adecuadamente el interés de los menores.

Si bien el convenio regulador y los diversos acuerdos que se prevén en cada una de las leyes autonómicas tienen un ámbito de coincidencia, no son exactamente lo mismo. Como seguidamente se verá, los presupuestos para la existencia de uno u otros son distintos[988], así como el contenido de todos ellos también va a tener determinados matices que los van a distinguir del resto[989].

A lo largo de este apartado se van a exponer las características de cada uno de ellos, el contenido con que deben contar para su eficacia, así como las posibles diferencias existentes entre ellos.

2. El pacto de relaciones familiares en Aragón

El Código aragonés, en su art. 77[990], regula el denominado pacto de relaciones familiares que los padres podrán otorgar como consecuencia de la ruptura de su

[988] A tal efecto, el convenio regulador parte de una situación de crisis familiar en la que se ha producido la separación, el divorcio o la nulidad. Por su parte, el pacto de convivencia no exige ni matrimonio ni ruptura de la convivencia, que exige igualmente el pacto de relaciones familiares, y ello por cuanto en el supuesto valenciano, ni tan siquiera se precisa que haya habido convivencia entre los progenitores.

De igual modo, en el pacto de convivencia familiar se va a precisar para la existencia del mismo, el que haya hijos comunes ya que si no hay hijos no cabrá el pacto. Por su parte, el convenio regulador operará tanto si hay hijos como si no los hay.

[989] Por lo que se refiere al contenido de los diversos acuerdos, hay algunos extremos del convenio regulador, como la liquidación del régimen económico matrimonial o la fijación de la pensión compensatoria, que no se incluirán en el pacto de convivencia familiar. En cambio, sí que se incluirán en el pacto de relaciones familiares aragonés.

[990] 1. *"Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consencuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.*

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

c) El destino de la vivienda y ajuar familiar.

d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

convivencia. Como he referido, el precepto atribuye prioridad a los acuerdos de los padres en coherencia con el principio *standum est chartae* o de libertad de pacto que constituye uno de los principios generales del Derecho aragonés[991]. Derivado de dicho principio, hay que distinguir el pacto de relaciones familiares del plan de relaciones familiares, ya que si bien el contenido que deben tener ambos es similar, el primero hace referencia al pacto al que lleguen los progenitores de común acuerdo y que posteriormente será sometido a ratificación judicial y el segundo parte del supuesto de que no haya habido acuerdo entre los progenitores. En este supuesto, será la autoridad judicial la que determine el contenido del plan conforme seguidamente expondré. Esta previsión es igual en el resto de leyes autonómicas.

---

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.

f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo de las partes.

b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.

c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.

f) Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.

5. El Juez aporbará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.

6. Cuando el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación".

[991]LÓPEZ AZCONA, A., "El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida, en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 19, 2015, p. 213. [Consulta: 1 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

De igual modo, a la importancia del pacto de relaciones familiares se refiere, entre otras, la STSJ Aragón de 13 julio 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100009), donde refiere la Sala que "*el legislador aragonés… pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura*".

El pacto de relaciones familiares tiene el contenido mínimo marcado por el art. 77.2, que incluye en la letra a) el deber de concretar, como primer extremo, "*el régimen de convivencia o de visitas con los hijos*", sin que los padres estén vinculados por la preferencia que el legislador concede a la custodia compartida en el art. 80.2. El pacto no exige documento público, pero para producir efectos frente a terceros precisa de aprobación judicial, una vez oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones entre padres e hijos (art. 77.4). De manera que el Juez viene obligado a aprobar el pacto de relaciones familiares que incluya el contenido mínimo exigido por la ley, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.5)

En el referido pacto se fijarán los términos de las nuevas relaciones familiares con los hijos, debiendo concretar como mínimo, los acuerdos sobre los extremos relativos a: a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos[992]; b) el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas; c) el destino de la vivienda y ajuar familiar; d) la participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos; e) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial; f) la asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

En el precepto aragonés, contrariamente a lo previsto en la normativa valenciana, sí se prevé que en el pacto de relaciones familiares se contemple, si fuera el caso, la liquidación del régimen económico matrimonial así como la asignación de la denominada pensión compensatoria.

[992] Quizá sea el más importante de los aspectos a tratar, y ello en la medida en que se va a tener que garantizar el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus progenitores y el derecho de estos a relacionarse con aquellos en pie de igualdad con el otro progenitor. Se establecerá el régimen de custodia elegido así como los detalles de su desarrollo. Cualquiera que sea la modalidad elegida, se deberá establecer un régimen de comunicaciones, visitas y estancias que garantice unas adecuadas relaciones familiares.

El pacto de relaciones familiares va a tener un contenido mucho más amplio que el previsto para el pacto de convivencia familiar de Valencia, como después veremos, así como para el plan de parentalidad en Cataluña. En el caso de la ley valenciana, dada la ausencia de regulación de aspectos como la pensión compensatoria y la liquidación del régimen económico, al ser cuestiones que sólo se circunscriben a los progenitores y no tienen incidencia alguna para los menores, en estos aspectos habrá que remitir a lo que dispone el C.c., que actúa como norma supletoria. Por su parte la norma catalana, si bien tampoco contempla estos aspectos en el contenido de su plan de parentalidad, sí los regula en otros preceptos del Código catalán[993].

A falta de consenso entre los padres sobre el contenido del pacto, será el Juez el que determine el contenido del llamado plan de relaciones familiares. A tal efecto, el presupuesto para la adopción de la medida por el Juez es que no haya o no haya sido aprobado el pacto de relaciones familiares; pese a ello la demanda y la reconvención deberán ir acompañadas de una propuesta de plan de relaciones familiares, como dicen las Disposiciones Adicionales 2.ª.3 y 3.ª del Código aragonés[994].

A tal efecto, dispone el art. 80.2 que el plan de relaciones familiares debe ser presentado por cada uno de los progenitores, lo que permite entender que también puede presentarse en la contestación a la demanda si no hay reconvención. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el Juez, si bien ninguna duda cabe de que siempre que las medidas propuestas garanticen el bienestar de los menores, serán aprobadas judicialmente. La ley no requiere que tenga un contenido mínimo, ni que coincida con los extremos exigidos al pacto de relaciones familiares. El plan de relaciones familiares es la propuesta de cada padre para organizar las nuevas relaciones de los hijos con cada uno de ellos, es decir, el sistema de convivencia y el régimen de visitas, además puede tener otras propuestas complementarias del sistema de

[993]En concreto, la prestación compensatoria viene regulada en el art. 233.14 del Código civil catalán: "1. *El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias*."

[994]SERRANO GARCÍA, J.A., "Guarda y custodia de los hijos…", cit., p. 33.

convivencia como el uso de la vivienda familiar, la contribución a los gastos de los hijos, etc.

3. El plan de parentalidad catalán

Por su parte, la regulación de la ley catalana, al igual que prevén el resto de normas autonómicas, en su art. 233.10 da preferencia a aquello convenido por los padres en el llamado plan de parentalidad, cuyo contenido viene previsto en el art. 233.9[995], con el único límite de que no sea perjudicial para los hijos. En su defecto establece que si no hay acuerdo o si éste no se ha aprobado, la autoridad judicial debe determinar la manera de ejercer la guarda, "*ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales*…", así como atendiendo igualmente de forma prioritaria al interés del menor. Sin embargo añade que la autoridad judicial puede disponer, si conviene más al interés del hijo, que la guarda se ejerza de manera individual.

El denominado plan de parentalidad[996], debe concretar de forma exhaustiva la manera en que ambos progenitores ejerzan sus responsabilidades parentales y los compromisos que asuman respecto de la guarda y custodia y educación de los hijos, enumerando no menos de ocho extremos (lugar en el que los hijos vivirán habitualmente, determinándose a qué progenitor corresponderá la guarda en cada momento; tareas de las que cada progenitor se responsabilizará en las actividades cotidianas de los hijos, forma de llevar a cabo los cambios de la guarda y cómo se repartirán los costos que generen, tipo de educación y actividades extraescolares…). A la vista de la exhaustividad del precepto, el mismo ha sido objeto de crítica en cuanto a que pudiera el mismo producir un efecto

[995] "*1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos".*

[996] Según el art. 233.9, debe contener: "*1. El lugar donde vivirán habitualmente los menores; 2. Las modalidades de relación en los periodos de tiempo en que los progenitores tengan la guarda; 3. La forma de ejercer sus responsabilidades y de tomar las decisiones referentes a su cuidado y a su educación; 4. Las tareas que efectivamente ejercerá cada uno; 5. La distribución, entre los progenitores, de la carga económica que corresponda; y 6. La asignación a uno de los progenitores de la responsabilidad del pago directo de las cargas familiares, así como la aportación que deba realizar el otro progenitor. Este plan debe ser homologado judicialmente, previo traslado al Ministerio Fiscal para su preceptivo informe, pero sin que ya sea preciso que este sea favorable, sin perjuicio del posible recurso de apelación basado en los perjuicios que pudiera causar sobre el interés superior del menor*."

contrario al pretendido, y conducir a una disminución de los procedimientos de mutuo acuerdo[997].

Ahora bien, hay que matizar que si bien en el Código catalán el denominado plan de parentalidad recoge cómo se afrontará el cuidado de los menores en cuanto a vivienda, alimentación, sanidad, educación, actividades extraescolares o vacaciones, de forma similar al pacto de relaciones familiares aragonés o al pacto de convivencia familiar valenciano, no puede asimilarse sin más al pacto de relaciones familiares aragonés y al pacto de convivencia valenciano.

A tal efecto, hay que precisar que el Código catalán incluye el plan de parentalidad dentro del convenio regulador, adoptando la terminología del C.c. Por lo tanto en el texto catalán, el que se puede identificar con el pacto de relaciones familiares aragonés y el pacto de convivencia valenciano es el convenio regulador, que junto al plan de parentalidad debe incluir como contenido mínimo los alimentos que deben prestarse a los hijos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías, y si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio, la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar y las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges. Estas cuestiones económicas incluyen igualmente la prestación compensatoria, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías, la compensación económica por razón de trabajo, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa. Por el contrario, y como seguidamente se expondrá, el pacto de convivencia de la ley valenciana no incluirá ninguna cuestión ajena a los menores, por lo que las cuestiones relativas a pensión compensatoria, liquidación régimen económico matrimonial, habrá que remitir a la regulación del C.c.

Se plantea la cuestión de si este plan de parentalidad se debe de incorporar únicamente a los procesos judiciales consensuales o si también se han de incorporar en los procesos contenciosos, y en consecuencia nos vamos a encontrar con dos planes de parentalidad,

[997] MAZA DOMINGO, J., "Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010…", cit., p. 3.

uno por cada progenitor. Está fuera de toda duda que se deba de aportar el plan en los procedimientos consensuales, ya que el art. 233-2 expresamente exige, como requisito ineludible, que "*si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, el convenio regulador debe contener: a) Un plan de parentalidad…*".

Según el art. 233.9.1 del Código catalán, el plan de parentalidad concretará la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales, con los compromisos que se asumen respecto a la guarda, cuidado y educación de los hijos, etc.[998]. Por su parte, fuera del plan de parentalidad, pero dentro del convenio regulador, los cónyuges deberán pactar los alimentos que deben prestar a sus hijos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su pertinencia, periodicidad, modalidad de pago y criterios de actualización. Igualmente se determinará la atribución o distribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como otros pronunciamientos económicos entre los interesados, como pudiera ser el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de uno de ellos, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de bienes, además de poder acordar, los alimentos para hijos mayores emancipados sin recursos.

Por su parte, el art. 233-4[999]del mismo texto legal, hace referencia a las medidas acordadas por la autoridad judicial en defecto de acuerdo, y en ningún momento hace referencia a la necesidad de adoptar las medidas relativas al ejercicio de las responsabilidades parentales tomando como marco los planes de parentalidad aportados por cada uno de los progenitores. No obstante, el mandato de la necesidad de adjuntar el plan de parentalidad en los procesos contenciosos se encuentra recogido, de manera

[998] En todo caso, debe dejarse constancia de los siguientes aspectos: a. El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente, con las reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento; y las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor, con relación a las actividades cotidianas de los hijos; b. La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen; c. El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los periodos en que un progenitor no los tenga con él; d. El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia, así como acontecimientos de orden social; e. El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede; f. La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

[999] De conformidad con el art. 233-4 Código Cataluña, si no existe acuerdo entre las partes, "*la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos en deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos, debiendo atender de forma prioritaria al interés del menor*".

genérica, en el art. 233-8.2, cuando prevé que "*los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9*".

No obstante la incorporación de este plan de los procedimientos contenciosos, es presumible que el mismo va a resultar ineficaz, pues desde el mismo momento en que los progenitores presenten planes de parentalidad con contenidos distintos y contrapuestos, de modo que se hagan incompatibles entre sí, resultarán ineficaces, debiendo ser en estos casos la autoridad judicial la que concrete en sentencia el contenido del plan, a la vista de los presentados por cada una de las partes. Por lo tanto, queda claro que el plan de parentalidad se ha de aportar al proceso matrimonial, tanto consensual como contencioso, si bien en este último supuesto es presumible la ineficacia que va a tener el mismo.

4. El pacto de relaciones familiares en la ley navarra

Por lo que se refiere a la ley navarra, la nomenclatura que se sigue es la misma que en el Código aragonés, ya que en el Capítulo III de la ley se hace referencia a las medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares. Sin embargo, nada dedica la ley al acuerdo, convenio regulador o pacto de relaciones familiares, entendiéndose que la falta de previsión legal debe remitir a la regulación del C.c.[1000], que actúa como supletoria. En consecuencia, el art. 3 y último de la ley va referido a las medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares, limitado al tema de la guarda y custodia de los hijos.

5. El pacto de convivencia familiar de la ley valenciana

La ley valenciana viene a recoger la tendencia seguida en el resto de leyes autonómicas, otorgando importante prevalencia y mostrando un gran respeto por la autonomía de la voluntad de los progenitores, como queda demostrado con el reconocimiento que se da a los pactos que establecen los convivientes a los efectos de regular la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de comunicación con el no custodio o con el no conviviente en ese momento, etc.

[1000] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1466.

A tal efecto, el art. 4 de la Ley 5/2011 va referido al "pacto de convivencia familiar", que viene a ser un convenio regulador ampliado, en la misma línea que han hecho el resto de leyes autonómicas.

El pacto de convivencia familiar lo define el art. 3 de la ley como un acuerdo de naturaleza familiar y patrimonial adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones en su caso, así como los demás extremos previstos en la ley. El acuerdo será lo suficientemente amplio para amparar dentro del mismo, tanto la ordenación de los tiempos a que se ajustará la alternancia en la residencia de los hijos, como el modo en que podrá relacionarse con aquellos el progenitor que en un momento concreto no los tenga viviendo consigo.

Por lo que se refiere a la terminología utilizada por la ley valenciana, en mi opinión no es del todo acertada, y ello por cuanto que se habla de pacto de convivencia familiar cuando precisamente nos encontramos ante una situación de ruptura de la convivencia conyugal o de pareja, y por lo tanto quizá fuera más adecuado denominarlo pacto de relaciones familiares, siguiendo la terminología escogida tanto por la ley aragonesa como por la navarra.

Al margen y además de lo anterior, la norma valenciana establece que el pacto debe establecer, cuanto menos, los siguientes extremos: a) El régimen de convivencia y/o relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derechos de estos a ejercer tal relación; c) el destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares[1001] que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; d) la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

En relación con los extremos a incluir en el pacto, y dado que los referidos al régimen mínimo de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados,

[1001] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 787. Para el autor "es de alabar que se incluya la mención del destino de otras viviendas, además de la familiar…".

así como el referido al destino de la vivienda familiar, van a ser objeto de desarrollo en el epígrafe 6 de éste mismo apartado y en el Capítulo VI, respectivamente, únicamente referir que respecto al modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas, del que también profundizaré en el Capítulo VI, por lo que me remito al mismo a fin de evitar repeticiones innecesarias, la ley no detalla ni a qué tipo de gastos se refiere y si cuando se refiere a hijos e hijas son los menores de edad o también los mayores que convivan con sus progenitores por no contar con los mismos con independencia económica. En cuanto al segundo aspecto, en mi opinión debe considerarse que va referido a los dos supuestos, esto es, a los menores de edad y a aquellos que conviven con sus progenitores por no contar con independencia económica. No obstante en relación con esta cuestión, ha habido opiniones dispares en cuanto a la necesidad o no de incluir en el pacto los gastos referidos a los mayores de edad que no cuentan con independencia económica[1002].

Por lo que se refiere al contenido con que debe contar tanto el pacto de relaciones familiares como el pacto convivencia y sus posibles diferencias con el contenido del convenio regulador, refiere CONDE PUMPIDO[1003] que existe un paralelismo de los 4 epígrafes del art. 4 de la ley valenciana con los 4 primeros apartados del art. 90 C.c., si bien la previsión de la ley valenciana es más reducida que la del C.c., ya que éste, además de los extremos referidos, contempla la inclusión de otros dos que no son mencionados en la ley valenciana: e) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio f) la pensión que, conforme al art. 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Por su parte, y si se hace la comparativa con el contenido del pacto de relaciones familiares aragonés, viene a coincidir el contenido del mismo previsto en su art. 77.2 con el contenido que el art. 90 C.c. establece para el convenio regulador.

Se ve pues que la regulación del precepto de la ley valenciana tiene un objeto más reducido y específico que el del C.c., por cuanto que, como se desprende de su propio título, va dirigida únicamente a regular "*las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos*

[1002] En este sentido, para CLEMENTE MEORO el pacto de convivencia familiar no tiene por qué contemplar los gstos de los hijos respecto de los que no se regula el régimen de convivencia y relaciones, si bien puede hacerlo, justificando todo ello en que el art. 4.2 sólo contempla el contenido mínimo del pacto.
Vid., CLEMENTE MEORO, M., El Pacto de convivencia familiar…", cit., p. 59.
[1003] CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia …", cit.

progenitores no conviven", con lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación todas aquellas otras cuestiones que afectan únicamente a los progenitores entre sí, pero no a los hijos (así, la liquidación del régimen económico matrimonial, o la pensión compensatoria). Esto no quiere decir que el pacto de convivencia familiar no pueda regular estas otras cuestiones de índole meramente patrimonial entre los cónyuges, por cuanto que el propio art. 4 establece que se trata de un contenido mínimo ("*deberá establecer, al menos, los siguientes extremos...*"). Pero todas estas otras medidas se deberán regular necesariamente conforme al Derecho común, ya que el legislador valenciano no las regula.

En este sentido la ley valenciana, en la misma línea que el Código aragonés para el pacto de relaciones familiares, incluye en el contenido del pacto de convivencia el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas así como el destino de la vivienda familiar y en su caso, de otras viviendas familiares, extremo éste último que no prevé el aragonés. Por el contrario, el Código catalán establece que será fuera del plan de parentalidad, pero dentro del convenio regulador, donde los cónyuges deberán pactar los alimentos que deben prestar a sus hijos, así como la atribución o distribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. No obstante hecha esta puntualización, pospondré el análisis de las cuestiones relativas a la vivienda y el ajuar familiares, así como la cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas hasta el Capítulo VI, donde analizaré la incidencia que en relación con estos dos aspectos va a tener la atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores.

Si bien el contenido de los pactos y el convenio regulador son similares, en algunos se parten de consideraciones distintas, pues mientras que el convenio regulador regula las medidas que se producen tras la ruptura matrimonial, en el caso concreto del pacto de convivencia[1004] a que se refiere la ley valenciana, va más bien referido a las relaciones entre progenitores, haya habido o no convivencia entre ellos. Se trata del pacto o acuerdo a

[1004] El art. 4 se refiere al llamado "pacto de convivencia familiar", como el pacto o acuerdo que pudieran establecer los progenitores en orden a determinar las reglas por las que se van a regir las relaciones con sus hijos debido a la imposibilidad de convivencia simultánea hijos-padres.

El pacto de convivencia deberá establecer los siguientes extremos: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. b) El régimen mínimo de relaciones de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de estos a ejercer tal relación. c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

establecer por los progenitores en orden a determinar las reglas por las que se van a regir las relaciones con sus hijos una vez producida la ruptura entre ambos.

En el pacto de convivencia familiar no se exige ni matrimonio ni ruptura de la convivencia, pues puede darse entre padres que no hayan convivido nunca, siendo que las leyes aragonesa y navarra sí se refieren a los supuestos de matrimonio y ruptura de la convivencia. Por su parte, el pacto de convivencia sólo existirá para regular las relaciones de los padres con los hijos, cuando estos no convivan.

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[1005], el pacto de convivencia familiar, al igual que el pacto de relaciones familiares aragonés, son documentos que guardan más consonancia con el convenio regulador del art. 90 C.c. que con el plan de parentalidad catalán. En mi opinión, y si bien hay una similitud entre el convenio regulador y el pacto de convivencia familiar, no es la misma que la que existe entre el pacto de convivencia familiar y el convenio regulador, que prácticamente es idéntica.

Al igual que lo prevé la norma aragonesa, la ley valenciana también prevé en su art. 4.3[1006], determinados supuestos de modificación o exclusión del pacto de convivencia familiar. De entre los supuestos contemplados, destacar que se reconoce a las partes un amplio ámbito de autonomía para que puedan establecer los sucesos o circunstancias que puedan dar lugar a la modificación o extinción del pacto. Igualmente, y conforme se prevé en el C.c. y en el resto de leyes, el cambio de circunstancias será un factor que dará lugar a la modificación del pacto, si bien la norma valenciana no utiliza esta terminología, sino que se refiere al hecho de que "*hubieran sobrevenido circunstancias relevantes*". Por último, el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto, también será una circunstancia que dará pie a la modificación del pacto.

[1005] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 787.

[1006] "*El pacto de convivencia familiar podrá modificarse o extinguirse:*

a) Por las causas especificadas en el propio pacto.

b) Por mutuo acuerdo.

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

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

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

f) *Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto*".

De igual modo, y conforme a lo previsto en la ley aragonesa y en la navarra, a falta de acuerdo de los progenitores en cuanto a la fijación de los términos del pacto, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, quien fijará los extremos correspondientes al mismo.

6. El convenio regulador de la ley vasca

Por lo que se refiere a la ley vasca, se ha seguido la nomenclatura tradicional utilizada en el C.c.; en el Capítulo II de la ley se hace referencia a los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y al convenio regulador. Así, el art. 5.1 de la ley establece que las partes, bien de común acuerdo o cada uno de forma individual, presentarán junto con la demanda de separación, divorcio o nulidad, una propuesta de convenio regulador.

Por lo que se refiere al contenido del referido convenio, el apartado 2º del art. 5, fija los extremos que debe contener el mismo, tales como: 1)El ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad familiar, con inclusión de acuerdos sobre la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores; el cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio; los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos; el lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo; así como las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas. 2)La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se

haya fijado la residencia de los hijos menores comunes. 3)La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico. 4)La pensión compensatoria que pudiera corresponder conforme alart. 97 del C.c.y elart. 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. 5) La previsión y compromiso de acudir a la mediación familiar. 6) El inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a laLey 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

En el precepto vasco, en la línea del Código aragonés y del C.c., y contrariamente a lo previsto en la normativa valenciana, sí se prevé que en el convenio regulador se contemple, si fuera el caso, la liquidación del régimen económico matrimonial así como la asignación de la denominada pensión compensatoria.

En definitiva, se puede decir que es común a todas las leyes autonómicas que todas prevén la regulación de un acuerdo, de naturaleza familiar y en algunas de ellas también patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado. La finalidad de dichos acuerdos es regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en cada una de las leyes, estableciéndose algunas diferencias en cuanto a las cuestiones a regular, si bien la mayor parte de ellas, son comunes a las cinco.

7. La especial consideración al régimen de estancia con hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas

Dentro del contenido del pacto de convivencia familiar o del pacto de relaciones familiares, merece destacarse como novedad que no se prevé en el C.c. el hecho de que deba incluirse un régimen de estancias para con los hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Esto supone que por una parte se deberá establecer el régimen de convivencia con los progenitores y por otro, un régimen con el resto de parientes y personas allegadas.

En la regulación del C.c. sólo se prevé que se incluya el establecimiento con carácter obligatorio de un régimen de relaciones de los hijos e hijas con sus hermanos, hermanas, abuelos y otros parientes y personas allegadas, únicamente en aquellos supuestos en que sea necesario, por lo tanto, sólo con carácter excepcional se incluirá en el contenido del convenio regulador este régimen de estancias. En este sentido, y a diferencia de lo que sucede en el art. 90 C.c.[1007], la ley valenciana 5/2011 impone como contenido mínimo del pacto de convivencia la regulación de las relaciones no sólo con los abuelos sino también con los hermanos y con otros parientes y personas allegadas y sin la necesidad de la "previa audiencia". Este aspecto previsto en la ley, lleva a concluir que se trata de una ley que va a regular las relaciones familiares en su sentido más amplio, y ello por cuanto no sólo se van a establecer la relación del menor con sus progenitores, sino que será de aplicación a todo el conjunto de relaciones familiares, incluyendo abuelos, hermanos de doble vínculo, parientes próximos, etc.

Al respecto de esta previsión legal, a ninguna razón escapa que puede ser una nueva fuente de conflictos la inclusión de un régimen de relación con hermanos y abuelos, sin petición de éstos o cuanto menos, sin su conformidad, así como con personas indeterminadas como "*otros parientes y personas allegadas*", como refiere el precepto. Quizá sería más lógico que este supuesto se hubiera previsto para los supuestos en los que haya desencuentros entre los padres y los abuelos, pues en ese caso sí tiene sentido que se fije en el pacto el régimen mínimo de relación para evitar que los menores pierdan el contacto con sus abuelos[1008].

En este sentido, el Código catalán también prevé en su art. 233-12 el establecimiento de un sistema de relaciones personales con abuelos y hermanos si bien el mismo se establece como opcional para los cónyuges que lo consideren, debiendo aprobarse por la

[1007] En su inciso final, establece que el convenio regulador sólo ha de incluir el régimen de relaciones con los abuelos "*si las partes lo proponen*", "*previa audiencia de los abuelos*".

[1008] En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 17, 2014, p. 158. [Consulta: 1 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

Refiere que es doctrina jurisprudencial consolidada que la mera existencia de desencuentros y conflictos entre padres y abuelos no debe ser motivo para impedir las relaciones personales de estos últimos con sus nietos, si bien insiste en la necesidad de que los abuelos sean oídos antes de tomar unadecisión. Dicha decisión deberá tomar en consideración si los abuelos ejercen una influencia negativa sobre los menores, suscitando en ellos sentimientos de animadversión hacia sus padres (Véase en este sentido SSTS de 20 septiembre 2002 (TOL 225.538), 28 junio 2004 (TOL 483.310) y 20 octubre 2011 (TOL 2.261.508).

autoridad judicial previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento.

Por su parte, en el Código aragonés se establece acertadamente que cuando el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se derive derechos y obligaciones para éstos, el Juez ha de darles audiencia antes de aprobar el pacto (art. 77.6).

Por el contrario, la ley valenciana no establece esta precisión, si bien establece que el régimen mínimo de relación del menor con ellos lo es "*sin perjuicio del derecho de éstos –hermanos, abuelos…- a ejercer tal relación*"[1009].

En palabras de CLEMENTE MEORO[1010], esta expresión parece referirse a que no les vincula el pacto a que hayan llegado los padres; los hermanos, parientes, abuelos y allegados son terceros respecto del proceso en que se apruebe judicialmente el pacto de convivencia. En consecuencia, no se les puede imponer ni el ejercicio de derechos, esto es, relacionarse con el menor, ni la asunción de obligaciones como pueden ser deberes de cuidado y protección del menor cuando los tengan en su compañía.

Normalmente, en la mayoría de los casos, los contactos del menor, hijo de padres separados, con sus hermanos de un sólo vínculo, esto es con sus hermanos por parte de padre o de madre, con sus abuelos y demás parientes y personas allegadas, se producen a través del régimen de guarda o estancias que corresponda al progenitor de la línea a que pertenezcan los hermanos, abuelos, parientes o allegados de que se trate. En mi opinión, ello hace innecesario fijar un régimen de relación entre el menor y sus hermanos, parientes o allegados distinto del que puede disfrutar a través del régimen de guarda o estancias del progenitor correspondiente, y ello por cuanto que además, en la mayoría de los casos, resultará inviable establecer ese régimen de estancias para con cada uno de ellos, al margen y además del establecido a favor de los progenitores correspondientes pues, por

[1009] El art. 4 de la ley valenciana, referido al contenido del pacto de convivencia familiar, en su apartado 2.b) establece:

"*El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación*".

[1010] CLEMENTE MEORO, M., "El Pacto de convivencia familiar…", cit., p. 57.

falta de tiempo material que asignar a cada uno, sería imposible compatibilizar ambos regímenes[1011].

En consecuencia, y a pesar de la previsión legal obligatoria, sólo debiera ser procedente recoger un concreto régimen de comunicaciones y estancias del menor con sus hermanos, parientes o allegados que no convivan en el mismo domicilio, en los supuestos en que por enemistad de uno de los progenitores con los mismos, o por otras causas, sea imposible el contacto del hijo menor con aquellos cuando permanece con el progenitor de la línea correspondiente, así como en los supuestos en que ninguno de los progenitores esté dispuesto a permitir tales relaciones con abuelos y demás parientes que refiere la ley, limitándose en el resto de supuestos a referir, si se quiere, que el régimen de visitas para con abuelos se disfrutará durante los periodos de convivencia del menor con cada uno de sus progenitores de esa rama familiar.

Así lo ha considerado un sector doctrinal importante, entre los que destaca GONZÁLEZ DEL POZO[1012], CONDE PUMPIDO[1013], entre otros. Considero desacertado incluir como obligatorio la inclusión en el pacto de un régimen de relación del hijo con sus hermanos, abuelos y otros parientes o allegados, salvo en los supuestos anteriormente expresados. No obstante, y si a pesar de todo ello, se acordara un régimen de comunicación, estancias o visitas para con ellos, debiera el Juez concederles audiencia antes de aprobar dicha medida, y ello en los términos que prevé el art. 77.6 del texto aragonés[1014], pues ni las partes en sus respectivos acuerdos ni el Juez pueden imponer derechos u obligaciones a terceras personas sin su aprobación, tal y como dispone el art. 77.6 del mismo cuerpo legal. Ello supondría cargar al hijo menor de edad con un periplo

[1011] CLEMENTE MEORO, M., "El Pacto de convivencia familiar….", cit., p. 57.

[1012] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación…", cit., pp. 4-7.

[1013]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia…", cit.

Refiere que aunque el artículo 4 habla de contenido mínimo del pacto de convivencia, la lógica indica que dos de sus apartados (el régimen de convivencia y/o de relaciones, y la cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas) habrán de estar siempre presentes, pero los otros dos (el régimen de relación con parientes y allegados, y el destino de la vivienda familiar) no tienen por qué incluirse necesariamente, pues bien puede suceder que no exista una vivienda común respecto de la cual deba preverse su destino, o que no exista familia extensa respecto de la cual se considere necesario establecer un régimen mínimo de relación, sin perjuicio de que cualquier pariente o allegado pueda ejercitar su derecho al establecimiento de un régimen de relaciones conforme al art. 160 C.c. Aunque, respecto de este último punto, existen voces que consideran que es obligatorio prever en todo caso en el Pacto de Convivencia Familiar un régimen de relaciones con la familia extensa, aunque luego esta no quiera ejercerlo.

[1014]*"Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación"*.

por los diferentes lugares de residencia de sus familiares, lo que iría en contra de su propio interés.

Así, no será objeto de aprobación judicial el pacto de convivencia familiar que no prevea un régimen de estancias con abuelos, siendo por ello imprescindible establecer en todos los pactos dicha circunstancia. En la práctica, lo que se suele hacer es establecer que los menores tendrán contacto con abuelos y resto de parientes allegados durante los periodos de estancia que esté con el progenitor de esa rama familiar, dando de este modo cumplimiento al requisito legal.

Sin perjuicio de lo anterior, y siquiera sea someramente, no debo dejar de hacer mención al hecho de que ni la normativa aragonesa ni la valenciana, que son las que se refieren a este régimen de estancias con parientes y allegados, nos proporcionan un concepto de allegado, así como tampoco ni doctrina ni jurisprudencia han profundizado en su significado más allá del que comúnmente se le atribuye a la palabra.

Por lo tanto acudiré al concepto de allegado que proporciona la Real Academia, el cual hace referencia a una persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad,trato o confianza. Habría que descartar la primera de las relaciones a las que se refiere,pues la ley diferencia entre parientes y personas allegadas en los arts. 75.2, 77.2.b y 79.2.b. del Código aragonés así como en el art. 4 de la ley valenciana. Quedarían dentro de este concepto, por lo tanto, los amigos más cercanos, las personas de confianza y aquellos sujetos con los que el trato es más cercano. Dentro de este último grupo destacarían los hijos de alguno de los progenitores fuera de la pareja que ahora se rompe, con los que los hijos comunes no tienen ningún vínculo familiar, pero con los que han convivido un tiempo más o menos prolongado, estableciéndose fuertes lazos afectivos. Esta es una situación relativamente frecuente que se produce cuando, al formar una nueva pareja (sea cual sea su nivel de juridificación, es decir, desde uniones de hecho al vínculo conyugal) cada miembro aporta hijos propios de su anterior relación, teniendo después hijos comunes[1015].

De igual modo, también pueden surgir problemas respecto a otros sujetos a los que se debería tener en cuenta no ya por su proximidad, sino por su apego o cariño, como pueden

[1015]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Comentarios sobre el ámbito de aplicación….”, cit., pp. 4-7.

ser amigos de sus progenitores con los que ha convivido el niño por diversas circunstancias. Como manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ "podrá, por tanto, concederse a ciertos parientes más lejanos cuando se ha negado, o podría negarse, a otros más próximos del menor en quienes no concurran esos motivos y particulares circunstancias"[1016].

Por tanto, tal determinación no debe operar de forma automática, sino de acuerdo con el interés del menor, por lo que habrá que sopesar en cada caso las circunstancias para establecer o no éste régimen con parientes y allegados. Para RUIZ DE LA CUESTA[1017], entiende incluso que también se podrá conceder este derecho "en casos muy especiales y debidamente matizados, en favor de un profesor, maestro, religioso, preceptor, párroco, etc., cuando un menor, hasta cierta edad, haya estado sujeto, fuera de los progenitores, a su tutela de hecho o encargo judicial".

En mi opinión, supone un problema añadido el que se tenga que incluir un régimen de visitas para con los abuelos y parientes allegados. Ya es bastante complicado llegar a un acuerdo respecto al resto de cuestiones que deben incluirse en el pacto de relaciones familiares o de convivencia familiar, como para añadir esta nueva previsión legal. Es más adecuado en este aspecto la regulación que establece el C.c. o la ley catalana, en el sentido de que se trate de algo opcional y que en todo caso, sean los abuelos o parientes allegados los que insten el oportuno procedimiento para que se establezca este régimen de estancias de los menores para con ellos, dándoles audiencia y con las garantías legales que se prevé para este tipo de procedimientos. Tener que incluir de forma obligatoria este régimen de estancias sin que los interesados, en este caso los abuelos, opinen al respecto, lo considero un profundo error, al margen y además de una dificultad añadida a la ya dificultosa tarea de llegar a un acuerdo respecto al resto de cuestiones que deben tratarse. En la práctica, esta cuestión se resuelve con la inclusión de una clausula en el pacto de convivencia que viene a referir que los menores disfrutarán de sus abuelos maternos y paternos, así como con el resto de familiares y allegados, durante los periodos de estancias en que estén con el progenitor de esa rama familiar.

[1016]RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés…*, cit., p. 267.
[1017]RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés…*, cit., p. 269.

III. SUPUESTOS LEGALES DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. Consideraciones generales

Las cinco leyes autonómicas establecen la previsión de determinados supuestos en los que estará excluida la atribución no sólo de la guarda y custodia compartida sino también de la exclusiva. Todas ellas, a excepción de la regulación catalana en donde no se especifica si la exclusión va referida a la custodia compartida o a la monoparental, prevén una serie de supuestos en los que quedarán excluidas ambas modalidades de custodia.

En este aspecto, es clara la diferencia existente respecto a la regulación que prevé el art. 92.7 C.c.[1018], en donde únicamente se prevén los supuestos de prohibición para los casos de guarda conjunta.

A continuación vamos a exponer los dos supuestos en los que confluyen las cuatro leyes autonómicas para excluir la modalidad de custodia.

2. Exclusión para el progenitor incurso en proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, y en el que se haya dictado resolución judicial motivada que constate indicios fundados de criminalidad

La norma aragonesa prevé en su art. 80.6 que no procederá la atribución de la guarda y custodia ni individual ni compartida, cuando el progenitor"*…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.*

[1018] "*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*".

La exégesis del precepto nos lleva a concluir que no procederá la atribución, en ninguna de sus modalidades de la guarda y custodia de los hijos, a quien se encuentre incurso en un proceso penal incoado por alguna de las causas que el propio precepto menciona.

La previsión legal, junto con el otro supuesto de exclusión que prevé el precepto y que veremos en el siguiente apartado, está relacionada con lo referido en el Preámbulo del Código al referir el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.

Por tanto es preciso que, en este primer supuesto de exclusión, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados o racionales de criminalidad.

Al respecto de esta prohibición y si se compara con las que a tal efecto viene prevista en el art. 92.7 C.c. se puede ver como, por una parte la ley aragonesa extiende la prohibición tanto en los supuestos de custodia compartida como exclusiva, cuando en el C.c. queda limitada la prohibición, erróneamente, a la custodia compartida. De igual modo, no basta que cualquiera de los padres esté incurso en uno de los procesales penales indicados, sino que exige que "*se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad*"[1019]. En consecuencia, la falta de dicha resolución motivada, así como el Auto de sobreseimiento, van a impedir que se pueda aplicar la causa de exclusión que prevé el art. 80.6[1020].

[1019] La resolución judicial motivada podría ser, por ejemplo, el Auto en el que se acuerde la continuación de las iniciales diligencias previas como procedimiento abreviado.

[1020] Id Cendoj: 50297370022012100373. En el recurso de apelación no se insiste en la causa de exclusión de la custodia compartida en base a lo dispuesto en el art. 80.6 del Código aragonés, y ello "*por cuanto no sólo no consta resolución judicial motivada en la que se constate indicios fundados y racionales de criminalidad, o indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino que obra aportado como prueba documental Auto de sobreseimiento provisional y archivo del Juzgado de Violencia de Género de 12/5/2010 en las diligencias previas incoadas, por lo que no procede apreciar la indicada causa de exclusión como indica el Juzgador de instancia en su Fundamento Jurídico Tercero*".

Por el contrario, sí se contempla la causa de exclusión y en consecuencia se otorga la custodia al progenitor paterno en la SAP Zaragoza de 17 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100009). En este supuesto, la madre recurrente había sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición de comunicación con el recurrido de dos años; se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y cusodia, no encontrándose extinguida la pena, por lo que en consecuencia, procede confirmar la sentencia en el aspecto de atribuir la guarda y custodia del menor al padre.

El referido precepto legal es la respuesta a las críticas que tanto por parte de la doctrina, como muchos colectivos de padres separados, venían denunciando al respecto del "efecto perverso del precepto codicial"[1021], que ha propiciado una multiplicación de las denuncias falsas de maltrato con la finalidad de cercenar las posibilidades de obtener la custodia de los hijos -y todo lo que ella conlleva- al progenitor denunciado.

En este sentido, afirma CASTILLA BAREA[1022] que "el uso torticero de la norma estatal se ve favorecido por el hecho de que su efecto no quede condicionado a la existencia de resolución judicial firme, de suerte que ante las dudas que genera la expresión "estar incurso en un proceso penal iniciado…", se ha venido entendiendo que bastaba con la denuncia de parte, por lo que algunos autores han puesto en entredicho su adecuación a la presunción de inocencia del art. 24.2 de nuestra Constitución. Parece que la nueva exigencia impuesta por la Ley 2/2010, requiriendo la intervención del Juez mediante una "resolución judicial motivada" pretende atajar este defecto de la norma estatal. Sin embargo, no queda claro qué tipo de decisión designa esa expresión: cabría entender que basta con un auto motivado de enjuiciamiento y que se ha intentado deliberadamente huir de la exigencia de una "sentencia", que es la única resolución definitiva (sin perjuicio de los posibles recursos) que podría fundar razonadamente la consideración de uno de los progenitores como delincuente al que no se le debe atribuir la custodia de sus hijos".

Ahora bien, no está en tal situación quien ya ha sido condenado y ha cumplido la pena impuesta, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el art. 130.2 C.P., el cumplimiento de la pena (con independencia de cuando procediera la cancelación, en su caso, de los antecedentes penales), es una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Sería contrario a los más elementales principios informadores del derecho sancionador, y del Derecho penal especialmente, extender las consecuencias de la responsabilidad criminal más allá del momento en que la ley la declara extinguida. No obstante, cierto es que en tal caso, podría considerarse de aplicación lo que el inciso final del art. 80.6 del Código aragonés establece, siempre que el Juez advierta, de las

[1021] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., p. 32.
[1022] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia….", cit., p. 32.

alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Por lo tanto, una vez extinguida la responsabilidad criminal por cumplimiento de la pena, y atendidos los intereses en juego en este tipo de supuestos, no habrá que operar automáticamente el que se le conceda la custodia al progenitor que en su día condenado, sino que habrá que estar al caso concreto así como a la vista de si concurren indicios fundados de conductas constitutivas de violencia de género en el proceso en el que el progenitor condenado haya solicitado la custodia[1023].

Igualmente hay que tener en cuenta el supuesto en el que se haya privado a uno de los cónyuges del ejercicio de la custodia y que con posterioridad se dicte una sentencia absolutoria. En este supuesto, y conforme refiere la Disposición Adicional 4ª del Código aragonés[1024], serán supuestos revisables cuando la sentencia absolutoria adquiera firmeza.

A la vista de todo ello, el legislador aragonés ha corregido en gran medida este defecto al incluir la necesidad de que se haya dictado una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Como refiere SERRANO GARCÍA[1025], si la sentencia firme absolutoria es previa al procedimiento en que se decide sobre la guarda y custodia del menor, no concurre ya el impedimento legal previsto en el art. 80.6 del Código.

En iguales términos a lo previsto en la ley aragonesa, también la ley navarra establece los supuestos de exclusión de atribución de la guarda y custodia compartida. En este sentido, en su art. 3.8[1026]prevé que no procederá la atribución de la guarda y custodia a

[1023] En este sentido, la Sentencia núm. 33/13 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de 21 de enero resuelve que cabe otorgar la custodia individual o compartida al progenitor condenado por delito de violencia de género (cometido contra la progenitora), si ya ha cumplido la pena que le fue impuesta, salvo que el Juez de Familia advierta que concurren indicios fundados de conductas constitutivas de violencia de género en el proceso en el que el padre ha solicitado la custodia.

[1024] La Disposición Adicional 4ª dispone que "*Los casos de atribución de la guarday custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria*".

[1025]SERRANO GARCÍA, J.A., La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, en *Revista de Derecho Civil Aragonés* [en línea], núm. XVIII, 2012, p. 36. [Consulta: 27 de diciembre de 2014]. Disponible en: http://www.ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/33/01serrano.pdf

[1026] "*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad*

uno de los padres, 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, así como se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

De igual modo, y siguiendo la línea del resto de normas autonómicas, el art. 5.6 de la ley valenciana[1027]establece que quedará excluida la custodia tanto individual como compartida cuando el progenitor 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 que exista una resolución judicial motivada recaída en dicho proceso penal en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La norma parece referirse a la existencia de un Auto de procesamiento o un Auto de conversión en procedimiento abreviado o apertura juicio oral, pues todas dichas resoluciones presuponen la existencia de indicios de delito para que se dicten.

La exigencia de que exista una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados de criminalidad hace recordar la redacción que para estos supuestos prevé el Código aragonés así como la ley foral navarra.

---

sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

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

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

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

[1027] Refiere el precepto que *"excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad 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".*

No obstante, el precepto valenciano añade que dichos indicios deben suponer un riesgo objetivo para los menores y para el otro progenitor. Por lo tanto, no bastará que exista una resolución judicial motivada sino que además, debe haber indicios de riesgo objetivo para el otro cónyuge y para los menores. En mi opinión, parece redundante el inciso final del precepto pues qué duda cabe que si se ha dictado una resolución de las referidas anteriormente, será porque existen indicios de delito que supongan un riesgo objetivo tanto para los menores como para el otro progenitor, y por ello, no debiera haberse añadido el referido inciso.

Conviene reseñar que, frente al automatismo del art. 92.7 C.c. que determina que en estos supuestos "*no procederá*" la guarda conjunta, en la ley valenciana no basta que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad contra el otro progenitor o los hijos, sino que además, hace falta que la convivencia con éste suponga un riesgo objetivo para los hijos o el otro progenitor.

Por su parte, la ley vasca se pronuncia en términos similares en este aspecto.[1028]

En sintonía con todo ello, también los países de nuestro entorno establecen supuestos similares a los que recoge el Derecho español. En este sentido, el Derecho francés también prevé los supuestos en los que se excluirá la atribución de la autoridad parental, bien de forma total o parcial, y son:

1.- Cuando se produzca la declaración expresa de la sentencia penal que condene al progenitor/a, como autor, coautor o cómplice de un crimen cometido en la persona de su hijo o hija, o como coautores o cómplices de un crimen o delito cometido por su hijo. Esta causa se aplica también a los ascendientes que no sean los progenitores en los casos en que pudiera corresponderles el ejercicio de la autoridad parental sobre sus descendientes[1029].

[1028]Art. 11.3 de la ley vasca: "*No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal"*.

[1029] Art. 378 *Code,* refiere que "*Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui son condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices*

2.- Cuando, aún sin necesidad de una condena penal, pongan en peligro la seguridad, salud o moralidad del menor por el comportamiento de los progenitores, bien porque se hayan producido malos tratos, porque se trate de un progenitor consumidor de estupefacientes o bebidas alcohólicas, bien por mala conducta notoria, bien por falta de cuidados o ausencia de directrices en la educación[1030].

3.- Cuando habiéndose adoptado una medida de asistencia educativa respecto del hijo, los padres, durante un plazo de más de dos años, se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes recogidos en el art. 375.7 *Code*. (Art. 378.1, 2º párrafo *Code*)[1031].

Los supuestos de privación total o parcial de la autoridad parental no se producen de forma automática sino que, conforme dispone el art. 378-1, párrafo último[1032] del *Code*, la acción para la privación se entablará ante el *Tribunal de Grande instance*, bien por el Ministerio Fiscal, bien por un miembro de la familia o por el tutor del hijo. No obstante, la privación de la autoridad parental no tiene carácter definitivo ya que el *Code* prevé, en su art. 381, la posibilidad de que a partir del plazo de un año, el progenitor afectado por la privación, pueda solicitar al tribunal la restitución de todos o parte de los derechos de que fue privado, exigiéndose para ello la existencia de nuevas circunstancias que lo hagan aconsejable, y siempre y cuando no se haya entregado al menor con carácter preadoptivo.

Se ve pues que la custodia compartida es una opción, acordada judicialmente y que tiene un período de prueba y supervisión. No obstante y pese a la enorme difusión mediática de esta posibilidad, el texto legal la contempla como posible, pero no como preferente.

---

d'un crime ou délit commis para leur enfant. Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants".

[1030] Art. 378.1.1º párrafo *Code*, dice que *"Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condemnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant"*.

[1031] *"Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7"*.

[1032] *"L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée davant le Tribunal de Grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de lafamille ou le tuteur de l'enfant"*.

Ninguna de las legislaciones autonómicas prevén en su articulado la posibilidad de la suspensión temporal del ejercicio de la custodia en los supuestos que todas ellas refieren como de privación de dicho ejercicio. Ninguna duda cabe que la privación del ejercicio de la custodia a uno de los padres o a ambos, supone una intervención extrema y por ello, la medida no puede justificarse en la mera presencia de un peligro abstracto para el bien del niño sino en la existencia de un peligro presente respecto al cual es razonable esperar que con bastante seguridad cause un daño al menor. La medida deberá tomarse atendiendo al principio de proporcionalidad y sólo en aquellos supuestos en que no quede otra posibilidad. Contrariamente a la previsión legal tanto de las leyes autonómicas así como de la regulación estatal, otros ordenamientos han previsto esta medida de la suspensión temporal de la custodia. En este sentido, el Derecho alemán la contempla en el art. 1674 BGB, estableciendo que antes de adoptar la medida de privación del ejercicio de la patria potestad previsto en el art. 1666 BGB, en los supuestos en que el progenitor no pueda asistir adecuadamente a su hijo, se deberá acordar la suspensión temporal de la patria potestad y no la privación de la misma[1033].

Quizá en determinados supuestos, y atendiendo a las circunstancias del caso, sería conveniente introducir esta medida no sólo en las legislaciones autonómicas sino también en la legislación estatal, si bien y por el momento, no parece contemplarse esta opción en nuestro derecho.

De igual modo, y en iguales términos a la Disposición Adicional 4ª del Código aragonés, se añade en el último inciso del art. 5 de la ley valenciana la posibilidad de que se revisen las relaciones familiares en el supuesto de que la resolución judicial sea absolutoria[1034].

[1033] En este sentido resolvió el Tribunal territorial de Dresden (OLG Dresden, FamRZ, 2003, p. 1038). El padre del menor resultó encarcelado para el cumplimiento de una larga condena, con lo que era evidente la imposibilidad del padre en tal supuesto para atender debidamente a su hijo y en aplicación del principio de proporcionalidad, se optó por suspender el ejercicio de la patria potestad antes que privar directamente de la misma.

[1034] En este sentido destacar que la existencia de un proceso penal por faltas y su influencia sobre la determinación del régimen de custodia se resuelve en la SAP Alicante de 26 enero 2012 (TOL 2.573.706); en ella se confirma el régimen de custodia compartida establecido en primera instancia al no concurrir las circunstancias excepcionales del apartado 6º del art. 5 de la Ley valenciana, toda vez que un juicio de faltas finalizado por sentencia de 10 de enero de 2011 no puede asimilarse al proceso penal al que se refiere dicho precepto. Y además, por haber quedado extinguido el plazo de duración de la orden de alejamiento dictada, y de otra, ligada a un nuevo juicio de faltas, y no existir riesgo objetivo para los hijos o el otro progenitor.

Por último, debe hacerse referencia a la novedad introducida por la ley valenciana en su art. 5.5[1035], en cuanto a la posibilidad de que se ejerza un control judicial de la situación familiar. Se trata de una medida singular que prevé la posibilidad de que el Juez, atendidas las circunstancias del caso, pueda establecer un control periódico o seguimiento de la situación familiar, para ver de determinar un nuevo régimen de convivencia distinto al que se haya acordado en un momento determinado. Esta disposición pudiera tener un referente en el art. 92.5 C.c., que dispone que el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamental su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Como han referido BLASCO GASCÓ y MORERA VILAR[1036], la dicción literal de la norma parece abocar a la posibilidad de que el Juez pueda actuar de oficio, aunque tenga mal acómodo cuando el régimen de convivencia haya sido acordado por pacto entre los progenitores. Por el contrario, FORTEA GORBE[1037] entiende más propias estas cautelas del sistema del C.c. que de la ley valenciana, en donde se opta clara y expresamente por el sistema de custodia compartida. Pudiera tener su lógica en los supuestos en que por ejemplo se haya adoptado la custodia compartida sin previo acuerdo entre los progenitores. FORTEA refiere que el problema interpretativo del apartado 5 del art. 5 de la ley, "reside en si esas cautelas son o no aplicables a un supuesto de establecimiento de convivencia compartida, o únicamente las prevé la ley para los supuestos de convivencia individual, o para ambos".

[1035] Refiere que "*Además, se establecen una serie de garantías y precauciones para velar por el interés superior de cada menor, como la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido"*.

[1036]BLASCO GASCÓ, F.de P., y MORERA VILLAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar en la Ley de la Generalitat.…*, cit., pp. 18-19.

Refiere que la decisión judicial en la determinación del régimen de convivencia no descansa en el arbitrio judicial, sino que el art. 5, tras determinar que como regla general se debe tender a una atribución de la convivencia compartida, establece una serie de criterios que deben ser tomados en consideración por el Juez.

[1037]FORTEA CORBE, J.L., "El nuevo régimen de convivencia compartida. Jurisprudencia reciente", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* [en línea], núm. 45, 2016, pp. 60-62. [Consulta: 4 de abril de 2014]. Disponible en: http://www. tirantonline.com/tol/documento/show/3004695

Por su parte, para CLEMENTE MEORO[1038], este inciso supone que se faculte al Juez para actuar de oficio, tanto a la hora de establecer el sistema de control de la situación familiar como a la hora de decidir si permanece o varía el régimen de convivencia.

En mi opinión, la previsión legal es más que acertada por cuanto se trata de un medio adecuado para velar por los intereses del menor y evitar perpetuar situaciones judiciales adoptadas que le puedan ser perjudiciales. No creo que deba verse como la facultad del Juez para actuar de oficio, sino en cuanto a prever un mecanismo de control de aquellos supuestos en los que se haya podido prever en su desarrollo, las dudas en cuanto a si va a resultar adecuada una modalidad de custodia u otra. Únicamente en estos supuestos dudosos es donde debiera ponerse en práctica este mecanismo legal, ya que en los supuestos en donde de común acuerdo las partes hayan pactado una modalidad de custodia, no parece que tenga sentido ningún tipo de control posterior, así como si fuera el caso de que se produjera un cambio de circunstancias que dificultara el ejercicio de una determinada modalidad de custodia, existen otros mecanismos legales para salvaguardar la situación de los menores.

La cuestión que la ley no fija es como se va a llevar a cabo ese control periódico y con qué medios. Por lo tanto, y si bien se trata de una previsión muy acertada, la falta de medios hace que sea de difícil aplicación práctica[1039].

[1038]CLEMENTE MEORO, M., "El Pacto de convivencia familiar….", cit., p. 68.

[1039] En este mismo sentido se hace alusión a esta cuestión por BARONA SELLÉS, M.A., "Valoración crítica…, cit., p. 227, al manifestar que "…pese a que la ley permite a la autoridad judicial el imponer potestativamente controles periódicos del régimen de convivencia compartida y recabar informes (art. 5.5), que se convierten en preceptivos para el supuesto de guardia y custodia de uno de los progenitores con visitas para el otro (art. 5.4) no hay una memoria económica o dotación presupuestaria para implementarlos.

Tampoco dice la ley si tales controles e informes serán provistos de oficio por la autoridad judicial o si formarán parte de las costas y gastos del juicio para el litigante vencido conforme al principio *victus victori.* Podría ser que alguna luz vertiera el reglamento cuya habilitación se contiene en la disposición final tercera pero de momento no se ha aclarado".ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1459; en relación con esta previsión de la ley valenciana establece que "la falta de un desarrollo de este "control" y la ausencia de comentario de la Fiscalía nos deja sin respuesta a un sinfín de preguntas, de las que dejaremos constancia de algunas: ¿Quién ejercita el control? ¿Cómo lo hace? ¿Qué medios utiliza? ¿Cómo se emite y se somete al Juez, al Fiscal y a las partes el informe de seguimiento?, ¿Qué medios existen para impugnar el informe? ¿Qué efectos tiene el informe en que se aconseje algún cambio? ¿Inicia de oficio las actuaciones el Juez? ¿Cuáles? ¿Se trata de un proceso de modificación a instancia del Fiscal? ¿Consiste en algún proceso de ejecución?".

3. Exclusión en los supuestos de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género

Por lo que se refiere al supuesto de que el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, la innovación respecto al art. 92.7 C.c. en este punto consiste en la previsión de que la existencia de violencia de género será causa de prohibición para la custodia[1040]. Cuando la autoridad judicial constate estos indicios fehacientes de violencia en el seno de la familia no sólo se niega al progenitor maltratador cualquier modalidad de guarda y custodia, también se descarta el recurso a la mediación, como dispone el art. 78.5 del texto aragonés. No obstante sí es posible el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas, que entiendo no debiera aplicarse de forma generalizada, sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pues si bien es cierto que se debe garantizar el derecho del progenitor a mantener una relación continua con sus hijos, habrá que ver si el establecimiento del régimen de comunicación con el mismo no daña el interés del menor.

De igual modo, el último inciso del art. 80.6 del Código aragonés establece 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 o de género*".

Por tanto, tampoco procederá la atribución de la guarda y custodia de los hijos al progenitor que, no estando incurso en un proceso penal incoado por los motivos antes expuestos, se advierta por el Juez que pudieran existir contra dicho progenitor indicios fundados de conductas constitutivas de violencia doméstica. Será preciso pues que el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

[1040] A este respecto, el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

El referido precepto ha sido objeto de crítica al considerar peligroso que se pueda privar de la guarda y custodia de los hijos de la advertencia que pueda hacer el Juez, sin la práctica de la prueba correspondiente[1041].

Al igual que en el texto aragonés, el Código catalán también establece supuestos de exclusión de la atribución de la guarda si bien no determina si van referidos a ambas modalidades de custodia o a una sola. En este sentido, el art. 233-11.3 establece que *"…no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas"*.

A tal efecto, no bastará con estar incurso en un proceso penal para que pueda denegarse la atribución de la custodia compartida, ni que se haya dictado una resolución judicial motivada como pudiera ser el Auto en el que se acuerde la continuación de las iniciales diligencias previas como procedimiento abreviado,sino que será necesario que se haya dictado sentencia firme por los actos referidos en el precepto legal**[1042]**. Con la nueva

[1041] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 1424-1425.

[1042] En este sentido de que se exija la existencia de sentencia de condena se pronuncia igualmente el art. 378 *Code.*

"Peuvent se voir retirer totalement l´autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui son condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.

Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d´autorité parentale qui peut revenir sur leurs descendants".

Requiere que se produzca la declaración expresa de la sentencia penal que condene al progenitor/a, como autor, coautor o cómplice de un crimen cometido en la persona de su hijo o hija, o como coautores o cómplices de un crimen o delito cometido por su hijo. Esta causa se aplica también a los ascendientes que no sean los progenitores en los casos en que pudiera corresponderles el ejercicio de la autoridad parental sobre sus descendientes.

No obstante, el art. 378.1.1º párrafo del *Code* establece que, "*peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant"*.

Por lo tanto, aún sin necesidad de una condena penal, podrán ser privados cuando pongan en peligro la seguridad, salud o moralidad del menor por el comportamiento de los progenitores, bien porque se hayan producido malos tratos, porque se trate de un progenitor consumidor de estupefacientes o bebidas

regulación del Código catalán, y contrariamente alo que sucede en el C.c., queda garantizado el derecho de presunción de inocencia que asiste al imputado mientras no haya una sentencia firme de condena.

Esta prohibición de atribución de la custodia en la legislación catalana, plantea la duda referida a qué tipo de guarda le está vetada al progenitor que esté condenado por haber cometido dichos actos o exista indicios fundados de que los ha cometido, si es la exclusiva o la compartida. En este aspecto, el art. 92.6 C.c. refiere la prohibición expresamente a los supuestos de guarda conjunta, y el resto de leyes autonómicas establecen la exclusión para ambas modalidades de custodia. Sin embargo el precepto catalán dice que "no puede atribuirse la guarda", sin especificar qué tipo de guarda, por lo que se podría pensar que solamente veta la atribución de la guarda exclusiva y, en consecuencia, permitiría la guarda compartida o conjunta.

Resulta absurdo llegar a esta conclusión, pues tomando como referencia el principio del interés del menor, que es el interés supremo objeto de protección, y aun teniendo en cuenta que se pretenden favorecer las fórmulas de coparentalidad, no se debiera llegar a la misma, y por ello, la prohibición debe ser extensiva tanto para los supuestos de custodia exclusiva como compartida, siguiendo la línea del Código aragonés o la ley navarra que así lo recogen expresamente.

En iguales términos a lo previsto en la ley aragonesa, también la ley navarra establece los supuestos de exclusión de atribución de la guarda y custodia compartida. En este sentido, en su art. 3.8[1043]prevé que no procederá la atribución de la guarda y custodia a

alcohólicas, bien por mala conducta notoria, bien por falta de cuidados o ausencia de directrices en la educación.

Por último, el art. 378.1, 2º párrafo *Code* establece una circunstancia que no prevé ninguna de las leyes autonómicas.

"*Peuvent pareillement se voir retirer totalement l´autorité parentale, quand une mesure d´assistance educative avait été prise à l`égard de l´enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d´exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l´article 375-7*".

Por lo tanto, cuando habiéndose adoptado una medida de asistencia educativa respecto del hijo, los padres, durante un plazo de más de dos años, se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes recogidos en el artículo 375.7 del *Code*, tambien podrán ser igualmente privados de la autoridad parental.

[1043] "*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad*

uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

La redacción de la ley navarra se asemeja más a la aragonesa, si bien se añade que las medidas adoptadas en estos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que se dicte; en este sentido, el Código catalán es más garantista por cuanto prevé que únicamente se podrá privar de la custodia en los supuestos en los que exista sentencia firme de condena.

Por último y siguiendo la línea del resto de normas autonómicas, la atribución de la guarda y custodia en la legislación valenciana quedará excluida conforme refiere el art. 5.6 de la ley[1044] cuando, a tenor de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, puede ser motivo para no otorgar la custodia ni individual ni compartida al progenitor autor de los referidos hechos. No se entiende muy bien que, en el primer supuesto se exija Auto de procesamiento o de apertura de juicio oral y en este supuesto, la mera advertencia de la existencia de indicios de violencia doméstica o de género sea suficiente para denegar la modalidad de custodia compartida.

Común a todas las leyes autonómicas es que la alusión a la violencia doméstica prohíbe la atribución de la custodia al progenitor agresor (física o psicológicamente) sea

sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

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

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

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

[1044] Refiere el precepto que *"excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad 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".*

cual sea su sexo y el de la víctima. Es decir, no se limita a la violencia de hombre contra mujer (de género) sino que se extiende a la empleada contra la pareja y los hijos.

CAPÍTULO VI. LA INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR Y EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Iniciado el proceso matrimonial de nulidad, separación, divorcio o de ruptura de la convivencia de la pareja, quizá uno de los aspectos más trascendentes, después de la custodia de los hijos, y por ello más litigiosos que se deriva de la crisis matrimonial, es el relativo a la atribución del uso del domicilio familiar. Éste se convierte, junto con la atribución de la guarda de los menores y la fijación de la pensión alimenticia, en uno de los caballos de batalla del litigio.

Detrás del interés por la promoción legal de la custodia compartida, se esconden estas dos cuestiones fundamentales y de gran trascendencia que no se pueden obviar. Resulta incuestionable que la modalidad de custodia que se adopte para con los menores, va a incidir de manera clara y notaria en cada una de ellas, y ello como seguidamente expondré.

Como señala CASTILLA BAREA[1045], la importancia de la guarda y custodia no reside únicamente en su propio contenido y función –cuidado, educación y formación integral de los hijos-, sino también en el hecho de que su atribución determina habitualmente el sentido y alcance de otras medidas de carácter económico o patrimonial, como la fijación de la pensión de alimentos y la atribución de la vivienda familiar, que son altamente condicionantes de la vida futura, tanto de los hijos como también de sus progenitores. Añade que "la guarda y custodia –la más personal de las medidas que afectan a los hijos- es el sol en torno al cual giran las expectativas económicas de sus padres, que podrán o no, en función de cómo se atribuya, continuar viviendo en la misma casa, administrar la pensión fijada para el sostenimiento de los hijos o mantener una forma de vida más o menos similar a la que llevaban antes de la ruptura. El peso de estos factores es tan fuerte que –hay que decirlo clara y abiertamente- en no pocas ocasiones determina

[1045] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa…", cit., p. 4.

la solicitud de una guarda y custodia de los hijos que, en otras circunstancias, no se pediría."

Al respecto de estas cuestiones, y como reiteradamente se ha criticado por la doctrina más especializada[1046], la reforma introducida por la Ley 15/2005 nada previó sobre estos aspectos en los supuestos de atribución de la guarda y custodia compartida. Resulta sorprendente y hasta cierto punto inexplicable que la reforma no entrara en estas cuestiones tan esenciales y de tanta trascendencia. La ausencia de previsión legal ha generado muchas situaciones injustas que han favorecido el conflicto, de ahí que tanto el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, como las leyes autonómicas sobre la materia, hayan suplido esta deficiencia, previendo expresamente como se resolverá sobre estos dos aspectos en los supuestos en que se acuerde la custodia compartida, conforme seguidamente expondré.

En este sentido, constituye una nota diferenciadora en relación con la normativa estatal, la preocupación de los legisladores autonómicos por regular detalladamente la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como la determinación de la pensión de alimentos o el análisis de los gastos ordinarios u extraordinarios a cargo de los progenitores en aquellos supuestos en los que se adopte la modalidad de custodia compartida.

A lo largo de este Capítulo, y partiendo de la deficiente regulación que a tal efecto prevé el C.c., voy a tratar cómo se materializa y se articula jurídicamente desde las distintas leyes autonómicas, la protección del grupo familiar a través de la atribución del domicilio familiar y la determinación de la pensión alimenticia en los supuestos en los que se acuerde la guarda y custodia compartida.

II. LA INCIDENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR

1. Consideraciones previas

La importancia de la atribución del domicilio familiar, radica en que se trata de una cuestión de orden público que se integra en el denominado *ius cogens*. Es por ello que debido a su naturaleza, la jurisprudencia ha considerado que en los procesos de crisis

[1046] PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., "La guarda y custodia compartida…", cit., p. 2. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 1062-1072.

matrimoniales, aunque no se solicite por las partes, el Juez viene obligado a pronunciarse sobre la vivienda familiar, al ser un elemento de orden público no sometido al principio dispositivo. Se trata de un patrimonio puesto al servicio de la familia y por ello la hace tributaria de una especial protección[1047].

Es evidente y así se ve en la práctica diaria en los Tribunales, que la pugna por el uso de la vivienda familiar es actualmente una cuestión central, y por qué no decirlo, quizá la más importante en los procesos familiares, y más teniendo en cuenta la difícil situación económica en la que se encuentran muchas familias.

Siquiera sea someramente, no está de más hacer referencia a qué se entiende por vivienda familiar. La vivienda familiar constituye la sede física donde el núcleo familiar desarrolla su vida íntima y personal[1048]. El legislador es consciente de la importancia que reviste la vivienda, razón por la cual ofrece protección jurídica de la misma en distintos órdenes[1049]. Desde una perspectiva jurídico civil, se define la vivienda familiar como el lugar de residencia habitual de los cónyuges en el que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones, tanto las patrimoniales como las derivadas del matrimonio, en especial, el deber de convivencia derivado del art. 68 C.c.[1050].

A tal efecto, para RODRÍGUEZ ALMEIDA es "el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas"[1051]. En este sentido, se trata de una noción que va más allá del mero enclave físico donde se asienta el núcleo familiar, y por ello, hay que ponerlo en relación con el derecho fundamental al libre

[1047]GIL MEMBRANO, C., *La vivienda familiar*, ed. Reus, Madrid, 2013, p. 12.

[1048]ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 25. Define la vivienda familiar como el lugar donde habitual y tendencialmente se localiza conjuntamente a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, cumpliendo con los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, entre los que se encuentra el deber de convivencia.

[1049] MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.,*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96, p.1, 2 y 3 C.C.). Teoría y práctica jurisprudencial*, ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, p. 17.

[1050] MORENO VELASCO, V., "La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7843, 2012,p. 1. [Consulta: 23 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[1051]RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G., "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas", en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 736, 2013, p.1136.

desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 C.E., de ahí quese justifique que la vivienda familiar deba ser objeto de una especial protección y regulación legal.

Por su parte, PEREZ UREÑA[1052], alude a que los requisitos básicos que configuran la vivienda familiar son que se trate de una edificación habitable, la nota de la habitualidad y que sea habitada por la familia.

Es por ello que, en los supuestos de crisis matrimonial, el uso y disfrute de la vivienda que ha constituido la morada del núcleo familiar hasta el momento de la ruptura, se convierte en uno de los principales conflictos que surgen entre los cónyuges, máxime cuando, caso de existir hijos menores, se atribuye *ex lege* su utilización al progenitor custodio, en el supuestonormal de desacuerdo de ambos progenitores, con independencia de la titularidad de la vivienda, lo que ha dado lugar a no pocos abusos.

En los procesos judiciales derivados de las rupturas matrimoniales o de pareja, es común que los cónyuges o progenitores en conflicto, tengan como objetivo procesal de primer orden conseguir la atribución judicial del uso exclusivo de la vivienda (y del mobiliario y ajuar familiar en ella existente). Dicho interés viene motivado, como refiere DE VERDA Y BEAMONTE[1053], porque la mayoría de las veces suele ser el bien más valioso del que disponen los cónyuges y para su compra, han sido necesarios, la mayoría de las veces, una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si no se vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso. En consecuencia, el progenitor obligado a abandonar el domicilio conyugal viene obligado a procurarse un nuevo inmueble en que alojarse, y a asumir una carga económica adicional antes inexistente, al tiempo que debe, en la mayoría de los casos, continuar abonando la mitad de la hipoteca del inmueble que constituyó el

[1052]PÉREZ UREÑA, A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas,* ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 22-26.

[1053] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", Ponencia expuesta en el marco de las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia en colaboración con el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), celebradas en Valencia los días 14 y 15 octubre 2015.

domicilio conyugal, todo lo cual le coloca en una situación, en muchas ocasiones, de extraordinaria precariedad económica[1054].

Son comunes en la práctica judicial, aquellas situaciones en las que se ha mantenido por una de las partes una oposición frontal a la modalidad de la custodia compartida, precisamente por evitar la pérdida de la atribución del uso del domicilio conyugal.

Así lo afirma VIÑAS MESTRE, para quien "en numerosas ocasiones en las peticiones de los progenitores sobre la guarda de los menores subyace el interés en obtener un pronunciamiento favorable sobre la medida relativa al uso de la vivienda familiar. El interés económico contamina"[1055]. En la misma línea, GONZÁLEZ DEL POZO, refiere que "en muchos procesos matrimoniales contenciosos, las contrapuestas pretensiones de las partes reclamando cada una para sí la guarda y custodia exclusiva de los menores encubrenen realidad disputas sobre el uso exclusivo de la vivienda familiar"[1056]. Así, añade que "no es infrecuente en la práctica que un cónyuge o progenitor rechace firmemente cualquier fórmula de custodia compartida que le prive de la atribución del uso exclusivo de la vivienda, y que posteriormente, una vez la contraparte se aviene a que se le atribuya la custodia exclusiva y el uso de la vivienda, esté dispuesta a aceptar un régimen de visitas y estancias de los menores con el otro cónyuge que, de facto suponga, un régimen de custodia compartida, aunque no se le dé ese *nomen iuris*"[1057].

La vivienda familiar tiene como función principal, la de satisfacer las necesidades de alojamiento de la familia, y en este sentido el uso de la misma va a corresponder a todos los miembros de ésta. Con la ruptura de la convivencia entre los progenitores, cesa la obligación de vivir juntos impuesta por el art. 68 C.c.[1058] y se hará necesario determinar a cuál de ellos se va a atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar.

[1054] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", en *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p. 1. [Consulta: 23 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.laleydigital.laley.es

[1055] VIÑAS MAESTRE, D., "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura…", cit., p. 43.

[1056] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "El derecho de usode la vivienda familiar…", cit. p. 1.

[1057] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", en *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea], núm. 30, 2013, pp. 10-13. [Consulta: 23 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.jcyl.es/revistajuridica.

[1058] Refiere el precepto que "*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*".

Es evidente que, una vez sobrevenida la ruptura matrimonial o de pareja, "debe garantizársele al menor un espacio físico estable donde desarrollar sus actividades diarias, estudiar, comer, recrearse, dormir, etc."[1059], en definitiva, donde desarrollar su vida.

La reforma operada porlaLey 15/2005, en materia de separación y divorcio, al dar carta de naturaleza a la custodia compartida, no previó, sin embargo, la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar en este específico régimen de custodia, por lo que nos encontramos ante una situación de lagunalegal[1060], frente a la cual se van a adoptar diferentes soluciones jurídicas, como seguidamente expondré.

A la vista de la coyuntura que se plantea ante esta cuestión, analizaré las distintas opciones que se prevén desde la deficiente regulación del C.c., así como las soluciones jurisprudenciales que se han dado y por último, expondré las opciones que se plantean desde el Anteproyecto así como desde la regulación de las leyes autonómicas, que a excepción de la ley foral navarra, sí han previsto la incidencia de la modalidad compartida en la atribución del uso del domicilio familiar.

2. La atribución del domicilio familiar en el Código civil

A) Régimen legal vigente. El automatismo del art. 96.1 C.c. como obstáculo para la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida

Dados los cambios que se han producido en los últimos tiempos en el ámbito del Derecho de familia, no debo dejar de incidir en el estudio del régimen jurídico que prevé el art. 96 C.c. en materia de uso de la vivienda familiar en los supuestos en los que se adopte la modalidad de custodia compartida, y si éste satisface las necesidades de la familia española actual o bien, por el contrario, constituye un régimen jurídico desfasado, con carencias legislativas que dificultan su aplicación por parte del operador jurídico.

[1059]LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida…*, cit., p. 515; MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso...*, cit., p. 40, refiere que la vivienda familiar es el lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla la convivencia de la familia.

[1060] Si bien hay opiniones como la de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ que refiere que "no se pueden dictar normas para cada potencial supuesto de hecho, ni configurar una situación de hecho inamovible, sino orientadoras de un criterio que debe presidir la decisión negocial de loscónyuges o, de no ser posible, por el arbitrio del Juez", en mi opinión se trata de un supuesto que clama una reforma legal necesaria, al tener la suficiente entidad como para que legalmente quede previsto.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "Crisis matrimonial y cambios en la atribuciónde la vivienda familiar", en*Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 738, 2013, p.2206.

Los procedimientos matrimoniales en los que concurren hijos menores, exigen necesariamente el pronunciamiento en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en aras de salvaguardar el derecho de habitación de los menores. Con la incorporación de la custodia compartida al ordenamiento estatal, se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de mantener la aplicación del art. 96.1 C.c. a la hora de dilucidar la controversia del uso de la vivienda familiar.

La medida de atribución del uso de la vivienda familiar en los procesos contenciosos de crisis matrimonial cuando existan hijos comunes, regulada en el párrafo primero del art. 96 C.c. establece que "*en defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*".

Así, de la simple lectura del precepto ya se deduce que en un proceso de crisis familiar que finaliza en separación o divorcio, -en defecto de acuerdo entre los cónyuges y como medida de protección a los hijos habidos en el matrimonio-la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar se hará a éstos y al progenitor custodio, y ello con independencia de la titularidad de la vivienda, que sea ganancial o privativa de uno de los cónyuges, etc.

A estos efectos, LASARTE ÁLVAREZ a la vista del precepto, hace alusión a la disociación entre el derecho de propiedad sobre la vivienda y la atribución del uso de la misma en la resolución judicial de divorcio. Refiere que "el art. 96 permite al Juez disociar la titularidad y el uso de tales bienes, atribuyendo el derecho de uso a los hijos y/o cónyuge que, pese a no ser propietarios de ellos, se encuentren en condiciones que así lo aconsejen"[1061].

La previsión que contiene va referida únicamente a los supuestos en los que se atribuya la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores, por lo que el principal problema con el que nos vamos a encontrar con la actual regulación del C.c., es la falta de previsión del supuesto en el que se atribuya la custodia compartida a ambos progenitores.

Se pone de manifiesto pues, la insuficiencia del régimen legal previsto, pues por una parte no se prevé el supuesto en que se acuerde la custodia compartida, así como tampoco

[1061]LASARTE ÁLVAREZ, C., *De los principiosdel Derecho Civil*. Tomo VI. Derecho de Familia, ed. Marcial Pons, 13ª edición, Madrid, 2014, p.11.

se garantiza el que se pueda conjugar el interés del menor de ostentar una vivienda digna en la que residir y los intereses patrimoniales de los progenitores. La ecuación propugnada por dicho precepto, basada en la asociación del uso de la vivienda familiar a la titularidad de la custodia de los menores, ha traído consigo numerosas situaciones de abuso, caracterizadas por un importante desequilibrio de los intereses económicos de los cónyuges dependiendo de la titularidad de la custodia de los menores[1062], lo que ha motivado la exigencia por los operadores jurídicos en el ámbito del Derecho de familia de su necesaria reforma.

El precepto legal vincula de manera necesaria la atribución de la titularidad del derecho de uso con la asignación de la custodia exclusiva de los hijos menores o con la voluntad de los mayores de vivir en compañía de uno u otro progenitor[1063]. De su redacción se desprende que "habiendo hijos comunes, corresponde el uso de la vivienda al progenitor en cuya compañía quedan, bien porque se le atribuya la custodia exclusiva de los mismos, si fueren menores, bien porque, siendo mayores pero no independientes económicamente, los hijos hayan elegido vivir con él. Se pretende garantizar el interés del menor garantizándole la permanencia en el domicilio familiar, sin atender a la titularidad del bien inmueble en cuestión[1064]. El cónyuge o progenitor con quien los hijos menores o mayores conviven y al que se le atribuye, por tal circunstancia, el uso de la vivienda familiar, "es tan sólo un titular del derecho de uso indirecto o *per relationem*, en la medida

[1062]PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar y coparentalidad…", cit., p. 61.

[1063] No obstante la regla general de identificación del interés más digno de protección con el de los hijos menores, es una presunción *iuris tantum*, que va a admitir prueba en contrario, de modo que si en el caso concreto se demuestra que quién realmente se encuentra desamparado es el cónyuge no custodio, no precisando el custodio de la atribución de la vivienda familiar para atender a su necesidad de vivienda y a la de sus hijos, se le podrá atribuir a aquel en el caso concreto de la vivienda familiar.

GARCÍA GARNICA, M.C., "Protección de los menores en los procesos…", cit., p. 61.

En este sentido, la SAP Madrid de 2 octubre 2001, en la que atendidas las circunstancias se estimó que procedía atribuir el uso de la vivienda al esposo, no a la esposa e hijos; o la SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 4ª) de 19 de septiembre de 2005, en la que se atribuyó el uso de la vivienda al cónyuge no custodio, en atención al hecho de que la vivienda no era utilizada por el cónyuge no custodio, en atención al hecho de que la vivienda no era utilizada por el cónyuge custodio de la hija menor como domicilio, mientras que aquel no disponía de vivienda alguna.

[1064] Así, para ESCUDERO BERNAL, "esta norma, trata de favorecer la protección del interés de los hijos en el ambiente social y económico en el que hanvivido, es decir, continuar viviendo en el mismo domicilio".

ESCUDERO BERZAL, B., "La custodia compartida y la vivienda familiar", en*Comunitania: Revista internacionalde trabajo social y ciencias sociales*,núm.6, 2013, p. 49.

en que sólo lo ostentará mientras tenga atribuida la custodia de los menores o los mayores continúen viviendo en su compañía"[1065].

En el supuesto de que se adopte la modalidad compartida, es evidente que al no quedar los menores bajo la custodia de uno sólo de los progenitores, sino de los dos, no encuentra encaje en el precepto. Para este último supuesto, y como expondré en el siguiente epígrafe, se prevé la aplicación analógica del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro (sería la llamada custodia partida), y permite al Juez resolver "*lo procedente*".

Así, la atribución del domicilio toma como referencia el garantizar el interés del menor[1066]. Si bien, y no obstante lo anterior, es evidente conforme refiere SALAZAR BORT que con arreglo a la previsión legal, la atribución del uso de la vivienda familiar es una medida que se dicta en beneficio de uno de los cónyuges, a quien se le concede la facultad de seguir utilizando la vivienda, y en detrimento del otro, a quien se le priva de dicha posibilidad[1067].

Por lo que se refiere al tan criticado automatismo de la norma en la atribución del domicilio al cónyuge guardador, la norma tienen carácter imperativo y por lo tanto, es vinculante para el Juez, que deberá aplicarla incluso cuando la medida resulte perjudicial para el otro progenitor. El art. 96.1 C.c. establece una presunción *iuris et iure* de que el interés más necesitado reside en los hijos, y en consecuencia, el Juez no puede ampararse en la búsqueda de la justicia material para entrar a ponderar en el caso concreto cuál es el

[1065] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda…", cit., p.13.

[1066] STS 17 junio 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100349).Afirma la Sala, en relación con el interés del menor, que "*es la suma de los distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicas que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros*".

[1067] SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda…"*, cit., p. 311.

interés más necesitado de protección, pues esa decisión ya está tomada por el legislador[1068].

Frente a esta postura se alza otro sector doctrinal, encabezado por ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, para quien el art. 96.1 C.c. contiene una presunción *iuris tantum* en base a la cual, el interés más necesitado de protección es el de los hijos, si bien el Juez debe ponderar los distintos intereses en juego, de modo que si dicha presunción no coincide con la realidad del caso, podrá adjudicar la vivienda al cónyuge que no ostente la guarda y custodia de los hijos[1069]. Al respecto de esta postura, ni que decir tiene que hasta la fecha, han sido muy escasos los pronunciamientos en los que existiendo hijos menores, se ha tomado como referencia el parámetro del cónyuge más necesitado de protección, por lo que se trata de una corriente de escasa incidencia práctica, al menos de momento.

Afortunadamente, la doctrina[1070]denuncia cada vez más la existencia de situaciones injustas a las que puede dar lugar una aplicación automática, literal y estricta del art. 96.1 C.c., abogándose por una flexibilización de criterios. Ello, se arguye, ha de hacerse aplicando la norma del art. 96 C.c., atendiendo al interés más necesitado de protección, en concordancia con el interés familiar prescrito en el art. 103.2 C.c., considerado como un principio general del Derecho que debe informar la aplicación de las normas que afectan a esta materia.

Es evidente que el automatismo legal del art. 96 C.c. que vincula la asignación de la custodia exclusiva de los menores con la atribución del uso de la vivienda, se ha erigido en la práctica forense en un obstáculo legal que dificulta extraordinariamente el logro de soluciones que, respetando el interés de los hijos a habitar una vivienda digna, resulten equitativas para ambos progenitores y no provoquen la asfixia económica del no custodio tras la ruptura. Dicha flexibilización de criterios en la que se atiende cada vez más al interés del otro cónyuge, e incluso a un interés familiar superior que englobaría a ambos, va a ser la línea en la que se van a pronunciar las leyes autonómicas en cuanto a la

[1068] MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales: la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 62.

[1069] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 126.

[1070] PINTO ANDRADE, C., "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", en *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea], núm. 30, 2013, pp. 15-16. [Consulta: 23 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.jcyl.es/revistajuridica

atribución del domicilio familiar, tanto en los supuestos de custodia monoparental como compartida.

Pues bien este automatismo legal, criticado de forma abrumadora por la mayoría de la doctrina civilista al vincular la asignación de la custodia exclusiva con la titularidad del derecho de uso de la vivienda, ha constituido un serio obstáculo para el establecimiento de regímenes de custodia compartida. Al margen y además de provocar en muchas ocasiones la asfixia económica del progenitor no custodio, normalmente el progenitor paterno, que pasa a ocupar una situación de precariedad económica que le impide rehacer su vida en condiciones aceptables para su dignidad personal. En la mayoría de los casos, producida la ruptura, el progenitor paterno quedará obligado a satisfacer la pensión alimenticia de los hijos, a abonar, si es el caso, la pensión compensatoria para el otro cónyuge, y asumir el levantamiento de la carga hipotecaria que en la gran mayoría de los casos grava la vivienda familiar, así como costearse el alquiler de una nueva vivienda en la que deberá alojarse en el futuro.

En palabras de GONZÁLEZ DEL POZO "la aplicación indiscriminada y obligatoria, sin excepción alguna, de este criterio decisorio para la atribución del uso de la vivienda familiar, con la finalidad y fundamento de garantizar en todo caso a los hijos su derecho a disponer de una vivienda en que habitar tras la ruptura de pareja de sus progenitores, ha dado lugar, en una interpretación exacerbada de la necesidad de protección del interés y beneficio de los hijos, a notorias e innumerables injusticias"[1071].

La guarda y custodia compartida no ostenta un encaje legal en el vigente art. 96 C.c., en la medida en la que sigue dando respuesta a un modelo de guarda monoparental. El sistema del C.c. en materia de uso de la vivienda familiar constituye un régimen jurídico

[1071] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "A vueltas con la atribución….", cit., pp. 7-11. Entre los supuestos de injusticia por la aplicación del precepto, destacar los supuestos en que resulta excluido del uso de la vivienda familiar el progenitor al que pertenece en su totalidad el inmueble y se atribuye su uso a los hijos y al otro progenitor, pese a tener éste último a su disposición otra u otras viviendas en las inmediaciones del domicilio conyugal o los casos en que el progenitor custodia dispone de unos recursos económicos muy superiores a los del no custodio y posibilidades de acceder a una vivienda de similares características al domicilio conyugal en las inmediaciones de éste y que, no obstante, permanece en la vivienda familiar cuyo uso se le atribuye con carácter indefinido. Igualmente, qué decir de los casos de convivencia marital sobrevenida del progenitor custodio con tercera persona en la vivienda familiar cuyo uso ha sido judicialmente atribuido al amparo del artículo 96, mientras el progenitor excluido de su uso y propietario exclusivo de la totalidad o parte de la vivienda, se ve obligado a vivir en una vivienda alquilada o, en algunos casos, en una vivienda compartida con terceros desconocidos, o recurrir al auxilio de sus padres o a la solidaridad de amigos para tener un techo en el que cobijarse.

desfasado, con carencias legislativas que dificultan su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Como se verá a lo largo de este Capítulo, la evolución jurisprudencial de los últimos años ha traído consigo una nueva concepción de este derecho de uso de la vivienda, circunstancia que se ha visto agudizada ante un contexto económico convulso. La asociación de la titularidad de la custodia de los menores y el uso de la vivienda familiar, mantenida por el legislador desde el año 1981, ha traído consigo numerosas situaciones de fuerte conflictividad social, así como un importante desequilibrio de los derechos patrimoniales de los cónyuges[1072]. En este sentido, analizaré las soluciones que los legisladores autonómicos, así como la jurisprudencia de los últimos años han consagrado a efectos de mermar el empoderamiento económico del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda familiar, en detrimento de los intereses económicos y/o facultades dominicales del otro cónyuge[1073].

Dada la ausencia de criterios legales de atribución de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, la discrecionalidad judicial opera en toda su magnitud a la hora de articular el modelo convivencial de los menores en este régimen. La praxis judicial de los últimos años, unida al estudio de las circunstancias de cada supuesto concreto, constituyen las herramientas del juzgador a la hora de integrar el superior interés del menor como criterio rector principal de toda decisión relativa a la vivienda familiar. En este sentido, se atenderá a las normativas autonómicas reguladoras de la custodia compartida a la hora de analizar las diferencias concurrentes respecto al modelo legislativo estatal y las posibles soluciones a adoptar.

De forma mayoritaria, la doctrina civilista especializada en el Derecho de familia ha venido señalando la necesidad imperiosa de reformar el art. 96 C.c., para adaptarlo a las actuales necesidades y circunstancias socioeconómicas de la familia española, si bien hasta la fecha no se ha conseguido la ansiada y necesaria reforma legal pretendida para

[1072] RODRÍGUEZ CHACÓN, R., "El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios", en*La conflictividad en los procesos familiares. Vías jurídicas para su reducción,* ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 118 y ss.

[1073]BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., "*Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial*", en *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 2, 2001, p. 7. [Consulta: 5 de abril de 2013]. Disponible en: http://www.aranzadidigital.es

acabar con la rigidez del precepto[1074], si bien se han conseguido avances importantes a nivel jurisprudencial. En este sentido, y desde el año 2003 hasta la fecha, en todos los Encuentros de Jueces y Abogados de Familia, se han aprobado conclusiones instando al legislador a modificar el art. 96 C.c.[1075], si bien ninguna reforma se ha producido hasta la fecha.

B) La aplicación analógica del art. 96.2 C.c. en los supuestos de guarda y custodia compartida

Mucho se ha debatido sobre cómo proceder en los supuestos en los que se acuerde la guarda y custodia compartida, y ello a la vista de la laguna legal existente. Existe unanimidad en la doctrina en cuanto a considerar que el párrafo 1º del art. 96 C.c.no es aplicable en los supuestos de guarda compartida, al no encontrarse los hijos, por definición, en la compañía de uno sólo de los progenitores.

[1074]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia compartida…", cit.

Refiere que la regulación se ha considerado siempre como demasiado rígida y, aunque responde al principio de protección del interés de los menores para garantizar su derecho a la habitación, viene produciendo en la práctica situaciones muy injustas y antieconómicas que a menudo ahogan la economía familiar y desembocan en la pérdida de la vivienda por imposibilidad de pago de la hipoteca.

[1075] En el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de familia, celebrado en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre 2009. Completando y perfeccionando ideas de los tres Encuentros anteriores, se aprobó la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:

"*5ª.a) Se propone la reforma del artículo 96 del Código civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 del Código de Familia de Cataluña.*

La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del art. 96 C.c., se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.

- En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido".

En puridad, y conforme indica CERVILLA GARZÓN, nos encontramos "ante la imposibilidad real de aplicar el texto delart. 96.1 C.c., por basarse en un supuesto de hecho incompatible con la realidad de la custodia compartida"[1076], pues ésta supone el ejercicio alterno de la misma por ambos progenitores, por lo que los hijos estarían en compañía de los dos.

Por ello, dada la ausencia de norma legal que regule de forma expresa la atribución del uso de la vivienda en los casos de guarda y custodia compartida, refiere GONZÁLEZ DEL POZO que "es preciso acudir a la previsiones contenidas en el párrafo 2.º del art. 96 C.c. para hacer aplicación analógica al caso de lo dispuesto en dicho precepto para los supuestos de la conocida como guarda y custodia partida o repartida, que es la creada cuando, habiendo dos o más hijos comunes, uno o varios quedan bajo custodia de un progenitor y los restantes bajo la del otro. Para tal hipótesis el art. 96, párrafo. 2º C.c. establece que: *"el Juez resolverá lo procedente"* sobre el uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar existente en la misma".

Así, se considera que existe identidad de razón suficiente entre los regímenes de custodia compartida y custodia repartida, lo que justifica la aplicación analógica del art. 96 párrafo 2º C.c. En mi opinión, no considero que haya similitudes entre ambos regímenes[1077], sino que más bien se tendría que hablar de la similitud en cuanto a las consecuencias que se van a derivar de ambos, sobre todo en el aspecto de la atribución del domicilio familiar.

Ya en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se aprobó entre sus conclusiones, una, la núm. 4.2, referida a la incidencia de la guarda y custodia en el uso de la vivienda familiar, del siguiente tenor:

[1076]CERVILLA GARZÓN, M.D., "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", en*Revista de Derecho de familia* [en línea], núm. 44, 2009, p.52. [Consulta: 20 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[1077] A este respecto, la diferencia es evidente pues mientras en la custodia compartida se reparten los tiempos en que cada progenitor convive habitualmente con los hijos comunes, en la guarda partida se reparten o distribuyen los hijos menores comunes, separando a los hermanos, de manera que cada progenitor ejercerá la custodia sobre los hijos que queden con él, y lo hará de forma exclusiva sin compartirla con el otro progenitor, que a su vez, la ejercerá sobre los hijos comunes cuya custodia ejerza.

"4.2. Que se procure evitar el automatismo en la aplicación del art. 96 C.c., y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el art. 96.2ºcuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro".

Ahora bien, propugnar la aplicación analógica del art. 96.2º para decidir sobre el uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, no resuelve en absoluto la cuestión y ello por cuanto el precepto se limita a señalar que en tales casos el Juez "*resolverá lo procedente*", dando paso con dicha expresión a todo tipo de conjeturas. Se trata de un precepto en blanco, indeterminado, que deja abierta cualquier posibilidad y obliga a definir y fijar los criterios objetivos a que habrá de atenerse el Juez a la hora de resolver "*lo procedente*".

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores, que en mi opinión son los que deben tomarse como referencia para resolver la cuestión: en primer lugar, al interés más necesitado de protección. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 C.c. Así lo recogen, entre otras, la STS de 22 octubre 2014[1078], así como la STS de 24 octubre 2014[1079].

Frente a estos circunstancias que considero debieran ser tomadas en consideración, parece que el C.c. atiende a "*cuál sea el interés más necesitado de protección*", sin contar

[1078] Id Cendoj: 28079110012014100512. La Sala, acuerda limitar el uso de la vivienda familiar en seis meses y ello al no constar acreditado que la madre precise de protección especial. A este respecto, refiere que *"…adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses…"*.

[1079] Id Cendoj: 28079110012014100540

con quién es el titular del inmueble o del derecho que faculta para usar dicho inmueble. Por lo tanto, la finalidad de la atribución no es compensar posibles desequilibrios económicos provocados por la ruptura, sino atender a las necesidades de vivienda de los hijos o del cónyuge más necesitado de protección.

En mi opinión, y siempre que fuera posible, y sin perjuicio de que debe prevalecer el interés de los menores, debieran valorarse de forma equilibrada ambas circunstancias para evitar situaciones de desigualdad igualmente reprobables.

C) La limitación temporal en el derecho de uso en los supuestos de custodia compartida. Doctrina jurisprudencial vigente

Por lo que se refiere al tiempo de duración del derecho de uso, constituye doctrina consolidada del TS la imposibilidad de limitar el derecho de uso de la vivienda cuando existen hijos menores de edad, en los supuestos en los que se acuerde la guarda y custodia monoparental. Así ha sido puesto de manifiesto, entre otras, en las sentencias TS de 1 de abril 2011[1080], de 14 de abril 2011[1081], 21 de junio 2011[1082] y de 30 septiembre 2011[1083]; en la de 17 octubre 2013[1084]; en las de 16 de junio 2014[1085], 2 de junio 2014[1086], 3 de abril 2014[1087], 29 de mayo de 2014[1088] y 28 de noviembre de 2014[1089]entre otras, donde el

[1080]Id Cendoj: 28079110012011100217

[1081] Id Cendoj: 28079110012011100277

[1082] Id Cendoj: 28079110012011100369. La Sala fundamenta la imposibilidad de establecer limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo en que "no corresponde a los Jueces interpretar de forma distinta el art. 96 C.c., porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor" y se razona que "*esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor*".

[1083]Id Cendoj: 28079110012011100627

[1084]Id Cendoj: 28079110012013100561

[1085]Id Cendoj: 28079110012014100260

[1086]Id Cendoj: 28079110012014100241

[1087]Id Cendoj: 28079110012014100160

[1088]Id Cendoj: 28079110012014100379

[1089] Id Cendoj: 28079110012014100625. Refiere la Sala, en alusión al art. 96 C.c. que, "*esta norma no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de*

Tribunal sienta doctrina jurisprudencial en interés casacional. El TS entiende que la atribución del uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor custodio, constituye una manifestación del principio del interés del menor, de suerte que el art. 96 C.c. constituye una norma taxativa que no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo[1090].Por su parte, en el caso de hijos mayores de edad, la doctrina aplicable es la que establece la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS, de 5 septiembre 2011[1091].

DE VERDA Y BEAMONTE califica de "impecable" la doctrina jurisprudencial actual en cuanto a no limitar la atribución del uso de la vivienda a los hijos menores de edad, al considerar que se trata de "una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez". Añade que "una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE)…"[1092]. En mi opinión, no resulta tan impecable y ello por cuanto si bien debe garantizarse el interés del menor por encima de cualquier otro en juego, la aplicación de la referida doctrina impide en ocasiones el examen de las circunstancias del caso concreto, sacrificando en ocasiones otras opciones, como pudiera ser establecer una limitación temporal en la atribución del uso, que garantizan igualmente el interés del menor, sin sacrificar, de manera tan desmesurada, el interés del padre no custodio.

los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor".

[1090] STS de 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100561).

[1091]Id Cendoj: 28079119912011100013. La sentencia, dictada en interés casacional, dice que una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, la subsistencia de su necesidad de habitación no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquélla, de modo que la decisión del hijo mayor de edad sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En esos casos, tratándose de hijos mayores de edad, la atribución de la vivienda familiar ha de hacerse no conforme al párrafo primero del art. 96 C.c. sino conforme al párrafo tercero del mencionado artículo, según el cual: "*No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*". La referida sentencia fija como doctrina jurisprudencial que *"la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 del C.Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*".

[1092] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", Ponencia presentada en el marco de las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia en colaboración con el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), celebradas en Valencia, el 14 de octubre de 2015.

No obstante, esta no es la doctrina en los supuestos en los que se acuerde la guarda y custodia compartida. En fechas recientes, el TS ha establecido una tímida línea jurisprudencial que trata de atemperar el rigorismo excesivo con que hasta la fecha, se habían venido resolviendo estos supuestos. Si bien es cierto que son todavía escasos los pronunciamientos en torno a la modalidad de custodia compartida, y a las consecuencias derivadas de la misma, el aumento paulatino del porcentaje de casos en que se otorga[1093], ha hecho que ya se hayan dictado varias sentencias por el TS que parecen tender a una limitación temporal en el uso de la misma para quien lo tiene atribuido.

En este sentido, la STS de 24 octubre2014[1094], utiliza como criterio para la atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida lalimitación temporal. Para ello, el tribunal acude a la aplicación analógica del art. 96.2 C.c., lo cual obliga a una labor de ponderación de la concurrencia de las circunstancias específicas del caso, que debe atender a dos factores fundamentales: el interés más necesitado de protección y el régimen de titularidad de la viviendafamiliar, distinguiendo si es privativa, ganancial o pertenece a un tercero. A este respecto, se entiende que "*si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda*". Por tanto, fija un límite temporal de dos años en el uso de la vivienda familiar por la madre, periodo razonable para que la esposa pueda regularizar su situación económica mediante el acceso a un empleo, que le permita acceder a una vivienda digna donde convivir con su hijo en los periodos que le corresponda estar con él.

Por su parte, la STS de 22 octubre 2014[1095], opta por la no adscripción expresa del uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, por cuanto no consta un interés más necesitado de protección, quedando sometido el inmueble –ganancial- al correspondiente proceso de liquidación. En este sentido, entiende el tribunal que, de conformidad con el art. 96 C.c., toda vez que el hijo queda en compañía de ambos cónyuges como consecuencia del establecimiento del régimen de custodia compartida, y no constando que

[1093]Según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística, de Nulidades, Separaciones y Divorcios, correspondientes al año 2013, se observa un aumento paulatino y creciente del porcentaje de casos en que se otorga la custodia compartida, ascendiendo a un 17,9 %.

[1094] Id Cendoj: 28079110012014100540

[1095] Id Cendoj: 28079110012014100512

la madre precise de una protección especial, procede la *desafección de la vivienda familiar, que deberá ser liquidada*, concediendo a la madre un plazo prudencial de seis meses para el desalojo de la misma.

Para PINTO ANDRADE[1096], el carácter temporal de la atribución es predicable tanto de los supuestos contemplados en los dos primeros párrafos del art. 96 C.c., pues su duración depende del momento en que los hijos menores alcancen la mayoría de edad y tal atribución viene determinada, única y exclusivamente, por razón de esa minoría de edad, como de los casos a que se refiere el párrafo tercero, respecto de los que se impone al juzgador el deber de fijar prudencialmente un límite temporal. Sin embargo, tal temporalidad discurre de diferente manera en cada caso, pues la atribución se efectúa en consideración a diferentes motivos y circunstancias con los que debe ponerse en relación a la hora de determinar la temporalización.

Finalmente, y a pesar de la escasa jurisprudencia existente sobre estacuestión, hemos de tener en cuenta que la recién iniciada línea jurisprudencial, que aboga como solución para la atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida la*limitación temporal,*cuando se trata de vivienda privativade uno de los progenitores. Sin embargo, para el supuesto de vivienda ganancial, parece ser que la solución más justa debiera ser la desafectación de la vivienda familiar a fin de proceder a su enajenación, y ello conforme se prevé en ordenamientos como el aragonés, como expondré en los siguientes epígrafes.

3. Breve aproximación a la regulación que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar en los supuestos de nulidad, separación y divorcio

A) Consideraciones generales y factores a tomar en consideración para la atribución del domicilio familiar

La regulación relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar es protagonista de una reforma sustancial en el Anteproyecto. La redacción propuesta es mucho más clara y menos confusa que la contenida en el C.c. La asignación de la vivienda continúa estando presidida, como no podía ser de otra manera, por el interés superior del menor, y ello en la

[1096] PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 77.

medida en la que, en todo caso, el Juez ha de garantizar su derecho a una residencia digna. La redacción propuesta por el Anteproyecto delart. 96 C.c.[1097] parte del acuerdo de los progenitores, necesariamente condicionado a su aprobación judicial, sobre el lugar de residencia de los menores. En caso de que no se pudiese atribuir un destino definitivo a la

[1097] *«1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.*

2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios. En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad. »

vivienda familiar, el legislador prevé una serie de reglas que deberán tomarse en consideración para resolver.

El precepto parte del supuesto de que exista acuerdo de los progenitores sobre el lugar de residencia de los hijos y que, por tanto, el Juez podrá aprobarlo si así conviene al interés superior del menor. A estos efectos, llama poderosamente la atención el hecho de que, a pesar de partirse de un supuesto de mutuo acuerdo entre los progenitores, el Juez pueda aprobarlo o no en función de si se garantiza el interés de los menores. En palabras de PÉREZ CONESA, quizá se quiera con ello reflejar lo que parece ser la finalidad de la norma, que según se expresa en la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto elaborada por el Ministerio de Justicia, no es otra que "*…dejar perfectamente claro que es el Juez quien decide sobre la residencia de los menores, incluso cuando haya acuerdo de los padres, garantizando su derecho a una vivienda digna*"[1098].

A pesar de la redacción del precepto, considero que siempre que haya acuerdo entre los progenitores sobre este aspecto, y el acuerdo adoptado garantice el interés de los menores, deberá ser adoptado judicialmente.

A falta de acuerdo entre los progenitores, el segundo y tercero de los apartados del nuevo art. 96 regulan la atribución de la vivienda y enseres, distinguiendo ya, frente a la regulación en vigor, según el régimen de custodia sea individual o compartida. A estos efectos, en los supuestos en que se acuerde la modalidad compartida, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos progenitores; es lo que se ha denominado el sistema de la "casa nido" al que tantas reticencias se le ha puesto en su aplicación práctica y que la propia jurisprudencia menor ha calificado como "*poco conveniente y ello por cuanto se considera que el mismo lleva en la práctica totalidad de los casos, a disputas de toda clase entre los progenitores*"[1099].

En estos supuestos, y siempre que el uso no fuera atribuido por periodos alternos a ambos progenitores, así como en los casos en los que no existiesen hijos o éstos fueran mayores de edad, el Juez habrá de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tuviera

[1098] PÉREZ CONESA, C., "Análisis crítico de las reformas del Código Civil….", cit., p. 70.

[1099] SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439); SAP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100506).

objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre que dicha medida fuese compatible con los intereses de los hijos. Dicha medida es extensible al progenitor que no ostenta la custodia de los hijos, siempre que resulte acreditado que su interés es el más necesitado de protección y que el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de los hijos (art. 96.2 C.c.).El precepto legal parece seguir la línea que recoge el art. 6 de la ley valenciana, si bien invierte los términos, pues ésta establece que en los supuestos de guarda compartida y a falta de acuerdo entre los progenitores, "*la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda*".

Por su parte, y en los supuestos en los que el régimen de guarda y custodia sea el individual, el uso de la vivienda se atribuirá al mismo, siguiendo de este modo, el criterio imperante hasta la fecha en el actual art. 96.1 C.c. No obstante, y de forma excepcional, prevé el precepto que aun cuando la guarda y custodia fuere individual, el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda al cónyuge que no la tiene si es el más necesitado y el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos. De esta forma, la nueva regulación se desmarca de la existente hasta la fecha, y aunque sea excepcionalmente, no queda vinculada la atribución del uso de la vivienda familiar a la custodia otorgada a uno de los padres.

Siguiendo la línea que luego expondré en las leyes autonómicas, otra de las novedades que introduce la redacción del Anteproyecto para el art. 96 es la temporalidad en cuanto a la atribución del domicilio conyugal, variando el tiempo de uso de la misma según los casos.

Se mantiene el uso de la vivienda hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda, en caso de que la atribución se haya realizado por razón de la custodia. En los demás supuestos, se mantendrá por un periodo de dos años prorrogables durante otro, en caso de mantenerse las dificultades de acceso a otra vivienda (art. 96.3 C.c.). Se establece expresamente la inscripción registral de este derecho o, si se ha atribuido como medida provisional, la posibilidad de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 96.8 C.c.).

De la misma manera que se refería para el supuesto anterior, parece ser que la nueva regulación que prevé el Anteproyecto, entra en clara contradicción con la doctrina jurisprudencial imperante hasta el momento. En este sentido, y como refiere la STS de 2 junio 2014[1100] ante un supuesto de interpretación del alcance del art. 96 C.c. refiere que, "*esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda familiar, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los niños menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 C.E.) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor*".

No obstante, esta postura parece haberse superado con la STS de 24 octubre 2014[1101], a que antes nos hemos referido, en el sentido de establecer un plazo de limitación en cuanto a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida.

Asimismo, la atribución del derecho de uso deja de tener un carácter esencialmente gratuito. Pese a no preverse una compensación económica expresa en los supuestos de vivienda ganancial o privativa del cónyuge no beneficiario, como ocurre en la normativa valenciana y vasca, sí se establecen medidas tendentes a equilibrar la situación económica de los cónyuges resultante de la ruptura. La atribución a uno sólo de los progenitores del uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta ya no sólo para fijar la cuantía de la pensión compensatoria (art. 97 C.c.) sino también la pensión de alimentos que eventualmente haya de abonar el otro cónyuge (art. 96.4 C.c.). Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad, suministros y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título.

[1100]Id Cendoj: 28079110012014100241
[1101]Id Cendoj: 28079110012014100540

Resultan un acierto los dos puntos principales sobre los que se apoya este proyecto legislativo. De un lado, la voluntad de estimular el pacto entre los progenitores, de facilitarles la posibilidad de organizar su vida tras la ruptura sentimental, ampliando en este sentido la discrecionalidad del operador jurídico. De otro, la disociación de la custodia y el uso de la vivienda, atendiendo a los criterios más necesitados de protección y estipulando medidas económicas tendentes a equilibrar la situación patrimonial de ambos cónyuges.

4. La atribución del domicilio familiar en las legislaciones autonómicas

A)El interés familiar más necesitado de protección como principio rector en la atribución del uso de la vivienda familiar

Resulta incuestionable que para decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ha de atenderse de manera prioritaria al interés familiar más necesitado de protección, representado en los conflictos de familia por el superior interés y beneficio del menor. No obstante lo anterior, y en la medida en que están íntimamente relacionados, no hay que olvidar que en esta decisión, también habrá que tomarse en consideración el interés de los progenitores, sobre todo el de aquel que esté más necesitado de protección.

La satisfacción de ese superior interés del menor exige, en primer lugar, garantizar al mismo su derecho de habitación o posibilidad real de alojarse en una vivienda digna que les sirva de sede física en que vivir, crecer y desarrollarse en todos los órdenes: personal, familiar, educativo, relacional, afectivo, etc. Pero también exigirá y de alguna manera será necesario para que ese interés del menor quede garantizado, que se garantice igualmente el derecho de los progenitores, especialmente de aquel que tenga mayores dificultades, pues en la medida en que estos queden garantizados, ello repercutirá de forma positiva en el interés del menor.

De un tiempo a esta parte, y dada la irrupción con fuerza de la guarda y custodia compartida, ha ido perdiendo fuerza la idea de que el derecho de habitación del menor, únicamente quedaba garantizado con la atribución del uso del domicilio familiar al mismo así como al progenitor con el que conviviera.

Como refiere GONZÁLEZ DEL POZO, es evidente que “en los supuestos de guarda compartida, el superior interés y beneficio del menor no puede erigirse en el único criterio

a tener en cuenta para la atribución judicial del derecho de uso en cuanto, por definición, al encontrarse los hijos bajo la custodia conjunta de ambos progenitores, estos últimos son, en principio, de igual condición y ostentan igual derecho para dicha atribución, de modo que, para dilucidar cuál de los cónyuges tiene, en su caso, un derecho preferente a la atribución exclusiva del uso de la vivienda, habrá de atenderse también a las circunstancias y necesidades de los cónyuges para precisar cuál representa el interés familiar más necesitado de protección"[1102].

De este modo, en los supuestos de custodia compartida, el criterio del interés o beneficio del menor deberá ser utilizado de modo relativo, ya que la guarda sobre ellos queda distribuida entre los progenitores y habrá de atenderse igualmente al interés del progenitor más necesitado de protección, y ello por cuanto en la medida en que éste quede garantizado, lo estará también el interés del menor.

Este es el criterio mayoritario que se toma como referencia en las leyes autonómicas de Aragón, Cataluña y Valencia a la hora de regular la atribución del uso del domicilio familiar, no sólo en los supuestos de guarda exclusiva, sino también en los supuestos en los que la guarda sea compartida. Las tres legislaciones autonómicas que regulan en su articulado el aspecto referido a la atribución del domicilio familiar[1103], toman como referencia en mayor o menor medida ese interés familiar en su conjunto. Por el contrario, la ley vasca[1104] no alude en ningún momento a ese interés familiar sino que remite a tres condicionantes que serán los que el Juez, a falta de acuerdo de los progenitores, tome como referencia para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro progenitor: el interés superior de los hijos e hijas, los criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda.

La ley aragonesa, que es la que en mayor medida se acoge al referido interés, establece que la atribución de la vivienda deja de estar ligada al interés de los hijos para estarlo a un interés más amplio y, porque no decirlo, más difuso, que es el interés de la

[1102] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "El derecho de uso de la vivienda familiar…", cit., p. 3.

[1103] A diferencia del resto de leyes autonómicas que sí lo contemplan, la regulación navarra no recoge en ninguno de sus preceptos, la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, a diferencia de la Proposición de ley que sí lo hacía en su artículo 7.

[1104] Art. 12.1 "*En defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda*".

familia o de las relaciones familiares, como expresamente lo recoge la ley. Para TAMAYO CARMONA, "el del interés para las relaciones familiares, concepto éste que si bien no escapa al principio de *favor filii*, sí al menos lo matiza al dar entrada a elementos en principio ajenos a los derivados de la filiación, como lo son el régimen de relación con los abuelos, los hermanos, u otros parientes y personas allegadas"[1105].

Por su parte, el Código catalán fija la regla general del *favor filii*, y la norma valenciana toma como referencia el interés de los hijos y en cuanto fuere compatible con ello, el del progenitor que objetivamente tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda. La ley vasca introduce junto a los anteriores, la titularidad de la vivienda, factor este, que si bien no se prevé de forma expresa en el resto de leyes, también se toma igualmente en consideración por el Juez a la hora de establecer la atribución el uso de la vivienda.

En este sentido, vemos como ya no va a ser únicamente el interés del menor el que se tome como referencia, sino que al incluir el interés del progenitor con mayores dificultades de acceso a otra vivienda, se está teniendo en cuenta ese interés familiar en su conjunto que englobaría a ambos. De este modo, el interés de los hijos quedaría subsumido dentro del interés familiar más necesitado de protección, que contempla las necesidades y circunstancias de los hijos pero también las de los progenitores, de modo que sea perfectamente posible, salvaguardando aquel derecho de los hijos a poseer una vivienda digna en que vivir, prescindir de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos por tiempo indefinido, ponderando la totalidad de factores y circunstancias concurrentes en el grupo familiar.

B)La regla general de atribución del domicilio en los supuestos de crisis familiar

La regulación existente al respecto de la atribución del domicilio familiar, varía en cada una de las leyes autonómicas, si bien conviene poner de manifiesto que todas ellas marcan distancia con la deficiente regulación del art. 96 C.c., configurando un sistema de atribución más justo no sólo con los intereses del menor sino también con los de los

[1105] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?", en *Revista Derecho Civil Valenciano* [en línea], núm. 10, 2011, p 6. [Consulta: 31 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.derechocivilvalenciano.com

progenitores. Común a todas ellas es la ruptura de la ecuación según la cual la atribución de la custodia debe llevar aparejada la atribución del uso de la vivienda familiar.

De entre los criterios legales de atribución del domicilio familiar, únicamente la norma aragonesa, junto con la reciente ley vasca, distinguen entre aquellos supuestos de custodia compartida de los hijos y los de custodia individual, estableciendo criterios diferenciados para cada supuesto en contraposición con el resto de normas autonómicas que no hacen distinción alguna, siendo por ello la ley aragonesa pionera en este aspecto.

A estos efectos, el art. 81 del Código aragonés[1106], regula bajo la rúbrica "*Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar*" y en cinco apartados, las reglas que deben regir la atribución del uso de la vivienda familiar, distinguiéndose, como he referido, los supuestos de custodia compartida de los hijos y los de custodia individual.

En consonancia con el espíritu de la ley y con la preferencia legal que la misma recoge a favor de esta modalidad de custodia, empieza el precepto por regular el supuesto cuando se otorgue la custodia compartida, donde fija como primer criterio a tomar en consideración una forma concreta de interés familiar más necesitado de protección, la del "*progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda*", esto es la mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda, siendo dicho criterio determinante para que la jurisprudencia acuerde un criterio u otro[1107]. En su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la misma "*en función del mejor interés para*

[1106] Art. 81. Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar. "*1.- En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. 2.- Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. 3.- La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. 4.- Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. 5.- El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables*".

[1107] En este sentido, STSJ Aragón de 11 julio 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100027); SAP Zaragoza de 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100124). De esta interpretación discrepa BALDA MEDARDE, M.J., "La vivienda familiar…", cit., p. 224, refiriendo que los menores ingresos de uno de los progenitores también pueden posibilitarle el acceso a una vivienda de protección pública, acceso que podrá ser vedado al otro por tener mayores ingresos.

las relaciones familiares", criterio éste que, como refiere LÓPEZ AZCONA[1108]constituye un concepto jurídico indeterminado, con el consiguiente riesgo que ello implica. Con todo, en la práctica se trata de un criterio subsidiario de atribución muy genérico, que confiere al Juez amplias facultades para resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, atendiendo a la situación existente en el momento de la ruptura[1109]. En los supuestos en los que se acredite que uno de los progenitores tiene mayores dificultades, se entiende que económicas para acceder a otra vivienda, se otorgará a este el uso del domicilio familiar aunque siempre de manera limitada en el tiempo[1110].

En el supuesto en que se atribuya la custodia individual a favor de uno de los progenitores, el art. 81.2 del texto aragonés refiere que "*se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor*". De ello resulta que en los supuestos de custodia individual, el criterio preferente será el de atribución del uso al progenitor custodio, que viene a coincidir con lo previsto en el art. 96.1 C.c., si bien no lo hace con el carácter absoluto del art. 96, al introducirse el novedoso criterio fundado en el mejor interés para las relaciones familiares que, como he referido, va a conceder un amplio arbitrio judicial. En esta misma línea se van a pronunciar, como seguidamente expondré, la regulación catalana y la valenciana.

Cuando ninguno de los progenitores tenga una ventaja sustancial a la hora de acceder a una nueva vivienda, el Juez decidirá el destino de la vivienda familiar en función del mejor interés para las relaciones familiares. Adviértase que la ley dice "*mejor interés para*

[1108] LÓPEZ AZCONA, A., "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos", en BAYOD, M.C., y SERRANO, J.A. (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución "Fernando el Católico (C.S.I.C.) Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, p. 92.

Comparte esta opinión BALDA MEDARDE, M.J., "La vivienda familiar…", cit., p. 225, según la cual hubiera sido preferible la remisión a criterios como el núcleo familiar más necesitado de protección o el interés del menor.

[1109] Así lo afirma MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., "La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código de Derecho foral de Aragón", *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2013, p. 334.

[1110] SAP Zaragoza de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235). La Sala considera siendo la madre la parte más necesitada de protección, pues así lo ha puesto de relieve la prueba practicada, "*parece solución más adecuada la atribución de ese uso a la Sra. Amanda, con el límite temporal previsto por el art. 81.3 CDFA y en combinación con la venta prevista en el art. 81.4, que se juzga necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. Todo lo cual lleva a tener como razonable y adecuada la atribución del uso de la vivienda familiar hasta que se proceda a su venta o a la liquidación del consorcio, en todo caso hasta el 15 de septiembre de 2015 como fecha máxima, momento en el que la vivienda deberá quedar libre*".

las relaciones familiares" en lugar de "*mejor interés para los hijos*", de modo que el bienestar de estos no será el único factor a tener en cuenta, aunque quizás sí el más importante.

Se desprende de la norma aragonesa que en lo referente a la asignación de la vivienda familiar, el interés de los menores no parece contar con una superioridad tan manifiesta como había venía siéndolo, situándose más cercano a un plano de igualdad con los derechos e intereses económicos de los progenitores, si bien todo ello sin perjuicio de los pronunciamientos jurisprudenciales que siguen priorizando el interés del menor. De la lectura del precepto, se desprende que la atribución ha dejado de estar ligada al interés de los hijos para pasar a estarlo a un interés más amplio y difuso, el de la familia globalmente considerada. El principio del *favor filii* ha quedado matizado para sustituirlo por un interés más amplio, cual es el principio del interés de la familia y "*el mejor interés para las relaciones familiares*", englobando este concepto al anterior, si bien da entrada a la consideración de otros parámetros que no sean estrictamente exclusivos de las relaciones paterno-filiales. Para TAMAYO CARMONA, se establece "como criterio determinante en la atribución del derecho de uso – tanto en supuestos de custodia compartida como individual –, el del interés para las relaciones familiares, concepto este que si bien no escapa al principio de *favor filii*, sí al menos lo matiza al dar entrada a elementos en principio ajenos a los derivados de la filiación, como lo son el régimen de relación con los abuelos, los hermanos, u 'otros parientes y personas allegadas'. Y más relevante: de nuevo la vivienda familiar no se considerará el elemento naturalmente ligado a los hijos al permitir adjudicar su derecho de uso al padre que no se le haya concedido la guarda y custodia"[1111].

A mi modo de ver, y si bien en la práctica esto no parece ser así, quizá la norma antepone en exceso los intereses económicos de los progenitores al interés superior de los hijos menores de edad, no quedando equilibrados los intereses de ambos.

No obstante, de la lectura de la jurisprudencia aragonesa, coincidente además con la doctrina jurisprudencial del TS[1112], así como de la doctrina más acreditada[1113], se

[1111] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso…", cit., p. 6.

[1112] Entre otras, las sentencias TS de 10 octubre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100652), 31 mayo 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100339) y de 15 marzo 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100110).

desprende que será el interés del menor el fundamento para la atribución del domicilio familiar. Sirva de ejemplo la STSJ Aragón de 15 diciembre 2011[1114] que atiende al interés prevalente del menor a la hora de atribuir la vivienda familiar a la madre en un supuesto de custodia compartida. Por su parte, en los supuestos de custodia monoparental, el criterio jurisprudencial mayoritario será la atribución del domicilio al cónyuge custodio[1115], si bien ello no impide para que en ocasiones, también se haya atribuido al no custodio[1116].

Para CASTILLA BAREA[1117]destaca que la amplitud de la previsión legal permite que el Juez pueda acordar la atribución del uso alternativo del domicilio a uno u otro progenitor, si bien refiere también que el legislador aragonés ha preferido no respaldarlo explícitamente, consciente de la gran cantidad de problemas e inconvenientes que esta fórmula plantea en su desenvolvimiento práctico.

De igual modo, la norma vasca dedica su art. 12 a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar doméstico, estableciendo hasta un total de 12 apartados en donde se establece una amplia regulación en función de la modalidad de custodia que se acuerde, así como estableciendo causas que van a dar lugar a la extinción del derecho de uso[1118], siendo de este modo la única ley autonómica que prevé esté tipo de supuesto. Así, se parte de que se otorgará el uso de la vivienda familiar al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos "*si es lo más conveniente para el interés de éstos*". Seguidamente

[1113] En todo caso, sostiene BALDA MEDARDE, M.J., "La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 222-224, que en los supuestos de custodia compartida, el criterio preferente de la mayor dificultad del progenitor para acceder a una vivienda, deberá supeditarse al del interés superior del menor que preside esta materia.

[1114]TOL 2.369.218

[1115] Entre otras, SAP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100097).

[1116] SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100079), SAP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100096).

[1117] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos…", cit., pp. 105-152.

[1118]Art. 12.11 "*Son causas de extinción del derecho de uso:*

1. *El fallecimiento del beneficiario del uso.*
2. *Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes.*
3. *La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.*
4. *El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.*
5. *Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos.*
6. *Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada*".

establece que no obstante lo anterior, se podrá atribuir el uso al miembro de la pareja que, aunque no tenga atribuida la custodia, tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y ello siempre que el otro progenitor, que será el custodio, tenga medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos menores y dicha decisión fuera compatible con el interés de los mismos. De esta manera, vemos pues que se da mayor libertad al Juez porque elimina la concesión automática del uso a quien detente la custodia de los menores.

Para el supuesto en que la guarda y custodia sea compartida, el art. 12.4 del texto vasco establece que, salvo que el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda, siempre que ello fuera compatible con el interés de los menores. Vemos pues que en este supuesto, el texto vasco hace una mención especial a la denominada modalidad de la "casa nido", tan criticada por gran parte de la jurisprudencia, sobre todo la valenciana, y ello por considerarla como una fuente segura de conflictos.

Por su parte, la regulación que se contiene en el Libro Segundo del Código catalán en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, se encuentra en los arts. 233-20 a 233-25 del Código catalán, al tratar los efectos derivados de la separación, divorcio o nulidad y en el art. 234-8 por lo que respecta a los efectos de la ruptura de la convivencia en los supuestos de pareja estable. El legislador catalán se aparta del régimen jurídico estatal en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo nuevos criterios en aras de satisfacer el interés de los menores, así como el de sus progenitores, especialmente en situaciones de complejidad económica. La opción del legislador catalán, contrariamente a la aragonesa, permite equilibrar los intereses de ambos, si bien salvaguardando el bienestar de los hijos.

El precepto fija la regla general del *favor filii*, sea lo convenido por las partes y aprobado judicialmente mediante convenio regulador homologado[1119], o en el plan de parentalidad en los casos de custodia compartida[1120].A falta de acuerdo o si éste no es aprobado, la regla general, a tenor de lo previsto en el art. 233-20.2 y 4 del Código catalán,

[1119] El interés de los hijos constituye el límite para su aprobación según lo establecido por el artículo 233-1.1.

[1120] Conforme establece el art. 233-8 y 9, teniendo como límite igualmente el interés de los menores a tenor de lo dispuesto por el art. 233-8.3.

refiere que se adjudicará al cónyuge a quien corresponda la guarda de los hijos comunes menores[1121].

Sólo excepcionalmente, a falta de acuerdo y aunque haya hijos, entrará en juego el principio de protección del interés -de cualquiera de los cónyuges- más necesitado de protección[1122], recurso que se reserva a la concurrencia de una serie de circunstancias en cierta medida, tasadas en el art. 233-20.3[1123] del texto catalán, tales como los supuestos en

[1121]La SAP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100699) ha elogiado la posibilidad prevista en el Código catalán de que la atribución del domicilio familiar se haga a favor del cónyuge y no a favor de los hijos. En este sentido, establece que "*la petición de que se asigne el derecho de uso de la vivienda a los propios hijos es inadmisible en sede de derecho civil catalán. Precisamente una de las características del mismo es que la previsión legal nunca contempla tal posibilidad. Aun cuando los beneficiarios puedan resultar los hijos, la atribución no puede ser directamente a los mismos, sino al progenitor que ejerce su guarda, y mientras perdure tal situación. El régimen jurídico del CCCat ha sido destacado elogiosamente en este aspecto por la doctrina y la jurisprudencia al evitar los problemas de la interacción de los diversos derechos que se derivan de la vigente redacción del artículo 96 del Código Civil español que permite la multiplicidad de asignaciones del derecho de uso simultáneo a uno de los progenitores y, por derecho propio, a los diversos hijos que puedan existir (menores y mayores de edad), y que eventualmente puedan discrepar en la forma de ejercer tal derecho de uso del progenitor que resida en el mismo domicilio"*.

[1122]Este interés será igualmente de aplicación en el supuesto de guarda compartida de hijos comunes de una unión estable de pareja conforme a lo previsto en el art. 234-8.2 a) del texto catalán. Este artículo fija como criterio o regla de atribución la mayor necesidad a ponderar entre ambos progenitores.

En este sentido, la SAP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100706), ante un supuesto de unión estable de pareja, donde se otorga la custodia compartida a ambos progenitores, se atribuye el uso del domicilio familiar a la madre, desempleada al tiempo del dictado de la sentencia apelada. En este supuesto, el recurrente discrepaba respecto del plazo de atribución, que era hasta alcanzar el menor la mayoría de edad y proponía una limitación en el uso por un periodo de dos años. La Sala resuelve desestimar la propuesta de limitación "*porque reducir el derecho de uso atribuido a dos años como se pretende, atendidos los datos disponibles ahora sobre las respectivas capacidades económicas de ambos progenitores, podría comprometer el ejercicio de la guarda materna. Consecuentemente y en interés de la hija común menor de edad y para dotar de estabilidad las estancias con la madre procede mantener el derecho de uso atribuido a la Sra. Belén hasta que cese la guarda*".

[1123] Art. 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

1." *Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.*

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.

3. No obstante lo establecido en el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

a. Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.

b. Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.

c. Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal, y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las

los que la guarda sea compartida o distribuida entre los progenitores, o que no haya hijos o éstos sean mayores de edad, y en general todos aquellos casos que habiendo menores y justificando por lo tanto la atribución del uso de la vivienda familiar, resulte previsible que la situación de necesidad perdure al alcanzar la mayoría de edad.

Refiere TAMAYO CARMONA que los dos principios determinantes de la adjudicación serán, por un lado, el beneficio del menor, tanto en supuestos de acuerdo, como en los de desacuerdo entre los cónyuges; y por otro, el del interés más necesitado de protección (que lógicamente no podrá ser el de los hijos), que se aplicará en casos de falta de acuerdo sea de una forma autónoma (art. 233-20.3 a) & b)), sea junto al del *favor filii* (art. 2343-20.3 c)), sea frente a éste, pero en cualquier caso, compatible (art. 233-20.4)[1124].

Se ve pues que el art. 233-20 del Código catalán dispone de un sistema para determinar el destino del domicilio familiar en el que, en primer lugar se atenderá a lo pactado por los progenitores, siempre que lo apruebe el Juez. En defecto de pacto la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quién corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure la misma. Pero además los apartados tercero y cuarto diseñan un sistema de excepciones que garantizan la mejor solución tanto para los hijos como para los progenitores. Esta fórmula es a mi parecer, junto con la que ofrece la ley valenciana que seguidamente expondré, la más detallada y completa de todas las ofrecidas por los ordenamientos estatal y aragonés, y las que mejor equilibran los intereses del menor y de sus progenitores, por lo que debería ser el modelo de referencia para la corrección de los defectos en los que incurre el art. 81 del texto aragonés.

En la misma línea que el Derecho aragonés, y al igual que hará la ley valenciana, el texto catalán también establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de

circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.

7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge".

[1124] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso…", cit., pp. 4-5.

los progenitores debe tener una limitación temporal[1125], y ello tanto para los supuestos de guarda individual como para los de guarda compartida. Así, en este último supuesto, se ha limitado la atribución del uso por un periodo de cinco años[1126], o por periodos inferiores, como dos años[1127], atendiendo que dicho tiempo es suficiente para que la madre pueda proveerse de nueva residencia, o incluso de un año[1128].

Igualmente, el art. 233-21.3 del Código catalán, prevé que se convenga sobre la adjudicación o reparto del uso de la vivienda conyugal en un pacto previo a la ruptura matrimonial, supuesto éste que no se prevé en ninguna otra de las leyes autonómicas ni por supuesto en el C.c. De este modo, la eficacia de este pacto únicamente surgirá en el momento en que se haya desencadenado la situación de crisis. Por un lado, y ante la existencia de hijos menores (que lo sean en el momento en que el pacto deba ser ejecutado), los pactos son eficaces sólo en la medida en que no perjudiquen su interés. Vemos pues como la ley impone de nuevo aquí, que el interés del menor debe ser atendido de forma prioritaria, por encima del interés de los propios cónyuges.

El art. 231-21.3 establece que el pacto dejará de tener eficacia en el supuesto que conlleve una desatención de la necesidad básica de vivienda del cónyuge necesitado.

Para el supuesto en que, en ausencia de pacto, y no habiendo una mayor necesidad de uno de los cónyuges respecto al otro, ni tampoco hijos menores, no habría asignación del uso de la vivienda, que correspondería al cónyuge que tuviera el derecho que implica tal uso sobre ella (esto es, al cónyuge propietario, arrendatario, usufructuario, etc.).

En definitiva, el Derecho Civil catalán considera preeminente el interés del menor y el interés más necesitado de protección distinto del de los hijos. El Juez podrá decantarse por

[1125]SAP Barcelona de 10 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100492). El art. 233-20 del Código catalán, aplicable al caso de autos ante la inexistencia de pacto entre las partes, establece dos criterios para acordar la atribución del uso del domicilio familiar. Indica este precepto legal que se atribuirá preferentemente, al progenitor a quien se haya atribuido la guarda de los hijos menores de edad o al cónyuge mas necesitado en uno de los casos que a continuación refiere el mismo precepto legal. Y debe fijarse un límite temporal a tal atribución, tal como refiere el apartado 5 del mismo precepto legal. En el caso de autos se ha tenido en cuenta que la demandada tiene atribuido el uso de la vivienda desde 2002, fecha de la sentencia de separación, tiene ingresos por su trabajo, es titular de una vivienda en una población de Granada y de la mitad de la vivienda que fue familiar, por lo que considera esta Sala que el límite temporal de cinco años que ha fijado la sentencia es adecuado a las circunstancias concurrentes.

[1126] SAP Barcelona de 10 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100168).

[1127] SAP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100345).

[1128]SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332).

este último a falta de acuerdo cuando no concurran hijos menores, o en concordancia con el interés de la salvaguarda de los menores[1129], o colocarse en una posición preeminente respecto del *favor filii* para ser merecedor de la atribución del uso, siempre y cuando ambos intereses sean compatibles.

El Derecho Civil catalán adopta un formula flexible en relación a la atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiar, de modo que considera la posibilidad de excluir esta medida en determinadas circunstancias siempre y cuando las necesidades habitacionales de los hijos y del cónyuge puedan cubrirse con los medios de este, sin necesidad de ceder el uso de la vivienda[1130], o en el caso de que el cónyuge cedente del uso pudiera garantizar de otro modo los alimentos de los hijos y, en caso de que resulte procedente, la pensión compensatoria al cónyuge merecedor de esta, en cantidad adecuada para satisfacer sus necesidades habitacionales[1131].

Contrariamente al resto de leyes autonómicas, el texto catalán refiere que la vivienda familiar a efectos de la adjudicación de su uso, ya no deberá ser ni la misma en la que residieron los hijos - necesariamente -(cfr., art. 233-20.4), ni siquiera la vivienda habitual en que lo hicieron, al permitirse la posibilidad de adjudicar otras residencias –se entiende, segundas residencias, de recreo u ocasionales- siempre que fuesen idóneas para satisfacer las necesidades habitacionales tanto de los hijos, como del cónyuge custodio. En este sentido, la ley aragonesa ni tan siquiera hace referencia a las segundas residencias que pudieran existir y la ley valenciana, sí se refiere a ellas pero las excluye del régimen jurídico de que goza el domicilio familiar[1132].

Por lo que se refiere a la regulación navarra, y a diferencia del resto de leyes autonómicas que sí lo contemplan, ésta no recoge en ninguno de sus preceptos la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, a diferencia de la Proposición de ley que sí lo hacía en su art. 7[1133], estableciendo que en los supuestos de custodia compartida,

[1129] Art. 233-20.3 del Código catalán
[1130] Art. 233-21.1.a del Código catalán
[1131] Art. 233-21.1 a y b del texto catalán
[1132] Establece en el apartado 4º del art. 6 que "*el régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias"*.
[1133] El art. 7 de la Proposición navarra indicaba que: *"1.-En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. 2.- Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la*

el uso de la vivienda familiar debía atribuirse al progenitor más necesitado, si bien la atribución de dicho uso, debía tener carácter temporal. Por ello, y habida cuenta la falta de previsión legal, será de aplicación supletoria lo previsto a tal efecto en el derecho común, siendo de aplicación el art. 96 C.c.

Por último, la ley valenciana también va a regular igualmente aspectos claves en las crisis familiares con una evidente dosis de modernidad en respuesta a los tiempos actuales, mejor que las normas del C.c. sobre la materia, incluso de manera más equitativa que el resto de legislaciones autonómicas analizadas. En concreto, la novedosa regulación que se establece en relación con la compensación por el no uso de la vivienda familiar para el cónyuge no adjudicatario, materia en la cual y como expondré en los siguientes epígrafes, aporta soluciones más equilibradas que las previstas hasta la fecha no sólo en el C.c., sino en el resto de leyes autonómicas.

El art. 6[1134] de la ley valenciana se ocupa de la atribución de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, estableciendo la regla general, que será subsidiaria respecto de los

custodia de los hijos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. 3.- La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. 4.- Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. 5.- El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables".

[1134] Art. 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

"*1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores.*

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia de los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

posibles acuerdos a que hubieren llegado los progenitores. Dicha regla se aplica tanto en los supuestos de custodia compartida como en los supuestos en los que se acuerde la monoparental, ya que así se desprende del último inciso del art. 6.1 de la ley[1135]. En este sentido, la ley también hace referencia a los dos supuestos, si bien no lo hace de una forma tan expresa y detallada como la legislación aragonesa. Es heredera esta norma de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia de la Comunidad Valenciana[1136], por lo que adopta inspirada en esta última el criterio rector del interés de los hijos.

La norma valenciana establece como regla general el acuerdo de las partes. En principio, son éstas las que pueden disponer libremente sobre el destino del domicilio familiar, debiendo ser aprobado ese acuerdo por el Juez salvo que concurran motivos de orden público que lo desaconsejen. Sostiene la ley que a falta de acuerdo, el principio general será, tanto en el supuesto de régimen de convivencia compartida como individual, la atribución en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

---

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquellos o resolución judicial en otro caso".

[1135]El art. 6.1 de la ley valenciana, establece que ante los supuestos en que se determine la custodia unilateral, "*el mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores*".

Parece deducirse que cuando la ley hace referencia al mismo régimen jurídico, hace alusión al previsto para los supuestos en que se acuerde la custodia compartida, tomando como referencia criterios como el beneficio de los menores y la accesibilidad a una vivienda. La respuesta la encontramos en la Exposición de motivos de la ley que dice a este respecto que "*Cuando, por el contrario, se atribuya a uno de los progenitores el régimen de convivencia de los hijos e hijas, en principio se establece el criterio de asignarle también el uso de la vivienda familiar, pero teniendo en cuenta a quién pertenece ésta, la disponibilidad económica de cada progenitor y que la asignación tendrá siempre una duración temporal limitada, siendo el Juez quien determine el periodo máximo*".

[1136] Ley 12/2008 de 3 de julio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 5803, de 10 de julio de 2008.

Esta regla proporciona una mayor flexibilidad a la hora de decidir, por cuanto que permite un abanico más amplio de posibilidades al poder o bien atribuirlo a un progenitor o al otro, o hacerlo a favor de los hijos de suerte que sean los progenitores los que entren y salgan de la vivienda en los periodos en que tengan a los menores en su compañía, solución esta que, como refiere CONDE-PUMPIDO[1137], se muestra desaconsejable y fuente de más conflictos que ventajas, siendo más práctico que cada progenitor disponga de su propia vivienda, aunque ello obligue a los hijos a trasladarse de una a otra en los distintos periodos de convivencia alterna.

Vemos pues que el interés de los hijos, que es el interés principal, se compagina con el de protección del progenitor que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (aquí se valoraría la capacidad económica de ambos, o si alguno de ellos dispone de otra vivienda en la que constituir su domicilio). De este modo, el estatuto de la vivienda familiar dejará de estar exclusivamente vinculado al beneficio del menor, pudiendo conformarse acudiendo a otros criterios –no perjudiciales- como es el caso, la titularidad del derecho de ocupación de la vivienda, eludiendo así más que previsibles problemas patrimoniales al o a los titulares del derecho sobre la vivienda[1138].

Así lo recoge el Preámbulo de la ley en donde se refiere que en caso de régimen de convivencia compartida, se procura que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor por encima de cualquier otra consideración, y siempre que fuera compatible con el citado interés, se atiende a los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para poder acceder a una nueva vivienda tras la ruptura.

De este modo, el Preámbulo reproduce lo que luego refiere el primer apartado del art. 6, si bien éste hace referencia al cónyuge y el art. 6 se refiere al progenitor. Se ha criticado esta falta de precisión terminológica de la ley, así como la falta de coherencia en la utilización de los conceptos, y ello dado que lo lógico hubiera sido utilizar en el Preámbulo el término progenitor, ya que el término cónyuge supone la existencia de un lazo matrimonial, y según el espíritu de la ley, los progenitores no tienen por qué estar

[1137]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia…", cit.
[1138] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso…", cit.

casados, ya que se están tratando las relaciones familiares con los hijos e hijas, y los progenitores pueden haber estado casados o no[1139].

El art. 6.1 establece la regla general, que lógicamente será subsidiaria en aquellos supuestos en los que los padres hubieren llegado a posibles acuerdos en esta materia, en virtud de la cual "*a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda*".

A este respecto, y si bien pudiera pensarse que el cónyuge titular habría de ser quien continuara con el uso de la vivienda, para MARTÍN MELÉNDEZ, el no titular también ha de poder optar a seguir residiendo en la misma y ello dado que, como consecuencia del matrimonio, el cónyuge no titular configuró unas expectativas sobre la vivienda y que igualmente ambos cónyuges de común acuerdo fijaron en ella el domicilio conyugal[1140].

Si bien el precepto legal únicamente se refiere a los supuestos de guarda y custodia compartida, dicha regla será de aplicación, como acertadamente refiere DE VERDA Y BEAMONTE, tanto en el supuesto de convivencia compartida como en el supuesto en que se produzca la atribución de la convivencia a favor de uno sólo de los progenitores, supuesto éste en el que "parece que lo más conveniente para los menores será permanecer en la vivienda familiar con el padre con el que convivan, a no ser que puedan usar otra vivienda apta para satisfacer sus necesidades"[1141]. El hecho de que el precepto legal mezcle dos tipos de convivencia, la compartida y la individual en cuanto a la atribución del domicilio familiar, resulta en ocasiones farragoso y de difícil entendimiento, de ahí que el precepto haya sido criticado en este aspecto por la doctrina[1142].

[1139]RAMÓN HERNÁNDEZ, F., "Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Leyvalenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 114.

[1140] MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda…*, cit., p. 22.

[1141] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Menores de edad, alimentos…", cit., pp. 10-11.

[1142]RAMÓN HERNÁNDEZ, F., "Atribución del uso de la vivienda…", cit., p. 102.

La redacción del precepto valenciano me parece mucho más acertada en este aspecto que lo que refiere el precepto de la ley aragonesa, pues hace depender la atribución del uso de la vivienda familiar en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera mayor dificultad objetiva para acceder a otra vivienda. Esta formulación, junto a la previsión de compensación económica por la cesión del uso de la vivienda que establece la ley valenciana y que veremos a continuación, conjuga las ventajasderespetar el principio del *favor filii*a la vez que tiene en cuenta la situación económica de los progenitores.

Se parte pues de la adopción del criterio rector del beneficio del menor entendido como no perjuicio, lo cual permite la conciliación con otros intereses que gravitan en las relaciones familiares. Este argumento, como refiere GIL MEMBRANO[1143], obtiene respaldo también por la posibilidad de adjudicar el derecho de uso a aquel que tenga mayores dificultades objetivas para acceder a una vivienda – siempre en consonancia, claro está, con la salvaguarda del interés de los menores-.

Parece lógico pensar que cuando el precepto valenciano se refiere al "*progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda*", así como el aragonés se refiere en términos muy similares, "*al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda*", se están refiriendo a dificultades de naturaleza económica, a los recursos e ingresos económicos con que cuenten cada uno de los progenitores y la disponibilidad económica de cada uno de ellos para poder acceder a una nueva vivienda, sea mediante compra, alquiler, etc.

Las razones objetivas que fundamentan la dificultad de los progenitores para conseguir vivienda serán sobre todo de índole económica, siendo el factor más importante su nivel de ingresos. Así, cuanto mayores sean las cantidades percibidas por cualquier concepto frente a las que percibe el otro progenitor, menores serán las posibilidades de que la autoridad judicial le atribuya el uso de la vivienda familiar. En este sentido no sólo hay que tomar con consideración la cuantía de los ingresos, sino también su periodicidad y naturaleza. Así unos ingresos de carácter fijo (rentas mobiliarias e inmobiliarias, contrato de trabajo indefinido) pueden significar más posibilidades de acceder al mercado inmobiliario que unos ingresos sin una periodicidad estable, como contratos temporales o

[1143] GIL MEMBRANO, C., *La vivienda familiar*…", cit., p. 122.

de salario variable. En el caso de que se ejerza una profesión liberal o de una actividad empresarial, deberá ser estudiado caso a caso, ya que pueden reportar unos ingresos relativamente elevados pero también suponer un coste, siendo en principio unos ingresos inestables. Por último también deben tenerse en cuenta otros factores externos que facilitan el acceso a la vivienda, como puedan ser unos ingresos bajos que permitan al progenitor que los percibe acceder a las Viviendas de Protección Oficial, o el mayor o menor respaldo familiar que pueda tener, ya que también puede ser una ventaja a la hora de conseguir un préstamo o un contrato de alquiler donde se precise un avalista; no obstante éste último factor, al depender de terceras personas, pienso no debiera tomarse en mucha consideración.

Por lo tanto el Juez, a la hora de valorar y ponderar en los supuestos de custodia compartida, qué progenitor presenta el interés más necesitado de protección, y dado que la ley no especifica los parámetros a tener en consideración, deberá basarse en factores tales como: 1.- Los recursos e ingresos económicos de cada uno de los progenitores, que nos indicará cuál de ellos posee mayor capacidad económica para procurarse un inmueble, bien en propiedad o bien en arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar. 2.- Las posibilidades efectivas de cada progenitor de habitar una vivienda privativa, distinta a la vivienda familiar, próxima a esta. 3.- En los supuestos en que la vivienda sea propiedad de ambos progenitores, valorar la venta de la vivienda y ello a pesar de que esta posibilidad no se prevé en la ley valenciana y sí en la aragonesa[1144].

De todo ello se deduce que se produce un cambio en el criterio imperativo e inexorable del art. 96 C.c., aunque se mantiene la preferencia respecto a la atribución del uso a quien se conceda el régimen de convivencia con los hijos.

Por último, es de destacar lo establecido en el art. 6.6 donde se establece –de modo indirecto- la posibilidad de que la vivienda no se establezca en favor de ningún progenitor. Este sería el supuesto en el que el Juez fije el uso de la vivienda a favor de los hijos, estableciéndose un sistema de turnos rotatorios para los progenitores. Pese a la poca claridad del texto valenciano, cabe deducir que esta modalidad de atribución sólo es posible si existe el acuerdo de ambos cónyuges. En este sentido habría que entender la

[1144]En este sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales…", cit., pp. 10-11.

expresión "*cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar*" del art. 6.6. En parecidos términos se establece por el legislador catalán al establecer que los cónyuges pueden "*acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados*" (art. 233-20, 1 Código catalán).

A modo de conclusión, se puede decir que los criterios que se toman en consideración en cada una de las leyes autonómicas, si bien son similares, no son idénticos; por una parte la ley aragonesa, en los supuestos de custodia individual parece inclinarse a favor del progenitor que ostente la custodia siempre que de esta manera se garantice el interés de las relaciones familiares. Por su parte, el Código catalán se decanta a favor del cónyuge que ostente la custodia y en el caso de la ley valenciana será el interés del menor el que determine a qué cónyuge se le atribuirá ese uso.

Por su parte, en los supuestos de custodia compartida, el Código aragonés parte del denominado "*mejor interés para las relaciones familiares*", mientras que las otras legislaciones, establecen la primacía del interés del menor y en cuanto sea compatible con ello, el del progenitor con mayores dificultades económicas.

A la vista de la regulación existente, las soluciones más equilibradas y equitativas para ambos progenitores, son las previstas en el texto catalán y en la ley valenciana, pues la solución que ofrece el texto aragonés parece inclinarse más por el interés de las relaciones familiares en detrimento del superior interés del menor.

C) La limitación temporal en el derecho de uso de la vivienda

Tanto la legislación aragonesa, como la catalana y la valenciana, se han separado de la previsión del art. 96 C.c., así como de la interpretación efectuada por la jurisprudencia[1145] sobre el precepto, sin perjuicio de la nueva línea jurisprudencial existente en los supuestos en que se acuerde la custodia compartida, imponiendo una limitación temporal al disfrute del uso con la que se pretende hacer frente a las dificultades económicas en que se encuentra el progenitor que carece de dicho uso para poder acceder a una nueva vivienda.

En el Derecho Civil común, la regulación contenida en el art. 96 C.c. no contempla, a excepción de su párrafo tercero referido a los supuestos de inexistencia de hijos menores,

[1145] Por todas, la STS de 26 abril 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100277).Excluye las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad.

la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, pues no podrá el mismo limitarse mientras haya hijos menores de edad. Por añadidura, dicho precepto ha sido interpretado de forma reiterada por la jurisprudencia del TS en términos de excluir las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad[1146].
Frente a ello, y sin perjuicio de los avances jurisprudenciales a los que me he referido, las leyes autonómicas sí han previsto el establecimiento de una limitación temporal en cuanto al derecho de atribución del uso de la vivienda familiar, y ello con independencia de la modalidad de custodia que se acuerde.

La necesidad de que el Juez fije una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los elementos que singularizan a las leyes autonómicas respecto al Derecho Civil común, aunque también en éste se trate de un derecho de carácter temporal, porque aun en ausencia de una limitación establecida en sentencia, su duración estará siempre condicionada por la subsistencia de la necesidad socio-familiar que con él se trata de proteger[1147].

A este respecto, el art. 233-20 del Código catalán ordena en su apartado 5 fijar un límite temporal al uso de la vivienda familiar cuando se atribuye por razón de necesidad en caso de guarda compartida o cuando no hay hijos menores[1148]. Por su parte, el art. 81.3

[1146] En este sentido, las sentencias TS de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100260); 2 junio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100241); 3 abril 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100160); 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100379); 21 de junio de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100369), que fundamenta la imposibilidad de establecer limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo en que "no corresponde a los Jueces interpretar de forma distinta el art. 96 C.c., porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor" y se razona que "*esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor*".

[1147] Véase, en tal sentido, MARTÍN MUÑOZ, A., "El derecho de uso de la vivienda familiar y el registro de la propiedad", en *Revista de Derecho de familia* [en línea], núm. 44, 2009, pp. 70-71. [Consulta: 20 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.elderecho.com

[1148] En este sentido, han limitado temporalmente la atribución del uso del domicilio, entre otras, las sentencias AP Barcelona de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100578); 25 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100472); 4 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100438); 21 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100654). En esta última, la Sala acuerda, en un supuesto de guarda y custodia compartida, la aplicación del art. 233-20 del Código catalán, pues dada la inexistencia de pacto entre las partes, establece que se ha de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge mas necesitado si la guarda de los hijos queda compartida entre los progenitores. Y añade que se ha de hacer tal atribución con carácter temporal. Habiendo quedado acreditado que la capacidad económica de la madre es mayor, se

del Código aragonés establece que el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional. En la misma línea, el art. 6 de la ley valenciana establece que a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. El apartado 3[1149]del referido precepto establece que la atribución tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.No obstante, se excluye la aplicación de estas normas a las viviendas secundarias[1150].

En esta misma línea, si bien avanzando más en cuanto a la concreción de la limitación temporal, la ley vasca establece en el apartado 5 del art. 12 que la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad, deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. Se prevé igualmente que dicho derecho sea susceptible de prórroga, debiendo solicitarse la misma como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado. Vemos pues que en este sentido, la norma vasca ha dado un paso adelante en cuanto a la limitación temporal del uso del domicilio familiar. En mi opinión, y si bien garantiza el derecho e igualdad de los progenitores el que se establezca una limitación temporal en la atribución del uso, el fijar un plazo concreto, en este caso dos años, pudiera dar lugar a situaciones injustas,pues en función de las circunstancias de cada caso concreto, convendrá establecer la limitación por dos años o por más o incluso por menos, pero no debiera fijarse un plazo determinado.

acuerda atribuir el uso de la vivienda al progenitor paterno por un periodo limitado de 1 año desde la fecha de la sentencia.

[1149] Art. 6.3. *"En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan inncesario o abuviso y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario"*.

[1150] Art. 6.4. "*El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias*".

Como he referido, el art. 81.3 del texto aragonés[1151]establece que la atribución de la vivienda a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal. Tanto en los casos de custodia compartida[1152] como individual[1153], la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá un carácter temporal, prohibiendo así indirectamente la atribución del uso con carácter indefinido. A falta de acuerdo entre los progenitores, será el Juez atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia, el que establecerá la limitación temporal,

[1151] *"La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia"*.

[1152]En este sentido se han pronunciado las sentencias AP Zaragoza de 27 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100012); 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235); 8 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100223); 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100218); 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100217). En esta última, la Sala resuelve la cuestión relativa a la atribución del domicilio familiar y la limitación temporal de dicha atribución en un supuesto de guarda y custodia compartida en base a lo previsto en el art 81.3 del Código aragonés, que establece que *"la limitación temporal a la que el precepto sujeta la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores la fijará el Juez a falta de acuerdo "teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia", y en las del caso, en el que la vivienda es propiedad privativa del demandado y sobre él pesa la carga hipotecaria que la grava, la demandada carece de empleo y los hijos tienen 11 y 6 años, pero dos años desde el 1 de enero de 2014 se estima plazo suficiente para que la Sra. Flora solucione su situación laboral y la de su residencia"*.

De igual modo la STSJ Aragón de 11 julio 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100027), en un supuesto de guarda y custodia compartida, establece la atribución del uso de la vivienda familiar durante el plazo de cinco años a la madre, por entender que se trata del progenitor con mayores dificultades de acceso a la vivienda, dada su precaria situación económica, al encontrarse sin trabajo y sin medios para poder hacer frente al pago de un alquiler.

[1153]Así, las sentencias AP Zaragoza de 9 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100191); en ésta, se fija la limitación por un periodo de 4 años; 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100251). La Sala refiere que, conforme tiene declarado en STSJ Aragón de 13 julio 2012, *"la regla que consagra el artº. 81.2 es la atribución del uso de la vivienda al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos. Pero el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el apartado tercero de ese mismo artº. Se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. El precepto deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite. En el presente supuesto se trata de dos menores María Teresa de 13 años e Agustina de 11 años, las posibilidades económicas entre ambos progenitores son muy dispares y así vienen analizadas por la Sentencia apelada de manera pormenorizada a la hora de valorar la posible reducción de la pensión alimenticia pactada, la prueba practicada en esta instancia sobre la vida laboral de la recurrente viene a ratificar la situación ya analizada de manera correcta en la Sentencia apelada, debe valorarse igualmente la edad de los menores, por lo que parece adecuado que la limitación en el uso de la vivienda familiar se extienda en un plazo más extenso, que teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente expuestas, será de cinco años desde la fecha de la Sentencia recaída en 1ª. Instancia"*.

En igual sentido STSJ Aragón de 7 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100002). La Sala confirma la atribución por el Juez de instancia del uso de la vivienda familiar a la madre custodia y a sus hijos menores durante un plazo de 1 año y ello en atención a que la vivienda familiar es privativa del padre y la madre cuenta con otra vivienda en propiedad privativa.

que podrá ser estableciendo un plazo temporal determinado[1154], a una fecha cierta (por ejemplo hasta que los hijos cumplan una edad determinada) o marcar como término "un suceso futuro cuya fecha exacta se desconozca, como la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenece el inmueble o la extinción del pro indiviso; hasta el regreso del progenitor, residente en el extranjero, al lugar del domicilio familiar; etc."[1155]. Se deja pues a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite[1156].

En este sentido, no existe un criterio jurisprudencial uniforme en orden al límite temporal del uso de la vivienda familiar, encontrando pronunciamientos en los que continua atribuyéndose el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de los hijos[1157], y otros en los que se fijan periodos de tiempo más breves, por ejemplo de unos años[1158].

Así, del contenido del precepto aragonés, no podrá otorgarse la atribución del domicilio familiar condicionando dicha atribución mientras dure la situación de guarda, ya que en este supuesto se contravendría la prohibición de atribución con carácter indefinido. En este sentido se han pronunciado,entre otras, la STSJ Aragón de 4 enero 2013[1159]que ha sentado doctrina sobre esta cuestión, así como la reciente STSJ Aragón de 18 julio 2014[1160], en la que la Sala exige la fijación de límite temporal en el uso de la vivienda familiar. A estos efectos recuerda la Sala que la falta de fijación de un plazo al uso de la vivienda, supone una infracción del art. 81.3 del Código aragonés pues de su dicción se deduce claramente que la atribución del uso de la vivienda a uno sólo de los progenitores, exige una limitación temporal sin excepciones, por plazo más o menos dilatado en función

[1154]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100185), se fija la limitación en un plazo de 4 años; 2 diciembre 2014 (IdCendoj: 50297370022014100306), donde se atribuye el uso del domicilio familiar a la madre y a los hijos por un periodo de 2 años.

[1155]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales…", cit., p. 11.

[1156]Así, y entre otras, destacan las sentencias AP Zaragoza de 27 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100012); 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100317).

[1157] SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100080).

[1158] Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100329); 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100073).

En igual sentido, la STSJ Aragón de 30 abril 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100018).

[1159]Id Cendoj: 50297310012013100001. Refiere la Sala que se la necesidad de que se establezca el señalamiento de un plazo, dada la necesidad de certeza al respecto que conviene a ambas partes: por un lado, al favorecido con la atribución del uso, que de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo, tal como la búsqueda de otro alojamiento; y por otro, al que se le priva el uso, que no sólo podrá ponderar las posibilidades de adjudicárselo, sino que sabrá con certeza a partir de cuando podrá venderlo libre de esa carga.

[1160] EDJ 2014/138575

de las circunstancias concretas de cada familia. El legislador aragonés no ha querido dejar a la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos y puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda en cuestión.

Esta temporalidad en la atribución del uso ha sido interpretada en términos de que con la misma se pretende evitar "*la colisión con los legítimos derechos que al otro progenitor puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como en lo que respecta a su disposición*"[1161].

En iguales términos a la regulación aragonesa, la norma catalana impone igualmente el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado[1162], cuando es el Juez quien lo atribuye al no haber acuerdo entre ambos, previéndose igualmente la posibilidad de prorrogar este uso si las circunstancias así lo aconsejan. Se puede concluir pues que, el carácter temporal o no de la atribución del uso ha de ser ponderado en cada caso concreto, en base a criterios de necesidad, y teniendo en cuenta que, en el supuesto de que se produzca un cambio en las circunstancias, se pueda revisar la atribución de dicho uso.

Se puede plantear la cuestión de si los cónyuges podrían pactar una atribución indefinida de la vivienda. En mi opinión sí, y ello en base al principio de libre autonomía de la voluntad de cada uno, si bien, dicho pacto pudiera ser objeto de revisión judicial si hubiera un empeoramiento de la situación económica del cónyuge no beneficiario del uso, que justificara dicho cambio.

Por su parte, también la ley valenciana establece en su art. 6.3 que "*la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el período máximo de*

[1161] SAP Zaragoza de 20 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100169); SAP Zaragoza de 18 junio 2013(Id Cendoj: 50297370022013100221).

[1162] En este sentido se pronuncia la STSJ Cataluña de 25 junio 2012 (IdCendoj: 08019310012012100058). Refiere que "*La jurisprudencia de este tribunal en el tema relacionado con la atribución del domicilio familiar cuando no existen hijos menores de edad interpretando el art. 83.2b) del Código, …, ha declarado que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que conste probado ostenta el interés más digno de protección, tendrá una limitación temporal siendo esa la regla general y sólo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente en el tiempo o que es altamente improbable su superación, estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancialmente, el propietario de la vivienda podrá instar la extinción del derecho de uso…*"

dicho uso", por lo que el tribunal fijará obligatoriamente el período máximo de atribución del uso, considerando cuatro años tiempo suficiente para que se resuelva lo procedente respecto de la venta o atribución definitiva a uno de los condóminos en la liquidación de la copropiedad de la vivienda (SAP Alicante de 9 junio 2011[1163] y de 9 febrero 2012[1164]), si bien en ocasiones, dicha limitación lo ha sido por periodos inferiores[1165].

Así, la ley valenciana contempla que tanto en régimen de convivencia compartida como individual, la atribución de la vivienda tendrá un carácter temporal, siendo la autoridad judicial la que fijará el periodo máximo de dicho uso. A este respecto, la ley no detalla nada más sobre esta cuestión, no indica cuánto pueda ser esa limitación temporal, si será cuando los hijos alcancen la mayoría de edad, o mientras convivan en la vivienda o bien mientras no alcancen independencia económica[1166]. En todo caso, y a pesar de la imprecisión del precepto, el simple hecho de que ya se incluya el carácter temporal de la atribución, ya es un paso adelante para ver de acabar con las injusticias que se han producido con la aplicación del régimen del C.c.

No obstante la limitación temporal establecida, en la práctica en los supuestos de guarda y custodia monoparental se continúa adjudicando dicho uso, en la mayoría de los casos, "*hasta que los hijos alcancen independencia económica y en todo caso sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las partes en la liquidación del régimen económico matrimonial*"[1167], o bien hasta la mayoría de edad de los hijos comunes[1168]. Sin

[1163]TOL 2.216.525

[1164]TOL 2.573.166

[1165] SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100864); en donde se establece la atribución de la vivienda por un plazo de dos años.

[1166] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas….", cit., p. 15. Refiere que "la limitación del derecho de uso, tanto para los casos de custodia compartida como individual, puede venir establecida por referencia a un plazo determinado (X meses o años), a una fecha cierta (hasta el día en que el menor de los hijos cumpla 10 años) o a un suceso futuro cuya fecha exacta se desconozca (hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenece el inmueble o hasta la extinción del pro-indiviso; hasta el regreso del padre, residente en el extranjero, al lugar del domicilio familiar; hasta que el hijo mayor de edad alcance independencia económica, etc.)".

[1167]SAP Valencia de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100401).

[1168]De entre las más representativas, las sentencias AP Valencia de 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965); 22 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100572); 15 enero 2014 (Cendoj: 46250370102014100008); 10 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100530). Refiere la Sala que "*Al amparo del artículo 6-3 de la ley autonómica 5/2.011 de 1 de abril, debe limitarse en el tiempo la asignación del uso de la vivienda familiar, lo que se lleva a efecto situando ese límite, en aras de la mayor protección posible de la hija, en el día en que ésta cumpla 18 años, salvo que antes se venda lavivienda*"; 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100352). La Sala, ante un supuesto en donde la custodia se atribuye a la madre, no considera necesario limitar la atribución del uso de la vivienda familiar por un tiempo inferior a que se alcance por los menores la mayoría de edad, y ello habida cuenta el patrimonio inmobiliario

perjuicio de lo anterior, es cierto que son cada vez más numerosos los pronunciamientos, sobre todo en los supuestos de guarda y custodia compartida, en los que se ha aplicado la limitación temporal en el uso por tiempo inferior, estableciendo limitaciones en el uso por un periodo de dos años[1169], o limitado a que el menor alcanzara los siete años de edad[1170], o incluso limitado a un año[1171] o plazos inferiores como seis meses[1172]. Normalmente el supuesto típico es la atribución a la madre, al ser el interés más necesitado de protección y carecer, en el momento de la ruptura, de otra alternativa[1173].

existente de los progenitores, que facilita que cada uno de ellos pueda ocupar una vivienda digna, sin necesidad de establecer esta limitación temporal; 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100243). La Sala justifica la medida en los escasos recursos económicos con que cuenta la madre, que es la que ostenta la custodia del menor.

[1169]SAP Valencia de 26 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100109); SAP Valencia de 24 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100050). La Sala, justifica la atribución de la vivienda a la esposa, habida cuenta que esta ostenta el interés más necesitado de protección deducido del hecho de que sus ingresos son inferiores a los de su pareja. En cuanto a la limitación en el uso a dos años, esta limitación dice la Sala que "*resulta coherente con la normativa valenciana, atendido el que se ha establecido la custodia compartida y que la vivienda es de ambos progenitores"*.

[1170] SAP Valencia de 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100369), establece ante un supuesto en el que la vivienda pertenecía los padres del esposo, que se atribuía el domicilio familiar a la madre, que era la que ostentaba la custodia del menor de cinco años, si bien limitado a que el menor alcanzara los siete años de edad. La Sala refiere que, respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, "*en nada obsta a dicho pronunciamiento la titularidad de la vivienda -que es propiedad del padre del recurrente- pues lo cierto es que la citada vivienda ha constituido el domicilio familiar. La Ley 5/2011, no excluye la atribución del domicilio familiar cuando es de titularidad ajena a los cónyuges, lo que efectúa es la determinación de las condiciones del uso de la misma cuando es de los cónyuges o de alguno de ellos, no infringiendo la resolución precepto alguno y resolviendo conforme a lo prevenido en el art. 91 C.C .. Como pone de manifiesto la STS 29 de marzo de 2011, la atribución del uso al menor y al cónyuge bajo cuya guarda queda, se produce para salvaguardar los derechos de este del menor- , pero no es una expropiación del propietario. La atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos*".

[1171]SAP Valencia de 27 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100227); SAP Valencia de 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100551). La Sala, ante un supuesto de atribución de la custodia compartida a ambos cónyuges, y siendo la vivienda privativa del esposo si bien atribuido su uso a la esposa, se considera acertado "*limitar su uso a un solo año, por esa misma circunstancia de haberse adoptado la custodia compartida, creer que prontamente podrá independizarse la esposa y ser ese tiempo razonable para proveerse de otro alojamiento*"; SAP Valencia de 5 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100281). Se limita la atribución en el tiempo del uso de la vivienda a la esposa a un año, justificando dicha medida en que, al margen y además de ser la vivienda propiedad privativa del marido, tiene una carga hipotecaria y numerosos gastos que atender como consecuencia de su ubicación, extensión y de su jardín, que ascienden a unos 2000 euros mensuales por el mantenimiento de la vivienda familiar y de su jardín, siendo que todo ello impide su atribución con el carácter de indefinido que se pretende por no ser rentable por su alto coste de mantener.

[1172] SAP Valencia de 1 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100488). Se resuelve que, atendiendo a que la progenitora tenía otra vivienda de su propiedad arrendada "*se limita a seis meses a partir de la fecha de la presente resolución la atribución a madre e hija de la vivienda familiar, transcurrido el cual no procede atribución especial a ninguno de los progenitores, debiendo éstos llegar a un acuerdo en cuanto al destino final de la vivienda, bien en el marco negocial de la autonomía de la voluntad o en el marco judicial de los pleitos iniciados*.

[1173]SAP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354).

A través de tal limitación temporal, la voluntad del legislador se ha dirigido a conciliar, en lo posible, los intereses en conflicto de los miembros de la unidad familiar, desechando cualquier medida de atribución indefinida de uso, que no haría sino agravar las dificultades económicas de la pareja en los casos de ruptura[1174]. En este sentido, SAP Alicante de 16 febrero 2012[1175].

Al respecto de esta limitación temporal en el derecho de uso, se han alzado voces acreditadas como DE VERDA Y BEAMONTE poniendo en duda la constitucionalidad de esta limitación, y ello por cuanto el principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 C.E. exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad. Por ello, el Juez no podrá asignar el uso de la vivienda con una limitación temporal, debiendo permanecer en la misma hasta alcanzar la mayoría de edad[1176]. El principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 C.E. exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad. En base a ello, se considera que el Juez no puede asignarles el uso de la vivienda familiar con un límite temporal, sino que deberán permanecer en ella hasta que cumplan la mayoría de edad, a no ser que sus progenitores o aquél con el que convivan dispongan de otra vivienda en la que puedan habitar.

Durante años la jurisprudencia ha salvado el problema, bien aplicando directamente el art. 39.1 C.E., con la consecuencia de negar que pueda establecerse un límite temporal al derecho de uso asignado a los hijos menores de edad, o bien estableciendo un límite temporal, que sin embargo, alcanza hasta que los menores cumplan los dieciocho años de edad, con lo que se respeta el tenor de la ley, sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad.

Mucho se ha discutido al respecto de si la limitación temporal en el derecho de uso debiera hacerse hasta la mayoría de edad de los hijos o hasta que estos alcanzaran la

[1174] PEINADO MARTÍNEZ, S., "Aplicación de la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* [en línea], Vol. I, núm. 9, 2013, p. 33. [Consulta: 28 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.revistassocialesyjuridicas.com

[1175] TOL 2.574.011

[1176] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 17, 2014, p. 167. [Consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

A estos efectos, remite a las consideraciones hechas por las sentencias TS de 1 abril 2011 (TOL 2.093.031), 14 abril 2011 (TOL 2.124.703) y 21 junio 2011 (TOL 2.160.051).

independencia económica, o bien establecer un plazo a partir del cual, cesaría el derecho de uso originariamente asignado.

A este respecto, la SAP Valencia de 19 mayo 2014[1177], remite a la interpretación que hace la STS de 5 de septiembre 2011. La misma refiere que el art. 39.3 C.E. impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Esta interpretación parece ser la línea mayoritaria seguida por la jurisprudencia de la AP Valencia[1178], que a pesar de la nueva regulación, parece remitirse en este aspecto a la doctrina del TS, emanada entre otras, de las sentencias de 29 de marzo, 1 y 14 de abril, 21 de junio, 30 de septiembre y 10 de octubre todas ellas de 2011[1179]. De conformidad con dicha doctrina, la atribución del domicilio en los casos de custodia monoparental se haría hasta la mayoría de edad de los menores.

La doctrina[1180] ha calificado de interesante el énfasis puesto en la ley valenciana en el tema de la regulación del uso de la vivienda familiar, aplaudiendo la asignación de la temporalidad en el uso y la posibilidad de cese o modificación del mismo no sólo por las causas generales de las medidas definitivas dictadas en los procesos familiares, sino por devenir *"innecesarias o abusivas"* y, además, *"perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario"*. Aquí, a diferencia del art. 96 C.c., que no contempla la temporalidad del uso del domicilio, el legislador valenciano ha querido dejar claro desde el principio que las adjudicaciones de uso del domicilio, salvo claro está que se hagan a favor del progenitor que sea único titular del mismo, han de tener *ab initio* un límite temporal, para evitar situaciones abusivas o perjudiciales, y para lograr, en el tiempo estrictamente necesario, que las facultades de uso del inmueble estén en manos de su titular lo antes posible.

Por último, debo referirme al supuesto que en ocasiones suele darse en el que el cónyuge propietario de la vivienda a título privativo, cede su uso al otro cónyuge y al hijo

[1177] Id Cendoj: 46250370102014100316

[1178] Entre otras, las sentencias AP Valencia de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100233); 1 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100224); 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100093).

[1179] Todas establecen que la norma contenida en el art. 96.1 C.c. no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, dado que el interés que se protege en dicho precepto no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja a la vivienda.

[1180] Entre otros, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., p. 1462.

común a ambos, y el referido domicilio sirve de hogar a un núcleo familiar diferente del inicial. A toda razón escapa que esta situación puede llegar a desembocar en un verdadero abuso si se mantuviera de forma indefinida o a largo plazo, dicha atribución al menor, y por ende al nuevo núcleo familiar de la madre. El nuevo núcleo familiar deberá proveer con sus propios medios a las necesidades de la nueva familia formada, y no con los que el progenitor titular de la vivienda puso a disposición de su hija, por lo que en estos supuestos se ha procedido a extinguir la atribución del uso de la vivienda.

En este sentido se ha pronunciado la SAP Valencia de 15 mayo 2014[1181], considerando que "*la menor no tiene por qué verse desprotegida en el caso de que se cese en el uso del inmueble siempre que en paralelo se proceda a aumentar la pensión de alimentos, que deberá cubrir la necesidad de habitación de Araceli, que hasta ahora se venía satisfaciendo "in natura" mediante la renuncia del titular a utilizar su vivienda. En consecuencia, se fija un periodo de tres meses para que la apelada abandone la vivienda familiar, momento a partir del cual, la pensión de la hija menor se incrementará en la cantidad de 150 € mensuales*." En iguales términos la SAP Valencia de 6 mayo 2014[1182] refiere que "*lo incomprensible e injusto que puede llegar a ser pretender la continuación en el uso de una vivienda que ha dejado de ser familiar -de la primitiva familia, la formada por los ahora actor y demandada para convertirse en el domicilio, además gratuito, de la nueva familia de la demandada, pues no otra cosa ha sucedido con el devenir de los tiempos, y aun cuando pudiera llegar a entenderse la postura de la demandada, desde el punto de vista estrictamente económico, no lo puede ser desde el punto de vista moral e, incluso, jurídico; en efecto, no es serio pretender que sea el antiguo esposo, por el mero hecho de tener con el mismo un hijo, el que proporcione una vivienda no sólo a ese hijo, sino asimismo a la nueva pareja(....). Por las razones expuestas, se acuerda el fin de la atribución del domicilio familiar a la demandada, que deberá abandonarla en el plazo de tres meses a contar de la presente resolución*".

En ambos supuestos, y dado el cese de la atribución del domicilio, en paralelo a dicha medida, se incrementa la pensión de alimentos, justificada dicha medida en que la prestación que hacía *" in natura"* el recurrente respecto a la necesidad de habitación de su hijo, queda sin efecto.

[1181]Id Cendoj: 46250370102014100344
[1182]Id Cendoj: 46250370102014100290

Ni que decir tiene que habrá que atender a las circunstancias del caso concreto y sobre todo al interés del menor, para determinar la limitación temporal del derecho el uso, si bien entiendo que debiera fijarse un plazo máximo de años en cuanto a dicho derecho de uso. Resulta desproporcionado que en muchos casos el límite del uso venga referenciado a que el menor alcance la mayoría de edad o la independencia económica. Imaginemos el supuesto de que la ruptura se produce cuando se trata de menores que apenas cuentan con pocos años de edad; en estos supuestos, y salvo que se produzcan cambios en las circunstancias en las que se adoptó la medida, deben pasar años hasta que el cónyuge propietario pueda recuperar la vivienda o en su caso, poder vender la misma y recoger el importe que le corresponde derivado de la venta. Esta situación, considero que vulnera los derechos del cónyuge copropietario, que queda en una situación mucho más desventajosa que el cónyuge a quien se le atribuye el uso. Si bien es cierto que el interés primordial a garantizar es el de los menores, dicho interés puede quedar igualmente garantizado estableciendo una temporalidad en cuanto a la atribución del uso del domicilio familiar a uno de los progenitores, ya que de este modo quedarán igualmente garantizados los derechos del otro cónyuge copropietario o titular de la vivienda.

Sin perjuicio de la limitación temporal en el uso, la ley prevé que el uso de la vivienda podrá cesar o modificarse, cuando el Juez así lo considere, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario. Podría ser el caso del progenitor, no propietario de la vivienda, al que se le atribuye su uso, y empieza una nueva relación de convivencia en dicha vivienda. Se produce en este caso una evidente situación de abuso y perjudicial para el progenitor propietario y no adjudicatario que se ve privado del uso de su vivienda, teniendo que sufragar los gastos de otra vivienda, y mientras tanto, su vivienda está siendo utilizada por terceras personas que en modo alguno deberían beneficiarse de dicha situación.

5. Medidas novedosas en la atribución del domicilio familiar en el Derecho autonómico

A) La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar en la ley aragonesa

Se trata de otra de las novedades que prevé la ley aragonesa, y uno de los aspectos que mejor evidencian el peso que adquieren los aspectos patrimoniales, frente a los

estrictamente personales, en los supuestos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo de los progenitores.

Se trata de una previsión que contempla la posibilidad de que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar propiedad de los padres, cuando ello fuere necesario para unas adecuadas relaciones familiares. De conformidad con el art. 81.4 del Código aragonés[1183] cuando sea necesario para el mantenimiento de unas adecuadas relaciones familiares, el Juez podrá acordar la venta del inmueble. Obviamente se trata de una opción que sólo será válida cuando concurran dos presupuestos; por una parte, que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores o, más exactamente, tenga la naturaleza de bien consorcial, y por otro, que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y a las de sus hijos.

A mi modo de ver, la venta de la vivienda es la última solución que puede adoptar el Juez, pues siempre que sea posible deberá acordar la atribución del uso del inmueble a uno o varios de los miembros del núcleo familiar, pues no ha de olvidarse que este artículo, como todos los de la sección, debe interpretarse en atención al beneficio e interés de los hijos menores de edad (art. 76.2), y es muy posible que éstos hayan establecido un arraigo social en el entorno de esa vivienda: sus amigos, su colegio, los vecinos, etc. Junto a todo ello, entiendo que al menos una de las partes deberá haber solicitado la venta al Juez para que éste la acuerde, no pudiendo hacerlo de oficio.

La interpretación del precepto lleva a la conclusión de que el acuerdo de venta inmediata o muy próxima a la sentencia es aplicable frecuentemente a los supuestos de custodia compartida[1184] y no tanto de custodia individual. Y aún en el supuesto de custodia compartida sólo se acordará, como he referido, siempre y cuando sea adecuado y necesario para las relaciones familiares y sobre todo en atención al beneficio e interés de los hijos menores de edad.

[1183] *"Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares"*.

[1184] Así lo reconoce la STSJ Aragón de 4 enero 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100001). Como señala el TSJ si el Juez pudiese acordar la venta en el caso de custodia individual, el art. 81.1 Código aragonés carecería de sentido ya que ordena la atribución del uso temporal al progenitor que tiene la custodia individual. Sin embargo, ello no impide que una vez finalizado el plazo de atribución del uso de la vivienda, pueda acordarse la venta. Como sucede en la Sentencia antes mencionada.

En este sentido, parece recoger el precepto la propuesta hecha en este sentido en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, celebrado en octubre de 2009 en Valencia. Aunque técnicamente "es deficiente porque, ni se precisa que tal medida sólo podrá adoptarse por el Juez si media, al menos, petición en tal sentido de una de las partes, ni se contemplan otras posibilidades de realización del valor económico del inmueble, como la adjudicación del dominio sobre la totalidad del inmueble a uno de los cónyuges o progenitores en la liquidación de la sociedad de gananciales, si la vivienda es ganancial, o en la extinción del condominio, si les pertenece en pro indiviso"[1185]. No obstante, no habría inconveniente en que en el término venta se incluyeran todo este tipo de actos de disposición del domicilio[1186].

Por lo que se refiere a la apreciación de esa situación de necesidad para acordar la venta, se hará dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al Juez de primera instancia, debiendo señalar que los Tribunales siguen un criterio muy restrictivo a la hora de apreciar esta necesidad, y por consiguiente autorizar la venta de la vivienda familiar[1187].No obstante, en sentencias como la de la AP de Zaragoza de 22 de julio de 2014[1188], se acuerda atribuir el uso de la vivienda a la madre al ser la parte más necesitada de protección, si bien con el límite previsto por el art. 81.3 del texto aragonés y en combinación con la venta prevista en el art. 81.4, que se juzga necesaria para unas adecuadas relaciones familiares[1189].

Como punto de partida, conviene delimitar los requisitos que exige la ley para que el Juez pueda acordar la venta de la vivienda. El art. 81.4 del Código aragonés establece en primer lugar "*que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores*" y en segundo lugar "*que su venta sea necesaria garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y de las de sus hijos*".

Por lo tanto, el Juez podrá acordar la venta siempre y cuando ésta sea adecuada y necesaria para las relaciones familiares, así como que el uso de la misma sea a título de

[1185] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "A vueltas con la atribución…", cit., pp. 7-10.
[1186] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas a adoptar…", cit., p. 15.
[1187] SAP Zaragoza de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100193).
[1188]Id Cendoj: 50297370022014100235
[1189]SAP Zaragoza de 11 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100071).

propiedad de los progenitores. De la literalidad del precepto se deduce que sólo es posible que el Juez acuerde la venta judicial de la vivienda familiar en aquellos casos en los que ésta es titularidad de ambos o tiene naturaleza consorcial[1190].

Por otra parte sería necesario que al menos una de las partes solicitara la venta al Juez, o bien se muestre conforme con la medida, ya que adoptarla en contra de la voluntad de ambos progenitores sería una expropiación[1191].

Sin embargo, el precepto plantea la necesidad de delimitar correctamente los supuestos en los que cobra sentido la facultad del Juez de acordar la venta de la vivienda familiar, por resultar la misma necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

Para una correcta exégesis es preciso destacar la especial protección que merece, con carácter general, la vivienda ocupada por la familia.

Hay que acudir al art. 190 del texto aragonés[1192] donde se impone, bajo sanción de nulidad, la necesidad del consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto, autorización judicial para los actos de disposición voluntaria, o sustracción del uso común, de los derechos que correspondan a uno de los cónyuges, en todo o en parte, sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario de la misma. Si no existe ese consentimiento ese acto será anulable[1193].La limitación que establece el precepto opera sólo hasta la nulidad, separación o disolución del matrimonio y no después de la ruptura. Al igual que el art.

[1190]En este sentido, LÓPEZ AZCONA, A., "Crianza y educación de los hijos menores de padres…", cit., p. 102.

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA se parte de que la previsión legal parte de que el disfrute de la vivienda sea "a título de propiedad de los padres", echándose en falta una regulación referida al supuesto de acordar o no la venta cuando la propiedad de la vivienda sea de uno de los progenitores y el uso corresponda al otro.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial*…, cit., pp. 1425-1426.

[1191] LANGA MUELA, A., "Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón…", cit., pp. 69-71.

[1192] Este precepto es aplicable en los casos en los que la vivienda pertenezca a uno de los cónyuges en todo en parte, aunque en realidad esta restricción opera cuando la vivienda pertenezca exclusivamente a uno de los cónyuges, porque si la titularidad sobre la misma es común, porque existe entre los cónyuges una copropiedad ordinaria, o bien por aplicación de un concreto régimen económico matrimonial como el consorcial, en tales casos esta exigencia no derivará de este precepto sino de las propias reglas de la comunidad ordinaria- art. 399 CC o del régimen matrimonial en nuestro derecho arts. 229 a 243 Código aragonés.

[1193]FORCADA MIRANDA, F.J., "La vivienda familiar en situaciones de ruptura matrimonial", en *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004. [Consulta: 2 de septiembre de 2015]. Disponible en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002649_02.pdf

1320 C.c. que regula la protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad matrimonial.

Está previsto para los casos en que la vivienda pertenezca a uno de los cónyuges, en todo o en parte, aunque el verdadero sentido de la restricción que impone se encuentra cuando la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges. Para el caso de que la titularidad sobre la misma sea común, por existir entre los cónyuges -o convivientes- una copropiedad ordinaria, o bien por aplicación de un concreto régimen económico matrimonial, en tales casos la exigencia del consentimiento conjunto de ambos resultará de las propias reglas de la comunidad ordinaria –art. 399 C.c.- o del régimen matrimonial –, arts. 229 a 243 del Código aragonés-.

El litigio se plantea cuando se ha tramitado un procedimiento de separación, divorcio o nulidad, o de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo y se dicta sentencia. Es en este momento cuando el Juez debe decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

El progenitor al que se le atribuye el uso de la vivienda adquiere con ello un derecho de habitación que, como he señalado, es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente la acción de división.

A diferencia del Derecho común, el Derecho Civil aragonés en su art. 81.4, no dice nada de que sea necesario requerir el consentimiento de las dos partes o autorización judicial para disponer de la vivienda cuando el uso de la misma corresponda al cónyuge no titular[1194].

CUENA CASAS considera que en una situación de crisis matrimonial lo que merece especial protección es el derecho del cónyuge usuario de poseer el inmueble porque lo importante es que pueda permanecer en la vivienda.

En definitiva, la transmisión del dominio por el cónyuge titular sin el consentimiento del que tiene atribuido el uso no provoca la ineficacia de la transmisión a un tercero que adquiere a domino, si bien se debe respetar el derecho de uso del no titular. Si se ha concedido el uso a quien no ostenta la titularidad del bien, este podrá proteger dicha

[1194] MOLINS GARCÍA- ATANCE, E., “La regulación de la atribución del uso de la vivienda…”, cit., p. 343.

atribución con el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad, y evitar así el principio de fe pública registral contemplado en el art. 34 LH –STS de 22 de abril de 2004 y RDGRN de 20 de febrero de 2004 respecto a la posibilidad de inscripción-.

Por tanto, el cónyuge titular de la vivienda sí que puede transmitir la propiedad a terceros sin el consentimiento del cónyuge no titular. Ahora bien en el supuesto de que sea el cónyuge no titular el que disfrute del derecho de uso de la vivienda éste debe respetarlo. Además que podrá inscribir en el Registro de Propiedad su derecho para que, quede salvaguardado y garantizado.

Por otra parte en el supuesto de que ambos progenitores sean titulares de la vivienda, el cotitular podrá ejercitar la acción de división de la cosa común, a través del procedimiento correspondiente. La acción de división se puede ejercitar con varios fines así por ejemplo para conseguir la cesación de la comunidad ordinaria, o lo que es más frecuente la venta a terceros del bien.

CASTILLA BAREA[1195] considera, que en el art. 81.4 del texto aragonés, no se hace depender la posibilidad de la venta de la petición de la parte al respecto, y que no se exija que ambos sean titulares de la vivienda. Señala que a pesar de que el precepto dice que sea propiedad de los padres, la norma es ambigua y más si se tiene en cuenta el art. 1320 C.c. que dispone que la disposición de los derechos sobre la vivienda puede hacerse con autorización judicial aunque pertenezcan esos derechos a uno sólo de los cónyuges.

Para LÓPEZ AZCONA, que la posibilidad de acodar judicialmente la venta de la vivienda familiar está pensada "únicamente para el caso de que la vivienda familiar tenga la condición de bien consorcial. En tal caso, una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio, se producirá la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho (art. 244 del Código aragonés) Será entonces cuando el Juez, sin tener que esperar a la liquidación del consorcio, podrá hacer uso de la facultad que le otorga el art. 81.4 del texto aragonés y acordar la venta de la vivienda familiar, si lo estima necesario para unas adecuadas relaciones familiares"[1196].

[1195] CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia…", cit., pp. 105-152.
[1196] LÓPEZ AZCONA, A., "Crianza y educación de los hijos menores…", cit., p.103.

Tradicionalmente se ha partido, entiendo que erróneamente, de que el interés de los hijos merecedor de protección, debía satisfacerse necesariamente atribuyéndoles el uso del inmueble que constituyó el domicilio familiar. Ninguna duda cabe de que dicho interés, puede quedar igualmente garantizado proporcionándoles otra vivienda distinta en el mismo entorno, igualmente digna y de características similares a aquella. Para GONZÁLEZ DEL POZO, el interés de los hijos a proteger en el proceso de ruptura de pareja de sus padres, "no debe necesariamente circunscribirse ni tener por objeto la vivienda que ocupaban antes de la crisis familiar". En este sentido, deben admitirse soluciones que signifiquen atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio por un plazo determinado, o su atribución al no custodio, o, incluso, la no atribución del uso a ninguno de ellos si la vivienda pertenece a un tercero, siempre que se garantice la protección del interés de los hijos garantizándoles una vivienda digna en que alojarse en su mismo entorno.

El precepto contempla una solución completamente novedosa, siendo la ley aragonesa pionera en este aspecto, y que por ello cabe elogiar en la medida en que responde a las nuevas realidades sociales y económicas de la actual familia española. En mi opinión, siempre que se den las circunstancias para ello, y tomando las cautelas correspondientes para no dañar el interés de los menores, es una solución que pudiera evitar muchos de los problemas que en la práctica se presentan en el supuesto de la atribución del domicilio familiar. De esta manera, con el precio obtenido por la venta de la vivienda, los progenitores adquieren dos nuevas viviendas, que pueden estar relativamente próximas, para poder ejercitar una custodia compartida. Con esta posibilidad, se continúa respetando el interés superior del menor, en la medida en la que se satisface su derecho de habitación en el mismo entorno en el que vivía hasta la fecha, desapareciendo los problemas derivados de la atribución del derecho de uso en exclusiva a uno sólo de los cónyuges cuando la vivienda pertenece a ambos, o bien, es privativa del otro progenitor.

Es por ello, que el resto de leyes autonómicas debieran haber "copiado" esta previsión que en muchas ocasiones, podrá evitar muchos de los problemas que se plantean en la práctica.

A estos efectos, resulta contradictorio que en situaciones de normalidad del matrimonio o de la pareja, los progenitores puedan decidir libremente cambiar de

domicilio, cambiando a los hijos de entorno y por ello apartándolos de su anterior entorno vital, obligándoles a un gran esfuerzo de adaptación a un nuevo entorno escolar, social, económico, y a veces incluso de idioma y cultura, sin que ello comporte reacción alguna por parte de la ley, y que en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores se obligue a garantizar el derecho a una vivienda digna atribuyéndoles necesariamente el uso de la vivienda familiar. En mi opinión, el interés de los menores puede quedar igualmente garantizado en el supuesto en que habiten en otra vivienda que no sea la vivienda familiar, siempre que la nueva reúna las condiciones de habitabilidad necesarias.

B) La compensación por el no uso de la vivienda familiar en la ley valenciana y en la ley vasca

Igualmente destacable por su novedad, es la previsión legal de la compensación por el no uso de la vivienda familiar que prevé el art. 6.1 de la ley valenciana, así como el art. 12.7[1197] de la ley vasca. Éstas son pues, las únicas leyes autonómicas que, hasta la fecha, establecen esta previsión. El mencionado precepto es de aplicación tanto para el caso en el que se acuerde la custodia compartida como para el caso de que se acuerde la custodia exclusiva de uno de los progenitores[1198].

A este respecto y partiendo de la regulación del C.c., la atribución del derecho de uso al cónyuge que pudiera ser copropietario o no de la vivienda, tampoco va ligado a una compensación económica al cónyuge propietario, de suerte que podrá residir gratuitamente en la vivienda hasta que los hijos menores adquieran la mayoría de edad o se independicen económicamente. Por su parte, el apartado 7 del art. 233-20 del Código catalán, prevé que tanto si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge no beneficiario, la atribución del uso de la misma debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria[1199]que eventualmente devengue el otro cónyuge, si bien no prevé ningún

[1197]Art. 12.7 "*En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja*".

[1198] SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100887).

[1199] También se reconoce así de forma expresa en el art. 274 *Code*

"*Le jugedécide des modalitésselon les quelless'exécutera la prestationcompensatoire en capital parmi les formes suivantes:*

tipo de compensación económica en los términos en que lo establece la legislación valenciana.

De este modo, la regulación del C.c. no contempla ningún tipo de compensación económica, dando lugar a una situación verdaderamente injusta para el cónyuge no adjudicatario, que en ocasiones pudiera ser el propietario exclusivo de la vivienda. Actualmente, resulta habitual que ambos progenitores trabajen y ganen sus respectivos sueldos. Dada la integración de la mujer al mercado laboral y la difícil situación económica atravesada en estos últimos años, no resulta extraño que la capacidad económica de uno y otro cónyuge resulten muy similares. En base a la redacción del Código, si se otorgase la custodia al cónyuge no propietario, aunque su sueldo fuese superior al del propietario de la vivienda, le sería atribuida la titularidad del derecho de uso, teniendo el propietario que salir de su propia vivienda, teniendo que abonar una determinada cantidad mensual para acceder a otra vivienda.

Si alzamos la vista al Derecho extranjero, vemos que la situación difiere a la prevista en el C.c. y se asimila más a la prevista en legislaciones como la catalana y la valenciana. Así, en Francia se prevé expresamente la compensación económica por parte del cónyuge beneficiario[1200]. Por su parte en Italia, el art. 155.4[1201]*Codice*sigue la misma trayectoria

---

1. Versementd'une Somme d'argent, le prononcé du divorcepouvantêtresubordonné à la constitution des garantiesprévues à l'article 277;

2. *Attribution de biensenpropriétéou d'un droittemporaireouviagerd'usage, d'habitationoud'usufruit, le jugement operant cession forcéeenfaveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'épouxdébiteurestexigé pour l'attributionenpropriété de biensqu'il a reçus par succession ou donation*".

[1200] A tal efecto, el art. 262-1 *Code*"*Le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens:*

- *lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à mois que celle-ci n'en dispose autrement;*
- *lorsqu'il est prononcé pour acceptation du príncipe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.*

A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à la quelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'ocassion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf decisión contraire du juge".

Se ve pues que pone de manifiesto la importancia económica del derecho de uso cuando, a la hora de regular los efectos de la sentencia de divorcio, prevé expresamente que "*el disfrute de la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges conservará un carácter gratuito hasta el acta de no conciliación, salvo decisión contraria del Juez*". Se reconoce expresamente que el carácter gratuito del derecho de uso cuanta con una limitación temporal, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español en el que dicha gratuidad reviste carácter indefinido.

Asimismo, el art. 255 del mismo cuerpo legal faculta al Juez para atribuir a uno de ellos el disfrute de la vivienda y el mobiliario familiar precisando su carácter gratuito o no, y eventualmente, constatando el

que el art. 96 C.c., respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar en interés de los menores, sin previsión de compensación económica al respecto. Sin embargo, sí tiene en cuenta a la hora de atribuir dicho uso los ingresos de ambos progenitores, así como el título de propiedad[1202].

Dada la reciente entrada en vigor de la ley vasca, y por lo tanto su escasa incidencia práctica, me voy a centrar en el análisis de la medida que se hace en la ley valenciana así como en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que ya se han emitido al respecto en relación con esta medida. A tal efecto, la norma valenciana prevé en su art. 6.1 que en los supuestos en los que se atribuya la vivienda familiar a uno de los progenitores, si fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y demás circunstancias concurrentes en el caso. Esta compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial[1203].

---

acuerdo de los cónyuges sobre el importe de una indemnización por ocupación. Se reconoce la posibilidad de equilibrar el sistema de atribución del uso de la vivienda por vía de una compensación económica. El art. 285-1 continúa diciendo que si la vivienda familiar pertenece en propio o personalmente a uno de los cónyuges, el Juez podrá atribuirlo en alquiler al cónyuge que ejerza sólo o de forma conjunta la patria potestad de uno o de varios de los hijos cuando estos tuvieran su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exigiese. El Juez fijará la duración del arrendamiento y podrá renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven. En todos los casos, el Juez podrá rescindir el arrendamiento si las nuevas circunstancias lo justificaran.

[1201]"*1. Ilgodimentodella casa familiare è attributotenendo prioritariamente conto dell'interessedeifigli. Dell'assegnazioneilgiudice tiene conto nellaregolazionedeirapportieconomicitra i genitori, consideratol'eventualetitolo di propietà. Ildiritto al godimentodella casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitarestabilmentenella casa familiare o conviva more uxorio o contragganuovo matrimonio. Ilprovvedimento di assegnazione e quello di revoca sonotrascrivibili e opponibili a terziaisensidell'articolo 2643.*

1. *Nel caso in cui uno deiconiugicambi la residenza o il domicilio, l'altroconiugepuòchiedere, se ilmutamentointerferisce con la modalitàdell'affidamento, la ridefinizionedegliaccordi o deiprovvedimentiadottati, ivicompresiquellieconomici*".

[1202] La Corte de Casación italiana, Sección I civil, en Sentencia de 22 de marzo de 2007, núm. 6979 señala que las decisiones respecto de la atribución de la vivienda familiar deben llevarse a cabo teniendo en cuenta el interés de los hijos, no pudiendo ser dispuesta en sustitución de las pensiones de mantenimiento o de la pensión compensatoria. El mismo finaliza en el momento en el que el beneficiario deje de residir de manera estable en la vivienda familiar, cuando conviva maritalmente con un tercero, así como en el momento en el que contraiga nuevas nupcias. En los supuestos de vivienda familiar en arrendamiento, el Derecho italiano opta por la cesión *ex lege*del mismo en favor del esposo al que el Juez haya atribuido el uso de la vivienda.

[1203] La compensación contemplada en el artículo 6 de la Ley valenciana podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. En este sentido "La posibilidad de ser computada dicha compensación como

Se contempla así, de forma expresa, la consideración de la cesión del uso de la vivienda familiar por parte del progenitor propietario pero no adjudicatario del uso, como una contribución en especie al sostenimiento material de los hijos, que servía para aminorar el importe de la pensión de alimentos, sobre la base de que en el concepto de alimentos del art. 142 C.c. se incluyen, entre otras, las necesidades de habitación, que se satisfacen en gran medida con la cesión del uso del domicilio. Se quiere paliar de esta forma el enorme perjuicio que en la práctica se causa al progenitor no adjudicatario de la vivienda, tanto si es cotitular como titular exclusivo de la misma, cuando se le obliga a dejar el domicilio.

Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[1204], la verdadera intención del legislador parece dirigirse más que a una compensación de los alimentos debidos, a una satisfacción de parte de ellos en especie.

En palabras de TAMAYO CARMONA, y en relación con dicha compensación, refiere que permite "computarlo total o parcialmente como contribución a los gastos ordinarios, y por consiguiente, como una forma de pago *in natura* de uno de los elementos del concepto de alimentos (habitación), aunque siempre que así lo decida él, o el Juez. Es decir, una suerte de *iusoptionis* del titular o cotitular de la vivienda privado el uso de recibir una compensación por la pérdida de éste, sea de forma positiva (una determinada cantidad de dinero), sea de forma negativa (disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos)"[1205].

En este sentido se han pronunciado, entre otras[1206], la SAP Valencia de 21 julio 2014[1207], en donde atendidas las dificultades económicas de la progenitora, se establece

contribución a los gastos ordinarios (no a los extraordinarios), siempre que consienta el progenitor que se vea beneficiado con la misma, o se decida judicialmente, se relaciona con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley, dedicados estos gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores…". RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "Atribución del uso de la vivienda y ajuar…", cit., p. 124.

[1204] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial…*, cit., p. 1464.

[1205] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso…", cit., pp. 9-10.

[1206] Entre otras, destacan las sentencias AP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100506); SAP Valencia de 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100603); 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100089); 10 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100530). La Sala fija una "*una compensación económica a cargo de la actora por el uso de la vivienda, de 200 euros al mes, cantidad que se considera adecuada a las circunstancia y a la falta de completa acreditación documental, por parte del demandado, de la suma interesada, por este concepto*"; 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100093). A la petición interesada de la compensación económica por la atribución del uso de la vivienda, dice la Sala que "*debe ser considerada que ya ha sido tenida en cuenta a la hora de*

que "*la compensación económica por el uso de la vivienda, se compute totalmente como contribución del progenitor no custodio a los gastos de sostenimiento de los menores*".

En relación con la medida acordada en dicha sentencia, en mi opinión, la compensación económica por el no uso, no debiera computarse totalmente como contribución del progenitor no custodio a los gastos de sostenimiento de los menores y ello para evitar que cuando cese la atribución de la vivienda, que no hay que olvidar que ahora casi siempre será temporal, y por tanto, cese la compensación, se deba fijar de nuevo la cuantía de los gastos ordinarios. En este sentido SAP Valencia 9 diciembre 2014[1208], donde se fija dicha compensación sin que la misma se compute como contribución del progenitor, en este caso también custodio, a los gastos de mantenimiento del menor, que se fijan aparte.

Esta medida también ha sido objeto de crítica dadas las dificultades prácticas que su aplicación plantea. Ninguna lógica tiene que se establezca la compensación económica para el cónyuge no adjudicatario en aquellos supuestos en los que se haya adjudicado la vivienda tomando en consideración las mayores dificultades económicas del cónyuge adjudicatario. A este respecto ESPARZA OLCINA argumenta la dificultad de su aplicación en muchas ocasiones ya que quien obtiene el uso de la vivienda es el progenitor que carece de recursos, por lo que no podrá pagar la compensación al otro, de modo que parece razonable que habrá que moderar su cuantía atendiendo a las peculiaridades del caso, como parece prever el precepto al referir que se tendrán en cuenta "las demás circunstancias concurrentes en el caso"[1209].

Se trata de una disposición que ha suscitado gran interés práctico, viéndose en ella una de las causas económicas que ha hecho aumentar las pretensiones de custodia compartida (la otra es no quedar obligado al pago de una pensión de alimentos, que, de otro modo, tendría que satisfacer el progenitor no custodio). El establecimiento de un régimen de custodia compartida se utiliza, así, en ocasiones, como un argumento para que no se

determinar la pensión alimenticia, porque uno de los conceptos que integran los alimentos es, conforme al art. 142 del C.Civil, la habitación y es obvio que ese concepto está colmado con el uso de la vivienda que se pone a disposición de la menor. Y a ello obedece el que el importe de la pensión apenas cubra el mínimo vital".

[1207] Id Cendoj: 46250370102014100570

[1208] SAP Valencia de 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100945).

[1209] ESPARZA OLCINA, C., "La guarda compartida en el Código Civil español…", cit., p. 207.

atribuya el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores (lo que tiene escaso éxito, cuando hay hijos menores) o para que se constate más claramente el perjuicio que él no asignatario del uso sufre como consecuencia de dicha atribución, pidiendo, así, la correspondiente compensación económica.

No obstante, ha habido supuestos en los que se ha otorgado la custodia compartida a ambos progenitores, atribuyéndose el uso del domicilio conyugal a uno de ellos, y se ha establecido la compensación económica por el no uso a favor del otro progenitor sin compensarse dicha cantidad con el importe de la pensión alimenticia a satisfacer. En este sentido, la SAP Valencia de 22 septiembre 2014[1210], ante un supuesto de atribución de la guarda compartida, se establece que cada progenitor contribuirá con la cantidad de 125.-E al mes para los gastos del menor, debiendo hacerse cargo de los gastos de alimentación durante el periodo que conviva el menor con cada uno de ellos, acordándose que respecto a la vivienda familia, de propiedad ganancial, al ser ocupada sólo por el padre, "*deberá procederse a compensar su uso a la progenitora en la suma de 200 euros mensuales, que considera la Sala corresponde al alquiler medio de las viviendas en la zona. La fórmula de alternancia en el uso se desestima por los problemas de convivencia que genera el compartir el uso de la misma"*.

Sin embargo, lo cierto es que los Tribunales no se han mostrado todo lo receptivos que cabría esperar en la aplicación de la norma, mostrándose, en general, bastante reacios a fijar la compensación por privación del uso de la vivienda, si bien ello no significa que no se haya establecido esta compensación en supuestos en donde se han dado los requisitos para ello[1211].

A este respecto, la jurisprudencia ha establecido una serie de reglas en torno a esta medida, a destacar:

[1210]Id Cendoj: 46250370102014100649

[1211]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100287); 24 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100050); 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100316); 1 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100224). La Sala fija igualmente dicha compensación por el no uso a favor del esposo, y ello a pesar de ser este titular de otras viviendas, fundamentando la decisión en que "*no puede reducirse ni eliminarse so pretexto del número de viviendas de la que es titular el progenitor, pues en ningún momento se regula por la ley una atribución de uso de vivienda que resulte gratuita para el beneficiario de la medida*".

a)Debe ser pedida a instancia de parte**.** El Juez no puede conceder de oficio la compensación[1212]. Tampoco se concederá en los supuestos en que se haya pedido de forma extemporánea[1213].

b)No es susceptible de petición, como cuestión nueva, en el recurso de apelación. En este sentido SAP de Valencia de 2 de abril de 2014[1214].

c)Resulta imprescindible para su concesión por el Juez, que la petición vaya acompañada de la prueba acreditativa del precio de alquileres similares de la zona.

En este sentido, la SAP Valencia de 25 julio 2012 establece que "*la compensación por privación del uso de la vivienda familiar no puede ser aplicada de oficio, sino sólo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es «el precio de los alquileres de una vivienda de similares características*".

No obstante, y si bien en ocasiones sí que ha sido motivo para su denegación el que no haya acreditado el que lo pide a cuánto asciende un alquiler de una vivienda similar[1215], en otras ocasiones, la falta de acreditación del precio de alquileres de la zona no ha sido obstáculo para que se establezca la compensación económica por la pérdida del uso. En este sentido la SAP Valencia de 10 julio 2014[1216], en donde al amparo del art. 6.1 de la ley valenciana, se establece una compensación económica a cargo de la actora por el uso de la vivienda, de 200 euros al mes, *"cantidad que se considera adecuada a las circunstancia y a la falta de completa acreditación documental, por parte del demandado, de la suma interesada, por este concepto"*.

d)El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser significativo, así como debe justificarse su imposición.

[1212] SAP Valencia de 25 julio 2012 (TOL 2.676.734).

[1213] SAP Valencia de 9 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100295).

[1214]Id Cendoj: 46250370102014100233. Resuelve la Sala que al tratarse de una petición *ex novo* en la alzada, no puede atenderse por impedirlo el principio *"pendente apellatione nihil innovetur"* hoy recogido en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante y a mayor abundamiento la Sala no puede por más que aplicar la previsión contenida en el art. 6 de la ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en el que se dice que esa compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios de los hijos, y así tal y como reza la sentencia de instancia al establecerse la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio se ha tenido en cuenta el que la esposa e hija van a disfrutar de la vivienda sin pago alguno de alquiler durante diez años.

[1215] SAP Valencia de 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001).

[1216]Id Cendoj: 46250370102014100530

La SAP Alicante de 18 diciembre 2012 denegó la pretensión del marido, porque la privación del uso de la vivienda familiar no le suponía perjuicio económico, dado que contaba con ayuda de la entidad financiera en la que trabajaba para el alquiler de una casa, habiendo, adquirido ya la propiedad de otra. Por su parte la SAP Valencia de 23 diciembre 2013 no consideró procedente la compensación solicitada por el padre, porque el uso de la vivienda familiar había sido asignado a la hija (a la que le faltaban tres meses para alcanzar la mayoría de edad) y a la madre, por un período de seis meses, a contar desde que aquélla cumpliera los dieciocho años. En base a dicho uso limitativo a escasos meses, no se consideró que se produjera perjuicio alguno al no adjudicatario.

Por su parte, al SAP Valencia de 16 mayo 2014[1217], revoca el pronunciamiento relativo a la compensación por pérdida de uso de la vivienda familiar, al considerar que "*se ha fijado un tanto mecánicamente, sin justificarse ni su imposición, dado que al parecer el padre cuenta con otra vivienda, ni su importe, pues pese a las alegaciones del recurrido de que fue escasa – 150E al mes - estimamos no puede ser asumida por la progenitora con las pensiones que se han establecido, y en particular la obligación de la recurrente de abonar la mitad de las hipotecas*".

La SAP Valencia de 8 septiembre 2014[1218] deniega la compensación por la pérdida del uso de la vivienda a favor de la esposa fundamentando la denegación en que "*no puede pretender la compensación quien por el momento dispone de una vivienda, aunque sea a título de precario, para alojarse, de modo que no debe realizar ningún desembolso, sin perjuicio de que, como dice la sentencia, tan pronto comience a afrontar gastos por este concepto el demandado deba pagarle 150 euros mensuales. Esta cuantía se considera adecuada, aun a falta de más prueba, teniendo en cuenta la condición común de la misma, así como su ubicación en una población pequeña, de modo que no procede fijarla más elevada*".

e)El tribunal no puede decidir sobre la pretensión de manera aislada, sino que debe valorarla en el contexto de todas las medidas económicas ya vigentes o que vayan a acordarse en la resolución que se dicte, pues, de lo contrario, so pretexto de corregir un desequilibrio económico, se estaría creando uno nuevo; habrá de hacerse una

[1217]Id Cendoj: 46250370102014100340
[1218]Id Cendoj: 46250370102014100608

aproximación más específica a las concretas condiciones de la vivienda familiar y resto de circunstancias concurrentes al caso[1219].

f)Los Tribunales suelen rechazar la petición de la compensación realizada a través de procesos de modificación de medidas, de obtener una compensación por la pérdida del uso de una vivienda asignado antes de la entrada en vigor de la ley, en particular, si la asignación fue pactada por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que esta aplicación sobrevenida de la ley puede romper el equilibrio del conjunto de las medidas adoptadas en su día, las cuales forman un todo, cuyas partes se interrelacionan y se justifican, las unas con las otras.

En este sentido, la SAP Valencia de 4 febrero 2013 observa que "*la compensación establecida por la Ley 5/2011 por el uso de la vivienda no plantea problema alguno cuando tal medida es examinada, por primera vez en un procedimiento matrimonial, o cuando se hace en un procedimiento de modificación en el que se examinan conjuntamente el resto de las demás medidas, ya que, en uno u otro caso, se busca el equilibrio a que se ha aludido anteriormente; pero cuando, como en el caso de autos en esta alzada, solo se examina la citada compensación por el uso, sin entrar en el estudio de las demás medidas económicas al no haber sido recurridas, ello inexorablemente, va a dar lugar a que se rompa el conjunto de las demás medidas de carácter económico en su día adoptadas*". La Audiencia revoca, así, la sentencia recurrida, que había condenado a la mujer a compensar al marido con el pago de 250 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar (asignada al marido en propiedad exclusiva en la liquidación de sociedad de gananciales), el cual había sido atribuido a aquélla hace doce años[1220].

[1219]SAP Valencia de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100423).

[1220]"*En efecto* —dice la Audiencia—, *en su día el juzgador de instancia aprobó el convenio que las propias partes suscribieron, y sólo al albur de la Ley Valenciana, pretende el actor, se señale a su favor una compensación económica por el uso de la vivienda, olvidando que cuando ellos mismos —los cónyuges— suscribieron el convenio, ya tuvieron en cuenta no sólo las necesidades de los menores y las posibilidades económicas de los progenitores, sino, asimismo, que los menores tendrían cubierta su necesidad de vivienda al atribuirse su uso a los mismos, dando lugar al señalamiento de la citada pensión alimenticia, pues de no haber existido vivienda en propiedad o haberse atribuido la misma al esposo, la pensión alimenticia habría sido distinta; y eso mismo acontece cuando la pensión alimenticia es fijada por el Juez: aquilata la misma en función tanto de las necesidades de los hijos como de las posibilidades de los progenitores y, por supuesto, de la existencia o no de una vivienda, tanto en propiedad como en alquiler y de a quien se atribuya la misma, pues como parte integrante de los alimentos que es la vivienda, es elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de señalar la suma de una pensión alimenticia"*.

g) Se rechaza la medida cuando la misma rompa el equilibrio de las prestaciones pactado por las partes. Se refiere al supuesto en que en el convenio regulador suscrito en su día por las partes, ya se tuvo en cuenta a la hora de determinar la cuantía de las pensiones, la atribución de la vivienda a la esposa e hijos; por lo que establecer ahora la compensación por el no uso, rompería el referido equilibrio. En este sentido SAP Valencia de 30 abril 2014[1221].

Con la introducción de esta medida se pretende, al menos en parte, paliar los efectos que para el progenitor no adjudicatario va a suponer la falta de uso, disfrute y disposición de un bien que es total o parcialmente de su propiedad.

Sin embargo, no indica el precepto como se realizará dicha compensación por la pérdida de uso del titular o cotitular no adjudicatario del derecho de uso. Como referente para su fijación, se alude a que se fijará teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de vivienda similares en la zona y luego hace referencia "a las demás circunstancias concurrentes en el caso", pero no concreta cuáles son estas otras circunstancias concurrentes.

Para CONDE-PUMIDO, de entre las circunstancias a tener en cuenta a la hora de fijar la compensación pueden valorarse las siguientes: a) El precio del arrendamiento de viviendas de similares características en la misma zona; b) la capacidad económica de ambos progenitores; c) la modalidad del régimen de convivencia; d) la titularidad exclusiva o compartida del inmueble[1222].

Por su parte, la jurisprudencia ha establecido igualmente que para la determinación del importe de la compensación se tendrá en cuenta el carácter ganancial de la vivienda, la ocupación de la misma por el hijo común de los progenitores, la capacidad económica de los mismos, el importe de la pensión alimenticia establecido a cargo del progenitor no custodio y el precio medio del alquiler de viviendas semejantes[1223].

Es evidente que con esta medida se pretende equilibrar la situación de ambos cónyuges tras la ruptura. Lo aconsejable resultaría atribuir el derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda, siempre que el otro cónyuge pueda acceder a otra vivienda que

[1221]Id Cendoj: 46250370102014100280
[1222]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia…", cit.
[1223] SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100887).

satisfaga adecuadamente el derecho de habitación de los menores, respetando los requisitos básicos para poder ejercitar una custodia compartida. En caso de que no concurriese dicha circunstancia, el cónyuge beneficiario podría compensar económicamente al cónyuge titular bien a través de una compensación económica o bien disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos. Para el supuesto en que el cónyuge adjudicatario tuviera una situación económica tan deficitaria que le impidiera compensar económicamente al cónyuge no adjudicatario ni disminuir la pensión alimenticia de los hijos, podría establecerse que esta circunstancia se valorara en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, si fuera el caso de la que la vivienda fuera de ambos. Sin perjuicio de la medida prevista de compensar económicamente al cónyuge no adjudicatario, la jurisprudencia ha establecido otras opciones como la consistente en que el cónyuge adjudicatario de la vivienda, deba satisfacer la totalidad del importe de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la misma. Considera la Sala que "*asegurar su pago a través de la compensación del uso resulta ser una solución acertada, y exenta de riesgos que tiene por finalidad asegurar a su vez la continuidad en el uso de la vivienda*"[1224].

C) La no atribución del uso de la vivienda familiar cuando exista la posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar

La ley valenciana contempla igualmente como novedad, en su art. 6.2[1225] que, salvo acuerdo en contrario de los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común a ambos, y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como residencia familiar[1226]. Se elimina de este modo la adjudicación de un derecho de uso sobre la

[1224] SAP Valencia de 9 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100151).

[1225] "*Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar*".

[1226] En este sentido, SAP Valencia de 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001). La Sala, teniendo en cuenta los menores ingresos de la esposa, y teniendo en cuenta que el esposo es propietario no sólo de la vivienda familiar sino de otra, justifica la asignación a la misma del uso de la vivienda familiar, hasta la mayoría de edad de la hija, sin que tenga que pagar una compensación por el uso de la vivienda que se computará en todo caso como contribución del actor a los gastos de la hija, para lo que se tiene en cuenta no sólo los menores ingresos de la demandada, sino también que el actor no ha acreditado a cuánto asciende

vivienda familiar cuando pertenezca al cónyuge no tributario del uso, o pertenezca a ambos progenitores y el cesionario disponga de otra vivienda apta para cumplir las condiciones de habitabilidad familiar. Si esta circunstancia fuera posterior, sobreviniendo a la adjudicación, procedería la extinción del derecho de uso.

A la vista del precepto, resulta coherente con la normativa valenciana establecer un límite a esa atribución en el uso, y ello con la finalidad de evitar el abuso que pudiera darse por parte de un progenitor en usar una vivienda perteneciente al otro, teniendo unos derechos sobre un inmueble que pueda ser destinado a vivienda habitual.

Se trata de una previsión legal contemplada expresamente tanto en la normativa valenciana como en la catalana, siendo que la norma aragonesa no hace mención expresa a esta posibilidad.

Con este precepto se quieren evitar situaciones injustas como las que se producen cuando se adjudica a un progenitor el uso de la vivienda conyugal, bien por serle atribuida la custodia exclusiva de los hijos menores, bien por ser el progenitor económicamente más débil, cuando ese mismo progenitor tiene a su disposición otra vivienda que puede satisfacer sus necesidades habitacionales, privando al titular del domicilio familiar del uso de su vivienda y obligándole a buscar otra, con el consiguiente desembolso económico que ello le supone. Mientras, el otro se convierte en el poseedor no propietario de la vivienda que fue conyugal y a su vez, en el propietario no poseedor de otra que puede incluso explotar económicamente (por ejemplo, arrendándola a terceros). Esta circunstancia puede tenerse en cuenta, bien en el primer momento de adjudicación del uso del domicilio conyugal, bien *a posteriori* por haber adquirido el adjudicatario del uso esos derechos respecto de otra vivienda (por ejemplo, por heredarla con posterioridad a la ruptura matrimonial). En este caso, se revocaría la adjudicación del uso del domicilio, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

La previsión legal es justa y razonable y ello independientemente de la modalidad de custodia que se adopte[1227]. Ningún cónyuge puede pretender seguir viviendo en la

un alquiler de una vivienda similar, lo que es necesario para fijar la compensación prevista por la ley, y ni siquiera incluyó esta pretensión en su demanda, regida por el principio dispositivo al tratarse de una prestación económica entre personas mayores de edad.

[1227] En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Los efectos derivados de las crisis conyugales…", cit., p. 168.

vivienda familiar que sea común o privativa del otro, en el supuesto en que disponga de otra vivienda que pueda ocupar y que satisfaga adecuadamente la necesidad de habitación de los menores[1228].

Es de destacar que la norma exige que sea "*titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar*", habrá que interpretar este inciso en sus justos términos. Así, no será suficiente pues, que uno de los progenitores permanezca en precario en otra vivienda facilitada por algún familiar, como pudieran ser sus padres, pues "*la permanencia en precario no implica la existencia de derecho alguno, siendo la base única de su existencia la mera tolerancia…*"[1229].

Por último, y en relación con las llamadas segundas residencias, el art. 6.4 de la norma valenciana dice que "*el régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias*". Esto implica que, en defecto de pacto de las partes (que al respecto pueden acordar lo que estimen conveniente sobre el destino de las segundas residencias), no procede efectuar ningún pronunciamiento sobre estas viviendas atendiendo a los criterios contemplados en la ley para el domicilio familiar. La jurisprudencia ha sido tradicionalmente contraria a la regulación judicial de esas viviendas, sobre la base de una interpretación estricta del art. 96 C.c. que nada dice al respecto, a diferencia de otros textos legales como el catalán, que en su art. 233-20.6 establece que, en el caso de que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer las necesidades de los hijos y del progenitor custodio, su uso puede atribuirse al interés que lo merezca.

En este sentido CONDE-PUMPIDO[1230] refiere que si no hay acuerdo, el Juez únicamente podrá acordar sobre el destino de las llamadas segundas residencias "cuando

Refiere que es completamente razonable, incluso aun en el caso de que se haya establecido un régimen de convivencia a favor de uno sólo de los progenitores pues éste no puede pretender continuar en el uso de la vivienda familiar que sea común o privativa del otro, si dispone de otra vivienda que pueda ocupar y que satisface la necesidad de habitación de los menores.

[1228]Así, entre otras, las sentencias AP Valencia de 17 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100756); 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350). Ante un supuesto de atribución de la custodia compartida, siendo el que había sido el domicilio familiar de propiedad privativa del esposo y ostentando la madre otra vivienda, la Sala considera adecuado limitar temporalmente el uso de la referida vivienda familiar a la madre a unos meses, habida cuenta las circunstancias del caso, que justifican la decisión acordada.

[1229] SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100337).

[1230]CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia…", cit.

concurran en el caso concreto circunstancias especiales que lo justifiquen (por ejemplo, que el progenitor al que no se adjudica el uso del domicilio conyugal pueda satisfacer sus necesidades de morada con el uso de la segunda residencia, de forma que se ahorre a la unidad un nuevo gasto derivado del arrendamiento de otra vivienda). No se puede olvidar que en lugares como Castellón, donde gran parte de la población tiene la costumbre de veranear a 10 kilómetros de su casa (generalmente en Benicásim), la existencia del apartamento de verano permite a menudo dar una salida y una solución más fácil al conflicto familiar compensando al progenitor que no queda en el domicilio familiar con el uso de esta segunda vivienda".

III. LA INCIDENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE LOS MENORES

1. Consideraciones generales

A ninguna razón escapa el hecho de que en función de la modalidad de custodia que se adopte, bien sea por acuerdo entre las partes o bien sea por decisión judicial, dicha decisión va a tener una incidencia clara en la determinación de las pensiones alimenticias y demás gastos referentes a los menores, y todo ello sin perjuicio de los ingresos con los que cuenten cada uno de los progenitores. Los progenitores tienen obligación de contribuir a la satisfacción de las necesidades de sus hijos, debiendo ser cubiertas dichas necesidades tomando en consideración el nivel de vida disfrutado por el menor antes de la crisis familiar. En la práctica, el progenitor no custodio es el obligado a abonar a favor del menor la pensión de alimentos en la cuenta designada por el progenitor custodio, pero ¿qué ocurre en los supuestos en los que se acuerda la guarda y custodia compartida? ¿Subsiste la pensión alimenticia como tal?

Si bien la creencia generalizada es que cuando se acuerde la modalidad compartida, no habrá lugar al establecimiento de pensiones alimenticias a favor de los hijos menores o mayores económicamente dependientes de los padres, es evidente que el hecho de que se acuerde dicha modalidad de custodia hace persistir la obligación alimenticia de los progenitores respecto de sus hijos, con todas sus características de cobertura de sus necesidades, así como tomando en consideración la proporcionalidad entre los

progenitores con respecto a sus medios, siendo éste el factor crucial a la hora del establecimiento o no de la pensión.

Parece evidente que en los supuestos en que se acuerde la modalidad compartida, y a fin de que queden garantizados los derechos de los menores y que éstos puedan seguir disfrutando del mismo nivel de vida que tenían antes de la ruptura de sus progenitores, en modo alguno debe afectarles el que éstos cuenten con más o menos ingresos para garantizar ese equilibrio al menor.

Para PÉREZ MARTÍN, en consonancia con los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, "no es razonable que en los casos en que se establece la custodia compartida se deje de forma anárquica la atención de las necesidades de los hijos a lo que de cada día o semana resulte, sino que han de ser ordenadas, bien por los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, o por las medidas que se establezcan en las sentencias"[1231].

Por su parte, MECO TÉBAR refiere que la afirmación de que la custodia compartida significa que no hay que satisfacer pensión de alimentos, lleva implícita en sí misma "una consecuencia sustancialmente injusta para los menores en aquellos casos, muchos, en los que un progenitor tiene unos recursos económicos superiores al otro, pues ello supondría trasladar los desequilibrios a la espera de la estabilidad de los menores"[1232].

A lo largo de este epígrafe voy a tratar, partiendo del estudio de la regulación que ofrecen las distintas leyes autonómicas (pues el legislador estatal no contempla esta cuestión), así como del estudio jurisprudencial realizado, cuál va a ser la incidencia que va a tener en los supuestos en que se acuerde la guarda y custodia compartida, la determinación de los gastos referentes a los menores, así como los aspectos clave para su determinación y cuantificación.

[1231] PÉREZ MARTÍN, A.J., ¿Qué sistema es el más adecuado para atender las necesidades económicas de los hijos cuando se acuerda la custodia compartida", en *Revista Abogados de Familia* [en línea], núm. 72, 2014, p. 10. [Consulta: 31 de enero de 2015]. Disponible en: http://www.aeafa.es

[1232] MECO TÉBAR, F., "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida" en *Revista Boliviana de Derecho* [en línea], núm. 3, 2015, pp. 178-179. [Consulta: 12 de octubre de 2015]. Disponible en: http://www.revistabolivianadederecho.org

2. La pensión de alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida

A) Consideraciones generales. Breve aproximación a la regulación en el Código Civil y en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar

La STS de 1 marzo 2001[1233] refiere que *"la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia"*.

Así, si se parte de la regulación del C.c., la obligación de alimentos para los hijos comunes se recoge en el art. 154.1 C.c., dentro de los deberes de la patria potestad; el deber de alimentar a los hijos menores constituye una prestación más amplia que la contenida en el art. 143 C.c. A tal efecto, y entre los efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio de la pareja, el art. 93.1[1234]C.c. establece la obligación de cada progenitor de contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos. Refiere igualmente el precepto que el Juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, acomodando las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

En el supuesto de los hijos mayores de edad, el art. 93.2 C.c. deja claro que la prestación se fundamenta en la dependencia económica y en la convivencia con el progenitor que reclama la pensión. La pensión alimenticia de los hijos se fundamenta en el criterio de la necesidad, debiendo atenderse tanto a las efectivas necesidades de los mismos como alos medios económicos de que dispone el obligado, sin olvidar asimismo los recursos y posibilidades del guardador (art. 93, 145, y 146 C.c.), agregando que este principio genérico, cuando se trata de hijos menores, debe matizarse en el sentido de que la colisión entre las necesidades de los progenitores y las de los hijos debe decantarse a favor de los hijos, dada su situación de necesidad, de modo que los padres deben sufrir el

[1233] Id Cendoj: 28079110012001101467. La referida sentencia aclara la distinción entre lo que es la asistencia debida a los hijos durante la minoría edad, dimanante de la patria potestad y por ello, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales (arts. 110 y 154.1º C.c.) y la institución de los alimentos entre parientes (art. 142 C.c.), que tiene su fundamento en la solidaridad familiar dentro de la escala fijada en el art. 143 C.c.

[1234] *"El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento"*.

sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo.

La fijación de estas medidas debe venir determinada conforme a los principios de necesidad de los hijos, privación y renuncia de los padres y ponderación equilibrada de las circunstancias concurrentes en todos ellos. En este sentido, y para el supuesto de que sólo uno de los progenitores tenga que hacer frente al pago de la pensión alimenticia, el hecho de que dicho progenitor tenga una holgada situación económica no debe comportar que la pensión del hijo tenga que ser desorbitada, sino que ésta deberá establecerse teniendo en cuenta las necesidades del menor, y no tanto la posición económica del progenitor que tenga que hacer frente a ella[1235]. La regla debe ser la proporcionalidad entre los medios del progenitor y las necesidades del menor.

Como recientemente se ha pronunciado la SAP Valencia de 7 julio 2014[1236],"*a efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del C.c. tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942 , 24 febrero 1955, 8 marzo 1961, 20 abril 1967, 2 diciembre 1970, 9 junio 1971 y 16 noviembre 1978) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad"*.

Al igual que sucede en el supuesto de la atribución del domicilio familiar, el legislador estatal no dedicó ni una sola línea en la reforma de 2005 a la determinación de la pensión alimenticia en los supuestos de que se acuerde la guarda y custodia compartida, de ahí que

[1235] SAP Madrid de 21 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079370222014100883).
[1236]Id Cendoj: 46250370102014100513

haya sido la práctica de los Tribunales la que ha ido resolviendo y sentando las directrices de actuación en este supuesto.

Afortunadamente, y frente a la deficiente regulación del C.c. en esta cuestión, el Anteproyecto sí toma en consideración en su art. 93[1237], al margen y además de las necesidades de los menores, otras circunstancias como los recursos económicos de cada progenitor, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, haciendo referencia indirectamente con esta expresión a la modalidad de custodia que se haya acordado para con éstos, siendo que en función del tiempo en que el menor conviva con cada progenitor, ello será igualmente un factor a tener en cuenta para fijar la contribución de cada uno de los cónyuges a los gastos y necesidades de sus hijos[1238].

De igual modo, y siguiendo la línea de la ley aragonesa y valenciana que seguidamente expondré, el Anteproyecto también prevé una clasificación de los gastos de los menores en ordinarios, voluntarios y extraordinarios. En cuanto a la forma de contribuir a estos gastos por parte de los progenitores, también se remite a los parámetros

[1237] *"1. El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares, en su caso, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. 2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Serán gastos necesarios extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad. 3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. 4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes. 5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en los artículos 151 y 152".*

[1238] El art. 5 del Anteproyecto que prevé la modificación del art. 90 C.c. en su apartado c), prevé contemplar como circunstancia a tener en cuenta "*el tiempo de permanencia de los menores con sus padres*", como factor a valorar en la determinación de la contribución de los progenitores a los alimentos de los hijos.

recogidos por las leyes autonómicas referidas, atendiendo para su determinación a la capacidad económica de los cónyuges, las necesidades de los menores, la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda familiar y el tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres. Los voluntarios y extraordinarios dependerán de la capacidad económica de los cónyuges. Se limita temporalmente la obligación de abonar la pensión alimenticia hasta la independencia económica de los hijos o, cuando estando en disposición de obtenerla, no la tengan por causa que les sea imputable.

B)Doctrina del TS sobre la contribución de los progenitores a los gastos de los menores en los supuestos de custodia compartida

Dada la ausencia de previsión por parte del legislador estatal, la jurisprudencia del TS viene sentando los criterios en cuanto a la forma en que los progenitores deben contribuir a los gastos de sus hijos en los supuestos en los que se acuerde la custodia compartida. Gracias a ésta, se vienen sentando los pormenores de una realidad que constituye en la práctica una fuente inagotable de conflictos que pueden redundar en el interés de los menores[1239].

En función de la capacidad económica con que cuenten cada uno de los progenitores, se pueden plantear varios escenarios posibles:

1.- Por una parte, aquella situación en la que los progenitores cuenten con similar nivel de ingresos.

En este caso, se establece la opción de que cada progenitor se haga cargo de los alimentos cuando tenga consigo al hijo, debiendo hacer frente por mitad o en un porcentaje similar a los gastos extraordinarios[1240]. En esta misma situación, una variante del anterior, es que cada progenitor por una parte, se haga cargo en solitario a los gastos de alimentación y vestido del menor cuando los tenga en su compañía, así como a los gastos de habitación de la vivienda en la que resida en cada momento, así como igualmente, se

[1239] MECO TÉBAR, F., "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia…", cit., p. 176.

[1240] En este sentido se han pronunciado las sentencias TS de 18 noviembre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100582); 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100736); 19 julio 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100441).

También la sentencia TS de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100512), al referir que "*Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%".)* o en un porcentaje determinado, en función de la capacidad económica de cada progenitor.

abra una cuenta conjunta en la que cada progenitor abonará una cantidad mensual igual para ambos, en la que se cargará el recibo de comedor, así como el de otros gastos extraordinarios del hijo que puedan surgir y que las partes abonarán al 50% previo consentimiento expreso de ambos respecto al concepto y a la cuantía del mismo[1241]. Por último, también se ha recogido la posibilidad de que se abra una cuenta a nombre del menor, en la que mensualmente se ingrese una cantidad igual por cada uno de los progenitores, debiendo cargarse en dicha cuenta los gastos del colegio (libros, material escolar, chándal), las actividades extraescolares en las que estén de acuerdo, los gastos extraordinarios necesarios (médicos o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social) y aquellos otros gastos extraordinarios en los que estén de acuerdo[1242].

2.- Los supuestos en los que habida cuenta el distinto nivel de ingresos entre los progenitores, o porque uno de ellos no cuente con ingresos, haya desequilibrio económico entre ellos.

Parece lógico pensar que deberá aportar más para cubrir las necesidades del menor el que más gane. Por ello, se establece la opción de fijar una pensión de alimentos para el menor cuando esté con el progenitor que tiene mayores dificultades económicas, y por ello, no pueda hacer frente a sus gastos durante el periodo de tiempo en que conviva el menor con él. En este caso, se establece una pensión de alimentos a favor del progenitor más necesitado, que deberá abonarse por el otro progenitor custodio con mayores ingresos, así como que los gastos extraordinarios, siempre que se realicen previo acuerdo de ambos, se abonen por mitad o en un porcentaje distinto, sin perjuicio de que en caso de desacuerdo decida el Juez[1243].

Por su parte, otra de las posibilidades existentes en los supuestos de desequilibrio entre los progenitores es la que refiere MECO TÉBAR de "visualizar repartos de la pensión de alimentos en custodia compartida que responden a ratios de 60 y 40% o de 70 y de 30% que se calcula sobre la cuantía total a aportar por los dos progenitores con la que

[1241] STS de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100512).
[1242] STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681).
[1243] Así se ha pronunciado la STS de 24 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100540).
De igual modo, la SAP Asturias de 17 abril 2009 (Id Cendoj: 33044370042009100117) establece un sistema de custodia compartida por meses y, sobre la base de la peor situación económica de la madre, se fija una pensión a cargo del padre a abonar en los meses en que el hijo común esté con la madre.

se estima cubren todas las necesidades del menor"[1244]. De igual modo, se podría seguir igual criterio para el reparto del resto de los gastos existentes[1245].

En los supuestos en los que uno de los progenitores no cuente con ingresos, se llegó a plantear por un sector doctrinal minoritario que, en este supuesto, no debiera de adoptarse el régimen de custodia compartida[1246]. Discrepo de tal razonamiento ya que en este supuesto, se estaría privando al menor de contar con la compañía de los dos progenitores y al progenitor que carece de ingresos a poder ejercer la corresponsabilidad familiar.

Por ello, y como refiere nuestro más Alto Tribunal, no por el hecho de establecerse la custodia compartida, va a conllevar que se extingan las pensiones alimenticias que el progenitor no custodio abonaba al custodio, sino que continuará manteniéndose la pensión alimenticia fijada si bien los gastos extraordinarios de los menores serán sufragados por ambos progenitores por mitad[1247]. Ello tiene su fundamento en la deficiente situación económica de uno de los progenitores que justifica el mantenimiento de la pensión de los menores a fin de garantizar el interés de éstos.

C)La pensión alimenticia en los supuestos de custodia compartida en el Derecho autonómico

Como he referido antes, y frente a la deficiente regulación del C.c. en esta cuestión, las leyes autonómicas sí que han previsto de forma más detallada, los parámetros a tomar en consideración para determinar la manera en la que cada cónyuge debe contribuir a los gastos de los menores en los supuestos en que se acuerde la guarda y custodia compartida. Aspectos como la proporcionalidad entre los recursos de los progenitores[1248], las necesidades del menor, el tiempo que el menor conviva con cada uno de ellos, así como la

[1244] MECO TÉBAR, F., "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia…", cit., p. 183.

[1245] Por su parte, la SAP Alicante de 24 abril 2009, establece un sistema de abono consistente en que cada progenitor sufrague los gastos de manutención cuanto tengan consigo a la hija común y en cuanto "*a los demás gastos ordinarios y extraordinarios*" de la menor, se acuerda que "*por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia*".

[1246] IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida* …, cit., p. 123. Refiere que la precariedad de uno de los progenitores dificultaría la adopción de la modalidad compartida por no poder responder materialmente de la situación derivada de dicha modalidad de custodia.

[1247] STS de 25 abril 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100184).

[1248] Al respecto del criterio de la proporcionalidad, se encuentra igualmente previsto en el art. 146 C.c. al referir que "*la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los percibe*".

atribución de la vivienda familiar, serán determinantes para fijar la contribución a los gastos y necesidades de los menores.

De este modo, se supera ya el concepto de pensión alimenticia para referirse a la contribución a los gastos, ordinarios y extraordinarios de los menores. Todas ellas parten de la premisa de que la obligación de asistencia tras la ruptura de la convivencia sigue vinculando a ambos progenitores, independientemente de la modalidad de custodia que se acuerde, y por lo tanto, la adopción de la modalidad compartida no conllevará que no se pueda fijar una pensión alimenticia a favor de los menores con cargo a uno de los progenitores[1249]. Todas ellas se han hecho eco de los principios de proporcionalidad y necesidad reflejándolos en sus articulados[1250]. De igual modo, se han venido estableciendo por las diversas Audiencias Provinciales diversos modos de contribuir a los gastos en función de la capacidad económica de cada uno de los progenitores.

a) La ley aragonesa

Por lo que se refiere a la normativa aragonesa, el art. 76.1 del Código aragonés refiere que la ruptura de la convivencia no afecta a los derechos y obligaciones derivados de la autoridad familiar, entre los que se encuentra el deber de asistencia. De igual modo, el art. 65 establece para quienes ejercen la autoridad familiar la obligación entre otras de proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica de acuerdo con sus posibilidades, así como de educarlos y procurarles una formación integral.

La norma general contenida en el art. 82.1 del Código aragonés prevé que "t*ras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo"*.

El problema será determinar en qué manera deben de contribuir cada uno de ellos.

A tal efecto, el Juez tomará en consideración factores como la modalidad de guarda y custodia establecida, así como las necesidades de los hijos y los recursos económicos

[1249] En este sentido, la SAP Valencia de 23 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100158) refiere que "*el establecimiento de un régimen de custodia compartida no excluye que se fije pensión de alimentos a cargo de un progenitor*".

[1250] MECO TÉBAR, F., "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia…", cit., p. 180.

Refiere que dichos principios quedan reflejados en art. 8.1 y 2 de la Ley aragonesa 2/2010, el art. 7.1 y 3 de la Ley valenciana 5/2011, así como en el art. 233.10.3 de Libro Segundo del Código catalán, que refiere que "*la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos*".

disponibles de los progenitores. Ello supone que con independencia del régimen de guarda y custodia establecido, ambos progenitores deben colaborar en el sostenimiento de los gastos de todos y cada uno de sus hijos. Y la contribución no será proporcional al tiempo que pasarán los hijos bajo la guarda y custodia de cada uno, sino que se determinará en función de los recursos económicos de cada uno de ellos, y ello sin perjuicio del tiempo de estancia con cada uno de ellos.

A estos efectos, el apartado tercero del art. 82 establece que en función de la modalidad de custodia acordada, se fijará la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos, añadiendo que si fuera necesario, se fijará un pago periódico para los mismos.

El precepto ordena que, sin excepción, los padres deben contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos tras la ruptura de la convivencia, y establece como módulo general para determinar la contribución de cada progenitor a los gastos de asistencia el principio de proporcionalidad, estableciendo que *"ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos"*. Este principio, que va a ser tomado igualmente como referente en el resto de leyes autonómicas, y regirá tanto para los gastos ordinarios como para los extraordinarios, si bien no regirá para los extraordinarios no necesarios, donde se aplicarán otros módulos de reparto que luego expondré.

El art. 82[1251]del texto aragonés, referido a los gastos de asistencia de los hijos, establece en sus distintos apartados, diferentes módulos de reparto en función del carácter ordinario o extraordinario de los gastos, y distinguiendo a su vez, dentro de estos últimos, según sean necesarios o no. Esta será igualmente la clasificación que se siga en la ley valenciana.

[1251]*"**1.**Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.*

***2.** La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.*

***3.**El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.*

***4.**Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto".*

Por lo que se refiere a los gastos ordinarios, refiere LÓPEZ AZCONA que el criterio de proporcionalidad rige entre, de un lado, las necesidades de los hijos, y de otro, los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de los propios hijos. En cambio, para los gastos extraordinarios necesarios, el único factor a valorar a efectos de la proporcionalidad es el de los recursos económicos de los progenitores[1252].

Por su parte, y en contra de la práctica forense generalizada en los Juzgados de Familia de establecer que los gastos extraordinarios se sufragarán por ambos progenitores por mitad, la proporcionalidad supone admitir que los gastos extraordinarios pueden satisfacerse en proporciones distintas (por ej., 70%, uno; y 30%, el otro) cuando existan notables diferencias entre la capacidad económica de uno y otro progenitor[1253].

En cuanto a los gastos extraordinarios, se deduce del precepto que éstos se determinarán en función de los recursos disponibles por cada uno de los progenitores.

Me voy a centrar únicamente en la incidencia que va a tener en los supuestos de la modalidad compartida los gastos de asistencia de los hijos, distinguiendo según se trate de gastos ordinarios o de gastos extraordinarios.

Cuando los órganos judiciales optan por la custodia compartida, la doctrina jurisprudencial distingue entre lo que son gastos de manutención y alojamiento y los restantes gastos ordinarios.

Así, para los gastos de manutención y alojamiento (alimentación, habitación, higiene personal) es doctrina reiterada que su abono corresponderá al progenitor custodio en el periodo que se generan[1254].

Por su parte, y respecto al resto de los gastos ordinarios, diferentes a los de manutención y alojamiento, tales como la ropa, los gastos derivados de guardería o de colegio, material escolar, libros, uniforme, comedor, excursiones, y las clases de apoyo, si son necesarias, es doctrina del TSJ Aragón que los mismos, deben ser abonados por mitad por ambos progenitores, aplicando el principio de proporcionalidad, o bien acordando el

[1252] STSJ de Aragón de 25 de septiembre de 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100020); SAP de Zaragoza de 13 de marzo de 2013(Id Cendoj: 50297310012013100012).

[1253]GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación…", cit., p. 9.

En este sentido, destacar la SAP Zaragoza de 23 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022015100212).

[1254] En este sentido, STSJ Aragón de 9 abril 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100008).

establecimiento de una cantidad fija mensual para atender gastos que podríamos denominar ordinarios de los menores (colegio, comedor escolar, ropa, libros texto, etc.) y que abonarán ambos progenitores en función de la capacidad económica de cada uno de ellos[1255].

De igual modo, en ocasiones también se ha optado por establecer que los gastos de alimentación vayan a cargo del progenitor que en cada caso ostente la guarda y custodia, y respecto a los gastos ordinarios de educación y extraordinarios necesarios, que se satisfagan al 50% entre ambos. Respecto a los gastos extraordinarios no necesarios, a falta de pacto, a cargo del que haya decidido la realización del gasto[1256].

En cuanto a la forma de hace efectiva dichos gastos ordinarios, en la práctica la forma habitual suele ser la apertura de una cuenta conjunta a nombre de ambos progenitores en la que domiciliarán dichos gastos, si bien en ocasiones, también se deja esta cuestión a lo que las partes acuerden al respecto. Cada uno de los progenitores ingresará en la referida cuenta una cantidad que puede ser igual o no[1257], en función de la capacidad económica de cada uno de ellos.

Si bien la jurisprudencia prescinde, en ocasiones, de fijar una pensión de alimentos en los supuestos en los que se acuerde la custodia compartida, hay pronunciamientos en que se desvincula del planteamiento mayoritario para imponer una pensión de alimentos al progenitor con mayores posibilidades económicas, al amparo de lo dispuesto en el propio Código aragonés, art. 82.3 *in fine*. Dicho precepto, faculta al Juez a fijar un pago periódico entre los progenitores cuando las circunstancias así lo aconsejen. En estos supuestos se

[1255]De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100246); 8 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100223); 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100249). En ésta, la Sala resuelve en cuanto a la cuestión de las pensiones alimenticias en un supuesto de custodia compartida que "*Los progenitores se harán cargo de los gastos ordinarios de alimentación, vestido, ocio, recreo y entretenimiento de los menores en los periodos en los que corresponda la convivencia con cada uno de ellos. Los cónyuges abonarán mensualmente en concepto de contribución a los gastos de los hijos comunes la cantidad total de 600 euros, debiendo el padre ingresar en la cuenta de titularidad conjunta que al efecto se apertura la cantidad de 400 euros, y la madre 200 euros. Dichas cantidades se actualizarán anualmente en proporción a las fluctuaciones del IPC oficialmente publicado por el INE, u organismo administrativo que en el futuro le sustituyera, o asumiera sus actuales competencias en la materia*". Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, establece que "*se abonarán por ambos progenitores en la misma proporción antes establecida (2/3 a cargo del padre, y 1/3 a cargo de la madre)*".

[1256]SAP Zaragoza de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100114).

[1257]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 23 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022015100212); 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100272); 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100375).

podrá establecer que, al margen y además de que cada progenitor sufrague los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, etc. de los menores, correspondientes a las épocas que éstos permanezcan con cada uno de ellos, a cargo del progenitor con mayor capacidad económica y siempre que el otro carezca de ingresos y por tanto tenga mayores necesidades, se satisfaga una pensión mensual para contribuir a los gastos de los menores a cargo del progenitor con mayores ingresos[1258]. Lógicamente esta pensión podrá extinguirse o condicionarse a que el progenitor con dificultades económicas o en situación de desempleo encuentre trabajo.

Cuando el Juez establezca una atribución separada de los gastos, la utilidad del pago periódico de una cantidad pecuniaria radica en compensar los desequilibrios que pueda conllevar la distribución. Por ejemplo, pensemos en un régimen de custodia compartida en el que la distribución de los periodos entre los progenitores genera una relación total de dos tercios en favor de la madre. Los gastos producidos por los hijos en cada periodo serán asumidos por el progenitor custodio en ese lapso de tiempo. Ambos progenitores tienen una solvencia económica similar. El otro progenitor asume la custodia un tercio del tiempo, y en consecuencia los gastos que tiene que afrontar serán previsiblemente menores. Para equilibrar este balance el Juez podrá establecer el pago de una determinada cantidad del padre a la madre durante los periodos en que ésta ejerce la custodia.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios (prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares, etc.), el art. 82.4 establece distintas pautas en función de si son necesarios o no necesarios, tarea ésta que genera mucha litigiosidad en la práctica. Los gastos extraordinarios necesarios, esto es, aquellos gastos que no son habituales y que son imprevisibles, deben ser sufragados por ambos progenitores en proporción a la capacidad

[1258]Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 24 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100050); 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100099); 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100217); 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100317), en donde se establece que respecto a la contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Derecho Foral de Aragón. La diferencia de ingresos entre ambos progenitores ya indicada "*legitima una alteración en la contribución a los mismos, así la contribución mensual del apelado que la Sentencia fija por igual en 175€ para ambos, se eleva para aquél a 260€ mensuales y la contribución a los extraordinarios será de 60% para el apelado, el 40% para la recurrente, revocándose la Sentencia en este apartado*".

De igual modo, STSJ Aragón de 6 abril 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100011).

económica de cada uno de ellos[1259]. No obstante ser éste el criterio jurisprudencial mayoritario, no son pocas las sentencias que optan por aplicar el criterio de igualdad en el reparto de los gastos y hacer un reparto al 50% entre ambos[1260]. Como refiere LÓPEZ AZCONA, si bien pudiera ser que este criterio de aplicación por los órganos judiciales obedezca a que ambos progenitores tengan iguales recursos económicos, lo cierto es que no siempre existe tal paridad de ingresos y, pese a ello, se prescinde del principio de proporcionalidad. En este sentido, la SAP Zaragoza de 12 febrero 2013, en donde a pesar dela peor situación económica de la madre, se establece un reparto de los gastos extraordinarios necesarios al 50% entre ambos progenitores.

Asimismo, dentro de los gastos extraordinarios, habría que distinguir entre los necesarios, que serían los anteriores, y los no necesarios, siendo que éstos no se rige por el principio de proporcionalidad, sino que se atiende a otros criterios como pudieran ser el acuerdo al que lleguen los progenitores (art. 82.4ª Código aragonés[1261]) y a falta de acuerdo, responderá exclusivamente del gasto el progenitor que haya decidido su realización[1262]. En este sentido, la ley valenciana, si bien establece como criterio prioritario para los gastos extraordinarios los acuerdos a los que lleguen los progenitores, al igual que la norma aragonesa, a falta de acuerdo, será la autoridad judicial la que determinará la proporción en la que cada progenitor debe satisfacer los mismos, sin remitir al criterio de la capacidad económica de cada uno de ellos.

A la vista de lo que viene siendo la regla general en cuanto a la contribución a los gastos de los menores en los supuestos de guarda y custodia compartida, y salvo supuestos excepcionales, considero que sería suficiente que se estableciera que durante el tiempo en que los menores convivan con cada uno de los progenitores, éstos se hicieran cargo de sus gastos cotidianos de comida, vestido, etc., y que los gastos que podríamos denominar extraordinarios, que serían todos los demás, se satisfagan con cargo a la cantidad que cada uno de los progenitores debe ingresar, en función de su capacidad económica, en la cuenta

[1259] SAP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100249).

[1260] Entre otras, las sentencias AP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100246); 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100272).

[1261] *"**4.** Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto"*.

[1262] En este sentido, las sentencias TSJ Aragón de 9 abril 2012(Id Cendoj: 50297310012012100008); 18 abril 2012(Id Cendoj: 50297310012012100010); 30 abril 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100018).

que a tal efecto se designe. Resulta excesivo que se establezca igualmente que los gastos extraordinarios sean abonados por los progenitores bien por mitad o en función del porcentaje que se acuerde, ya que los denominados gastos extra debieran cubrirse con el importe de las aportaciones que mensualmente deben realizar cada uno de los progenitores.

Es común que al margen y además de las previsiones establecidas, se establezca que en el momento en que el saldo de la cuenta en donde se ingresan las cantidades para hacer frente a los gastos de los menores, sea inferior a un determinado saldo, se tengan que hacer aportaciones que podríamos denominar "extraordinarias" por parte de cada uno de los progenitores, siendo que dichas aportaciones se harán igualmente de conformidad con el porcentaje con el que cada uno de ellos debe satisfacer los gastos ordinarios del menor[1263].

b) La ley catalana

En la misma línea que el legislador aragonés, el art. 237-1 del Código catalán establece, que tanto el padre como la madre deben contribuir al levantamiento de los gastos y cargas de los hijos. Esta es la concreción legal del deber natural inexcusable de todo padre de procurar alimentos a su descendencia, así como a los arts. 237-7 y 9 del referido texto en lo relativo a la obligación mancomunada de ambos progenitores para satisfacerlas y a la cuantía de las mismas.

Resulta interesante a este aspecto la STSJ Cataluña de 1 de julio 2013[1264], en remisión a la doctrina de la Sala recogida en STSJ de 31 julio 2008 y más específicamente en la STSJ de 5 septiembre 2008, que vinieron a establecer la doctrina de que "*no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos- de abonar una pensión de alimentos a favor de los hijos, toda vez que debe procurarse un 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, y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos-as sea idéntico"*. La referida sentencia señala que "*Dicha doctrina ha sido acogida en el nuevo libro II del Código Civil de Cataluña (CCCat) en*

[1263] SAP Zaragoza de 8 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100223).
[1264] Id Cendoj 08019310012013100053

los arts. 233-4,1 y 233-8, disponiendo en concreto el art. 233-10.3 que: La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente".

La doctrina del TSJ Cataluña entiende que el art. 76.1c) del Código catalán[1265], es plenamente aplicable a los supuestos de guarda compartida en los que procede la fijación de alimentos atendiendo al binomio posibilidad-necesidad que se contempla en el art. 267.1 del Código catalán[1266].

Contrariamente a lo que prevén las leyes aragonesa y valenciana, en donde expresamente se hace referencia que la modalidad de custodia que se adopte se tendrá en cuenta a la hora de determinar la contribución de cada uno de los progenitores a los gastos de sus hijos, el art. 233-10.3 del texto catalán establece que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos, aun cuando se ha de ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya de asumir directamente. Del precepto se puede extraer otro de los factores que se tomarán en consideración a la hora de fijar y/o cuantificar el importe de la pensión y es el tiempo de convivencia con los menores, que deberá de ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar la pensión de alimentos.

La jurisprudencia ha venido indicando que no es consustancial a la custodia compartida que los progenitores no deban contribuir a satisfacer una pensión alimenticia a uno de los cónyuges para el mantenimiento de los hijos comunes. Ello es así porque los

[1265]Art. 76.1c) del Código catalán refiere que *"En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, debe establecerse:c) La cantidad que por concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el art. 143 corresponda satisfacer al padre o la madre y la periodicidad y forma de pago"*.

[1266]*"1. La cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación. Al ser determinados, las partes, de mutuo acuerdo, o la autoridad judicial pueden establecer las bases de su actualización anual de acuerdo con las variaciones del Índice de Precios al Consumo o similar, sin perjuicio de que se establezcan otras bases complementarias de actualización*".

En este sentido, entre otras, STSJ Cataluña de 29 septiembre 2014 establece que los criterios a tener en cuenta para fijar la pensión de alimentos en favor de los hijos menores considera que la misma debe ser establecida en función del binomio necesidad del menor/posibilidades de los progenitores, atendiendo al criterio de proporcionalidad, que no ha de ser aplicado de forma aritmética o automática, para establecer el reparto entre estos (SSTSJC 19/2012 de 29 feb. FD4, 68/2013 de 28 nov. FD4 y 22/2014 de 7 abr. FD4).

hijos deben tener un nivel de vida similar cuando permanezcan con uno u otro de los padres aunque estos tengan diferentes ingresos. Como indica la STSJ Cataluña de 3 marzo 2010[1267] "*la custodia compartida no exige una distribución igualitaria de las contribuciones económicas de los progenitores a los alimentos de los hijos, pudiendo contemplar las diferentes capacidades económicas de aquellos para fijar otras proporciones, ni existe ninguna norma que impida establecer proporciones diferentes para los gastos ordinarios"*.

Ello va a suponer que, aun en el caso de que se establezca la guarda y custodia compartida, el Juez debe analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para en función de los parámetros indicados, resolver lo que proceda conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades de carácter ordinario y extraordinario.

No hay que olvidar que el principio de proporcionalidad (art. 237-9 Código catalán) exige que los menores mantengan un nivel de vida similar cuando estén con uno u otro progenitor aunque tengan diferentes ingresos, por lo que en caso de diferente capacidad económica está justificado establecer a cargo del progenitor con mayor capacidad una contribución mayor a los alimentos de los hijos[1268].

No obstante, en los supuestos de guarda y custodia compartida en la que se acredite que la capacidad económica de los progenitores sea más o menos similar, el criterio será el que no se fije una pensión alimenticia a favor de los menores, siendo que cada progenitor costeará los gastos ordinarios que los menores generen durante los periodos que estén en su compañía, subviniendo con sus propios medios a satisfacer las necesidades de sustento, alimentación vestido, educación, salud y ocio que éstos generen, debiendo costear al 50% los gastos extraordinarios, es decir aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, ortopédicos u odontológicos no incluidos en la seguridad Social o seguro privado). Igualmente satisfarán por partes iguales los gastos de

[1267] Id Cendoj: 08019310012010100016

[1268] En este sentido, las sentencias AP Barcelona de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100578); 5 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100154).

material, libros de texto, actividades extraescolares y demás que generen los estudios de los menores[1269].

De igual modo, también se ha previsto la opción de que cada progenitor atienda la manutención de los hijos y los gastos de habitación cuando los tengan en su compañía, y para el resto de los gastos de educación, vestido, calzado y sanidad, se fije una cantidad a abonar mensualmente y que deberán ingresar por mitad cada uno de los progenitores en la cuenta que a tal efecto se designe para ello[1270]. Respecto a los gastos extraescolares (los que excedan de los gastos ordinarios de escolaridad y salidas, libros y material habitual) deberán ser concertados de común acuerdo (o por decisión judicial dirimente) y los extraordinarios (necesarios, no periódicos e imprevisibles), serán soportados en la proporción del 50 % por ambos progenitores[1271].

Para el supuesto en que haya desequilibrio entre la capacidad económica de uno y otro progenitor, se establecerán porcentajes distintos en cuanto a la contribución de cada uno de ellos a los gastos de los menores, en función de su capacidad[1272], así como al margen y además de lo anterior, fijar el establecimiento de una cantidad a cargo de uno sólo de los progenitores[1273], o bien a cargo de los dos si bien en diferente cuantía[1274].

[1269] SAP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100644).

[1270] En este sentido, SAP Barcelona de 23 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100194).

[1271] SAP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100700).

[1272] SAP Barcelona de 15 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100320); SAP Barcelona de 29 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100636).

[1273] SAP Barcelona de 27 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100708). Justifica la Sala el establecimiento de una cantidad a abonar por el padre así como el establecimiento de distintos porcentajes en el reparto de los gastos extra de los menores, "*habida cuenta de la realidad económica de esta familia en la que la posición económica del padre es notoriamente superior a la de la madre no únicamente por el sueldo mensual quepercibe por su empleo en el sector bancario, sino también, en conjunto, por su patrimonio, procede establecer para los gastos de las menores que exceden los conceptos ordinarios de manutención y habitación, es decir, para los de vestido, educación y sanidad que serán de responsabilidad directa de la madre, la contribución mensual del padre de 600 # por cada hija, más el 75 % de los gastos extraordinarios (imprevisibles, no periódicos y necesarios)*".

[1274] SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332); SAP Barcelona de 26 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100722). Establece la Sala en cuando al reparto de las obligaciones económicas para con los hijos que "*cada uno de los progenitores hará frente a los gastos de alimentación y vestido del menor cuando lo tengan en su compañía. En cuanto a los gastos relativos a la actividad extraescolar de futbol, gastos escolares, incluyendo libros, mensualidad del colegio, colonias, excursiones, material escolar, gastos farmacéuticos, serán abonados por ambos progenitores, ingresando mensualmente en una cuenta conjunta la cantidad de 275 euros, ingresando la madre 100 euros, y el padre 175 euros, atendiendo a su mejor situación económica. Los gastos extraordinarios de las menores serán satisfechos por ambos progenitores, abonando el padre el 70% y la madre el 30%, aprobados de común acuerdo o por resolución judicial en caso de discrepancia, salvo aquellos que sean urgentes*".

Se insiste igualmente en que la obligación de alimentos debe cumplirse en dinero, así lo exige el art. 237-10 del Código catalán por lo que debe cuantificarse la contribución a los alimentos. La determinación de un porcentaje (un 50%) no cumple con la exigencia de dicho precepto, genera inseguridad y obliga con frecuencia a uno de los progenitores a anticipar el pago para reclamar después al otro lo que le corresponde pagar, generando problemas que derivan siempre en perjuicio de los niños sobre todo en los supuestos como el presente en que las economías no son holgadas[1275].

Se han planteado supuestos en los que resulta problemático el establecimiento de las cantidades con las que cada progenitor debe contribuir a los gastos de sus hijos en los supuestos de guarda compartida, y ello derivado de la opacidad de los ingresos de cada uno. En este supuesto, el criterio viene a ser el establecimiento de una cantidad fija para cada uno de ellos, en función de su disponibilidad, que se ingresará mensualmente en la cuenta a tal efecto determinada[1276].

No obstante la doctrina mayoritaria, también ha habido pronunciamientos en los que habida cuenta la existencia de custodia compartida, los progenitores no tienen que abonarse cantidad alguna por concepto de alimentos, estableciendo que cada uno se hará cargo de los gastos que se devenguen durante la convivencia con cada uno de los progenitores, siendo que los gastos extras deberán abonarse por mitad[1277].

c) La ley valenciana

La norma valenciana, frente a la regulación navarra que no prevé nada al respecto de la contribución a los gastos de los menores, sí prevé en el último de sus preceptos, el art. 7[1278], el aspecto relativo a los denominados "*Gastos de atención de los hijos e hijas*". Nuevamente se aleja la nomenclatura de la ley de la terminología del C.c., puesto que

[1275] SAP Barcelona de 26 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100625).

[1276] SAP Barcelona de 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100633). La Sala resuelve que " *…atendida la opacidad de los ingresos de ambas partes, entendemos que el padre deberá abonar en una cuenta común abierta al efecto la cantidad de 250 E y la madre 200 cada mes, sumas que consideramos más acordes con lo dispuesto en el art. 237 CCC".;* SAP Barcelona de 18 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100528).

[1277] SAP Barcelona de 9 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100556).

[1278] El art. 7, referido a gastos de atención a los hijos e hijas dispone que:

1. "*En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores*".
2. "*Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores*".

prescinde de la expresión pensión alimenticia, utilizando la de gastos ordinarios y extraordinarios, siguiendo la terminología de la ley aragonesa y la que recoge igualmente el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad familiar.

La regla general respecto a los gastos ordinarios es que se determinarán por acuerdo de las partes en el pacto de convivencia familiar y en defecto de pacto, lo determinará la autoridad judicial tomando como referencia criterios tales como los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, las necesidades de los hijos menores, y el régimen de convivencia establecido[1279]. En este sentido la norma valenciana reproduce lo dispuesto en la legislación aragonesa, pues en ambas se tomará como referencia los mismos criterios de cálculo.

Conforme dispone el art. 146 C.c. y expresamente el punto 2 del art. 7[1280] del texto valenciano, los progenitores contribuirán al mantenimiento de sus hijos en atención a sus recursos y a las necesidades de sus hijos, lo que se traduce en que cuando la diferencia de ingresos es considerable, se justifica una proporción distinta de contribución a los alimentos. Así, de conformidad con la previsión legal, son muchos los pronunciamientos judiciales en los que al margen y además de establecer distintos porcentajes en los que cada uno de los progenitores van a contribuir a los gastos de mantenimiento de sus hijos, se establece una cantidad "adicional" que sólo uno de ellos, que será el que goce de una posición económica más cómoda, deberá satisfacer al otro para contribuir alos gastos de mantenimiento de los hijos menores[1281]. En ocasiones, y partiendo de la diferencia de ingresos entre los progenitores, se han establecido alternativas como que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos del menor cuando los tenga en su compañía, y sólo uno de ellos se haga cargo de gastos como por ejemplo los derivados de su educación. Para la Sala, "*esa forma de abonar en especie el mayor gasto que comporta, en el presente caso, el colegio al que asiste su hija, conlleva el que el resto de los gastos de alimentación y vestido sean a cargo de ambos progenitores en los tiempos de*

[1279] El último inciso del art. 7 establece que "*En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores"*.

[1280] *"Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores"*.

[1281] En ese sentido, destacar las sentencias AP Valencia de 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100659); 23 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100576); 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100659).

permanencia con la menor, y que, por tanto no haya que compensar los distintos ingresos que los mismos tienen en el presente caso"[1282].

Si bien en los supuestos de convivencia individual, el progenitor que no convive habitualmente con el menor, deberá abonar al otro una cantidad de dinero mensual como contribución a los gastos, en los supuestos de convivencia compartida se abre un abanico más amplio sobre el modo de hacer frente a estos gastos ordinarios en función de los ingresos con que cuente cada uno de los progenitores (que cada progenitor los abone cuando tenga a los hijos en su compañía, abrir una cuenta común donde cada uno ingresará una cantidad fija mensual para atender esos gastos, o que el progenitor de mayor capacidad económica abone al otro determinada cantidad de dinero para ayudarle a hacer frente a esos gastos…).

Así, si los recursos económicos de que disponen ambos progenitores son semejantes, cada uno deberá asumir, los gastos de alimentación, vestido y habitación serán sufragados por aquel progenitor que tenga en cada momento al menor en su compañía[1283]. Para el caso de que se opte por la fórmula de establecer porcentajes en el reparto de los gastos, en este caso, se satisfarán los gastos al 50% entre los progenitores sino que ello irá en función de la capacidad económica de cada uno de ellos. En los supuestos en los que ambos progenitores se encuentren en una situación económica semejante, deberán contribuir los dos al 50% de todas las necesidades del hijo, de forma tal que cada uno alimentará al hijo cuando lo tenga consigo y el resto al 50% en la forma señalada, y ello dado que no habrá motivo alguno que aconseje siquiera establecer proporción distinta[1284].

El resto de gastos ordinarios de los menores así como los gastos extraordinarios, debieran satisfacerse con cargo a una cuenta en donde cada uno de los progenitores debiera ingresar una cantidad mensual idéntica para cada uno de ellos. Con este sistema se

[1282] SAP Valencia de 2 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100126).

[1283] Entre otras, las sentencias AP Valencia de 29 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100236); 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100606); 18 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100559).

[1284] Entre otras, las sentencias AP Valencia de 24 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100586); 17 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100756); 26 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100109). En esta última, ante un supuesto en que se ha acordado una custodia compartida, estima la Sala que habida cuenta que ambos se encuentran en similar situación económica, deben contribuir los dos al 50% de todas las necesidades del hijo, de forma tal que cada uno alimentará al hijo cuando lo tenga consigo y el resto al 50%, al no haber motivo alguno que aconseje siquiera establecer proporción distinta.

garantiza que los menores tengan un mismo nivel económico con independencia del progenitor con el que se encuentren[1285].

Si por el contrario no son semejantes, se establecen dos opciones; o bien deberá fijarse a cargo de aquel progenitor que ostente mayor poder adquisitivo un importe a satisfacer al otro como contribución a los gastos de atención a su hijo cuando se encuentre cohabitando con el otro progenitor, con abono por mitad de los gastos de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones), o bien se fijará una cantidad mensual que cada uno de los progenitores deberá satisfacer en la cuenta que a tal efecto se designe para atender lo que se denominan gastos ordinarios de los menores[1286], y todo ello sin perjuicio de los denominados gastos extraordinarios que igualmente se devenguen, que deberán ser satisfechos por ambos progenitores por mitad o en el porcentaje que a tal efecto se señale atendidas las circunstancias económicas de cada uno de ellos[1287].

En este supuesto parece estar justificado que se establezca con cargo al progenitor con mayores ingresos, o bien el establecimiento de lo se venía denominando pensión alimenticia[1288](que se abonará bien mensualmente o en los periodos en que los hijos permanezcan con el progenitor que cuenta con menores ingresos) a favor del otro progenitor para que pueda satisfacer gastos ordinarios del menor o bien que se establezcan distintos porcentajes en las cantidades a ingresar en la cuenta donde se domicilien los gastos del menor[1289], y todo ello con el fin de garantizar que el menor tenga un mismo

[1285]SAP Valencia de 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100649).

[1286] SAP Valencia de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100598). La Sala establece el criterio de que ambos progenitores deberán atender las necesidades ordinarias de sus hijos menores de edad durante la semana en que convivan con ellos, no estableciéndose una pensión de alimentos ordinaria. Igualmente establece que *"para satisfacer los gastos ordinarios de los menores, tales como gastos escolares, comedor y clases extraordinarias o actividades extraescolares a las que estén acudiendo, ambos padres aperturarán una cuenta designada a tal efecto en la que se domiciliarán los recibos escolares y en la que ambos progenitores deberán ingresar mensualmente y al 50% el importe necesario para atender a dichos gastos, con las especificaciones establecidas en los fundamentos jurídicos de la presente resolución.El resto de los gastos extraordinarios de los menores deberá ser satisfecho al 50% por cada progenitor, previa justificación documental"*.

[1287]SAP Valencia de 11 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100347); SAP Valencia de 16 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100011).

[1288]En este sentido, y de entre las más representativas, destacar las sentencias AP Valencia de 12 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100264); 25 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100308); 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100945); 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965); 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100864); 5 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100825); 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100821); 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100178).

[1289]Entre otras, las sentencias AP Valencia de 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001); 12 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100148). En esta última, la Sala considera que con el

nivel económico con independencia del progenitor con el que se encuentre. Justificado igualmente en el diferente nivel económico de los progenitores sería el que en relación con los gastos extraordinarios del menor se establecieran distintos porcentajes para cada progenitor para satisfacción de los mismos.

En este sentido, la SAP Valencia de 18 julio 2014[1290] establece que "*mensualmente el padre y la madre ingresarán, cada uno de ellos 75€/mes, y ello a fin de abonar los gastos derivados de la educación. Los gastos relativos a actividades extraescolares o excursiones que no vengan organizadas por el colegio, tendrá la consideración de gasto extraordinario, al igual que los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, u otro tipo de gasto que tenga la consideración de imprevisto o excepcional y deberán ser abonados al 50% por cada progenitor*".

Por su parte, la SAP Valencia de 15 septiembre 2014[1291], entre otras[1292], resuelve en estos términos, debiendo ambos progenitores atender a las necesidades ordinarias de sus hijos menores de edad durante la semana en que convivan con ellos, no estableciéndose una pensión de alimentos ordinaria. En defecto de acuerdo, para satisfacer los gastos ordinarios de los menores, tales como gastos escolares, comedor y clases extraordinarias o actividades extraescolares a las que estén acudiendo, ambos padres aperturarán una cuenta designada a tal efecto en la que se domiciliarán los recibos escolares y en la que ambos progenitores deberán ingresar mensualmente y al 50% el importe necesario para atender a dichos gastos, con las especificaciones establecidas en los fundamentos jurídicos de la presente resolución. El resto de los gastos extraordinarios de los menores deberá ser satisfecho al 50% por cada progenitor, previa justificación documental.

Sin perjuicio de los factores antes referidos, el art. 7.4 de la ley valenciana establece que "*en función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores*". A la vista del precepto, se

establecimiento de distintos porcentajes para cada uno de los progenitores, "*se respeta la diferente proporción económica entre ambos padres, acordando por ello que tales gastos serán abonados en una proporción del 70% a cargo del padre y de un 30% a cargo de la madre…*".

[1290] Id Cendoj: 46250370102014100559

[1291] Id Cendoj: 46250370102014100598

[1292] SAP Valencia de 8 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100608); SAP Valencia de 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100606); SAP Barcelona de 11 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100495).

desprende que el tiempo de convivencia con los hijos, será otro de los factores a tomar en consideración para distribuir y cuantificar la pensión alimenticia en los supuestos de guarda compartida.

Por lo tanto, habrá de tomarse en consideración no sólo la modalidad de custodia compartida que se establezca[1293] sino también las necesidades de los menores y la capacidad económica y los ingresos de sus progenitores. Estos son los parámetros que se toman en consideración por la doctrina jurisprudencial a la hora de fijar el régimen de contribución de los progenitores para atender las necesidades de sus hijos.

d) La ley vasca

Por último, la ley vasca prevé en su art. 10 la cuestión referida a "*Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios*". El precepto parte de que, a falta de acuerdo entre los progenitores, será el Juez el que fijará la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos, fijando igualmente la forma de pago, periodicidad y bases de actualización.

El apartado 2 del precepto vasco hace una clasificación de los gastos en lo que denomina gastos necesarios ordinarios y gastos extraordinarios. Los ordinarios son aquellos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devenga sea previsible, así como todos aquellos que los progenitores pacten como tales. Por su parte, denomina extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, y los de educación.

Por su parte, y en cuanto al cálculo de la denominada pensión de alimentos, siguiendo la línea del resto de leyes autonómicas, toma como parámetros para su cálculo, las necesidades de los hijos e hijas así como los recursos económicos de cada miembro de la pareja. Además, añade otros que no prevén el resto de leyes, y que son el tiempo de

[1293] No hay que olvidar que si bien se parte de que en la modalidad de custodia compartida se parte de un reparto más o menos equitativo del tiempo en que el menor estará con cada uno de los progenitores, no conlleva necesariamente que haya un reparto idéntico del mismo, por lo que podrá darse el caso de que el menor pase más tiempo con uno de los progenitores y no por ello dejaremos de estar ante un supuesto de modalidad compartida.

permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya hecho del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares. En este sentido, la ley vasca prevé un elenco mucho más amplio de los factores a tomar en consideración para el cálculo de la pensión de alimentos.

D)Otros criterios para la determinación de la pensión alimenticia. La patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar

Junto con los criterios que se han expuesto, y que son comunes en todas las leyes autonómicas, tales como la proporcionalidad entre los ingresos de los progenitores, las necesidades del menor, así como el tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores, otros criterios se han tomado en consideración. Entre ellos están los propios recursos con que cuente el menor[1294] y la atribución que se haya hecho del uso de la vivienda familiar.

La más reciente jurisprudencia del TS se pronuncia claramente por el carácter alimenticio de la atribución del derecho de uso de la vivienda, en cuanto una forma de satisfacer una de las necesidades de los hijos menores[1295]. No obstante, la consideración del derecho de uso de la vivienda como una forma de pago del deber de alimentos, sigue siendo una cuestión controvertida al menos en Derecho estatal, principalmente porque de ser así, el titular del derecho de uso sería en todo caso el hijo, que en caso de ser mayor de edad pero económicamente dependiente, podría exigir para así la atribución del derecho de uso incluso contrariamente a los acuerdos de sus padres, y además en un procedimiento matrimonial del que no es parte[1296]. E igualmente, aun reconociendo la titularidad del derecho al alimentista menor de edad, cualquier cambio de residencia que pudiese ser acordado por ambos padres con oposición del menor ocasionaría un conflicto de intereses que forzaría el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 C.c.) y el correspondiente pronunciamiento judicial, respecto a una cuestión tan trascendental como el establecimiento de la residencia.

[1294] Dentro de este supuesto, podrían incluirse los ingresos puntuales que pudiera tener el menor por ejemplo por la obtención de una beca.

[1295] Entre otras, la STS de 2 julio 2014 (IdCendoj: 28079110012014100306), en la que se establece que en la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

[1296] SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 26-41.

En relación a la patrimonialidad de este derecho de uso, y en su caso la posibilidad de conjugarlo con otras partidas económicas derivadas de la ruptura de la pareja, el art. 233-20 del Código catalán, establece el régimen general de la atribución – o distribución- del derecho de uso, y dispone en su ordinal 1º que estará orientado a satisfacer la prestación de alimentos a los hijos, reconociéndose de una forma explícita en el ordinal 7, al conceder el carácter de prestación en especie en el caso de que el deudor no fuese el atributario de la medida de adjudicación del uso. Así lo han entendido, entre otras, la SAP Barcelona de 4 julio 2014[1297], así como la SAP Barcelona de 30 enero 2014[1298], en la que a la hora de fijar la pensión de alimentos en un supuesto de guarda y custodia compartida, toma en consideración a quién se le atribuyó el uso de la vivienda familiar, tomando en consideración dicha circunstancia a la hora de satisfacer por el progenitor adjudicatario, un mayor importe en concepto de alimentos.

Por su parte, la ley aragonesa nada dice al respecto ni a su contrario, por lo que según TAMAYO CARMONA, "no habría ningún obstáculo para entender la cesión del uso de la vivienda como una forma de pago del deber de alimentos, sea el derivado de la filiación, sea el deber genérico de los arts. 142 y ss. C.c., y por consiguiente, poder ser tenido en cuenta a la hora de fijar la cuantía sea de la pensión alimenticia, como en su caso de la pensión compensatoria, permitiéndose un cierto margen de disposición del titular de la vivienda, en orden a no disgregar el derecho de uso del derecho de ocupación de la vivienda mediante una compensación económica. Ahora bien, siempre que no sea cuanto menos, contrario al interés de los menores"[1299].

La ley valenciana, a diferencia de la aragonesa y en sintonía con lo establecido en el Código catalán, sí prevé que la compensación económica por el no uso de la vivienda podrá ser computada en todo o en parte como contribución a los gastos ordinarios de los menores (art. 6.1).

No obstante, hay que tener en cuenta que cualquier acuerdo entre los padres que modifique o extinga el pacto de convivencia (caso de que se hubiese adjudicado individualmente la convivencia y el derecho de uso), deberá ser aprobado por el Juez,

[1297] Id Cendoj: 08019370122014100438
[1298] EDJ 2014, 10869
[1299] TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso…", cit., pp. 9-10.

después de ser oído el Ministerio Fiscal. De tal modo, la ley valenciana eludiría parte de los problemas de remitir el derecho de uso de la vivienda al concepto propio del deber de alimentos, al menos directamente. Tan sólo de forma parcial y en consideración a los gastos derivados de él, integrando el concepto de gastos y permitiendo que en al pacto de convivencia se pacte respecto a la cuantía y modo de sufragarlos. Y en todo caso, respetando el principio de *favor filii*, que supondrá que en modo alguno se pudiese perjudicar la formación y desarrollo del menor.

Ciertamente permite a continuación computarlo total o parcialmente como contribución a los gastos ordinarios, y por consiguiente, como una forma de pago in natura de uno de los elementos del concepto de alimentos (habitación), aunque siempre que así lo decida él, o el Juez. Es decir, una suerte de *ius optionis* del titular o cotitular de la vivienda privado del uso de recibir una compensación por la pérdida de éste, sea de forma positiva (una determinada cantidad de dinero), sea de forma negativa (disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos)

.

CONCLUSIONES

Del análisis jurisprudencial realizado, y tras el estudio de la normativa vigente en el Derecho estatal y en el autonómico, así como en el Derecho extranjero en materia de guarda y custodia compartida, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- La ruptura matrimonial o el cese de la convivencia de la pareja, no alteran las responsabilidades de los padres para con los hijos. Éstas mantienen el carácter de compartido y en la medida en que se pueda y las circunstancias así lo aconsejen, debieran ejercerse conjuntamente entre ambos.

2.- El principio del interés superior del menor convertido ahora, tras la L.O. 8/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, en derecho fundamental del menor, será el principio y/o derecho rector que debe inspirar cualquier decisión que se tome en relación con el menor, siendo que toda actuación judicial deberá salvaguardar dicho interés.

3.- El objetivo principal que se persigue con la modalidad de custodia compartida es que la ruptura de la pareja no comporte la ruptura de la familia. Tras la ruptura de la pareja, el menor tiene derecho a relacionarse y convivir con ambos progenitores en igualdad de condiciones siempre que las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.

4.-La modalidad de custodia compartida es la que mejor garantiza los derechos de los menores, y bien articulada, les va a permitir disfrutar de ambos progenitores, siendo la situación que más se asemeja a la existente antes de la ruptura, y ello puede conllevar a que ésta resulte menos traumática. Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales. Cuando se produce la ruptura del matrimonio o de la pareja, se rompe la unidad de domicilio de los progenitores y ello altera sustancialmente el ambiente y modo de vida del menor. Lo aconsejable en esta situación es crear una situación para el menor lo más asimilada posible a la que vivía durante la convivencia de sus progenitores, que garantice la subsistencia del ambiente emocional del hijo a través de la convivencia con su madre y su padre, no simultáneamente bajo el mismo techo, pero sí durante lapsos más o menos alternados dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso.

Por contra, la principal desventaja de este sistema de guarda es la inestabilidad que puede producir en el menor el estar cambiando de domicilio de forma continua. El hecho de que el menor no cuente con un punto de referencia estable, al generarse una convivencia itinerante, hace que esta modalidad de custodia se ponga en entredicho. No obstante, no hay que olvidar que a pesar de la deslocalización para el menor y por encima de la misma, están sus sentimientos y sus querencias, y ninguna duda cabe de que el menor, salvo casos excepcionales, quiere estar con ambos progenitores, contar día a día con los dos y por ello, que ambos ejerzan la corresponsabilidad familiar como antes de la ruptura.

5.- La modalidad de custodia compartida garantiza el ejercicio conjunto de la patria potestad y de la guarda que ambos progenitores desarrollaban con anterioridad a la ruptura matrimonial. Esta modalidad es la que va a garantizar, en mayor medida, el principio de corresponsabilidad familiar. Ambos padres tienen 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. El ejercicio conjunto conlleva que ambos progenitores estén más informados acerca de las necesidades cotidianas del hijo y más equiparados en el desarrollo de las responsabilidades frente a éste, favoreciendo de esta manera la mayor implicación de ambos en la educación del hijo, así como igualmente que éste perciba esa implicación conjunta de ambos progenitores en cada uno de los momentos de su vida.

6.- La modalidad de custodia compartida reduce los efectos de la separación entre el hijo y el padre y/o madre no custodio, y el sentimiento de pérdida que produce el alejamiento del progenitor no custodio, con el consiguiente dolor para el menor. Se va a minorar el sentimiento de pérdida que puede producir el alejamiento del progenitor con el que no se convive, evitándose así, sentimientos negativos en los menores como el miedo al abandono, sentimiento de lealtad, de culpa, de suplantación, etc. La implicación de ambos progenitores en el quehacer cotidiano del hijo, atenúa el malestar provocado por la ruptura y reduce los conflictos provocados por las crisis de lealtad que a menudo conducen al hijo a creer que debe preferir a uno de ellos.

Con la modalidad compartida se reduce el exceso de responsabilidad que asume el progenitor custodio, normalmente la madre, evitándose a su vez, que el otro progenitor se desentienda de sus deberes parentales. 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.

7.- La regulación existente en el Derecho estatal en torno a la figura de la custodia compartida, la establece como una modalidad excepcional, y condicionada a que se den determinados presupuestos que establece el art. 92.8 C.c. No obstante, esta excepcionalidad se puede entender superada gracias a la doctrina jurisprudencial del TS en cuanto a considerar que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal y deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, considerándose esta modalidad, como la que mejor va a garantizar el interés del menor.

8.-La regulación existente en el Derecho autonómico parte de la preferencia por la modalidad de custodia compartida, si bien no se trata de una preferencia absoluta sino con matices.

En este sentido, tanto la norma aragonesa como la valenciana, configuran la custodia compartida frente a la individual como sistema preferente, si bien no exclusivo, en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto. En el caso de imposibilidad de acuerdo, se adopta el principio general de la custodia compartida, con la matización que establece la ley vasca de que debe ser solicitada por alguna de las partes. Por contra, ni la ley catalana ni la navarra recogen de forma expresa la preferencia legal por la modalidad compartida. En el caso de la norma catalana, si bien no apuesta claramente por la custodia compartida al no referir el establecimiento de este sistema como preferente, sí que lo hace con cierta tibieza, al estimar la custodia compartida como más adecuada para satisfacer el interés del menor en los casos de crisis matrimoniales o de pareja, y ello al considerar la guarda compartida como el corolario del carácter conjunto de las responsabilidades parentales. En la norma catalana, la custodia compartida se

aplicará como sistema preferible que no preferente. Por su parte, la ley navarra no establece la preferencia por ninguna modalidad, debiendo ser el Juez, atendidas las circunstancias del caso concreto, el que opte por una o por la otra. Por tanto, en el caso de la ley foral navarra, ambas modalidades estarían al mismo nivel, sin establecerse la preferencia por ninguna de ellas, debiendo ser el Juez, atendidos los factores que la propia ley establece, el que se decante por una u otra modalidad.

9.-Existe unanimidad por parte de la jurisprudencia tanto aragonesa como valenciana en cuanto a considerar que, a pesar de la preferencia legal establecida expresamente en ambas leyes, la aplicación del régimen de custodia compartida no se hará de forma automática, sino que se atenderá a las circunstancias del caso concreto para garantizar por encima de todo el interés superior del menor. En el Derecho Civil catalán, y si bien no se configura la custodia compartida como preferente, sino como preferible, es igualmente unánime la doctrina en cuanto a considerar que a pesar de ser la modalidad preferible, ello no debe conllevar una aplicación automática de la misma.

10.-La preferencia expresa por la modalidad compartida no es la fórmula más adecuada ni más garantista con los intereses del menor. En última instancia, debiera hablarse no de preferente sino de preferible. Ni la guarda exclusiva ni la compartida son el molde perfecto adaptable a todas las situaciones que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad, y por ello no resulta adecuado que se establezca la preferencia legal expresa de una modalidad respecto a la otra.

Establecer presunciones “en abstracto” de que una modalidad es mejor que otra, sin atender a las circunstancias del caso concreto, en modo alguno va a garantizar el interés del menor. Difícilmente se puede preservar el interés del menor si se subordina la aplicabilidad de un régimen legal a otro, descuidando la casuística inherente a este tipo de procesos. El Juez ha de decidir entre ambos modelos en pie de igualdad, ponderando si las necesidades concurrentes del menor se verán satisfechas en mayor medida con uno u otro sistema, si bien estableciendo la limitación de que cuanto menos, en el caso de la custodia compartida, se acuerde cuando sea solicitada por uno de los cónyuges. No hay que olvidar que en la práctica, se trata de una modalidad de custodia difícil y costosa de gestionar, pues va a requerir una mayor y compleja organización familiar, donde deben compatibilizarse trabajos, horarios y disponibilidades de dos hogares. Igualmente, la

adaptación de decisiones conjuntas exige una alta capacidad logística y sincrónica, muchas veces en la distancia y/o ausencia de la otra persona corresponsable.

11.- Con el fin de evitar la existencia de niños de primera y de segunda clase, en función del territorio en el que vivan y su vecindad civil, se hace necesario armonizar y unificar, en la medida de lo posible, las diversas regulaciones existentes en el territorio nacional. La solución más adecuada es la prevista en el Anteproyecto de ley estatal, y ello en cuanto a eliminar la excepcionalidad de la custodia compartida sin establecer como modelo preferente ni el sistema de custodia compartida ni el de custodia monoparental. Debe ser el Juez, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y teniendo en cuenta lo interesado por los padres, quien establezca la modalidad de custodia más acorde con los intereses del menor, priorizando las necesidades de éste y no las de sus progenitores.

12.-El principio de autonomía de la voluntad de los padres debe primar a la hora de fijar una u otra modalidad de custodia. En consecuencia, y derivado de dicha premisa, no debiera contemplarse su adopción de oficio como prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. No debe concederse la modalidad compartida cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado o cuando los dos la rechacen o excluyan expresamente, así como no se aprecie en ellos una mínima voluntad de cooperación en cuanto al establecimiento de este sistema de custodia legal. Su imposición supone probablemente dar a uno de ellos más de lo que quiere y al otro menos, y en ocasiones generará problemas que afectarán al interés del menor.

13.- El sistema de guarda y custodia compartida no tiene por qué comportar un reparto idéntico de los periodos temporales de atención a los hijos por cada uno de los progenitores; la cuestión no puede plantearse en términos de igualdad y equiparación entre los progenitores, sino que responde a una planificación de sus responsabilidades parentales ajustada a la situación familiar, personal y laboral de ambos. La verdadera esencia no es un reparto de tiempos de convivencia, sino un reparto temporal de derechos y responsabilidades parentales, dejando a un lado el empoderamiento de uno de los progenitores y llevando a cabo un ejercicio responsable y compartido de los deberes derivados de la custodia. La custodia compartida no debe ser una cuestión de tiempos sino del ejercicio de la corresponsabilidad parental por los progenitores.

14.- De entre las distintas formas de ejercicio de la modalidad de custodia compartida, la más adecuada será aquella en la que se establezcan periodos cortos de estancia con cada uno de los progenitores, sobre todo en los supuestos de menores de edades tempranas. Establecer el reparto por periodos cortos de tiempo, dígase por semanas, o incluso por días, y ello para evitar la sensación o sentimiento de abandono que pudiera ocasionar en el menor el establecimiento de periodos más amplios. Ninguna razón tiene que se adopten periodos mensuales o por tiempo mayor, ya que si precisamente la esencia de esta modalidad de custodia es que ambos progenitores participen en el día a día de los menores, establecer una custodia compartida por periodos excesivamente amplios, podrían llegar a desnaturalizar la esencia misma perseguida, o el fin último pretendido con esta modalidad de custodia.

15.-La custodia compartida de los hijos requiere del acuerdo, respeto y colaboración entre los padres, por lo menos en aquellas cuestiones referidas a la educación del menor. No será necesaria la existencia de una relación óptima entre los progenitores, pero sí debe existir un mínimo de respecto y colaboración entre ellos para que pueda llevarse a cabo esta modalidad de custodia.

En relación con esta cuestión, únicamente las leyes valenciana y vasca prevén expresamente, que no será obstáculo para adoptar la modalidad compartida, la existencia de malas relaciones existentes entre ellos.

Del estudio jurisprudencial realizado, tanto la doctrina del TS como la de las AP de Valencia, Zaragoza, Pamplona y Barcelona, concluyen que no resulta imprescindible para que se pueda llevar a cabo la modalidad de custodia compartida el hecho de que, a pesar de la ruptura, los progenitores mantengan una buena relación entre ellos, si bien sí resulta necesario que muestren un grado de colaboración y cooperación, con un cierto grado de entendimiento en aquellas cuestiones que afecten a sus hijos menores. La existencia de un proyecto en común en lo que se refiere a la educación, formación y crianza de sus hijos, con una comunicación fluida y cordial entre ambos, son presupuestos que debieran darse para poder otorgar la modalidad compartida. Fuera de esta situación de colaboración y cooperación entre los progenitores, y en los supuestos en los que la conflictividad entre ambos sea extrema, no cabe plantearse la modalidad compartida ya que resultará perjudicial para los menores.

No es preciso que se dé una relación personal óptima, pues si se tuviera que dar este requisito, apenas se darían custodias compartidas; será suficiente con la existencia de una relación cordial y fluida, que permita afirmar su conveniencia para el libre desarrollo integral de la personalidad de los hijos.

16.- La atribución de un régimen de guarda y custodia compartida supone necesariamente tener que afectar a la inamovilidad física de la que disfrutaba el menor hasta ese momento. Ello no supone una desprotección del mismo, pues la preservación del hábitat que tenía el menor con anterioridad a la crisis, supondría no avanzar en el reconocimiento de la corresponsabilidad parental y en los beneficios que ella tiene para el adecuado desarrollo del menor en una vida que ya no puede ser igual que la que tenía con anterioridad. Residir en un solo hogar sólo garantiza la estabilidad geográfica, si bien hay otras formas de crear una estabilidad adecuada para el menor, como pueden ser establecer programaciones regulares de sueño y alimentación, aceptación de los hogares de ambos progenitores, etc.

No obstante todo ello, para un adecuado ejercicio de la modalidad de custodia compartida, resulta necesario que la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores no sea excesiva, y aunque sea en poblaciones distintas, debe ser una distancia que permita hacer compatible la custodia compartida con el bienestar del menor. La existencia de una distancia excesiva, constituye un claro e insalvable obstáculo en la determinación de la custodia compartida, pues afecta drásticamente a la cotidianeidad vital del menor, que se debe preservar.

17.- Cuando el supuesto lo requiera, y a fin de garantizar el interés de los menores, sería conveniente establecer un periodo de prueba, conforme recoge el art. 5.5 de la ley valenciana, estableciendo un control periódico de la situación familiar. Este periodo de prueba no sólo se podría implantar cuando se adopte el sistema de custodia compartida sino cualquier otro en el que a la vista de las circunstancias, y teniendo en cuenta la oposición manifestada de uno de los progenitores a la modalidad de custodia establecida y se prevea que puedo todo ello dificultar su aplicación.

18.- En cuanto a la incidencia que van a tener los informes periciales emitidos para establecer una u otra modalidad de custodia, y si bien todas las leyes autonómicas convergen en cuanto a que no vinculan al Juez, sí que van a ser un factor determinante

para éste a la hora de decidir por una modalidad u otra, y ello dado que el Juez, no es especialista en la materia, y necesitará el asesoramiento de expertos para poder optar por una u otra modalidad de custodia. Hasta la fecha, es jurisprudencia reiterada que, para otorgar la modalidad de custodia compartida, se partirá de la existencia de un Informe de Gabinete Psicosocial que sea favorable a dicha modalidad de custodia, siendo que a falta de informe favorable, hasta la fecha han sido escasos los supuestos en los que se ha optado por la modalidad conjunta.

Si bien no hay que desmerecer el contenido de los informes de los profesionales emitidos al efecto, se les ha dotado de un exceso de protagonismo. Así, en Audiencias como la de Valencia, y también en la de Zaragoza, se ha condicionado el otorgamiento de la modalidad compartida a la existencia de un informe que respalde dicha modalidad de custodia como la más favorable para el menor. Ha habido una excesiva dependencia de las decisiones de las diversas Audiencias de los informes emitidos por Gabinete Psicosocial o de los informes periciales en general. Muchas veces se trata de informes que se basan en la capacidad y aptitudes de los progenitores pero no en las realidades de cada uno de ellos, esto es, compatibilidad de horarios entre labor profesional y la dedicación al menor, etc. Sin querer negar la importancia de los referidos informes, que la tienen, no hay que olvidar que en ocasiones, son informes que carecen de un análisis profundo de la situación y por ello, se debería de atender al resto de prueba existente para decidir al respecto de la concesión o no de la modalidad de custodia compartida. En el caso de la Audiencia de Valencia, se puede concluir que con la existencia del informe favorable, ya se toma como "prueba de cargo" para otorgar dicha modalidad de custodia. En idéntico sentido, la existencia de informe desfavorable, será suficiente para que se deniegue la misma.

Por ello, y sin desmerecer la importancia de los referidos informes, y teniendo en cuenta que el contenido de los mismos no condiciona la opinión del Juez, sería aconsejable que los mismos se fueran analizados y cuestionados, sin que se les tenga que dar siempre validez a lo en ellos manifestado, así como analizados con el resto de la prueba existente en la causa.

19.- En el supuesto en que se hayan aportado varios informes a la causa, y sean contradictorios entre sí, debe prevalecer el informe pericial judicial en detrimento de los informes de parte, si bien siempre analizando y cuestionando el contenido del mismo.

Respecto a los informes de parte, y para el caso de concurrir varios, deberá prevalecer aquel informe en el que se haya entrevistado a todas las partes que vayan a quedar afectadas por la decisión a tomar.

20.- Con carácter general y común a todas las Audiencias, el informe pericial, y en defecto de éste, la opinión del menor, son los dos factores que mayor relevancia deben tener a la hora de adoptar una modalidad u otra de custodia.

21.- Del estudio jurisprudencial realizado de la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Barcelona, Navarra y Valencia, se puede extraer que el principal motivo por el que se ha denegado la adopción de la modalidad compartida ha sido la existencia de un Informe pericial desfavorable para la adopción de la misma.

De igual modo, circunstancias como la opinión de los menores, la existencia de un conflicto extremo entre los progenitores, la falta de aptitudes parentales por parte de uno de los progenitores, la imposibilidad de que uno de ellos pueda conciliar la vida familiar y profesional, la existencia de amplias discrepancias entre los progenitores respecto a las pautas de educación y crianza de los menores y sobre todo el que uno de los progenitores, normalmente la madre, sea la figura de referencia para el menor y la más implicada en las pautas de crianza del mismo.

En menor medida, también se han tomado en consideración circunstancias como la edad del menor, el desequilibrio que le pudiera ocasionar al mismo el cambio de custodia, la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, la enfermedad grave por parte de alguno de los progenitores (en la mayoría de los casos de tipo psiquiátrico, alcoholismo, etc.) y/o la existencia de una sentencia penal de condena por malos tratos en el ámbito familiar.

22.- Por su parte, los factores que por parte de las Audiencias antes referidas, se han tomado en consideración para otorgar la modalidad compartida han sido la existencia de un Informe favorable por parte del perito judicial, la voluntad de los menores de querer convivir con ambos progenitores, la idoneidad y capacidad de ambos progenitores para el desempeño de la modalidad compartida así como la buena relación existente entre ambos, la existencia de pautas y estilos educativos similares y/o compatibles por parte de ambos progenitores, la vinculación afectiva del menor con ambos y su deseo de convivir con los

dos, así como la ausencia de conflicto entre los progenitores o en su caso, que el conflicto sea de muy bajo nivel.

De igual modo, y siempre partiendo de que se dieran las anteriores, circunstancias como la cercanía de los domicilios de los progenitores, la edad de los menores, la labor de terceras personas, como pudieran ser los abuelos, que pudieran facilitar que se pueda llevar a cabo la modalidad de custodia compartida, así como que en la práctica el régimen imperante fuese el de la guarda y custodia compartida, el denominado criterio de continuidad, al ser más favorable a los intereses de los menores, el mantenimiento de la guarda y custodia compartida, que se está llevando a cabo sin incidencias desde el dictado de la sentencia de divorcio. Esta última circunstancia ha sido tomada en consideración sobre todo por la Audiencia Provincial de Barcelona.

23.- La regulación prevista en las distintas leyes autonómicas en cuanto a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, tiende a equilibrar, en la medida de lo posible, las necesidades e intereses patrimoniales de los cónyuges, siempre que ello no merme la protección del interés del menor.

24.-La vinculación del uso esencialmente gratuito e indefinido de la vivienda familiar a la titularidad de la custodia de los hijos comunes dificulta en gran medida la consecución de acuerdos tendentes a la custodia compartida. Conforme a la normativa del C.c., el cónyuge custodio adquiere el uso de la vivienda familiar, sin necesidad de otorgar al otro cónyuge una compensación al respecto, cercenando sus facultades dominicales y obligándole a proveerse una nueva vivienda en la que residir. En este sentido, es preciso acabar con dicha suerte de ecuación, de manera que la pugna por la custodia se centre únicamente en los intereses del menor y no en circunstancias accesorias de claro carácter patrimonial.

25.-En materia de atribución del uso de la vivienda familiar, es necesario que el legislador prevea una serie de baremos de referencia para poder determinar si la concreta decisión adoptada por el Juez ha velado objetivamente por el equilibrio de los intereses económicos de ambos cónyuges. En este sentido, las leyes autonómicas establecen acertadamente, diversos supuestos para que el uso de la vivienda familiar compute para el cálculo de la pensión compensatoria, así como contribución en especie al sostenimiento material de los hijos. De esta forma se compensa el perjuicio que en la práctica provoca al

progenitor no adjudicatario, tanto si es cotitular como titular exclusivo de la vivienda, la obligación de abandonar el domicilio.

26.-La doctrina jurisprudencial del TS en cuanto a la duración de la atribución uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, impidiendo su limitación temporal mientras concurran menores de edad, constituye una sobre protección del interés del menor en detrimento de los intereses patrimoniales del cónyuge no beneficiario. Sin descuidar que es el interés del menor el que ha de primar en caso de conflicto de intereses, la necesaria ponderación judicial, y más en un ámbito tan casuístico como las crisis matrimoniales, no puede suponer la aplicación de normas excesivamente rígidas, que desatiendan intereses de los progenitores que, aunque sea de manera indirecta, repercutirán en el interés del menor. En este sentido, la venta de la vivienda conyugal en orden a acceder a dos nuevos inmuebles, la atribución del uso de viviendas distintas de la familiar como residencia para el menor, son algunas de las medidas posibles en aras de salvaguardar los derechos del menor de residir en una vivienda digna y, a su vez, respetar en pie de igualdad los intereses patrimoniales de los progenitores. Estas soluciones, que ya se han previsto en leyes autonómicas como la catalana o la aragonesa, debieran contemplarse igualmente en el resto, así como en la normativa estatal.

27.-De la regulación que las leyes aragonesa, catalana, valenciana y vasca establecen respecto a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, la norma catalana, así como sobre todo la valenciana y la vasca, son las que en mayor medida equilibran a la hora de decidir tanto los intereses del menor como los intereses de los progenitores; por el contrario, la norma aragonesa antepone en exceso los intereses económicos de los progenitores al interés superior de los hijos menores de edad, no quedando equilibrados los intereses de ambos.

28.-La opción que prevén tanto la ley valenciana como la vasca en cuanto a incorporar la figura de la compensación económica por la pérdida de la atribución del uso del domicilio familiar para uno de los progenitores, se trata de una medida necesaria para evitar situación injustas que durante años se han venido repitiendo; con dicha medida se trata de equilibrar la posición económica en la que van a quedar los progenitores tras la ruptura.

29.-El establecimiento de la guarda y custodia compartida no va a conllevar la supresión de las denominadas pensiones alimenticias a favor de los hijos menores. A pesar del establecimiento de esta modalidad de custodia, se fijará la pensión cuando haya un desequilibrio entre la capacidad económica de cada uno de los progenitores, y ello a fin de garantizar que los menores disfruten de las mismas condiciones que tenían antes de la ruptura de la convivencia de sus padres.

Del estudio jurisprudencial realizado, se vienen estableciendo distintas posibilidades en cuanto a la forma en la que los progenitores deberán hacer frente a los gastos de los menores en función de las necesidades de éstos y de la capacidad económica de cada uno de ellos. Se trata de una medida equitativa que cada uno de los progenitores contribuya a los gastos de los menores en proporción a sus respectivos ingresos, fijando distintos porcentajes en función de todo ello.

30.- Los cambios sociales han propiciado cambios en los modelos de familia, y derivado de ello, en los modelos de organización de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura matrimonial o de pareja. No obstante, y dada la especial sensibilidad de esta materia, no debiéramos guiarnos por las modas, y por el hecho de que ahora sea moda la custodia compartida, no tiene por qué generalizarse su concesión en cualquier supuesto.

En ocasiones, se debería optar por soluciones intermedias entre la custodia monoparental y la custodia compartida; ser más generoso en cuanto al establecimiento del derecho de visitas, estableciendo pernoctas semanales y superando la rutina de fines de semana alternos y vacaciones por mitad. No se tiene por qué estar o bien a un régimen rígido de visitas o bien ante un sistema en donde se tengan que compartir los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores al 50%.

31.-La custodia compartida, cuanto menos en el plano teórico, tiene unos beneficios superiores a la monoparental. La presencia de ambos progenitores en la vida de los hijos, estando ambos en condiciones de asumir su cuidado y educación, es un pilar fundamental y una garantía de que la vida de éstos no se verá traumatizada o condicionada por la separación de sus padres. No obstante, ello no debe conllevar a su aplicación preferente ni mucho menos y derivado de dicha preferencia, a la aplicación automática de la misma. Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para ver si es la modalidad que mejor garantiza el derecho de los menores o no.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RODERO, J., "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7826, 2012.

ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 C.C.)", en *Revista para el análisis del Derecho,* núm. 2, 2011.

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I., "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.

ALGARRA PRATS, E., y BARCELÓ DOMÉNECH, J., "El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la ley valenciana", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

BALDA MEDARDE, M.J., "La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011.

BARONA SELLÉS, M.A., "Valoración crítica sobre la ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AAVV., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2001.

BLASCO GASCÓ, F. de P., y MORERA VILLAR, B., *La determinación del régimen de convivencia familiar en la ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven,* ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BLASCO GASCÓ, F.de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLASCO GASCÓ, F. de P., "El desarrollo del Derecho Civil valenciano: La Ley de Régimen económico matrimonial valenciano", en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 46, 2008.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

CAMPUZANO TOMÉ, V.H., "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", en *RevistaAranzadi Civil*, núm. 22, 2005.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª., "Comentarios a los arts. 154 a 171 del Código Civil", en ALBADALEJO, M.T. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Vol. II, 2ª edic., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

CASTILLA BAREA, M., "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres", en *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 7, 2010.

CERVILLA GARZÓN, M.D., "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", en*Revista de Derecho de familia*, núm.44, 2009.

CLEMENTE MEORO, M.E., "El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en ausencia de pacto en la Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas que no conviven", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L., "Ley valenciana de custodia compartida", en *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

CORTADA CORTIJO, N., "La preferencia de la guarda compartida en el Derecho Civil de Cataluña a la luz del interés del menor", en FLORENSA TOMÁS, C. (Dir.),

FONTANELLAS MORELL, J.M., (Coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

DELGADO DEL RIO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente,* ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2010.

DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª, "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982.

DE TORRES PEREA, J.M., "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", en *Anuario Derecho Civil*, núm. LIX-2, 2006.

DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2011.

DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed. Iustel, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 8299, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AAVV., ATIENZA NAVARRO, M.L., CARRIÓN OLMOS, S., *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, vol. III, 3ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1985.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007.

DOMINGO MONFORTE, J., "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 836, 2012.

DURÁN FEBRER, M., "La posible inconstitucionalidad 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 (DOGV núm. 6945 de 5.04.2011, BOE núm. 98 de 25.04.2011) y la ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (BOA 111 de 8 de junio 2010), en *Revista Jurídica de Igualdad de Género*, ed. Asociación de Mujeres Juristas Themis, núm. 10, Segundo semestre 2011.

EIRANOVA ENCINAS, E., Código Civil alemán comentado. BGB., ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

ESCUDERO BERZAL, B., "La custodia compartida y la vivienda familiar", en*Comunitaria: Revista internacionalde trabajo social y ciencias sociales*, núm. 6, 2013.

ESPARZA OLCINA, C., "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

ESPARZA OLCINA, C., "La guarda de los menores", en BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M., y LLOPIS GINER, J. M. (Coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, ed. Práctica del Derecho, Valencia, 2008.

ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

FERNÁNDEZ ARIAS, P., "Tengo 7 años, me llamo Jaime y un juez quiere separarme de mi padre", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 821, 2011.

FLAQUER, Ll., "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

FORCADA MIRANDA, F.J., "La vivienda familiar en situaciones de ruptura matrimonial" en *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004.

FORTEA CORBE J.L., "El nuevo régimen de convivencia compartida. Jurisprudencia reciente", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 45, 2013.

FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código civil español*, ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1986.

GALÁN CÁCERES, E., "¿Es conveniente que el Juez ostente libre potestad para acordar el sistema de guarda más apropiado, con la correspondiente modificación legislativa en su caso?, en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 107, 2010.

GARCÍA GARNICA, M.C., "Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio", en GARCÍA GARNICA, M.C., (Dir.) y MORILLAS FERNÁNDEZ, M., y QUESADA PÁEZ, A. (Coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

GARCÍA RUBIO, M.P., y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, 2006.

GARRIGA GORINA, M., "El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GIL MEMBRANO, C., *La vivienda familiar*, ed. Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", en *Revista Valenciana d'Estudis Autonómics*, núm. 54, vol. 2, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Posibilidad de concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 86, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Custodia *versus* patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra", en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 93, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7537, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 18, 2014.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 13, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", en *Diario La Ley*,Sección Doctrina, núm. 7529, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L., "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", Trabajo de investigación dirigido por José Manuel de Torres Perea en el ámbito del I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Málaga 28 de diciembre de 2009. Disponible en:

http://www.prodeni.org/Informes/la_custodia_compartida_sindrome%20alienacion%20parental.htm

GONZÁLEZ ÓRVIZ, M.E., *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*, ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GONZALO VALGAÑÓN, A., "La custodia compartida impuesta", *en Revista Jurídica de Igualdad de Género*, ed. Asociación Mujeres Juristas Themis, núm. 10, 2011.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Criterios de atribución de la custodia compartida", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm.3, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Comentarios al nuevo art. 92 del Código Civil", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., "Análisis de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio. La modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", en *El nuevo derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Zarraluqui Abogados & Lledó Abogados. Bufetes Jurídicos especializados en Derecho de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2007.

HAYDEN, A., "Shared Custody: a comparative study of the position in Spain and England", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2011.

HERRERA PUENTES, P.J., "Análisis de las reformas más importantes introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 1, 2006.

HERMIDA BELLOT, B., *La custodia compartida en el Derecho común español: situación actual y crítica de la regulación vigente. Propuestas de mejora*, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., y FERRANDO NICOLAU, E. (Co-directoras), Inédito.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar", en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 738, 2013.

HERNANDO RAMOS, S., "El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

IBAÑEZ VALVERDE, V.J., "El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados". Disponible en: http://www.psicojurix.com/pdf/ellaberintoCC.pdf

IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil,*ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil. Aspectos preocesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

IZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de Familia*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La guarda compartida. Una visión comparativa", *en Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012. Disponible en: http//www.jurídicas.unam.mx/publica/librer/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr10.pedf

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia*, tomo II, Madrid, 1981.

LAMARCA MARQUÉS, A., Código Civil alemán. BürgerlichesGesetzbuch, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

LANGA MUELA, A., Custodia compartida en Aragón. Análisis de los arts. 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo. Beca 2011-2012 del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés. Disponible en: http://www.eljusticiadearagón.com

LASARTE ÁLVAREZ, C.,*De los principiosdel Derecho Civil,* tomo VI, Derecho de Familia, ed. Marcial Pons, 13ª edición, Madrid, 2014.

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, ed. La Ley, Madrid, 2008.

LATHROP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7206, 2009.

LÓPEZ AZCONA, A., "El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

LÓPEZ AZCONA, A., "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos", en BAYOD M.C., y SERRANO J.A. (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución "Fernando el Católico (C.S.I.C.) Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014.

MAGRO SERVET, V., "¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en el proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?", en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 106, 2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.,*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96, p.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2005.

MARTÍN MUÑOZ, A., "El derecho de uso de la vivienda familiar y el registro de la propiedad", en *Revista de Derecho de familia*, núm. 44, 2009.

MAZA DOMINGO, J., "Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia", en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

MECO TÉBAR, F., "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

MECO TÉBAR, F., "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996), en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

MECO TÉBAR, F., "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida" en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 3, 2015.

MIRAVENT JUNYENT, V., "Complejidad emocional en las familias reconstituidas", en AAVV., GINÉS CASTELLET, N., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, ed. Bosch-Esade, Barcelona, 2011.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., "La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81 del Código de Derecho foral de Aragón", *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2013.

MONSERRAT QUINTANA, A., "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio" en *Diario La Ley*, Sección Estudios, núm. 23, 2006.

MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos: la aplicación práctica del art. 92 del Código Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales: la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO VELASCO, V., "La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7843, 2012.

MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7267, 2009.

NANCLARES VALLE, J., "La custodia de los hijos en el Derecho Civil de Navarra", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2012.

NIÑEROLA GIMÉNEZ, I., "Cambio de residencia: ¿Basta con pedir la autorización conforme a lo previsto en el art. 156 del C.c. o tendrá que interponer una demanda de modificación de medidas"(Tema de debate), en *Revista de Abogados de Familia*, núm. 74, 2014.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Código Civil Francés*, edición bilingüe, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., y TOLDRÁ ROCA, M.D., "Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña", en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (Coords.), *El nuevo Derecho de la persona y la familia*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A., "Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente", en *Diario La Ley*, Sección Dossier, núm. 8104, 2013.

PASTOR VITA, F.J., "Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005.

PASTOR VITA, F.J., "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 6235, 2005.

PEINADO MARTÍNEZ, S., "Aplicación de la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 9, 2013.

PÉREZ CONESA, C., "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013.

PÉREZ CONESA, C., "Inconstitucionalidad del inciso "favorable" del art. 92.8 del Código civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2013.

PÉREZ GALVÁN, M., "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

PÉREZ MARTÍN, A.J., "Posibilidad de concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 86, 2009.

PÉREZ MARTÍN, A.J., "Guarda y custodia conjunta o compartida", en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol 1, ed. Lex Nova S.A, 2007.

PÉREZ MARTÍN, A.J., ¿Qué sistema es el más adecuado para atender las necesidades económicas de los hijos cuando se acuerda la custodia compartida", en *Revista Abogados de Familia*, núm. 72, 2014.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P., y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, 2ª edic., ed. Sepín, Madrid, 2005.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

PÉREZ UREÑA, A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas*,ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), "Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida". Disponible en: http://www.mujeresjuristasthemis.org/estudio/custodia/compartida

PICONTÓ NOVALES, T., "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

PINTO ANDRADE, C., "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, ed. Bosch, Barcelona, 2009.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J.M., "¿Es conveniente que el juez ostente libre potestad para acordar el sistema de guarda más apropiado, con la correspondiente modificación legislativa en su caso?", en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 107, 2010.

RAMÓN HERNÁNDEZ, F., "Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Leyvalenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

REYES LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en AAVV., BARONA SELLÉS, M.A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M., *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L. (Coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, ed.Civitas S.A., Madrid, 1994.

ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012. Disponible en: http://www.ub.edu/web/ub/es/menu_eines/noticies/2012/12/050.html

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., "El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios", en*La conflictividad en los procesos familiares. Vías jurídicas para su reducción*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., "A revisión la Ley de Derecho Civil de Galicia", en *Diario La Ley*, núm. 7513, 2010.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G., "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derechode cosas", en*Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm.736, 2013.

ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 814, 2011.

ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013.

ROMERO COLOMA, A.M., "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7504, 2010.

ROMERO COLOMA A., "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825, 2011.

RUBIO BONET, A., "La potestad parental, la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia", en AAVV. PÉREZ DAUDÍ,V., *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, ed. Atelier, Barcelona, 2011.

SANTANA PÁEZ, E., "La guarda y custodia de los hijos menores de edad", en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, ed. Colex, Madrid, 2009.

SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.Amplio estudio jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SORIANO MARTÍNEZ, E., "La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de familia", en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 9, 2011.

SERRANO CASTRO, F.de A., "Posibilidad de establecer un reparto del tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas" (Foro Abierto), en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 83, 2008.

SERRANO GARCÍA, J.A., "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en BAYOD, M.C., y SERRANO, J.A. (Coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, ed. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014.

SERRANO GARCÍA, J.A., La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XVIII, 2012.

SEIJAS QUINTANA, J.A., "Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar", en AAVV. ROCA TRIAS, E., DE CASTRO MARTÍN, R.M., *Jurisdicción de Familia XX años*, ed. Dykinson, Madrid, 2013.

TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?", en *Revista Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, 2011.

TENA PIAZUELO, I., "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011.

UREÑA MARTÍNEZ, M., en CARRASCO PEREA, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, ed. Tecnos, Madrid, 2013.

VARELA PORTELA, M.J., "Las medidas en los pleitos matrimoniales contenciosos", en AAVV, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en PICONTÓ NOVALES, T. (Ed.), *La custodia compartida a debate*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor" en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.), en *Derecho de la persona*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

VIÑAS MAESTRE, D., "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*, ed. Bosch, Barcelona, 2007.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Valencia de 22 abril 1999 (Id. Cendoj 46250370061999100865)

SAP Valencia de 10 enero 2001(Id Cendoj: 46250370102001100050)

SAP Las Palmas de 13 enero 2003 (Id Cendoj: 35016370052003100427)

SAP Barcelona de 2 diciembre 2003 (Id Cendoj: 08019370122003100469)

SAP Valencia 19 mayo 2004 (Id Cendoj: 46250370102004100353)

SAP Valencia 21 abril 2005 (Id Cendoj: 46250370102005100199)

SAP Valencia 5 mayo 2005 (Id Cendoj: 46250370102005100318)

SAP Baleares de 6 junio 2005 (Id Cendoj: 07040370032005100243)

SAP Valencia de 22 julio 2005 (VLEX 54575223)

SAP Barcelona de 22 septiembre 2005 (TOL 815.284)

SAP Madrid de 26 septiembre 2005 (Id Cendoj: 28079370222005100394

SAP Madrid de 14 noviembre 2005 (TOL 784.509)

SAP Córdoba de 24 abril 2006 (Id Cendoj: 14021370022006100195

SAP Barcelona de 16 mayo de 2006 (TOL 1.007.202)

SAP Las Palmas de 14 junio 2006 (Id Cendoj: 35016370032006100247)

SAP Cáceres de 16 junio 2006 (Id Cendoj: 10037370012006100318)

SAP Sevilla de 10 octubre 2006 (VLEX 32489398)

SAP Madrid de 24 octubre 2006 (Id Cendoj: 28079370222006100611)

SAP Girona de 3 noviembre 2006 (Id Cendoj: 17079370012006100334)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2006 (Id Cendoj: 08019370122006100638)

SAP Barcelona de 20 febrero 2007 (Id Cendoj: 08019370182007100001)

SAP Barcelona de 1 octubre 2007 (Id Cendoj: 08019370182007100521)

SAP Huelva de 10 diciembre 2007 (Id Cendoj: 21041370012007100308)

SAP Barcelona de 11 diciembre 2007 (TOL 2.463.560)

SAP Girona de 9 enero 2008 (Id Cendoj: 17079370022008100020)

SAP Murcia de 30 octubre 2008 (Id Cendoj: 30016370052008100237)

SAP Vizcaya de 31 octubre 2008 (Id Cendoj: 48020370042008100285)

SAP Baleares de 12 noviembre 2008 (TOL 1.460.052)

SAP Valencia de 23 marzo 2009 (TOL1.784.569)

SAP Sevilla de 1 abril 2009 (Id Cendoj: 41091370022009100049)

SAP Asturias de 17 abril 2009 (Id Cendoj: 33044370042009100117)

SAP Alicante de 24 abril 2009 (Id Cendoj: 03065370092009100040)

SAP Cantabria de 12 mayo 2009 (Id Cendoj: 39075370022009100253)

SAP Barcelona de 25 junio 2009 (Id Cendoj: 08019370182009100466

SAP Valencia de 21 octubre 2009 (Id Cendoj: 46250370102013100612)

SAP Granada de 6 noviembre 2009 (Id Cendoj: 18087370052009100498)

SAP Barcelona de 15 diciembre 2009 (TOL 1.793.864)

SAP Barcelona de 21 diciembre 2009 (Id Cendoj: 08019370122009100882)

SAP Murcia de 28 enero 2010 (Id Cendoj: 3003037004201010004)

SAP Zaragoza de 22 junio 2010 (Id Cendoj: 50297370022010100295)

SAP Zaragoza de 23 septiembre 2010 (Id Cendoj: 50297370022010100173)

SAP Barcelona de 7 octubre 2010 (Id Cendoj: 08019370182010100331)

SAP Tarragona de 26 noviembre 2010 (Id Cendoj: 43148370012010100318)

SAP Barcelona de 5 enero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100015)

SAP Barcelona de 10 enero 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100033)

SAP Zaragoza de 18 enero 2011(Id Cendoj: 50297370022011100022)

SAP Barcelona de 31 enero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100048)

SAP Barcelona de 1 febrero 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100062)

SAP Barcelona de 1 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100021)

SAP Barcelona de 3 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100057)

SAP Valencia de 4 febrero 2011 (Id Cendoj: 46250370102013100057)

SAP Barcelona de 7 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100106)

SAP Barcelona de 8 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100093)

SAP Barcelona de 8 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370122011100090)

SAP Barcelona de 8 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100044)

SAP Barcelona de 15 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100048)

SAP Barcelona de 15 febrero 2011(Id Cendoj: 08019370182011100242)

SAP Barcelona de 22 febrero 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100074)

SAP Barcelona de 3 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100087)

SAP Barcelona de 4 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100172)

SAP Barcelona de 4 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100171)

SAP Barcelona de 14 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100181)

SAP Zaragoza de 15 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100289)

SAP Zaragoza de 15 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100105)

SAP Barcelona de 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100126)

SAP Barcelona de 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100137)

SAP Barcelona de 16 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100125)

SAP Barcelona de 18 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100189)

SAP Zaragoza de 22 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100116)

SAP Barcelona de 22 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100647)

SAP Barcelona de 22 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100118)

SAP Barcelona de 24 marzo 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100247)

SAP Zaragoza de 29 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100124)

SAP Zaragoza de 29 marzo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100127)

SAP Barcelona de 29 marzo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100130)

SAP Barcelona de 6 abril 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100208)

SAP Barcelona de 11 abril 2011(Id Cendoj: 08019370122012100253)

SAP Barcelona de 13 abril 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100213)

SAP Barcelona de 13 abril 2011(IdCendoj: 08019370122011100193)

SAP Barcelona de 15 abril 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100238)

SAP Barcelona de 27 abril 2011(Id Cendoj: 08019370122011100215)

SAP Zaragoza de 3 mayo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100177)

SAP Barcelona de 5 mayo 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100275)

SAP Barcelona de 6 mayo 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100241)

SAP Barcelona de 10 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100266)

SAP Barcelona de 10 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100276)

SAP Zaragoza de 10 mayo 2011(Id Cendoj: 50297370022011100171)

SAP Zaragoza de 10 mayo 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100178)

SAP Barcelona de 16 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100267)

SAP Barcelona de 17 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100269)

SAP Barcelona de 17 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100465)

SAP Barcelona de 18 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100272)

SAP Barcelona de 24 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100323)

SAP Barcelona de 25 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100287)

SAP Barcelona de 26 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100249)

SAP Barcelona de 27 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370122011100320)

SAP Barcelona de 31 mayo 2011(Id Cendoj: 08019370182011100315)

SAP Zaragoza de 7 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100213)

SAP Zaragoza de 14 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100236)

SAP Zaragoza de 14 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100237)

SAP Zaragoza de 21 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100240)

SAP Zaragoza de 21 junio 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100246)

SAP Zaragoza de 28 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100253)

SAP Zaragoza de 28 junio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100286)

SAP Zaragoza de 28 junio 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100271)

SAP Zaragoza de 5 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100287)

SAP Zaragoza de 15 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100309)

SAP Zaragoza de 15 julio 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100301)

SAP Zaragoza de 18 julio 2011(Id Cendoj: 50297370022011100313)

SAP Pamplona de 26 julio 2011 (Id Cendoj: 31201370022011100232)

SAP Zaragoza de 6 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100319)

SAP Zaragoza de 13 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100321)

SAP Zaragoza de 13 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297370022011100320)

SAP Zaragoza de 13 septiembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100325)

SAP Barcelona de 21 septiembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100520)

SAP Pamplona de 5 octubre 2011(Id Cendoj: 31201370022011100461)

SAP Barcelona de 5 octubre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100591)

SAP Zaragoza de 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100357)

SAP Zaragoza de 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100365)

SAP Zaragoza de 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100361)

SAP Zaragoza de 13 octubre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100371)

SAP Madrid de 24 octubre 2011(Id Cendoj: 28079370242011100800)

SAP Zaragoza de 2 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100392)

SAP Zaragoza de 2 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100386)

SAP Zaragoza de 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100413)

SAP Zaragoza de 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100408)

SAP Zaragoza de 15 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100400)

SAP Zaragoza de 29 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100428)

SAP Zaragoza de 29 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100429)

SAP Barcelona de 1 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100649)

SAP Zaragoza de 2 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100445)

SAP Zaragoza de 2 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100444)

SAP Zaragoza de 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100452)

SAP Valencia de 12 diciembre 2011 (TOL 2.409.266)

SAP Valencia de 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100654)

SAP Barcelona de 12 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370182011100604)

SAP Barcelona de 13 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100613)

SAP Barcelona de 13 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100611)

SAP Barcelona de 13 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100614)

SAP Barcelona de 14 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100658)

SAP Barcelona de 14 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100659)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100464)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370182011100553)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100626)

SAP Valencia de 21 diciembre 2011 (TOL 2.409.626)

SAP Barcelona de 21 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100655)

SAP Barcelona de 22 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370122011100630)

SAP Barcelona de 22 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100632)

SAP Barcelona de 22 diciembre 2011(Id Cendoj: 08019370122011100631)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100471)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100474)

SAP Barcelona de 27 diciembre 2011(IdCendoj: 08019370122011100675)

SAP Barcelona de 29 diciembre 2011 (Id Cendoj: 08019370182011100629)

SAP Valencia de 4 enero 2012 (EDJ 2012/17465)

SAP Valencia de 4 enero 2012 (TOL 2.456.206)

SAP Valencia de 4 enero 2012 (EDJ 2012/17493)

SAP Valencia de 11 enero 2012 (TOL 2.454.842)

SAP Valencia de 11 enero 2012 (EDJ 2012/19431)

SAP Valencia de 11 enero 2012 (EDJ 2012/17469)

SAP Valencia de 11 enero 2012 (EDJ 2012/18134)

SAP Alicante de 16 enero 2012 (TOL 2569000)

SAP Zaragoza de 17 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100011)

SAP Valencia de 17 enero 2012 (EDJ 2012/17471)

SAP Zaragoza de 17 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100009)

SAP Valencia de 19 enero 2012 (EDJ 2012/78513)

SAP Zaragoza de 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100025)

SAP Zaragoza de 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100015)

SAP Zaragoza de 24 enero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100024)

SAP Valencia de 30 enero 2012 (EDJ 2012/80.190)

SAP Valencia de 31 enero 2012 (EDJ 2012/80231)

SAP Valencia de 1 febrero 2012 (EDJ 2012/82241)

SAP Valencia de 1 febrero 2012 (TOL 2.531.16)

SAP Valencia de 4 febrero 2012 (Id Cendoj: 46250370102013100057)

SAP Zaragoza de 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100037)

SAP Zaragoza de 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100041)

SAP Barcelona de 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100034)

SAP Zaragoza de 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100042)

SAP Zaragoza de 7 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100046)

SAP de Valencia de 9 febrero de 2012 (EDJ 2012/78519)

SAP Valencia de 9 febrero 2011 (EDJ 2012/80172)

SAP Zaragoza de 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100047)

SAP Zaragoza de 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100049)

SAP Valencia de 14 febrero 2012 (EDJ 2012/80188)

SAP Valencia de 16 febrero 2012 (TOL 2.527.203)

SAP Zaragoza de 19 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022013100073)

SAP Pamplona de 20 febrero 2012 (Id Cendoj: 3120137002201210002)

SAP Valencia de 20 febrero 2012 (EDJ 2012/80223)

SAP Zaragoza de 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066)

SAP Barcelona de 23 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100094)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100085)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100074)

SAP Barcelona de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100085)

SAP Barcelona de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100141)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100076)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100094)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100079)

SAP Zaragoza de 28 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100080)

SAP Barcelona de 29 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100105)

SAP Barcelona de 29 febrero 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100106)

SAP Barcelona de 1 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100095)

SAP Barcelona de 5 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100159)

SAP Barcelona de 5 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100162)

SAP Barcelona de 6 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100179)

SAP Zaragoza de 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100088)

SAP Barcelona de 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100221)

SAP Barcelona de 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100104)

SAP Zaragoza de 7 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100086)

SAP Barcelona de 8 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100106)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100106)

SAP Barcelona de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100115)

SAP Barcelona de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100112)

SAP Barcelona de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100176)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100107)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100096)

SAP Barcelona de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100116)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100101)

SAP Zaragoza de 14 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100051)

SAP Barcelona de 15 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100064)

SAP Zaragoza de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100114)

SAP Zaragoza de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100111)

SAP Barcelona de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100067)

SAP Zaragoza de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100117)

SAP Zaragoza de 20 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100118)

SAP Valencia de 23 marzo 2012 (EDJ 2012/121795)

SAP Barcelona de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100190)

SAP Zaragoza de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100129)

SAP Barcelona de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100072)

SAP Barcelona de 27 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100158)

SAP Barcelona de 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100192)

SAP Zaragoza de 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100131)

SAP Zaragoza de 30 marzo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100141)

SAP Barcelona de 3 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100279)

SAP Barcelona de 3 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100278)

SAP Barcelona de 10 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100244)

SAP Pamplona de 10 abril 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100061)

SAP Barcelona de 10 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100206)

SAP Barcelona de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100249)

SAP Barcelona de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100250)

SAP Zaragoza de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100153)

SAP Barcelona de 11 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100283)

SAP Barcelona de 12 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100256)

SAP Barcelona de 13 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100259)

SAP Barcelona de 16 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100221)

SAP Zaragoza de 20 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100163)

SAP Zaragoza de 20 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100169)

SAP Barcelona de 24 abril 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100303)

SAP Zaragoza 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100167)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100175)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100177)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100173)

SAP Zaragoza de 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100168)

SAP Zaragoza de 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100185)

SAP Zaragoza de 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100187)

SAP Zaragoza de 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100183)

SAP Zaragoza de 2 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100180)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2012 (TOL 2.555.705)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100199)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100201)

SAP Valencia de 11 mayo 2012 (EDJ 2012/154443)

SAP Zaragoza de 15 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100213)

SAP Zaragoza de 15 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100210)

SAP Valencia de 21 mayo 2012 (TOL 2.597.700)

SAP Valencia de 21 mayo 2012 (EDJ 2012/154430)

SAP Valencia de 21 mayo 2012 (EDJ 2012/154431)

SAP Zaragoza de 22 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100196)

SAP Zaragoza de 29 mayo 2012 (TOL 2.555.903)

SAP Zaragoza de 29 mayo 2012 (TOL 2.555.994)

SAP Zaragoza de 29 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100225)

SAP Zaragoza de 29 mayo 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100227)

SAP Zaragoza de 5 junio 2012 (TOL 2.577.832)

SAP Barcelona de 5 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100353)

SAP Zaragoza de 5 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100236)

SAP Zaragoza de 5 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100239)

SAP Barcelona de 6 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100367)

SAP Barcelona de 7 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100446)

SAP Barcelona de 7 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100377)

SAP Barcelona de 8 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100526)

SAP Zaragoza de 12 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100246)

SAP Zaragoza de 12 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100270)

SAP Zaragoza de 12 junio 2012 (TOL 2.584.735)

SAP Barcelona de 15 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100411)

SAP Barcelona de 18 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100387)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.378)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.361)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.683)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (TOL 2.584.378)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100262)

SAP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254)

SAP Valencia de 20 junio 2012 (EDJ 2012/182795)

SAP Pamplona de 21 junio 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100082)

SAP Valencia de 25 junio 2012 (EDJ 2012/199699)

SAP Zaragoza de 26 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100291)

SAP Valencia de 26 junio 2012 (EDJ 2012/199709)

SAP Barcelona de 27 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100444)

SAP Barcelona de 28 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100460)

SAP Barcelona de 29 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100418)

SAP Barcelona de 29 junio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100421)

SAP Valencia de 2 julio 2012 (TOL 2.637.374)

SAP Barcelona de 3 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100462)

SAP Valencia de 4 julio 2012 (TOL 2.634.615)

SAP Barcelona de 4 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100464)

SAP Barcelona de 5 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100436)

SAP Zaragoza de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100330)

SAP Barcelona de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100472)

SAP Valencia de 10 julio 2012 (EDJ 2012/199748)

SAP Zaragoza de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100322)

SAP Zaragoza de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100328)

SAP Zaragoza de 10 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100329)

SAP Barcelona de 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100404)

SAP Barcelona de 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100361)

SAP Barcelona de 11 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100476)

SAP Valencia de 11 julio 2012 (EDJ 2012/199751)

SAP Valencia de 11 julio 2012 (TOL 2.634.699)

SAP Zaragoza de 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100313)

SAP Zaragoza de 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100319)

SAP Zaragoza de 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100316)

SAP Zaragoza de 13 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100317)

SAP Zaragoza de 20 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100298)

SAP Zaragoza de 20 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100303)

SAP Zaragoza de 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100335)

SAP Zaragoza de 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100308)

SAP Zaragoza de 23 julio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100307)

SAP Valencia de 25 julio 2012 (TOL 2676734)

SAP Barcelona de 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100531)

SAP Barcelona de 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100514)

SAP Barcelona de 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100517)

SAP Barcelona de 27 julio 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100589)

SAP Zaragoza de 31 julio 2012 (Id Cendoj. 08019370182012100507)

SAP Barcelona de 3 septiembre 2012 (Id Cendoj. 08019370182012100509)

SAP Barcelona de 4 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100564)

SAP Zaragoza de 6 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100337)

SAP Valencia de 10 septiembre 2012 (TOL 2.637.374)

SAP Barcelona de 13 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100539)

SAP Zaragoza de 18 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100339)

SAP Barcelona de 18 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100543)

SAP Zaragoza de 18 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100342)

SAP Barcelona de 19 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100555)

SAP Barcelona de 19 septiembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100549)

SAP Pamplona de 24 septiembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100400)

SAP Zaragoza de 25 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100357)

SAP Pamplona de 28 septiembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100396)

SAP Zaragoza de 4 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100370)

SAP Barcelona de 8 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100648

SAP Barcelona de 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100556)

SAP Barcelona de 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100593)

SAP Barcelona de 9 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100560)

SAP Barcelona de 10 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100614)

SAP Barcelona de 10 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100619)

SAP Barcelona de 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100668)

SAP Zaragoza de 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100373)

SAP Zaragoza de 11 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100380)

SAP Zaragoza de 16 octubre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100673)

SAP Zaragoza de 19 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100393)

SAP Valencia de 21 octubre 2012 (Id Cendoj: 46250370102014100771)

SAP Zaragoza de 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100400)

SAP Zaragoza de 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100405)

SAP Zaragoza de 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100403)

SAP Zaragoza de 30 octubre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100399)

SAP Barcelona de 2 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100729)

SAP Barcelona de 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100677)

SAP Barcelona de 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100677)

SAP Zaragoza de 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100413)

SAP Zaragoza de 7 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100408)

SAP Barcelona de 8 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100683)

SAP Barcelona de 8 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100684)

SAP Barcelona de 12 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100720)

SAP Zaragoza de 13 noviembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100430)

SAP Barcelona de 16 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100698)

SAP Barcelona de 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100670)

SAP Barcelona de 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100635)

SAP Barcelona de 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100724)

SAP Zaragoza de 20 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100436)

SAP Barcelona de 23 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100645)

SAP Barcelona de 26 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100647)

SAP Zaragoza de 27 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100451)

SAP Zaragoza de 27 noviembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100449)

SAP Zaragoza de 29 noviembre 2011(Id Cendoj: 50297370022011100432)

SAP Barcelona de 30 noviembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100807)

SAP Barcelona de 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100748)

SAP Zaragoza de 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100462)

SAP Zaragoza de 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100461)

SAP Zaragoza de 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100453)

SAP Zaragoza de 4 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100457)

SAP Alicante de 5 diciembre 2012 (TOL 3415514)

SAP Barcelona de 7 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100688)

SAP Pamplona de 10 diciembre 2012 (Id Cendoj: 31201370022012100427)

SAP Zaragoza de 11 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100691)

SAP Barcelona de 12 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100812)

SAP Barcelona de 12 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100795)

SAP Zaragoza de 12 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100468)

SAP Barcelona de 13 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100755)

SAP Valencia de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 46250370102013100841)

SAP Zaragoza de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100477)

SAP Zaragoza de 18 diciembre 2012 (IdCendoj: 50297370022012100480)

SAP Barcelona de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100767)

SAP Barcelona de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100710)

SAP Zaragoza de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100481)

SAP Barcelona de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100769)

SAP Barcelona de 18 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100760)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 8019370182012100779)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100781)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182012100782)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100827)

SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100784)

SAP Barcelona de 21 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370122012100786)

SAP Valencia de 22 diciembre 2012 (EDJ 2011/330345)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100488)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100500)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100491)

SAP Zaragoza de 27 diciembre 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100499)

SAP Barcelona de 29 diciembre 2012 (Id Cendoj: 08019370182011100632)

SAP Valencia de 7 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100033)

SAP Barcelona de 9 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100007)

SAP Barcelona de 9 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100041)

SAP Valencia de 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100004)

SAP Valencia de 9 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100002)

SAP Barcelona de 10 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100043)

SAP Barcelona de 11 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100093)

SAP Barcelona de 14 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100002)

SAP Valencia de 15 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100008)

SAP Zaragoza de 15 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100005)

SAP Valencia de 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100020)

SAP Valencia de 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100015)

SAP Valencia de 16 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100010)

SAP Valencia de 16 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100011)

SAP Barcelona de 16 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100010)

SAP Zaragoza de 22 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100025)

SAP Zaragoza de 22 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100026)

SAP Barcelona de 23 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100078)

SAP Barcelona de 21 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100077)

SAP Valencia de 24 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100104)

SAP Barcelona de 24 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100028)

SAP Barcelona de 28 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100030)

SAP Valencia de 28 enero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100107)

SAP Barcelona de 29 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100085)

SAP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100036)

SAP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100044)

AP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100032)

SAP Zaragoza de 30 enero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100029)

SAP Barcelona de 31 enero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100088)

SAP Valencia de 4 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100057)

SAP Barcelona de 5 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100094)

SAP Barcelona de 5 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100170)

SAP Zaragoza de 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100045)

SAP Zaragoza de 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100048)

AP Zaragoza de 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100049)

SAP Zaragoza de 6 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100049)

SAP Barcelona de 7 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100190)

SAP Valencia de 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100070)

SAP Valencia de 11 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100069)

SAP de Zaragoza 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100056)

SAP Zaragoza de 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100053)

SAP Zaragoza de 12 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100055)

SAP Valencia de 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100039)

SAP Valencia 13 febrero 2013 (TOL 292.243)

SAP Barcelona de 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100049)

SAP Valencia de 13 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100039)

SAP Barcelona de 15 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100194)

SAP Valencia de 18 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100042)

SAP Zaragoza de 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100066)

SAP Zaragoza de 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100069)

SAP Barcelona de 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100089)

SAP Zaragoza de 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100064)

SAP Zaragoza de 19 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100073)

SAP Zaragoza de 20 febrero 2013 (Id Cendoj: 44216370012013100030)

SAP Valencia de 21 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100097)

SAP Barcelona de 22 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100177)

SAP Valencia de 25 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100199)

SAP Zaragoza de 26 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100082)

SAP Valencia de 26 febrero 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100197)

SAP Barcelona de 28 febrero 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100098)

SAP Valencia de 4 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100134)

SAP Valencia de 4 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100141)

SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100182)

SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100132)

SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100133)

SAP Valencia de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100147)

SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100132)

SAP Valencia de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100146)

SAP Barcelona de 5 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100088)

SAP Barcelona de 6 marzo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100101)

SAP Valencia de 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100152)

SAP Zaragoza de 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100084)

SAP Barcelona de 6 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100105)

SAP Valencia de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100168)

SAP Valencia de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100171)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100095)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100097)

SAP Zaragoza de 13 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100096)

SAP Zaragoza de 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100114)

SAP Zaragoza de 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100107)

SAP Zaragoza de 19 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100112)

SAP Zaragoza de 21 marzo 2013 (Id Cendoj: 44216370012013100043)

SAP Valencia de 25 marzo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100203)

SAP Barcelona de 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 08019370182014100222)

SAP Zaragoza de 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100124)

SAP Zaragoza de 26 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100123)

SAP Zaragoza de 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100148)

SAP Zaragoza de 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100151)

SAP Zaragoza de 4 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100146)

SAP Valencia de 9 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100259)

SAP Valencia de 9 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100259)

SAP Barcelona de 10 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100271)

SAP Valencia de 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100225)

SAP Valencia de 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100226)

SAP Valencia de 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100229)

SAP Valencia de 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100228)

SAP Valencia de 15 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100230

SAP Barcelona de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100211)

SAP Barcelona de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100319)

SAP Zaragoza de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100158)

SAP Zaragoza de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100154)

SAP Zaragoza de 16 de abril de 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100152)

SAP Valencia de 16 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100232)

SAP Valencia de 18 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100238)

SAP Valencia de 18 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100241)

SAP Barcelona de 22 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100247)

SAP Valencia de 23 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100258)

SAP Zaragoza de 24 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100138)

SAP Zaragoza de 24 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100196)

SAP Valencia de 24 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100264)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100263)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100265)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100259)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100265)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100263)

SAP Barcelona de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100260)

SAP Valencia de 25 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100272)

SAP Valencia de 29 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100278)

SAP Zaragoza de 30 abril 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100181)

SAP Valencia de 30 abril 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100285)

SAP Barcelona de 30 abril 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100274)

SAP Barcelona de 7 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100331)

SAP Barcelona de 8 mayo 2013 (Id Cendoj: 080193701220131274)

SAP Barcelona de 8 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100326)

SAP Barcelona de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100193)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100189)

SAP Zaragoza de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100191)

SAP Barcelona de 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282)

SAP Valencia de 10 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100306)

SAP Valencia de 13 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100308)

SAP Barcelona de 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100288)

SAP Zaragoza de 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100160)

SAP Zaragoza de 14 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100164)

SAP Barcelona de 15 mayo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100293)

SAP Valencia de 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100320)

SAP Valencia de 15 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100263)

SAP Valencia de 15 mayo 2013 (IdCendoj: 46250370102013100321)

SAP Valencia de 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345)

SAP Barcelona de 17 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100306)

SAP Valencia de 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347)

SAP Valencia de 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358)

SAP Barcelona de 21 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100333)

SAP Barcelona de 21 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100307)

SAP Valencia de 22 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100335)

SAP Barcelona de 27 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370182013100309)

SAP Valencia de 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100354)

SAP Zaragoza de 28 mayo 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100177)

SAP Barcelona de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100359)

SAP Barcelona de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100354)

SAP Valencia de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100358)

SAP Valencia de 29 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100357)

SAP Barcelona de 30 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100362)

SAP Barcelona de 31 mayo 2013 (Id Cendoj 08019370122013100371)

SAP Valencia de 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100368)

SAP Valencia de 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100370)

SAP Valencia de 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100366)

SAP Barcelona de 31 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100374)

SAP Valencia de 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100374)

SAP Valencia de 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100377)

SAP Zaragoza de 4 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100203)

SAP Zaragoza de 4 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100205)

SAP Valencia de 5 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100392)

SAP Valencia de 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100377)

SAP Valencia de 3 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100374)

SAP Valencia de 4 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100383)

SAP Valencia de 10 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100437)

SAP Valencia de 10 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100401)

SAP Zaragoza de 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100216)

SAP Zaragoza de 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100215)

SAP Zaragoza de 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100207)

SAP Zaragoza de 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100211)

SAP Zaragoza de 11 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100210)

SAP Valencia de 17 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100421)

SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439)

SAP Zaragoza de 18 junio 2013(Id Cendoj: 50297370022013100221)

SAP Valencia de 20 junio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100433)

SAP Zaragoza de 23 junio 2013 (Id Cendoj: 50297370022015100212)

SAP Valencia de 24 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100445)

SAP Valencia de 24 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100449)

SAP Valencia de 25 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100454)

SAP Valencia de 25 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100536)

SAP Valencia de 27 junio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100459)

SAP Valencia de 1 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100465)

SAP Zaragoza de 3 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022012100280)

SAP Valencia de 3 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100472)

SAP Valencia de 8 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100482)

SAP Valencia de 9 julio 2013 (IdCendoj: 46250370102013100486)

SAP Valencia de 10 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100490)

SAP Valencia de 10 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100533)

SAP Valencia de 16 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100511)

SAP Valencia de 17 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100519)

SAP Pamplona de 18 julio 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100221)

SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100271)

SAP Valencia de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100599)

SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100288)

SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100274)

SAP Zaragoza de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100282)

SAP Valencia de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100562)

SAP Valencia de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100599)

SAP Valencia de 23 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100532)

SAP Valencia de 24 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100566)

SAP Valencia de 25 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100573)

SAP Zaragoza de 26 julio 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100286)

SAP Valencia de 26 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100587)

SAP Valencia de 29 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100589)

SAP Valencia de 31 julio 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100595)

SAP Valencia de 6 septiembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100596)

SAP Valencia de 9 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100598)

SAP Valencia de 9 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100545)

SAP Valencia de 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100561)

SAP Valencia de 16 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100559)

SAP Valencia de 16 septiembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100565)

SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100300)

SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100306)

SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100305)

SAP Valencia de 18 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100578)

SAP Valencia de 23 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100663)

SAP Valencia de 23 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100660)

SAP Zaragoza de 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100310)

SAP Zaragoza de 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100448)

SAP Zaragoza de 24 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100315)

SAP Valencia de 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100674)

SAP Valencia de 30 septiembre 2013 (TOL 4.043.262)

SAP Valencia de 30 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100675)

SAP Valencia de 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100629)

SAP Valencia de 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100631)

SAP Valencia de 2 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100633)

SAP Valencia de 7 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100645)

SAP Valencia de 8 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100648)

SAP Pamplona de 9 octubre 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100318)

SAP Zaragoza de 10 octubre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100326)

SAP Valencia de 14 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100650)

SAP Valencia de 14 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100652)

SAP Valencia de 15 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100602)

SAP Valencia de 15 octubre 2013 (TOL 4.043.113)

SAP Valencia de 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100611)

SAP Valencia de 21 octubre 2013 (TOL 4.043.081)

SAP Valencia de 21 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100612)

SAP Valencia de 23 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100624)

SAP Valencia de 28 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100756)

SAP Valencia de 28 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100697)

SAP Alicante de 30 octubre 2013 (Id Cendoj: 03065370092013100553)

SAP Valencia de 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100708)

SAP Valencia de 31 octubre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100705)

SAP Valencia de 5 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100711)

SAP Zaragoza de 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100357)

SAP Valencia de 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100717)

SAP Zaragoza de 6 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100360)

SAP Valencia de 7 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100720)

SAP Valencia de 7 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100721)

SAP Valencia de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100728)

SAP Valencia de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100722)

SAP Pamplona de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 31201370022013100330)

SAP Valencia de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100728)

SAP Valencia de 11 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100729)

SAP Zaragoza de 12 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100364)

SAP Valencia de 12 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100733)

SAP Valencia de 14 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100739)

SAP Valencia de 18 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100742)

SAP Valencia de 19 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100748)

SAP Valencia de 20 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100750)

SAP Valencia de 21 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100760)

SAP Zaragoza de 22 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100371)

SAP Valencia de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100775)

SAP Zaragoza de 26 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100374)

SAP Zaragoza de 26 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100373)

SAP Valencia de 2 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100789)

SAP Valencia de 2 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100787)

SAP Zaragoza de 3 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100384)

SAP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100794)

SAP Valencia de 4 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100796)

SAP Valencia de 5 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100799)

SAP Zaragoza de 5 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100392)

SAP Valencia de 9 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100807)

SAP Valencia de 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100847)

SAP Valencia de 11 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100818)

SAP Valencia de 11 diciembre 2013 (IdCendoj: 46250370102013100816)

SAP Zaragoza de 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100395)

SAP Valencia de 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100824)

SAP Valencia de 16 diciembre 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100831)

SAP Zaragoza de 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441)

SAP Zaragoza de 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100442)

SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100306)

SAP Zaragoza de 17 septiembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100305)

SAP Zaragoza de 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100439)

SAP Zaragoza 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100420)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100416)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100418)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100423)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100421)

SAP Zaragoza de 20 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100415)

SAP Barcelona de 9 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100006)

SAP Valencia de 13 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100002)

SAP Zaragoza de 14 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100001)

SAP Zaragoza de 14 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100002)

SAP Valencia de 15 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100026)

SAP Valencia de 15 enero 2014 (IdCendoj: 46250370102014100008)

SAP Barcelona de 16 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100025)

SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100012)

SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj 50297370022014100010)

SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100007)

SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100014)

SAP Zaragoza de 21 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100012)

SAP Barcelona de 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078)

SAP Valencia de 27 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100054)

SAP Barcelona de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100043)

SAP Zaragoza de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100042)

SAP Zaragoza de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100041)

SAP Zaragoza de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100017)

SAP Valencia de 28 enero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100060)

SAP Barcelona de 29 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100088)

SAP Barcelona de 30 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100095)

SAP Barcelona de 30 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100232)

SAP Barcelona de 30 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100092)

SAP Valencia de 4 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100074)

SAP Valencia de 5 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100080)

SAP Barcelona de 6 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100138)

SAP Valencia de 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100093)

SAP Valencia de 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100089)

SAP Valencia de 10 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100094)

SAP Zaragoza de 11 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100054)

SAP Valencia de 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100099)

SAP Barcelona de 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100146)

SAP Barcelona de 12 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100143)

SAP Valencia de 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100106)

SAP Valencia de 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100124)

SAP Barcelona de 13 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100076)

SAP Valencia de 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100109)

SAP Valencia de 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100035)

SAP Barcelona de 17 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100056)

SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100026)

SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100024)

SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100027)

SAP Zaragoza de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100028)

SAP Valencia de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100037)

SAP Valencia de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100110)

SAP Valencia de 18 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100118)

SAP Pamplona de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 31201370022014100033)

SAP Barcelona de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100127)

SAP Valencia de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100041)

SAP Barcelona de 19 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100067)

SAP Valencia de 21 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100044)

SAP Valencia de 24 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100050)

SAP Zaragoza de 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060)

SAP Zaragoza de 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100065)

SAP Valencia de 27 febrero 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100176)

SAP Barcelona de 27 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100106)

SAP Barcelona de 28 febrero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100142)

SAP Valencia de 5 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100143)

SAP Valencia de 6 marzo 2014 (IdCendoj: 46250370102014100148)

SAP Barcelona de 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100158)

SAP Zaragoza de 6 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100071)

SAP Barcelona de 11 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100163)

SAP Valencia de 11 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100158)

SAP Valencia de 12 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100168)

SAP Zaragoza de 12 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100082)

SAP Barcelona de 14 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100175)

SAP Barcelona de 14 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100176)

SAP Valencia de 18 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100166)

SAP Barcelona de 20 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100187)

SAP Barcelona de 20 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100194)

SAP Barcelona de 21 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100204)

SAP Zaragoza de 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 50297370022015100089)

SAP Valencia de 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100201)

SAP Valencia de 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100205)

SAP Valencia de 24 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100202)

SAP Barcelona de 25 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100203)

SAP Barcelona de 26 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100207)

SAP Barcelona de 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100213)

SAP Barcelona de 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100211)

SAP Valencia de 31 marzo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100221)

SAP Barcelona de 1 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100236)

SAP Valencia de 1 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100224)

SAP Valencia de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100229)

SAP Barcelona de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100239)

SAP Barcelona de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100238)

SAP Valencia de 2 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100233)

SAP Valencia de 3 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100237)

SAP Valencia de 3 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100235)

SAP Barcelona de 4 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100287)

SAP Barcelona de 4 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100264)

SAP Valencia de 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100246)

SAP Valencia de 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100243)

SAP Barcelona de 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233)

SAP Barcelona de 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100229)

SAP Zaragoza de 8 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100108)

SAP Barcelona de 9 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100240)

SAP Barcelona de 9 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100258)

SAP Valencia de 9 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100252)

SAP Valencia 11 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100258)

SAP Barcelona de 14 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100251)

SAP Zaragoza de 15 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100117)

SAP Barcelona de 16 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100252)

SAP Zaragoza de 25 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100122)

SAP Barcelona de 29 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100260)

SAP Valencia de 29 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100338)

SAP Barcelona de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285)

SAP Valencia de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100280)

SAP Zaragoza de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100129)

SAP Barcelona de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285)

SAP Valencia de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100273)

SAP Barcelona de 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100282)

SAP Valencia de 5 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100281)

SAP Barcelona de 6 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100292)

SAP Valencia de 6 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100290)

SAP Zaragoza de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100131)

SAP Zaragoza de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100127)

SAP Barcelona de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100293)

SAP Valencia de 7 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100287)

SAP Valencia de 9 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100295)

SAP Valencia de 12 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100335)

SAP Valencia de 12 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100306)

SAP Barcelona de 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100303)

SAP Barcelona de 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100300)

SAP Zaragoza de 13 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100133)

SAP Valencia de 15 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100311)

SAP Barcelona de 15 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100307)

SAP Valencia de 15 mayo de 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100344)

SAP Valencia de 15 de mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100311)

SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100315)

SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100316)

SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100337)

SAP Valencia de 19 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100318)

SAP Zaragoza de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100142)

SAP Barcelona de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100319)

SAP Zaragoza de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100146)

SAP Zaragoza de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100139)

SAP Barcelona de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100310)

SAP Barcelona de 20 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100311)

SAP Valencia de 21 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100324)

SAP Barcelona de 21 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100322)

SAP Valencia de 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100330)

SAP Valencia de 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100323)

SAP Valencia de 22 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100333)

SAP Valencia de 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100350)

SAP Valencia de 26 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100352)

SAP Zaragoza de 27 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100153)

SAP Zaragoza de 27 mayo 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100156)

SAP Barcelona de 27 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100210)

SAP Valencia de 28 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100418)

SAP Barcelona de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100337)

SAP Barcelona de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100339)

SAP Valencia de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100366)

SAP Valencia de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100452)

SAP Barcelona de 29 mayo 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100342)

SAP Valencia de 30 mayo 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100368)

SAP Valencia de 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100376)

SAP Valencia de 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100369)

SAP Valencia de 2 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100373)

SAP Valencia de 3 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100380)

SAP Valencia de 3 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100381)

SAP Valencia de 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394)

SAP Valencia de 6 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100392)

SAP Valencia de 9 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100394)

SAP Zaragoza de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100181)

SAP Zaragoza de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100175)

SAP Zaragoza de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100177)

SAP Valencia de 10 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100401)

SAP Valencia de 11 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100410)

SAP Valencia de 12 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100414)

SAP Valencia de 12 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100412)

SAP Valencia de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100426)

SAP Valencia de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428)

SAP Valencia de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100422)

SAP Valencia de 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100423)

SAP Zaragoza de 17 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100184)

SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100436)

SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100442)

SAP Valencia de 18 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100439)

SAP Valencia de 19 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100449)

SAP Zaragoza de 30 junio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100203)

SAP Barcelona de 1 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100569)

SAP Valencia de 1 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100488)

SAP Valencia de 2 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100498)

SAP Barcelona de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100438)

SAP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100504)

SAP Valencia de 4 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100506)

SAP Valencia de 7 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100513)

SAP Zaragoza de 8 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100223)

SAP Barcelona de 10 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100492)

SAP Valencia de 10 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100530)

SAP Valencia de 14 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100540)

SAP Zaragoza de 15 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100227)

SAP Valencia de 15 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100538)

SAP Barcelona de 16 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100456)

SAP Valencia de 17 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100557)

SAP Valencia de 18 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100559)

SAP Valencia 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100595)

SAP Valencia de 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100569)

SAP Valencia de 21 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100551)

SAP Barcelona de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100603)

SAP Zaragoza de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100235)

SAP Valencia de 22 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100572)

SAP Barcelona de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100552)

SAP Valencia de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100581)

SAP Valencia de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100576)

SAP Barcelona de 23 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100547)

SAP Valencia de 24 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100586)

SAP Valencia de 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100606)

SAP Barcelona de 25 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100472)

SAP Valencia de 25 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100603)

SAP Valencia de 28 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100672)

SAP Valencia de 28 julio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100604)

SAP Zaragoza de 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100218)

SAP Barcelona de 29 julio 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100505)

SAP Zaragoza de 29 julio 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100217)

SAP Valencia de 8 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100608)

SAP Barcelona de 9 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100556)

SAP Valencia de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100598)

SAP Barcelona de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100580)

SAP Barcelona de 15 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100578)

SAP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100246)

SAP Valencia de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100631)

SAP Valencia de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100599)

SAP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100249)

SAP Zaragoza de 16 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100251)

SAP Barcelona de 17 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100588)

SAP Barcelona de 17 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100601)

SAP Barcelona de 18 septiembre 2014 (IdCendoj: 08019370122014100531)

SAP Barcelona de 18 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100528)

SAP Barcelona de 18 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100529)

SAP Valencia de 19 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100647)

SAP Valencia de 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100649)

SAP Valencia de 22 septiembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100667)

SAP Barcelona de 26 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100625)

SAP Barcelona de 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100568)

SAP Barcelona de 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100560)

SAP Barcelona de 30 septiembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100264)

SAP Valencia de 1 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100707)

SAP Barcelona de 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651)

SAP Barcelona de 6 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100631)

SAP Barcelona de 6 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100656)

SAP Barcelona de 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100633)

SAP Valencia de 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100724)

SAP Valencia de 7 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100725)

SAP Valencia de 8 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100781)

SAP Barcelona de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100669)

SAP Valencia de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100740)

SAP Valencia de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100739)

SAP Valencia de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100749)

SAP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100648)

SAP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100642)

SAP Barcelona de 15 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100644)

SAP Valencia de 17 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100756)

SAP Valencia de 20 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100770)

SAP Valencia de 21 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100769)

SAP Barcelona de 21 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100654)

SAP Madrid de 21 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079370222014100883)

SAP Valencia de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100774)

SAP Valencia de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100775)

SAP Valencia de 23 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100777)

SAP Valencia de 23 octubre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100780)

SAP Zaragoza de 28 octubre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100298)

SAP Valencia de 3 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100810)

SAP Valencia de 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100821)

SAP Valencia de 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100819)

SAP Valencia de 4 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100821)

SAP Valencia de 5 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100825)

SAP Valencia de 6 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100832)

SAP Valencia de 7 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100833)

SAP Zaragoza de 11 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100385)

SAP Valencia de 12 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100852)

SAP Barcelona de 12 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100740)

SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100887)

SAP Valencia de 13 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100858)

SAP Valencia de 14 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100862)

SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100864)

SAP Valencia de 19 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100881)

SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100872)

SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100865)

SAP Valencia de 17 noviembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100866)

SAP Barcelona de 21 noviembre 2014 (Id Cendoj: 25120370022014100479)

SAP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100706)

SAP Zaragoza de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100368)

SAP Zaragoza de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100358)

SAP Zaragoza de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100375)

SAP Barcelona de 25 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100699)

SAP Barcelona de 26 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100722)

SAP Barcelona de 27 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100709)

SAP Barcelona de 27 noviembre 2014 (Id Cendoj: 08019370122014100708)

SAP Zaragoza de 2 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100306)

SAP Valencia de 4 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100939)

SAP Valencia de 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100946)

SAP Valencia de 9 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100945)

SAP Zaragoza de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100317)

SAP Valencia de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100990)

SAP Valencia de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100952)

SAP Zaragoza de 10 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100317)

SAP Valencia de 11 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100957)

SAP Valencia de 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965)

SAP Valencia de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100982)

SAP Zaragoza de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100364)

SAP Valencia de 16 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100965)

SAP Valencia de 18 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100973)

SAP Zaragoza de 19 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100349)

SAP Zaragoza de 19 diciembre 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100349)

SAP Valencia de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100981)

SAP Valencia de 23 diciembre 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100984)

SAP Valencia de 12 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100036)

SAP Valencia de 14 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100001)

SAP Valencia de 16 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100011)

SAP Valencia de 19 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100018)

SAP Valencia de 19 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100016)

SAP Zaragoza de 20 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100006)

SAP Valencia de 26 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100109)

SAP Zaragoza de 27 enero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100012)

SAP Valencia de 28 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100056)

SAP Valencia de 28 enero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100054)

SAP Barcelona de 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070)

SAP Zaragoza de 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100019)

SAP Valencia de 16 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100098)

SAP Zaragoza de 17 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100039)

SAP Valencia de 19 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100041)

SAP Barcelona de 19 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100067)

SAP Barcelona de 24 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100128)

SAP Zaragoza de 24 febrero 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100050)

SAP Valencia de 25 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100120)

SAP Valencia de 26 febrero 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100122)

SAP Valencia de 2 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100126)

SAP Valencia de 3 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100116)

SAP Barcelona de 5 de marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100154)

SAP Valencia de 9 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100151)

SAP Barcelona de 10 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100168)

SAP Zaragoza de 11 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100071)

SAP Barcelona de 12 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100143)

SAP Valencia de 12 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100148)

SAP Barcelona de 13 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100066)

SAP Barcelona de 23 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100194)

SAP Valencia de 23 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100158)

SAP Valencia de 25 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100171)

SAP Barcelona de 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100215)

SAP Valencia de 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100304)

SAP Valencia de 30 marzo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100178)

SAP Zaragoza de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100100)

SAP Zaragoza de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100099)

SAP Barcelona de 31 marzo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100331)

SAP Valencia de 1 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100188)

SAP Valencia de 1 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100183)

SAP Barcelona de 8 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100265)

SAP Valencia de 10 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100194)

SAP Barcelona de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100104)

SAP Zaragoza de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100104)

SAP Zaragoza de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100109)

SAP Valencia de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100200)

SAP Barcelona de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100263)

SAP Zaragoza de 14 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100114)

SAP Valencia de 15 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100201)

SAP Barcelona de 15 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100209)

SAP Barcelona de 20 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100250)

SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332)

SAP Barcelona de 21 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100266)

SAP Valencia de 27 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100222)

SAP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100345)

SAP Valencia de 27 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100227)

SAP Valencia de 29 abril 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100236)

SAP Zaragoza de 29 abril 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100129)

SAP Barcelona de 30 abril 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100289)

SAP Barcelona de 4 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100299)

SAP Valencia de 4 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100248)

SAP Barcelona de 5 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100306)

SAP Zaragoza de 6 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100140)

SAP Barcelona de 7 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100283)

SAP Valencia de 12 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100264)

SAP Valencia de 14 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100277)

SAP Barcelona de 15 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100320)

SAP Valencia de 18 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100284)

SAP Valencia de 19 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100287)

SAP Barcelona de 19 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100368)

SAP Barcelona de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100332)

SAP Valencia de 20 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100289)

SAP Barcelona de 21 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370182015100375)

SAP Valencia de 25 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100308)

SAP Valencia de 25 mayo 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100307)

SAP Zaragoza de 26 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100170)

SAP Zaragoza de 26 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100167)

SAP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100342)

SAP Barcelona de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100345)

SAP Valencia de 1 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100338)

SAP Valencia de 3 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100326)

SAP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354)

SAP Valencia de 22 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100375)

SAP Zaragoza de 9 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100175)

SAP Zaragoza de 9 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100191)

SAP Valencia de 11 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100347)

SAP Valencia de 15 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100354)

SAP Teruel de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 44216370012015100065)

SAP Valencia de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100360)

SAP Zaragoza de 16 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100185)

SAP Valencia de 17 junio 2015 (Id Cendoj: 46250370102015100367)

SAP Zaragoza de 23 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100212)

SAP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100209)

SAP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100209)

SAP Zaragoza de 30 junio 2015 (Id Cendoj: 50297370022015100208)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ Cataluña de 31 julio 2008 (Id Cendoj: 08019310012008100006)

STSJ Cataluña de 5 septiembre 2008 (Id Cendoj: 08019310012008100009)

STSJ Cataluña de 3 marzo 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100016)

STSJ Cataluña de 20 diciembre 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100079)

STSJ Cataluña de 16 junio 2011 (Id Cendoj: 08019310012011100044)

STSJ Aragón de 13 julio 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100009)

STSJ Aragón de 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100014)

STSJ Aragón de 1 febrero 2012 (TOL 2452238)

STSJ Aragón de 8 febrero 2012 (TOL 2473494)

STSJ Aragón de 9 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100003)

STSJ Aragón de 9 abril 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100008)

STSJ Aragón de 18 abril 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100010)

STSJ Cataluña de 25 junio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100058)

STSJ Cataluña de 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063)

STSJ Aragón de 28 septiembre 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100019)

STSJ Aragón de 4 enero 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100001)

STSJ Aragón de 7 febrero 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100002)

STSJ Aragón de 25 marzo 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100016)

STSJ Aragón de 29 abril 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100017)

STSJ Aragón de 30 abril 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100018)

STSJ Aragón de 11 julio 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100027)

STSJ Comunidad Valencia de 6 septiembre 2013 (Id Cendoj: 46250310012013100012)

STSJ Aragón de 15 noviembre 2013 (Id Cendoj: 50297310012013100045)

STSJ Cataluña de 14 abril 2014 (Id Cendoj: 08019310012014100039)

STSJ Aragón de 15 mayo 2014 (EDJ 2014/90606)

STSJ Aragón de 6 abril 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100011)

STSJ Aragón de 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100020)

STSJ Comunidad Valenciana de 23 julio 2015 (Id Cendoj: 46250310012015100009)

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 20 septiembre 2002 (TOL 225.538)

STS de 2 octubre 2003 (TOL 316.705)

STS de 28 junio 2004 (TOL 483.310)

STS de 8 octubre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624)

STS de 28 septiembre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100588)

STS de 8 octubre 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624)

STS de 10 marzo 2010 (EDJ 2010/16359)

STS de 11 marzo 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100108)

STS de 11 marzo 2010 (Id. Cendoj: 28079110012010100108)

STS de 1 octubre 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100567)

STS de 1 abril 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100217)

STS 7 abril 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100189)

STS de 14 de abril 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100277)

STS de 21 de junio 2011(Id Cendoj: 28079110012011100369)

STS de 7 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100445)

STS de 21 julio 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100492)

STS de 22 de julio de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491)

STS de 5 septiembre 2011(Id Cendoj: 28079119912011100013)

STS de 27 septiembre 2011 (TOL 2.248.671)

STS de 27 septiembre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100599)

STS de 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100627)

STS de 5 octubre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100633)

STS de 10 octubre 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100652)

STS de 20 octubre 2011 (TOL 2.261.508)

STS de 10 enero 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100058)

STS de 9 de marzo 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100175)

STS de 19 abril 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100275)

STS de 26 abril 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100277)

STS de 27 de abril de 2012 (TOL 2.532.645)

STS de 25 mayo 2012 (Id Cendoj: 28079010012012100332)

STS de 31 mayo 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100339)

STS de 25 octubre 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100605)

STS de 26 octubre 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100608)

STS de 11 diciembre 2012 (EDJ 2012/269938)

STS de 15 marzo 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100110)

STS de 29 abril 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100242)

STS de 7 junio 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100303)

STS de 19 de julio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100441)

STS de 17 octubre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100561)

STS 30 octubre 2013(Id Cendoj: 28079110012014100551)

STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681)

STS de 29 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100675)

STS de 17 diciembre 2013(Id Cendoj: 28079110012013100736)

STS de 3 de abril 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100160)

STS de 25 abril 2014 (Id Cendoj: 2807910012014100184)

STS de 29 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100379)

STS de 2 de junio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100241)

STS de 16 de junio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100260)

STS de 2 julio 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100306)

STS de 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012015100541)

STS de 15 octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100490)

STS de 16 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100531)

STS de 20 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100524)

STS de 22 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100512)

STS de 24 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100540)

STS de 30 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100551)

STS de 18 noviembre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100582)

STS de 28 de noviembre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100625)

STS de 16 febrero 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100034)

STS de 9 septiembre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100445)

STS de 25 septiembre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100509)

STS de 20 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100504)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 29 mayo 2000 (TOL 2.779)

STC de 6 junio 2005 (TOL 673.515)

STC de 17 de octubre de 2012 (TOL 2.675.044)

BASES DE DATOS UTILIZADAS

- EL DERECHO
- TIRANT ON LINE
- VLEX
- ARANZADI
- LA LEY DIGITAL
- CENDOJ

PÁGINAS WEB DE INTERÉS

www.padresdivorciados.es

www.mjusticia.gob.es

www.poderjudicial.es.

www.elmundo.es

www.diariovasco.com

www.intereconomia.com

www.lavozdegalicia.es

www.hermes.asambleamurcia.es

www.notariado.org

www.boe.es

www.observatorioviolencia.org

www.ipfe.es

www.psicojurix.com

www.prodeni.org

www.hayderecho.com

www.revistassocialesyjurídicas.com

www.ces.gva.es

www.jcyl.es

www.revistabolivianadederecho.org

www.tirantonline.com

www.mjusticia.gob.es

www.gov.gva.es

www.derechocivilvalenciano.com

www.eljusticiadearagon.com

ww.aeafa.es