



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

TÍTULO:

**LA EVOLUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

WORK TITLE:

THE EVOLUTION OF SHARED CUSTODY IN OUR LEGAL SYSTEM

AUTORA:

CARMEN GONZÁLEZ-CORDERO ESCUDERO

DIRECTORA:

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

29 DE MAYO DE 2024

RESUMEN

A medida que pasan los años, las costumbres y forma de pensar de una sociedad evolucionan. Como consecuencia de ello, la forma tradicional de concebir ciertas instituciones jurídicas cambia y se adapta a las necesidades de la sociedad en cada momento.

Así, cada vez es más frecuente que las parejas se rompan y que el matrimonio no sea una institución que dure para siempre, dando ello lugar a problemas derivados de la ruptura y, sobre todo, en relación con los hijos que el matrimonio pudiera tener. En cualquier situación, el interés que debe primar es el del menor y, por tanto, todo el estudio y resolución de las crisis matrimoniales debe hacerse en base al mismo.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la evolución de los sistemas de custodia de hijos menores implantados en nuestro ordenamiento jurídico, hasta llegar a la custodia compartida, fórmula predeterminada en la actualidad. Serán también objeto de análisis los criterios que sigue el juez para otorgar la custodia compartida, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia en diversas ocasiones, pues en cada momento se van adaptando a la realidad que la sociedad vive.

Finalmente, se plantean nuevas modalidades de concebir la paternidad y la maternidad y con ello se producen cambios en la concepción de los modelos de familia. De igual forma, se analizará hasta qué punto estas nuevas realidades ponen en “riesgo” el sistema familiar tradicional.

ABSTRACT

As time goes by, customs and way of thinking of a society evolve. As a result, the traditional way of conceiving certain legal institutions changes and adapts to the needs of society at all times.

Therefore, it is becoming increasingly common for couples to break up and for marriage not to be an institution that lasts forever, giving rise to

problems derived from the separation and, above all, concerning the children that the marriage could have.

The purpose of this work is to analyze the evolution of the custody systems for minor children implemented in our legal system, until reaching shared custody, the currently predetermined formula. The criteria that the judge follows to grant shared custody will also be the subject of analysis, which has been developed by jurisprudence on various occasions, since depending on the moment they need to adapt to the reality society is experiencing.

Finally, new ways of conceiving paternity and motherhood are proposed and with these changes occur in the conception of family models. Likewise, the extent to which these new realities put the traditional family system at risk will be studied in depth.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	6
2. CONCEPTO Y FORMAS DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD.....	7
2.1. LA CUSTODIA EXCLUSIVA O MONOPARENTAL	8
2.2. LA CUSTODIA DE TERCEROS	10
2.3. LA CUSTODIA COMPARTIDA	15
3. ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	18
3.1. DIFERENCIA ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	18
3.2. ANTECEDENTES Y EL ANTEPROYECTO DE COPARENTALIDAD	21
3.3. EVOLUCIÓN DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	28
3.3. a) Buena relación entre los progenitores.....	28
3.3.b) Cercanía de los domicilios.....	29
3.3.c) Pensión de alimentos.....	30
3.3.d) Atribución del uso de la vivienda familiar.....	33
4. FORMAS DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	38
5. COPATERNIDAD, ¿NUEVA REALIDAD?	40
6. CONCLUSIONES	41
7. BIBLIOGRAFÍA	44
8. NORMATIVA	46
9. JURISPRUDENCIA	47

1.INTRODUCCIÓN

Desde el momento en el que se produce una crisis matrimonial tiene lugar la ruptura de la unidad familiar y, como resultado de ello, se producen cambios en la vida de los progenitores, pero, sobre todo, en la vida de los menores fruto de la relación, siendo fundamental y prioritario velar por la protección e intereses de estos. Como consecuencia de ello, los progenitores y, en su defecto el juez, decidirán como organizar esta nueva realidad a la que se enfrenta la familia, debiendo en todo caso prevalecer el interés superior del menor y adoptar un régimen de cuidado y desarrollo que garantice y potencie el mejor desarrollo de estos menores, intentando que la alteración en la vida de estos se haga en la menor medida de lo posible.

En el presente trabajo se analizará la evolución de la figura de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, sin olvidar otras figuras también presentes, aunque menos frecuentes en la práctica, y cómo los progenitores deben, desde el momento en que se produce la separación o divorcio o ruptura de la relación de afectividad, organizar su vida en torno al bienestar de los menores, garantizando un desarrollo eficaz y pleno de la vida de los mismos.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el sistema de guarda y custodia compartida no ha sido siempre el prioritario en nuestro ordenamiento jurídico, pues tradicionalmente el régimen por excelencia era la guarda y custodia monoparental o monomarental, procediendo la guarda y custodia compartida en supuestos excepcionales, debiéndose atender en todo caso al caso concreto y al régimen que vaya a resultar más beneficioso para los hijos. Pero al evolucionar las costumbres y el deseo de los padres de involucrarse en el cuidado de sus hijos, poco a poco se va cediendo hacia un sistema que permita que estos también estén presentes en la educación y en la vida diaria de los menores.

Por lo que se refiere a la estructura del trabajo, en primer lugar, se analizarán las diversas formas de custodia existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, será analizada la patria potestad, la importancia de esta y en qué se diferencia de la guarda y custodia compartida.

Seguidamente, se hará un estudio acerca de los antecedentes existentes en relación al régimen de guarda y custodia compartida, la evolución de esta figura, así como una referencia al proyecto de coparentalidad. A continuación, se estudiarán los requisitos que se exigen para poder optar por el régimen de guarda y custodia, criterios que son observados por el juez y que deben tenerse en cuenta por este para decidir en cada situación que régimen adoptar.

Finalmente, se hará una breve referencia a una nueva figura que ha surgido hace pocos años en España y que es la coparentalidad, siendo un reto en la actualidad por la poca información que hay sobre la misma, pero siendo a la vez una realidad que puede alterar el sistema tradicional de concepción de la familia y de posibles crisis en la misma.

Para la elaboración del trabajo se ha usado diversa literatura científica existente en el campo de la figura de la custodia compartida, así como sentencias y artículos de relevancia en esta materia. De la misma manera, se ha acudido a estudios doctrinales elaborados por diversos autores especializados en el ámbito del derecho civil, enfocándose sobre todo en lo que respecta al derecho de familia y menores y, fundamentalmente, en la protección de los derechos de estos últimos.

2. CONCEPTO Y FORMAS DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD

En la realidad actual en que vivimos en nuestro ordenamiento jurídico, es normal que los matrimonios celebrados o las parejas entren en crisis y ello dé lugar a la ruptura de la situación sentimental. Pero en ocasiones, esa ruptura no solo afecta a la propia pareja, sino que como consecuencia de la misma se ha tenido descendencia y, por ello, la ruptura afecta también a los menores. Como resultado de esa crisis matrimonial se plantea la cuestión de qué ocurrirá con los hijos o cómo se organizará su vida a partir de ese momento. Es en este instante cuando surge el concepto de custodia de un hijo ante una crisis matrimonial, dando lugar a la determinación de la nueva

realidad que va a rodear a ese menor y la organización de su vida a partir de ese momento.

Factores como el paso del tiempo y la concepción de la familia en cada periodo temporal son importantes para determinar la forma de actuar por parte de los tribunales en caso de crisis matrimonial. Es por ello por lo que, a medida que se introducen nuevas figuras en el ordenamiento jurídico, la forma de ejercer la custodia en nuestro Estado cambia.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con diversas maneras de ejercer la custodia sobre los menores, una vez que sus progenitores se distancian. Todos ellos tienen por objeto proteger al menor en caso de crisis matrimonial. Así, nos encontramos con cuatro posibles formas de ejercer la custodia.

2.1. La custodia exclusiva o monoparental

Antiguamente, y de forma tradicional, este modelo de custodia ha sido el más habitual, pero, poco a poco, ha ido cediendo a favor de la custodia compartida que, como veremos, es el que en la actualidad ha alcanzado su máximo exponente.

En la custodia monoparental o monomarental, la guarda de los hijos ante una ruptura matrimonial se atribuye exclusivamente a uno de los progenitores. Conforme al artículo 94 del Código Civil (CC), *“la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*.

Esta modalidad de custodia conlleva otros efectos añadidos, como pueden ser el régimen de visitas del progenitor no custodio, la obligación de alimentos para sustentar al menor, o el uso del domicilio familiar que, normalmente, se atribuía al progenitor custodio¹.

¹ NEVADO MONTERO, J.J.: *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, Bosch Editor, España, 2021, pág. 183.

Resulta incluso frecuente que una vez separados o divorciados los progenitores, sigan produciéndose discrepancias entre ellos al no estar de acuerdo a la hora de adoptar decisiones importantes en relación a sus hijos. Para ello, el artículo 156.2 CC, establece que será el juez quien en el caso concreto otorgue la potestad de decidir a uno u otro cónyuge. Es decir, no decide directamente el juez, sino que determina qué progenitor decide en caso de desacuerdo.

Una de las medidas que debe tenerse siempre en cuenta es que, en caso de ser varios hermanos, el juez debe intentar no separarlos, garantizando así su correcto desarrollo personal y familiar. En este sentido se pronuncia el TS, en su sentencia de 25 de septiembre de 2015, núm. 530/2015, alegando que *“los hermanos solo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse porque 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”*².

En este sentido, a pesar de lo anterior, existen supuestos en los que va a decidirse la separación de los hermanos. Cabe destacar la sentencia dictada por la sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha de 14 de enero de 2021, posteriormente ratificada por la STS, de 17 de noviembre de 2021³ a través de la cual, se optó por el cambio de una custodia compartida a una custodia monoparental pero, atendiendo a la edad de los hijos (15 y 17 años) se permitió que fueran ellos quienes decidieran personalmente con qué progenitor querían convivir. En este caso, el hijo decidió quedarse con el padre y la hija con la madre, estableciéndose un régimen de visitas y un espacio y estancia común que permitiera tanto la relación entre los hermanos, como respectivamente con el otro progenitor. En nuestro ordenamiento jurídico este tipo de situación se denomina bajo el concepto de custodia distributiva,

² (RJ 2015/4028).

³ (RJ 2021/5065).

consistiendo la misma en atribuir la custodia de uno de los hijos a un progenitor mientras el resto residen con el otro progenitor. Será, en todo caso, la autoridad judicial quien lo decida, como se deriva del artículo 96.1 CC.

No hay duda de que hoy en día, la custodia compartida es la medida general que se adopta judicialmente ante una crisis de pareja en la que hay menores. Ahora bien, atendiendo al caso concreto, puede que deba adoptarse otro tipo de guarda valorando el mejor interés para el hijo. En este sentido, la STS núm. 280/2017, de 9 de mayo⁴, establece que, aun siendo la custodia compartida la medida ordinaria a adoptar, debe atenderse siempre a la situación de los menores de forma que se proteja su interés: *“a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269), se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC (LEG 1889, 27) no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero (RJ 2011, 2311)). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 de 21 diciembre (RJ 2016, 5998))”*.

2.2. La custodia de terceros

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, tal como se deriva del artículo 103.1 CC. Esta medida debe acordarse pensando siempre en el interés del menor.

⁴ (RJ 2017/2044).

No obstante, esta forma de custodia no tiene por objeto que los terceros sean quienes se encarguen del cuidado del menor de manera definitiva, sino que estamos ante una situación jurídica transitoria cuya finalidad es el retorno del menor junto con sus progenitores. Sin embargo, en caso de no ser posible esta solución, la resolución a la controversia plantea reside en dar a ese menor en adopción o bien proceder al acogimiento familiar del mismo.

Debe tenerse presente que, para acordar el regreso del menor junto a su familia, es imprescindible haber acreditado el cese de la causa o situación que produjo la salida del mismo de la unidad familiar, garantizándose que los progenitores están en ese momento en condiciones de hacerse cargo del menor, dando ello lugar a que el menor vea satisfechas sus necesidades básicas⁵.

Durante el tiempo en que el menor está siendo acogido, se puede suspender el régimen de visitas que este pudiera tener con su familia biológica, todo ello garantizando el interés superior del menor y la mejor adaptación del mismo a la realidad que vive en ese momento. Así, nos encontramos que se pronuncia el TS, en su sentencia de 18 de junio de 2015⁶, indicando en la misma que *en lo que aquí interesa se impone matizar o precisar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la entidad pública, amparada además en una norma autonómica de cobertura, tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica. Se trata de garantizar de una forma inmediata el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo a las circunstancias y al interés superior del menor en concreto, por parte de quien está facultado para adoptar la medida de separar a los hijos de sus progenitores, como es el caso del acogimiento del artículo 172,1 CC ., de la que la suspensión del régimen de visitas es una simple consecuencia, quedando a salvo la función supervisora del Ministerio Fiscal y el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada por ser competencia*

⁵ Esto se deduce del artículo 19 bis LOPJM, según el cual *para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico.*

⁶ (RJ 2015/2293).

del Juez la ratificación o no de la medida mediante resolución fundada, como ha ocurrido en este caso en el que se instó el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria interesando judicialmente la suspensión de todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres, como así lo acordó el Juzgado.

Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: "La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada".

Siguiendo este criterio, nuevamente se pronuncia el TS en su sentencia de 18 de octubre de 2023⁷, estableciendo en la misma que la no separación de hermanos es un criterio que debe inspirar las decisiones que se adoptan en materia de menores.

Sin duda, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma son factores que deben ponderarse en el retorno a la familia de origen (art. 19 bis.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) y, por extensión, es un criterio que debe valorarse al decidir sobre si procede un acogimiento familiar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena. Igualmente, la relación previa es un criterio para la valoración de la adecuación para el acogimiento por la familia de origen (art. 20 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

Finalmente, y en la misma línea que las sentencias anteriores, cabe hacer mención a la sentencia del TS, de 2 de noviembre de 2022⁸, haciendo la misma referencia a diversas cuestiones, entre las que cabe destacar aquellas que hacen mención a la protección de los menores que se encuentran en

⁷ (RJ 2023/395946).

⁸ (RJ 2022/5082).

situación de acogimiento, así como las soluciones que debe ofrecerse por la entidad pública a la situación de acogimiento. *Principios de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. En el sistema vigente de protección de menores son principios de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la primacía del interés del menor, la preferencia de las actuaciones de prevención, el mantenimiento del menor en su familia de origen y la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial.*

El art. 11.1.a. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, LOPJM) establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la supremacía de su interés superior. En la medida que sea posible, este interés debe ponderarse en cada caso de manera proporcional a todos los intereses en conflicto, incluido el de los progenitores a ser oídos, a tener al niño o la niña en su compañía, salvo que ello comprometa su bienestar y les perjudique. Así, conforme al art. 11.2. b. LOPJM, es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

"El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional".

También es principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores "la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" (art. 11.2.d. LOPJM). Como precisa el art. 12.1 LOPJM:

"La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas".

La "guarda provisional" se da cumplimiento a la obligación de prestar "atención inmediata" al menor que lo precise, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14 LOPJM.

La resolución administrativa por la que la Entidad pública asume la "guarda provisional" (introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio) da respuesta inmediata al menor que se encuentre en una situación que así lo requiera al mismo tiempo que se procede a constatar y valorar el posible desamparo.

La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial (art. 172 ter CC). En particular, para la situación en que la Entidad pública, en atención a las circunstancias del menor, debe ejercer la guarda provisional y sacarlo de su entorno familiar originario, es relevante la figura del acogimiento familiar de urgencia.

Por lo que respecta al mantenimiento y reintegración del menor en su familia de origen, la mencionada sentencia sigue haciendo referencia a la cuestión, estableciendo que no cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que la ley supedita que el menor no sea separado de su entorno familiar y que, en el caso de haber sido separado, sea reintegrado a su familia de origen (arts. 172.3 CC y 11.2.b. LOPJM).

Como dice la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio: El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida".

El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su

familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida".

Por todo ello, cuando estemos ante una situación de acogimiento o de custodia por parte de un tercero o de la entidad pública, debe buscarse la adecuación del menor a aquella situación que mejor garantice y proteja su interés superior, adoptando medidas que sean beneficiosas para el desarrollo físico, intelectual y la mejor integridad social del menor. En un primer momento, deberá buscarse que este desarrollo se haga en el propio ámbito familiar, pero en caso de no ser posible el mismo, será la entidad pública competente quien deba valorar y adoptar la solución que mejor garantice el desarrollo de los menores. Como consecuencia de ello, se puede llegar a la conclusión de que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, siendo posible limitar el mismo en atención al interés superior del menor⁹.

2.3. La custodia compartida

Si bien es cierto que esta forma de guarda tradicionalmente fue adoptada con carácter excepcional, cada vez es más frecuente encontrárnosla, hasta el punto de haberse convertido en la actualidad en la modalidad general. En este tipo de custodia, ambos progenitores tendrán en su compañía a sus hijos en periodos alternos. Esta fórmula descansa en el deseo de ambos progenitores de participar en la vida del menor de forma similar y asumiendo sus obligaciones y responsabilidades respecto al mismo, respetando el derecho de los niños a continuar contando en todos los órdenes de la vida con ambos progenitores¹⁰.

El fundamento de la custodia compartida es preservar el vínculo del menor con ambos progenitores. Además, busca que este pueda seguir desarrollando su personalidad y que los progenitores se encarguen de velar y cuidar al menor. Será el Estado, en nuestro caso España, quien deba

⁹ Sentencia del TS, 170/2016, de 17 de marzo de 2016. (RJ 2016/1132).

garantizar, en la medida de lo posible, la continuidad de relación de los menores con sus progenitores, a no ser que consideren que no es lo mejor para el interés superior del menor¹¹.

Como consecuencia de la diversidad de situaciones personales de cada familia, los resultados de la custodia compartida son diversos y no existe un modelo único a seguir por parte de los tribunales. Será el juez quien deba tomar una decisión lo más acorde posible a las necesidades de cada familia, debiendo priorizar, en todo caso, el interés superior del menor. No supone el reparto de forma igual entre ambos progenitores, sino el reparto de forma equitativa o equivalente, pues habrá que estar a la situación de cada familia¹².

Independientemente de lo anterior, hay que tener en cuenta que en ningún caso se trata de una figura absoluta, sino que hay determinadas situaciones que pueden desaconsejar, impedir o modificar la custodia compartida y ceder ante otros modelos, sobre todo, a favor de la custodia monoparental. Así, según el artículo 92.7 CC, *no procede la custodia compartida cuando uno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal por haber atentado contra la vida o integridad física, moral, la libertad o la indemnidad sexual del otro cónyuge, ni tampoco cuando el juez advierta indicios de violencia de género o doméstica. Igualmente, se pueden incluir casos de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos.*

Aclarado lo anterior, debemos indicar que la custodia compartida se asienta básicamente sobre 4 principios, todos ellos relacionados entre sí: principio del interés superior del menor; principio de coparentalidad y de corresponsabilidad parental y principio de igualdad efectiva de los progenitores.

Para poder establecer la custodia compartida, debe haber acuerdo de ambos progenitores, tal como se deriva del artículo 92.5 CC, *se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a*

¹⁰ MARTÍNEZ SANCHIS, N.: *La guarda y custodia compartidas. Ejercicio y criterios para su concesión en el derecho autonómico*. Tesis doctoral. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Facultad de Derecho, Valencia, págs. 50 y 51.

¹¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículos 9 y 10.

¹² NEVADO MONTERO, J.J.: *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, Ob. Cit., pág. 185.

*este acuerdo en el transcurso del procedimiento*¹³. Son los padres quienes mejor conocen a sus hijos y su relación con los mismos y, en caso de acuerdo, se entiende que será el más beneficioso para el interés superior del menor, además de involucrarse ambos en el cuidado del menor por haberlo decidido en buenos términos.

Puede ocurrir que no haya acuerdo entre los progenitores a favor de la custodia compartida, en cuyo caso se podrá adoptar excepcionalmente si uno de los progenitores lo solicita. Además, será necesario recabar un informe del Ministerio Fiscal y el juez deberá alegar que esta medida protege de forma adecuada el interés superior del menor¹⁴.

El juez debe buscar proteger en la mayor medida al menor afectado, por lo que deberá atender a las circunstancias de cada caso concreto, existiendo así variedad de situaciones.

Solo ha habido una ocasión en que se ha concedido la custodia compartida de oficio, fue en la sentencia 61/18 de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Por lo que respecta a las leyes autonómicas, cada una sigue su propio criterio¹⁵. En Aragón se considera preferente y en Valencia y País Vasco es regla general siempre que lo solicite uno de los progenitores y no perjudique el interés del menor; y, por lo que respecta a Cataluña y Navarra, se pretende acuerdo entre los progenitores a través de mediación familiar y, en su defecto, establecer un régimen igualitario para ambos.

Para NEVADO MONTERO¹⁶, la custodia compartida presenta una serie de ventajas:

¹³ En todo caso, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 94 CC, puesto que se prevén supuestos especiales con relación a dicha custodia compartida. Por ejemplo, según el artículo 92.7 CC no procede la guarda y custodia cuando alguno de los progenitores se halle incurso en un procedimiento penal. Al estar ante menores, será necesario recabar por parte de la autoridad judicial un informe del Ministerio Fiscal, e incluso oír a los menores cuando estos tengan juicio suficiente (artículo 92.6 CC).

¹⁴ Artículo 92.8 CC.

¹⁵ SOLSONA, M; SPIJKER, J; AJENJO, M: *“Calidoscopio de la custodia compartida en España”*, en La custodia compartida en España, Dykinson S.L., Madrid, 2017, pág. 49.

¹⁶ NEVADO MONTERO, J.J.: *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, Ob. Cit., pág. 191.

- Se fomenta la integración de los menores con ambos progenitores, de forma que se eliminan los desequilibrios que pudieran darse respecto a uno de ellos.
- Se evita un sentimiento de pérdida.
- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- Ambos progenitores se involucran y vuelcan en la vida de sus hijos, buscando el beneficio de los menores.

Una vez definidas las formas más habituales de ejercer una custodia respecto a los menores de edad, vamos a centrarnos en el modelo protagonista de este trabajo que no es otro que la custodia compartida entre los progenitores.

3. ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

3.1. Diferencia entre patria potestad y custodia compartida

El CC no define de forma expresa qué se entiende por custodia compartida, de manera que lo primero que debemos preguntarnos es, ¿patria potestad y custodia compartida son lo mismo? Podríamos llegar a pensar que sí lo son puesto que en ambos casos la finalidad de la institución es la protección y cuidado del menor. A pesar de ello, la realidad refleja que se trata de dos figuras distintas amparadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La patria potestad está encomendada a ambos progenitores y engloba una serie de derechos, deberes y obligaciones, de la misma manera que les otorga una serie de facultades, independientemente de que estén casados, separados o divorciados. Esta patria potestad debe ejercerse siempre *en interés de los menores, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a sus derechos, su integridad física y moral*, tal como se deriva del artículo 154 CC.

Hay una serie de caracteres definitorios de esta figura, como señala GARCÍA PRESAS¹⁷:

¹⁷ GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, Dykinson S.L., 2013, págs. 15 y 16.

- Es intransmisibile: tiene su origen en la relación paternofilial, por lo que son los progenitores del menor a quienes se le encomienda. Es una obligación que está fuera del comercio de los hombres.
Sí que cabe, en todo caso, delegar en un tercero ciertos derechos propios de los progenitores. Por ejemplo, en caso de ir el menor de campamento, los progenitores siguen siendo los titulares de la patria potestad, pero durante el tiempo que el menor está fuera, son terceras personas las encargadas de su cuidado.
- Es irrenunciable: la patria potestad busca proteger el menor, por lo que no se puede renunciar a su ejercicio puesto que, en caso contrario, perjudicaría a este.
- Es imprescriptible: como consecuencia de las dos características anteriores, se puede deducir que la patria potestad es una figura que no se pierde en el tiempo¹⁸.

La patria potestad engloba una serie de deberes y facultades para los padres, pero también para los hijos. Respecto de los padres, sus obligaciones se encuentran recogidas en el artículo 154 CC y consisten en velar por los menores y tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; y, decidir el lugar de residencia habitual de los mismos. Por lo que respecta a los hijos, sus deberes se encuentran regulados en los artículos 155 CC y 9 ter LOPJM¹⁹. Así, el artículo 155 CC establece que los hijos deben obedecer a los padres mientras estén bajo su potestad y deben respetarlos siempre y deben contribuir, en la manera que puedan, al sostenimiento de las cargas familiares mientras convivan en la vivienda familiar.

Por lo que respecta a su ejercicio, hay que indicar que no se trata de un poder absoluto que pueda ejercerse bajo cualquier situación, sino que habrá que atenderse a cada caso concreto para determinar si se otorga de forma

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 334.

¹⁹ La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tiene como objetivo introducir los cambios necesarios en la legislación española a la infancia y adolescencia de forma que se siga garantizando la protección de los menores en España. BOE núm. 180, de 29/07/2015.

conjunta a ambos progenitores o a uno solo. Como señala MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO²⁰, la titularidad será individual cuando:

- Uno de los progenitores haya sido privado de la patria potestad de acuerdo con artículo 170 CC.
- Se haya excluido de la patria potestad al progenitor por haber sido condenado penalmente a causa de las relaciones que obedezcan a la generación o por haberse determinado la filiación en contra del progenitor.
- Se haya llevado la adopción por una sola persona.
- La filiación se haya determinado solo respecto a uno de los progenitores.
- Se produzca el fallecimiento de alguno de los progenitores.

No obstante, durante el desempeño de sus obligaciones, los progenitores pueden incurrir en determinadas causas que les priven, total o parcialmente, de la patria potestad. *El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia firme fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*, tal y como establece el artículo 170 CC. En todo caso, la privación de la patria potestad no excluye a los progenitores del cumplimiento de sus obligaciones como tales. En este sentido, la STS 517/2017, de 22 de septiembre, estableció que *la obligación de alimentos tiene su fundamento legal en los artículos 39.3 CE y 110, 143.2 y 154.1 CC, como deber emanado de la propia filiación, aunque el alimentante no ostente la patria potestad*²¹.

Finalmente, la patria potestad puede extinguirse si se dan las circunstancias establecidas en el artículo 169 CC, aunque este artículo debe ponerse en relación con otros preceptos del CC. Como consecuencia de la extinción, el menor puede exigir la rendición de cuentas sobre la administración de sus bienes, debiendo los progenitores responder en caso de pérdida o

²⁰ MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *Las relaciones paterno-filiales: la patria potestad*, En Derecho Civil IV (Derecho de Familia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 328 y 329.

²¹ RJ 2017/4636.

deterioro de los bienes por dolo y culpa, teniendo esta acción un plazo de prescripción de tres años²².

Una vez analizados los requisitos principales de la patria potestad y de su ejercicio, debemos poner de manifiesto que, por lo que respecta a la custodia compartida, hay que partir de la base de que ambos progenitores son responsables de los menores, pero por periodos alternos. Es decir, hace referencia al cuidado directo del menor, como señala GARCÍA PRESAS²³. Por ello, podemos deducir que la custodia compartida, en realidad, se encuentra englobada bajo la patria potestad.

En base a lo anterior, podemos concluir que, cuando se trata del cuidado diario del menor y de atender sus necesidades básicas diarias, nos referiremos a la custodia, mientras que, todo aquello que no necesita contacto diario para desarrollarse, pasa al ámbito de la patria potestad. Como vemos, esta distinción cobra especial importancia cuando estamos ante la figura de la custodia compartida, en la que ambos progenitores se alternan el cuidado diario del menor.

3.2. Antecedentes y el anteproyecto de coparentalidad

Debemos partir del hecho de que el concepto de custodia compartida no ha existido siempre, sino que surgió a raíz de las necesidades del menor y de las demandas de la sociedad en cada momento.

En 1889 se promulgó el CC, que seguía la línea establecida en la Ley provisional del matrimonio civil de 1870. El CC otorgaba la patria potestad al padre y de forma subsidiaria a la madre²⁴. Había que atender a la buena fe de los progenitores, y conforme al artículo 68 CC de 1889, los hijos se podían poner al cuidado de uno o de ambos progenitores²⁵. Si solo había habido buena fe por uno de los progenitores, este era quien ostentaría la patria potestad de los hijos. Y, en caso de mala fe por ambos progenitores, la

²² NEVADO MONTERO. J.J.: *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, Bosch Editor, España, 2021, pág. 167.

²³ GARCÍA PRESAS, I.: *“La patria potestad”*, Ob. Cit, pág. 121.

²⁴ Artículo 154 CC de 1889.

solución se basaba en las normas del divorcio²⁶. En todo caso, el progenitor que no ostentaba la patria potestad debía cumplir con las obligaciones que tuviera respecto de sus hijos.

El concepto de matrimonio ha evolucionado a lo largo del tiempo en nuestro ordenamiento jurídico. Tradicionalmente, el matrimonio era concebido como una institución creada para durar toda la vida y, sobre todo, estaba sujeta a los cánones eclesiásticos²⁷. Sin embargo, a medida que la sociedad evoluciona, estas concepciones cambian.

Es una realidad absolutamente asentada que, tradicionalmente, ante una crisis matrimonial, la custodia de los menores se otorgaba de forma monoparental e, incluso, había casos donde la custodia era entregada a terceros. Además, atendiendo a la sociedad tradicional, la mujer antes solía quedarse en casa y, por tanto, se consideraba que tenía más tiempo para cuidar de los hijos. Por el contrario, la custodia compartida era rechazada al considerarse que alteraba el desarrollo emocional del menor. Poco a poco, a tenor que se producían transformaciones sociales en España, empezó a solicitarse esta figura por parte de los progenitores varones que querían implicarse en la vida de sus hijos.

Con el paso del tiempo, es evidente que el modelo de familia español ha cambiado y evolucionado. Ello produce cambios en la manera de organizar el matrimonio y la propia familia. De igual forma, se han producido otro tipo de cambios, entre otros, los generados de manos de movimientos feministas, el

²⁵ Normalmente los varones quedaban al cuidado del padre y las niñas al cuidado de la madre.

²⁶ En caso de haber mediado mala fe por uno de los progenitores, a la muerte del otro, este recobraría todos los derechos propios de la patria potestad si la causa del divorcio fuera el adulterio, malos tratamientos de obra o injurias graves. Si fuera otra causa, se nombraba a un tutor para que este se hiciera cargo de los menores. En cualquier caso, los menores quedarían a cargo de la madre hasta que llegaran a los 3 años.

DELGADO SÁEZ, J: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020, págs. 22 y 23.

²⁷ Hay que destacar dos excepciones a esta concepción. En primer lugar, como consecuencia de la Revolución de 1868, y tras la consolidación de la Constitución de 1869, en 1870 se introduce por primera vez la figura del matrimonio civil en España.

En segundo lugar, la aprobación durante la II República de la Ley de Matrimonio Civil.

C.IBAN, I.: *“Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)”*. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-10008300176#:~:text=Hasta%20el%2018%20de%20junio,civil%20en%20Espa%C3%B1a%20no%20existe.&text=Como%20consecuencia%20de%20la%20Revoluci%C3%B3n,la%20figura%20del%20matrimonio%20civil)

[10008300176#:~:text=Hasta%20el%2018%20de%20junio,civil%20en%20Espa%C3%B1a%20no%20existe.&text=Como%20consecuencia%20de%20la%20Revoluci%C3%B3n,la%20figura%20del%20matrimonio%20civil](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-10008300176#:~:text=Hasta%20el%2018%20de%20junio,civil%20en%20Espa%C3%B1a%20no%20existe.&text=Como%20consecuencia%20de%20la%20Revoluci%C3%B3n,la%20figura%20del%20matrimonio%20civil).

avance científico, el uso generalizado de métodos anticonceptivos, la reestructuración del trabajo doméstico o el aumento de los divorcios, dando lugar a las familias reconstituidas²⁸.

La Constitución española de 1931 fue un momento clave puesto que supuso un cambio en la visión sobre el divorcio. Igualaba a ambos cónyuges en derechos y permitía el divorcio de mutuo acuerdo o a solicitud de uno solo de los cónyuges. Esta ley ampliaba la gama de derechos hasta entonces reconocidos. Así, entre otros, igualaba a los hijos legítimos con los ilegítimos, regulaba la investigación de la paternidad u obligaba a los progenitores a alimentar y educar a sus hijos²⁹.

Más tarde, en 1932, se dictó la Ley del divorcio. Esta ley incorporaba novedades y otorgaba grandes potestades a los progenitores, fomentando la autonomía privada de los mismos a la hora de tomar decisiones en el ámbito familiar. Se determinaban circunstancias concretas en las que serían los propios progenitores, y no el juez, quienes decidirían acerca de la custodia de los menores. Aunque no se contemplaba esta figura como tal, podía deducirse de la propia ley. Finalmente, esta ley fue derogada poco después de ser aprobada al considerarse que iba en contra de la mentalidad y creencia religiosa de la sociedad de aquella época.

Fue necesario esperar varias décadas para que se produjera un gran paso legislativo. Con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1978 se modificó el CC en materia de familia para adaptarlo a los principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo, que son ahora fundamentales en la sociedad.

Al objeto de lo anterior, se dictó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Así, se eliminaba el carácter subsidiario que se daba al ejercicio de la custodia de los hijos por parte de la madre y se equiparaba a ambos progenitores en derechos. Es precisamente con ocasión

²⁸ VENEGAS, M; LOZANO MARTÍN, A: *“Cambio social y cambio en los modelos de familia: trabajar por la igualdad”*, en La custodia compartida en España, Ob. Cit., pág. 28.

²⁹ DELGADO SÁEZ, J: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Ob. Cit., pág. 23.

de esta Ley cuando se empieza a distinguir entre patria potestad y guarda y custodia de los menores³⁰.

No será hasta este año 1981 cuando se creó una ley reguladora del divorcio en España, la Ley 30/1981, de 7 de julio³¹. La presente norma tenía por objeto modificar la regulación del matrimonio en el CC y determinar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Se concedía el derecho de guarda sobre los hijos al progenitor más idóneo, sin tener en cuenta las causas que habían llevado a la ruptura de la pareja.

En la actualidad, las Comunidades Autónomas que no tienen derecho propio se rigen por el CC, mientras que las Comunidades Autónomas dotadas de competencia para legislar en Derecho Civil se rigen por su propia normativa³². Así, nos encontramos con un Derecho propio en Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco:

- En Aragón serán los progenitores quienes decidan libremente y, en caso de desacuerdo, serán los tribunales quienes valoren en cada caso y decidan en base al interés superior del menor.
- En Cataluña se establece como preferente la guarda y custodia compartida siempre que con ello se garantice el interés superior del menor³³.
- En Navarra, igualmente, se deja a la libre elección de los progenitores, y en caso de desacuerdo, será el juez quien lo determine atendiendo al interés superior del menor³⁴.
- En el País Vasco se establece como preferente la custodia compartida, aunque en la práctica está condicionada a que la solicite al juez uno de los progenitores y siempre que no resuelva perjudicial al interés superior del menor³⁵.

³⁰ Ibidem, pág. 29.

³¹ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

³² SOLSONA, M; SPIJKER, J; AJENJO, M: “*Calidoscopio de la custodia compartida en España*”, en La custodia compartida en España, Ob. Cit, pág. 46.

³³ DELGADO SÁEZ, J: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Ob. Cit., pág. 51.

³⁴ Ley Foral 3/2011, derogada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril. La nueva ley mantiene el sistema establecido en la anterior. BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011. Actualmente, BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019.

³⁵ BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

- En Valencia³⁶ la materia se regulaba en la Ley 5/2011, de 11 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven³⁷, pero determinadas disposiciones fueron anuladas por la STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016³⁸. El motivo de la anulación fue la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular materias relacionadas con el derecho de familia. Cabe destacar que se establecía la custodia compartida como regla general y trata de garantizar la relación de ambos progenitores con los menores. Si los progenitores se ponían de acuerdo y se garantizaba el interés superior del menor se adoptaba la custodia compartida, sino sería el juez el encargado de determinarla atendiendo al interés superior del menor.

Un acontecimiento posterior absolutamente fundamental en esta materia fue la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³⁹. Es en este momento cuando se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la guarda y custodia compartida. Lo cierto es que tenía como objetivo procurar el mejor interés al menor y garantizar la actividad de ambos progenitores en la vida del menor pese a no ser una familia ya.

En base a esta Ley, la regla general ha pasado a ser la establecida en el artículo 92.8 CC, siendo los progenitores quienes deban solicitar la custodia compartida, y si no, solicitarla uno de ellos siendo el juez quien decida en base a las circunstancias de cada caso, sin olvidar que las Comunidades Autónomas previamente mencionadas siguen su propio régimen.

La sentencia clave en el ámbito de la custodia compartida fue la STS de 19 de abril de 2013⁴⁰, que dictó como preferente y prioritario el modelo de custodia compartida, alegando que de esta manera se protege en mayor medida el interés superior del menor. Además, sentó las bases acerca de los

³⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 196-198.

³⁷ BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

³⁸ BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2016.

³⁹ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

criterios a tener en cuenta por los tribunales a la hora de dictaminar si se otorga o no custodia compartida.

Estos criterios jurisprudenciales fueron los siguientes:

- Petición de al menos uno de los progenitores.
- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor.
- Sus aptitudes personales.
- El deseo manifestado por el menor.
- El número de hijos.
- El cumplimiento de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.
- El respeto mutuo de los progenitores en sus relaciones personales.
- El resultado de los informes técnicos.
- 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.

De esta forma, jurisprudencialmente, se justifica la custodia compartida sobre la base de permitir al menor relacionarse con ambos progenitores e intentar mantener un sistema de relaciones familiares lo más próximo al existente antes de la ruptura⁴¹.

Otro dato de interés acaecido en materia de custodia compartida fue, sin duda, la elaboración del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia⁴², que fue aprobado en julio de 2014. El objetivo del Anteproyecto era modificar la regulación del ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de estancia, visita y comunicación con el cónyuge que no convive con ellos, la contribución de los progenitores a las cargas familiares, la atribución del uso de la vivienda familiar y la liquidación del régimen económico matrimonial. De esta forma, el menor puede mantener relaciones con ambos progenitores de forma regular sin perder el contacto con ninguno de ellos.

⁴⁰ (RJ 2013/3269).2017

⁴¹ STS de 19 de junio de 2013. RJ 2013/5002.

⁴² BOE núm. 438/2014.

En este trabajo la custodia compartida no se establecía como regla general, sino que se apostaba y se considera preferente la custodia monoparental, siendo el juez el encargado de determinar el régimen en cada caso concreto, protegiendo en todo caso el interés del menor y no de los progenitores. Se permitía al juez adoptar la custodia compartida aun sin haber acuerdo de los progenitores, o sin que lo hubiera solicitado al menos uno de ellos, siempre que fuera en beneficio del interés superior de menor.

Para conseguir el objetivo, el Anteproyecto de Ley pretendía modificar determinados artículos del CC relativos al Derecho de familia. No debemos olvidar a las regiones con Derecho propio, en cuyo caso también se introducían modificaciones a sus normas para adaptarlas al presente Anteproyecto. Y, por lo que respecta al resto de CCAA, en algunas de ellas también se introducían cambios en sus leyes⁴³.

Con esta propuesta, el juez hubiera tenido que pronunciarse acerca de determinadas materias a la hora de justificar el establecimiento o no de la custodia compartida, como son: el régimen estancias, la relación y comunicación del progenitor no custodio durante el tiempo que no resida con los menores, un régimen de comunicación y relación con los hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegas si fuera necesario y siempre que no hubiera opinión desfavorable de los interesados⁴⁴.

Dicho todo lo anterior, es importante destacar que también a nivel internacional existen importantes textos que no pueden obviarse a la hora de analizar esta materia. Entre ellos, cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Se obliga a los Estados a respetar los derechos de los menores de mantener relaciones con ambos progenitores, salvo que fuera contrario al interés superior del menor. Este mismo sentido se deriva de la Carta Europea de Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992.

⁴³ Por ejemplo, en Cantabria se pretendía introducir cambios en la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho.

⁴⁴ DELGADO SÁEZ, J: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Ob. Cit., pág. 59.

⁴⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

En la misma línea, se ratificó el 25 de enero de 1996 en Estrasburgo el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños. Esta norma sienta su base sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, pues ciertos artículos siguen la misma línea de la Convención y pretende hacer valer los mismos derechos⁴⁶.

La finalidad de todas estas normas europeas es garantizar los derechos e intereses de los niños y su desarrollo de forma correcta y que estos puedan ejercitar sus derechos, sobre todo, en procedimientos familiares que les afecten. Será el Estado el encargado de garantizar dichos derechos e intereses.

3.3. Evolución de los requisitos necesarios para el ejercicio de la custodia compartida

Una vez introducida la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, esta se adaptaba a las necesidades de las familias del momento. Poco a poco, a medida que surgen nuevos problemas y la sociedad evoluciona, es necesario modificar los elementos determinantes de la misma e ir adaptándolos a las familias de cada momento.

En todo caso, hay que atender a las necesidades personales de cada familia y el fundamento último ha de ser la protección del interés superior del menor. Ello no exime de la existencia de normas generales para ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos.

3.3. a) Buena relación entre los progenitores

Normalmente, cuando los progenitores toman la decisión de separarse puede existir en el trasfondo una mala relación entre ellos o ya no concebirse un proyecto de vida común. Sin embargo, por el bien de sus hijos, puede ser que decidan mantener una buena relación entre sí.

⁴⁶ DELGADO SÁEZ, J.: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Ob. Cit., pág. 95.

Antiguamente, la custodia compartida era concebida bajo una creencia de colaboración y cooperación entre los progenitores por el bien del menor, a pesar de ya no existir buena relación entre ellos. Por esto, cuando la armonía había quebrado absolutamente la relación, la jurisprudencia rechazaba la custodia compartida al considerar que esa mala relación iba a impedir la toma de buenas decisiones encaminadas a proteger el interés superior del menor, dictaminándose por la misma que únicamente iba a concederse la custodia compartida cuando entre ambos progenitores existan aun unas vías de acuerdo, una armonía entre ellos, un espíritu de colaboración, en orden a la satisfacción de las necesidades del hijo en común y en aras a afrontar esta nueva vida que supone el hecho de estar separados o divorciados⁴⁷.

El TS, en su sentencia de 22 de julio de 2011, había asentado las bases sobre qué se entiende por mala/buena relación entre los cónyuges, estableciendo 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, como sucede en supuestos d conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento*⁴⁸.

Por tanto, se tratará de preservar y otorgar la custodia compartida, no por el interés de los progenitores, sino por el interés superior del menor. De esta manera, el niño podrá seguir relacionándose con ambos progenitores y no sentirá abandono o pérdida de relación con alguno de ellos.

3.3.b) Cercanía de los domicilios

La cercanía de los domicilios puede ser un elemento problemático, puesto que lo primero que hay que hacer es determinar qué se entiende por cercanía (¿vivir en la misma ciudad, la misma provincia...?).

Inicialmente, los tribunales no otorgaban la custodia compartida por considerar que el hecho de que el menor tuviera que vivir en dos domicilios

⁴⁷ ROMERO COLOMA, A.M.: *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus S.A., Madrid, 2014, págs. 77 y 78.

⁴⁸ RJ 2011/5676.

podía suponerle abrumador, pero han ido cediendo y, actualmente, consideran que no es un elemento determinante para proceder a la denegación de la misma. En todo caso, el tribunal deberá valorar la adecuación de las viviendas para el desarrollo correcto del menor, la ubicación de los domicilios de los progenitores, horarios y actividades de ambos para comprobar que estos pueden hacerse cargo de los menores de forma diligente⁴⁹.

No hay duda de que lo ideal es que los domicilios se encuentren cercanos, pues el menor verá más sencillo el desarrollo de sus actividades diarias, como ir al colegio, actividades extraescolares, etc. Es decir, el menor es obvio que tiene que ir siempre al mismo colegio, no pudiendo cambiar semanalmente en función del progenitor con el que se encuentre, o dependiendo de la lejanía entre domicilios.

3.3.c) *Pensión de alimentos*

En primer lugar, hay que ver qué se entiende por pensión de alimentos y qué conceptos pueden incluirse dentro del mismo. Así, para MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁵⁰, se entiende por alimentos todos aquellos medios necesarios para la subsistencia de una persona, no solo los relativos a la comida, sino también otros como la educación, habitación, vestido y asistencia médica.

Conforme al artículo 143 CC, *están obligados a prestar alimentos los ascendientes*. Es decir, los progenitores deben prestar alimentos a los menores. Por ello se deduce que se trata de una obligación que surge como consecuencia de la filiación. Además, en contra de lo que se establecía originalmente a la hora de conceptuarse este modelo, el hecho de que exista custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos al progenitor que no conviva con ellos ese tiempo, pues es una medida que depende de las circunstancias económicas de los progenitores y de la protección que debe tener el interés superior del menor⁵¹.

⁴⁹ DELGADO SÁEZ, J.: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Ob. Cit., pág. 188.

⁵⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A.: *El procedimiento de separación y divorcio en la violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2019, pág. 44.

⁵¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: "Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor", en *La custodia compartida en España*, Ob. Cit., pág. 99.

Cuando los progenitores se separan, será el juez quien establezca la pensión de alimentos de forma que se cubran las necesidades del menor. Para ello, el juez tendrá en cuenta la situación económica de ambos progenitores, así como el nivel de vida que tenían los menores con carácter previo a la separación, de forma que esta no les suponga un perjuicio y puedan seguir, en la medida de lo posible, con la misma vida que llevaban antes⁵².

La pensión de alimentos no se trata de una cantidad prefijada siempre igual para todos los casos, sino que conforme al artículo 146 CC, habrá que atender a dos circunstancias: la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) elabora unas tablas en las que establece los criterios a seguir para determinar la pensión de alimentos, que dependerá del número de hijos de la pareja. Tiene una aplicación que estima la pensión alimenticia en función de determinadas circunstancias. A nuestros efectos nos interesan los marcadores utilizados en relación con la custodia compartida⁵³, y estos son:

- La Comunidad Autónoma en la que resida la familia.
- El número de hijos.
- El año de solicitud de esta pensión de alimentos.
- Los ingresos de ambos progenitores.
- El número de días de permanencia del menor con cada progenitor.
- Los importes en custodia compartida.
- La aportación del progenitor obligado.

El problema más habitual que se suscita en relación con la pensión de alimentos es el derivado de los gastos extraordinarios, pues se plantea si se deben cubrir por ambos progenitores, o no, y en qué medida. Serán gastos extraordinarios los de carácter excepcional, imprevisibles y estrictamente

⁵² ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: *Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres*. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 46.

⁵³ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>

necesarios. Estos gastos se pagarán en proporción al nivel económico de cada uno de los progenitores⁵⁴.

Según ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *lo más razonable, teniendo en cuenta la titularidad de la patria potestad, es que el gasto extraordinario sea cubierto por ambos progenitores, será necesario que ambos lo hayan consentido o que resulte de necesidad para el menor pero que se salga del gasto ordinario común. No obstante, estos criterios no pueden ser suficientes para determinar la cantidad que se debe pasar el concepto de pensión de alimentos*⁵⁵.

Respecto al tiempo que debe durar la pensión de alimentos, el artículo 142 CC establece que *durará mientras el hijo sea menor de edad y puede prorrogarse aun cuando el hijo sea mayor de edad, siempre que no haya terminado de formarse y no sea por causa imputable al mismo*⁵⁶.

En caso de hijos mayores de edad, lo cierto es que esta medida responde al principio de solidaridad familiar. Será el progenitor que los tenga en su compañía quien lo solicite para así poder hacer frente a los gastos del hijo. Pudiera ocurrir que el hijo mayor de edad decidiera no relacionarse con el progenitor que debe pagar la pensión de alimentos, siendo esto causa de extinción de la misma⁵⁷. Sin embargo, para que esto suceda, el TS establece una serie de requisitos para que esa falta de relación de un hijo con su padre desemboque en esta situación. Deben ser desacuerdos graves que persistan

⁵⁴ Puede destacarse en este sentido, entre otras, la sentencia núm. 494/2018, de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de mayo de 2018. (RJ 2019/167126). Nuevamente se pronuncia este tribunal en el mismo sentido en su sentencia núm. 1942/2022, de 28 de diciembre. (RJ 2023/405926).

⁵⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*, Ob. Cit., pág. 135.

⁵⁶ Artículo 142 CC. El TS se ha pronunciado en varias sentencias en este sentido. Así, por ejemplo, podemos mencionar la STS de 5 de octubre de 1993, en la que señala que *mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación*. (RJ 1993/7464).

⁵⁷ (RJ 2019/497). STS 104/2019, de 19 de febrero. Así, a lo largo de la sentencia justifica esta extinción en varios momentos. [...] *constatar la negativa de los hijos a relacionarse con el padre, situación de hecho que aparece consolidada, y por la que este carece de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios. De ello colige que, en tales circunstancias, es impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas, por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas. El arts 152.4º dispone que cesará la obligación de dar alimentos "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación". El punto de inflexión se sitúa en la sentencia 258/214, de 3 de junio (RJ 2014/3900), que califica el maltrato psicológico como justa causa de desheredación.*

en el tiempo y que conduzcan a una inexistencia de relación clara, real, relevante e intensa, y que sea imputable, en todo caso, al hijo⁵⁸. Será el obligado al pago quien deba probar la ausencia de relación con sus hijos, bien por llamadas que no son contestadas, whatsapps o correos, entre otros.

Esta situación puede complicarse aún más. Pudiera ocurrir que el progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos eludiera esta responsabilidad, dando lugar a un delito regulado en el artículo 227 Código Penal. No obstante, habrá que estar a la situación del caso concreto, pues puede ser que el impago provenga de la voluntad del alimentante o puede venir condicionado por circunstancias ajenas a la voluntad del mismo⁵⁹.

La pensión de alimentos no tiene por qué ser siempre la misma pues las circunstancias personales, tanto de los progenitores como de los menores, pueden cambiar con el paso del tiempo. En cualquier caso, el cambio de medidas debe hacerse respetando y velando por el interés superior del menor⁶⁰.

3.3.d) Atribución del uso de la vivienda familiar

El domicilio familiar normalmente es definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de la familia hacen habitualmente del mismo y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges⁶¹. El TS se refiere a ella como un *bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*⁶².

En caso de ruptura familiar, la salvaguarda de la familia despliega todos los efectos en la protección de la parte más necesitada que normalmente es el

⁵⁸ OCAÑA VILLENA, R.: "Pensión de alimentos: ¿cuáles son las causas que justifican su extinción por falta de relación entre padres e hijos", Periódico Cinco Días, 2023.

Disponibile en: <https://www.proquest.com/docview/2763158409?parentSessionId=Fb9XsY60TS%2BQK40UMr p6yRIYHy6caopU2KM4o43Q%2Bkk%3D&pq-origsite=summon&accountid=14497&sourcetype=Newspapers>

⁵⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: *Delitos contra las relaciones familiares. Impago de prestaciones económicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pág. 934.

⁶⁰ MORENO FLÓREZ, R.M.: *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia; instituciones viejas para tiempos nuevos*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, pág. 48.

⁶¹ SAP Ciudad Real, 30/12/1995. (RJ 1995/2306).

⁶² (RJ 1994/10330). STS 31/12/1994.

menor y, por ello, en los procedimientos de crisis matrimoniales debe ser el interés primordial a tener en cuenta⁶³. Una vez los cónyuges fijan su domicilio conyugal, la determinación de cuál es la vivienda familiar vendrá dada por la habitualidad y el lugar donde permanece la familia⁶⁴.

En caso de asignar la vivienda familiar a los hijos -y al progenitor que quede con ellos-, o se considere que es más necesitado de protección, se atribuye el uso y disfrute, pero no la titularidad en caso de ser propiedad privativa del otro progenitor. Es decir, puede ser que la atribución de la vivienda familiar se otorgue a favor del progenitor no titular de la vivienda, no suponiendo ello el traspaso de titularidad⁶⁵.

Para ello, es importante comprobar en primer lugar quién es el propietario del inmueble que constituye el domicilio familiar: si pertenece al progenitor custodio, al no custodio o a un tercero. En todo caso, se puede establecer una limitación temporal a la atribución de la vivienda familiar. En este sentido, el TS a través de diversas sentencias, da lugar a distintas situaciones⁶⁶:

Puede que no se adjudique la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, sino que haya que proceder a su venta si así se protege mejor el interés superior del menor. En este sentido, la STS de 3 de enero de 2022, se pronunció al respecto alegando que *“ella ha mantenido hasta ahora el uso de la vivienda con sus dos hijos menores y que el esposo solicitó, con anterioridad, el uso por ella hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o su venta y que el esposo reside en la vivienda de su actual pareja, (...) la recurrente podrá mantener el uso de la vivienda familiar hasta la venta o liquidación de la sociedad de gananciales*⁶⁷.

Pueden establecerse límites temporales, a pesar de existir menores. El fundamento puede ser la incorporación del progenitor custodio al mundo laboral

⁶³ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus S.A., Madrid, 2013, pág. 13.

⁶⁴ *Ibídem*, pág. 15.

⁶⁵ *Ibídem*, pág. 105.

⁶⁶ PRETEL SERRANO, J.J.: “Su estudio desde la práctica profesional”, En *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familia*, Reus, Madrid, 2017, págs. 53 y 54.

⁶⁷ (RJ 2022/49)

o el transcurso de un plazo razonable para vivir en la casa. En todo caso, ese plazo debe ser prudencial como se establece en el artículo 96.3 CC.

Hay consenso, sobre la base de diversas sentencias del TS, de que la atribución y uso del domicilio familiar es provisional y temporal⁶⁸.

Existiendo únicamente hijos mayores de edad, podrá acordarse el uso de la vivienda familiar a los mismos durante un tiempo prudencial, siempre que el cónyuge no titular lo solicite y, atendidas las circunstancias del caso, se concluya que es lo mejor para el hijo y que su interés es el más necesitado de protección⁶⁹.

Puede ocurrir también que el tribunal atribuya la vivienda familiar al progenitor no custodio, para lo cual debe acreditarse que el menor tiene cubiertas sus necesidades de habitación básicas. En este sentido se pronuncia el TS, por ejemplo, en la STS de 22 de febrero de 2017, en la que se dice que *el propio Tribunal Supremo viene admitiendo en alguna de sus resoluciones más recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 CC -...-, en atención a las especiales circunstancias personales y laborales de los progenitores y cuando esa facultad de limitación constituya una solución razonada que no perjudique el interés de los menores por contar los progenitores con capacidad suficiente para satisfacer las necesidades de habitación de los mismos, o cuando la atribución indiscriminada del referido derecho de uso y disfrute exclusivo supone un abuso de derecho que no debe ser amparado por los artículos 7 y 96, ambos del Código Civil*⁷⁰.

⁶⁸ (RJ 2004/2713). STS 22/04/2004.

(RJ 2006/549). STS 10/02/2006.

⁶⁹ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Ob. Cit, pág. 112.

⁷⁰ (RJ 2017/1079).

En el mismo sentido se pronuncia el TS en su sentencia de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/4375), en la que dice que *hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios....* Por ello, y siguiendo esta sentencia, *la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.*

El sistema de “casa nido” en la práctica es bastante problemático, pues genera aún más conflictos entre los progenitores y supone un trastorno a la familia⁷¹. Se puede usar como medida provisional e inmediatamente posterior a la ruptura familiar, hasta que se consiga encontrar nueva vivienda y una cierta estabilidad⁷².

Por el transcurso del tiempo, el progenitor que ostenta el uso y disfrute de la vivienda familiar puede conocer a un tercero e iniciar una relación con el mismo. En caso de ser esta estable y viviendo y pernoctando el tercero en la vivienda familiar, se entiende que esta pierde el carácter de familiar. Es importante en este ámbito la sentencia dictada por el TS, el 20 de noviembre de 2018⁷³, estableciéndose en la misma que *la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de*

⁷¹ GIL MEMBRADO, C.: La vivienda familiar, Ob. Cit., pág. 152.

⁷² En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2008/144660). *Considera que la alternancia de los progenitores es desaconsejable y perturbadora para los mejores. Esta medida es causa de innumerables conflictos y solo se considera viable en momentos determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal.*

⁷³ RJ 2018/5086. Siguiendo este criterio, se pronuncia la Audiencia Provincial de Córdoba, en su sentencia de 8 de febrero de 2022. (RJ 2022/166124).

De la misma manera, sigue este criterio jurisprudencial la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en su sentencia de 16 de mayo de 2022, estableciendo el tribunal que *en aplicación de esta doctrina, el Juez a quo declara extinguido el uso de la vivienda en su día adjudicado a los hijos menores de edad y al cónyuge custodio, a la esposa, no siendo este pronunciamiento objeto de discusión en esta segunda instancia toda vez que la vivienda ya no puede ser catalogada como familiar, por la introducción de un tercero, actual pareja de la madre, pero tampoco cabe el desalojo inmediato como pretende el recurrente, puesto que también debe valorarse el interés de la menor que queda bajo la guarda custodia de la madre, lo que implica la necesidad de darle una vivienda digna, sin olvidar el previsible incremento de gastos para la progenitora custodia que podrían repercutir negativamente sobre la menor, dada, además, la escasa contribución por parte del padre a los mismos.* (RJ 2022/268023). Igualmente, podemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 30 de septiembre de 2021. (JUR 2021/381215).

valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.

La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC:

(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», como dice la sentencia recurrida.

(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

En todo caso, deberá estarse a la situación concreta y buscar el beneficio conjunto de la familia⁷⁴. El progenitor no custodio y no usuario, pero

⁷⁴ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Ob. Cit., pág. 130.

propietario, podrá hacerse valer sino de otras vías como la extinción de la pensión compensatoria o la reducción de la pensión de alimentos a abonar⁷⁵.

Uno de los problemas que se plantea en la práctica es el relativo al pago de la hipoteca. Puede ocurrir que la vivienda se otorgue al progenitor no propietario de la vivienda y el titular de la misma deba seguir pagando la hipoteca de la casa sin vivir en ella. En principio, el pago se hará conforme a lo que establezca la escritura, con independencia de quien viva en el domicilio familiar. Así, la STS de 20 de marzo de 2013, establece que *la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, (...), porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse porque quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con la estipulado con la entidad bancaria, (...), con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio*⁷⁶.

4. FORMAS DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una vez los progenitores o el juez han acordado la custodia compartida, hay que ver cómo se va a llevar a cabo. Así, la podemos clasificar de dos maneras: 1) según el domicilio en que se realice; 2) según el tiempo de estancia del menor con cada progenitor. En cualquiera de los casos debe primar el interés superior del menor. Si bien es cierto que en la práctica existen infinidad de opciones, dada la diversidad de situaciones existentes.

La primera de ellas, a su vez, se divide en tres tipos. Puede ser con domicilio fijo de los hijos, siendo los progenitores quienes cambian de vivienda. Con domicilio rotatorio de los hijos, estos se alternan entre las casas de sus progenitores (es la más habitual). Y coexistente, viviendo ambos progenitores en la misma casa con los hijos.

⁷⁵ *Ibíd*em, pág. 131.

SAP Barcelona 2/11/1998 (AC 1998/2033).

⁷⁶ (RJ 2013/4936).

La segunda de ellas tiene dos modalidades. Puede ser que los hijos residan el mismo tiempo de forma alterna con ambos progenitores (semanal, mensual...) o bien que uno de los progenitores disfrute en mayor medida de los hijos. Es decir, no es necesario siempre que los menores residan el mismo periodo de tiempo con sus progenitores, para lo cual hay que atender a las circunstancias de cada caso. Así se deriva de la STS del 13 de noviembre de 2018, en que la que dice que *el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores*⁷⁷.

Posteriormente, se reitera en la STS de 17 de enero de 2019, en la que *considera la sala que el hecho de que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores*⁷⁸.

La custodia compartida puede ser de 4 formas, siendo el juez en cada caso quien decide cual seguir:

- Por semanas. Los menores residen 7 días con cada progenitor.
La STS de 22 de septiembre de 2017 ratifica lo establecido la sentencia dictada por el Juzgado el 2 de octubre de 2015, en la que *se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores, de forma compartida a ambos progenitores, por semanas de lunes a domingo y forma alternativa en el tiempo, con ejercicio compartido de la patria potestad*⁷⁹.
- Por trimestres. Los menores residen trimestralmente con cada progenitor y hay visitas intersemanales del otro.
- Adaptado al horario laboral de los progenitores. Se da en los casos en que algún progenitor tiene horario por turnos.

⁷⁷ RJ 2018/5158.

⁷⁸ RJ 2019/105.

⁷⁹ RJ 2017/4636.

- Con pernoctas alternativas entre semana. Los menores están entre semana con un progenitor (lunes-jueves) y el fin de semana lo pasan con el otro.

5. COPATERNIDAD, ¿NUEVA REALIDAD?

Esta mentalidad de concebir a los hijos es bastante reciente y existe en pocos lugares, entre ellos Francia, Reino Unido o Canadá. Así, existe *Modamily* y *Coparentalys*, que son empresas extranjeras dedicadas a ello desde hace años. Conforme a esta realidad, los padres biológicos serán quienes han gestado al niño y son los responsables del mismo a efectos legales, y los padres no biológicos son denominados padres sociales.

Hablamos de la figura de la coparentalidad. Consiste en traer al mundo a un menor, pero con la peculiaridad de que los gestantes no son pareja, ni van a serlo, o bien no encuentran pareja, pero ambos quieren criar juntos a un niño.

Este proyecto ha sido desarrollado por la antropóloga Carmen Balaguer, y en la actualidad ya cuenta con más de 30 parejas adheridas a esta nueva realidad. Basa este nuevo modelo en la progresión social, puesto que en la actualidad hay muchas realidades y formas de vivir, y cada vez se puede hacer más conforme a las necesidades de cada uno.

La empresa, llamada “Copaternidad Barcelona”, se encarga de poner en contacto a las partes interesadas y que estas se conozcan y vean si son compatibles a la hora de tener un hijo y poder criarle juntos. Para ello, organizan distintos talleres y, durante un periodo aproximado de 6 meses, los interesados interactúan con distintas personas hasta encontrar la más afín a ellos. Puede ocurrir que durante este proceso las personas se enamoren, pero en todo caso, antes del embarazo se firma un acuerdo privado entre las partes para fijar las condiciones de la crianza.

Para este proceso no existe una regulación específica, por lo que actualmente se utiliza el convenio regulador usado en los divorcios de mutuo acuerdo.

6. CONCLUSIONES

Una vez realizado un análisis acerca de la evolución de la figura de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, puede llegarse a una serie de conclusiones sobre la misma y el impacto que tiene en nuestra sociedad. De la misma manera, es todo un reto plantearse la evolución de la misma de cara al futuro, siendo en todo caso necesario solucionar determinadas cuestiones que más adelante se comentarán.

Lo primero que debe destacarse en relación a la regulación de la custodia compartida es la uniformidad con la que es tratada en España, pues a pesar de existir derechos forales en nuestro ordenamiento jurídico, estos legislan en el mismo sentido en que lo hace el legislador español, si bien con determinadas especialidades, poniéndose de manifiesto como consecuencia de ello la importancia de esta figura y el fin último de la misma, que es la protección de los menores y garantizar su interés superior.

Fruto del paso del tiempo y del cambio de cultura de la sociedad española, las figuras jurídicas en torno a la protección del menor han cambiado, debiendo en todo caso basarse todas ellas en garantizar su interés superior. Antiguamente, la custodia monomarental era la más frecuente, siendo las madres las encargadas del cuidado del menor y los padres quienes trabajaban. Esto cambia a lo largo de los años, teniendo sentido lo mismo, pues ambos progenitores quieren interesarse y estar presentes en la vida del menor, así como por el hecho de que las mujeres cada vez tienen más derechos en la sociedad.

Actualmente, la guarda y custodia compartida es el modelo a seguir en nuestra sociedad y el que debe ser adoptado preferentemente por parte de los jueces, siempre y cuando la situación familiar lo aconseje y basándose en el interés superior del menor. Ello no obsta de situaciones especiales en que este modelo no es aconsejable, por ejemplo, entre otros, por la localización geográfica alejada de los domicilios de los progenitores que puede dar lugar a la alteración de la vida ordinaria de los menores o por estar algún progenitor incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida o integridad del otro progenitor. A pesar de ello, es un modelo que obliga a los progenitores a

seguir en contacto por el bienestar de sus hijos, garantizando que estos tengan un pleno desarrollo de vida diaria, no viéndose esta afectada (o en la menor medida posible) por la ruptura de la unidad familiar.

Estamos ante una figura flexible en su aplicación, pues si bien es cierto que es la prioritaria en la actualidad, no es de aplicación obligatoria, siendo el juez quien debe ponderar en cada caso si esta medida es la que mejor se adapta a la situación de la familia que se encuentra bajo una crisis matrimonial y, sobre todo, si la guarda y custodia compartida es el modelo que mejor garantiza el interés superior del menor. Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico prevé la existencia de otras figuras, como son la custodia monoparental o monomarental, la custodia distributiva o la custodia de terceros, siendo las mismas usadas si las necesidades de la familia lo aconsejan y siempre que mediante la aplicación de las mismas se garantice de forma más efectiva la protección del interés superior del menor.

Es importante que, dada la magnitud de la situación que atraviesa la familia en caso de crisis matrimonial, el juez adopte una solución específica a la realidad familiar, debiendo para ello ponderar, entre otros, la cercanía de domicilio o a quien se va a atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar. Es decir, debe analizar todas las circunstancias que rodean a la familia y adoptar una decisión que altere en la menor medida posible la vida anterior que llevaba esa familia. Y, sobre todo, deberá intentar no separar a los hermanos, de forma que se garantice su correcto desarrollo.

Por lo que respecta a mi forma de ver la custodia compartida, no considero que sea un modelo beneficioso para todos los miembros de la familia, pues si bien es cierto que permite a los menores estar en contacto con ambos progenitores y seguir conviviendo con ellos de manera alterna, en definitiva, son los grandes perjudicados de este sistema. Por ejemplo, estos menores son quienes deben ir de un domicilio a otro cada semana (o en función de los plazos de guarda y custodia compartida que se hayan establecido por el juez) y deben adaptarse a las normas que cada progenitor tenga en su domicilio (pudiendo estas ser variadas y haciendo que los menores prefieran estar con el progenitor que les concede más “privilegios”). Siendo, como consecuencia del mismo, los progenitores los beneficiados al tener

ciertos periodos al año libres no debiendo ocuparse de lleno de los menores al estar estos con el otro progenitor.

Debe tenerse en cuenta que muchas veces los progenitores realmente saben que este modelo no es más beneficioso para el núcleo familiar y los menores, pero las malas relaciones con su expareja y las ganas de obtener más privilegios que esta hacen que tomen decisiones egoístas y alejadas realmente de las necesidades de sus hijos, quienes a largo plazo son los que sufren las consecuencias de las decisiones erróneas de sus progenitores. Por ello, es fundamental escuchar a los menores cuando tengan suficiente juicio, pues ellos mejor que nadie saben cómo es la vida con cada progenitor y que es lo que mejor se ajusta a sus necesidades.

No debe olvidarse que la sociedad evoluciona y que el derecho español no es un ente fijo, pudiendo darse que en un periodo de tiempo pueda volver a ser prioritario el sistema de guarda y custodia monoparental o monomarental, determinándose por los tribunales y siempre atendiendo al interés superior del menor y en base a cada familia en concreto. Además, en un mundo tan globalizado, cada vez es más frecuente el surgimiento de nuevas figuras y realidades que van adaptándose a la mentalidad de la sociedad de cada momento, debiendo el derecho dar protección y solución a los problemas que puedan surgir en relación a las mismas para proteger los derechos e intereses de las personas implicadas, pero sin olvidarse de las figuras preexistentes y de que, en todo caso, debe primar el interés superior del menor.

Considero que una solución factible sería otorgar esta guarda y custodia compartida, pero por periodos más largos, es decir, con carácter general suele adoptarse por semanas o quincenas alternas, no pudiendo los hijos realmente instalarse en el hogar, por ello una posible solución sería que, al otorgarla fuera mensualmente, estableciéndose un régimen de visitas amplio al progenitor no custodio en ese momento, pero teniendo los menores más estabilidad en el desarrollo de su vida diaria.

7. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO SÁEZ, J.: *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020, págs. 22 y 23, 29, 5, 59, 95 y 188.

GARCÍA DÍAZ, R.: *Ser padres sin ser pareja: la coparentalidad llega a España con el nacimiento del primer bebé gestado por este método*, serPadres, 2023, actualizado el 24 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.serpadres.es/familia/45587.html>.

GARCÍA PRESAS, I.: *“La patria potestad”*, Dykinson S.L., 2013, págs. 15, 16 y 121.

GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus S.A., Madrid, 2013, págs. 13, 15, 105, 112, 130, 131 y 152.

IBAN PÉREZ, I. C.: *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*.

IZQUIERDO IGLESIAS, E.M.: *Evolución de la custodia compartida en la jurisprudencia de la sala 1ª TS y de los TSJ*, universidad de Valladolid. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/44690/TFG-N.%201507.pdf?sequence=1>.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *Delitos contra las relaciones familiares. Impago de prestaciones económicas*, Bosch, Barcelona, 2012.

MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *Las relaciones paterno-filiales: la patria potestad*, En Derecho Civil IV (Derecho de Familia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 328 y 329.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A.: *El procedimiento de separación y divorcio en la violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2019, pág. 44.

MARTÍNEZ SANCHIS, N.: *La guarda y custodia compartidas. Ejercicio y criterios para su concesión en el derecho autonómico*. Tesis doctoral. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Facultad de Derecho, Valencia.

MORENO FLÓREZ, R.M.: *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia; instituciones viejas para tiempos nuevos*, Dykinson S.L., Madrid, 2018.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor”, en *La custodia compartida en España*, Dykinson S.L., Madrid, 2017.

NEVADO MONTERO. J.J.: *El ejercicio de la patria potestad en situación de no convivencia de los progenitores*, Bosch Editor, España, 2021.

OCAÑA VILLENA, R.: “Pensión de alimentos: ¿cuáles son las causas que justifican su extinción por falta de relación entre padres e hijos”, Periódico Cinco Días, 2023.

PRETEL SERRANO, J.J.: “Su estudio desde la práctica profesional”, En *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

ROMERO COLOMA, A.M.: *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Reus S.A., Madrid, 2014.

SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SOLSONA, M; SPIJKER, J; AJENJO, M: “Calidoscopio de la custodia compartida en España”, en *La custodia compartida en España*, págs. 46 y 49.

VENEGAS, M; LOZANO MARTÍN, A: “Cambio social y cambio en los modelos de familia: trabajador por la igualdad”, en *La custodia compartida en España*, Dykinson S.L., Madrid, 2017.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*, Dykinson, Madrid, 2018.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: *Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres*, Dykinson, Madrid, 2004.

8. NORMATIVA

LEY 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

Instrumentos de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Artículos 9 y 10.

LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005

Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. BOE núm. 438/2014. Derogado.

LEY FORAL 3/2011, derogada por la LEY FORAL 21/2019, de 4 de abril. BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019.

LEY 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

LEY 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Artículo 19 bis.

9. JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 5 de octubre de 1993. RJ 1993/7464.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 31 de diciembre de 1994. RJ 1994/10330.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 de abril de 2004. RJ 2004/2713.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 10 de febrero de 2006. RJ 2006/549.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 de julio de 2011. RJ 2011/5676.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 20 de marzo de 2013. RJ 2013/4936.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 17 de junio de 2013. RJ 2013/4375.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 19 de junio de 2013. RJ 2013/5002.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 18 de junio de 2015. RJ 2015/2293.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 25 de septiembre de 2015. RJ 2015/4028.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 17 de marzo de 2016. RJ 2016/1132.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPEREMO 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2016.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 de febrero de 2017. RJ 2017/1079.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 9 de mayo de 2017. RJ 2017/2044.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 de septiembre de 2017. RJ 2017/4636.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 13 de noviembre de 2018. RJ 2018/5158.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 20 de noviembre de 2018. RJ 2018/5086.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 17 de enero de 2019. RJ 2019/105.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 19 de febrero de 2019. RJ 2019/497.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 17 de noviembre de 2021. RJ 2021/5065.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 3 de enero de 2022. RJ 2022/49.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 2 de noviembre de 2022. RJ 2022/5082.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 29 de abril de 2023. RJ 2013/3269

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 18 de octubre de 2023. RJ 2023/395946.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Ciudad Real, de 30 de diciembre de 1995. RJ 1995/2306.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona, de 2 de noviembre de 1998. AC 1998/2033.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona JUR 2008/144660.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Málaga, de 30 de mayo de 2018, núm. 494/2018. RJ 2019/167126.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Murcia de 30 de septiembre de 2021. JUR 2021/381215.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Córdoba de 8 de febrero de 2022. RJ 2022/166124.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Ciudad Real de 16 de mayo de 2022. RJ 2022/268023.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL núm. 1942/2022, de 28 de diciembre. RJ 2023/405926.