

La custodia compartida alternativa

Un estudio doctrinal y jurisprudencial

Cristina Guilarte Martín-Calero

Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

*Abstract**

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio introduce, entre otras importantes modificaciones, un segundo modelo de custodia, la llamada custodia compartida, que, junto a la tradicional custodia exclusiva o unipersonal, constituye una nueva posibilidad, ahora legal, de organizar las relaciones padres-hijos una vez producida la ruptura de la convivencia de aquéllos. Al estudio de la regulación de esta forma de guarda en el Código civil se destina el presente trabajo, regulación que adolece de importantes deficiencias y lagunas, puestas de relieve, en su momento, por la doctrina y que son, precisamente, las que dificultan, en mayor medida, la adopción de este nuevo modelo. Así puede contrastarse en el presente trabajo, en el que se plasman las conclusiones obtenidas del seguimiento realizado a las numerosas decisiones judiciales recaídas en esta materia desde la entrada en vigor de la Ley.

The 15/2005 Act, July 8th, that amended the Spanish Civil Code and the Civil Procedure Act regarding separation and divorce includes, among its main amendments, a new model of custody, named shared custody, which, in addition to the traditional exclusive custody, sets up a new legal possibility of organizing parent-child relationships once cohabitation has ceased. This article analyses the regulation of shared custody in the Spanish Civil Code. The aforementioned regulation has significant shortcomings and loopholes, which have been stressed by the literature and which set hurdles for the adoption of the new model. In the next pages, a survey of the recent case law on the subject provides evidence of the many obstacles that courts have come across.

Title: Shared alternative custody: case law and literature.

Keywords: models of custody, shared alternative custody, criteria of attribution.

Palabras clave: modelos de custodia, custodia compartida alternativa, criterios de atribución.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto SEJ2005-07085 JURI, "Crisis matrimoniales: aspectos civiles y penales", dirigido por el Dr. Vicente Guilarte Gutiérrez y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Sumario

1. Los sistemas de guarda y custodia en situaciones de ruptura convivencial
 - 1.1. La guarda exclusiva o unilateral
 - 1.2. La custodia compartida alternativa
2. La custodia compartida alternativa
 - 2.1. Consideración general sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia antes de la reforma
 - 2.2. La Regulación del Código civil
3. Conclusiones del seguimiento de las decisiones judiciales recaídas en la materia tras el reconocimiento positivo de la custodia compartida alternativa.
 - 3.1. Las causas de denegación del régimen de custodia compartida alternativa
 - 3.2. La admisión del régimen de custodia compartida alternativa
4. Jurisprudencia citada
5. Bibliografía

1. Los regímenes de guarda y custodia en situaciones de ruptura convivencial

Mientras que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura pueden permanecer en ambos progenitores, continúa entonces la cotitularidad y el coejercicio, la guarda necesariamente queda desgajada de aquéllas y se ejerce en solitario por el progenitor determinado en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio; en los supuestos de la llamada guarda compartida o guarda conjunta, no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino una titularidad sucesiva o alterna, de suerte que, en cada momento, será guardador el progenitor a quien le corresponda, según lo dispuesto por los padres en el convenio regulador o por la autoridad judicial en la sentencia que ponga fin al procedimiento seguido al efecto.

Puede definirse la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.

A nadie se le escapa, que, con carácter general y con excepción de la fase tempestuosa de la adolescencia, la relación de vida que implica la guarda de los hijos determina el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, al que, aunque se le reconoce el derecho a visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC), no comparte aquel quehacer diario en el que se desenvuelve la vida de los hijos y que, a la larga, es el que moldea su personalidad. La igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues, en los casos, que probablemente son mayoría, en que no sea necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y derecho, diseña la orientación y vida cotidiana del menor.

El pronunciamiento judicial que acuerde la guarda de los hijos, como es sabido, es una medida de la que se hace depender la adopción de otras, de suerte que, en ocasiones, la falta de acuerdo sobre aquélla no viene determinada tanto por la guarda de los hijos en sí, sino por las consecuencias que la ley anuda a la misma¹; es sabido que a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos, permanece en el hogar familiar (artículo 96 del Código civil) y administra la pensión por alimentos que se acuerde a los hijos (artículo 93 del Código civil), o desde el otro

¹ SAP Barcelona (12ª) de 21 de Febrero de 2007 señala que el juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto y, entre otras, debe ponderar *la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de ahorros o pensiones.*

punto de vista, quien pierde a los hijos, pierde su casa y además debe abonar la pensión por alimentos fijada por el juez. Se trata, pues, de una medida fundamental que convierte a los padres en ganadores y perdedores, a no ser que, de concurrir las circunstancias legalmente previstas y las condiciones materiales y afectivas imprescindibles, la autoridad judicial se incline por acordar un sistema de custodia compartida alternativa o un sistema exclusivo con un amplio régimen de comunicación y estancia que responda al derecho de los hijos de relacionarse con sus dos padres y al del padre o madre de gozar de la compañía de sus hijos.

Los criterios que, con carácter general, suministra el legislador a la autoridad judicial son, por una parte, el criterio orientador e inspirador de toda decisión judicial en esta materia que es el interés del menor y, por otra, la recomendación general de procurar no separar a los hermanos, de la que el juzgador sólo se apartará si existen razones fundadas (STS de 12 de julio de 2004); asimismo debe valorar la relación que los padres mantienen entre sí y con sus hijos para determinar el régimen de guarda. El interés del menor es una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres (piénsese que la solicitud de la custodia compartida era rechazada como contraria al interés del niño concretado en su necesidad de estabilidad y de seguridad). Es el Juez quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación, en cada ruptura, y decidir, conforme a este interés, las medidas personales y económicas que le afecten; y hasta tal punto, es el juzgador el encargado de garantizar la supremacía del interés del menor que, en ocasiones, puede apartarse del criterio adoptado por los padres, a los que, en principio, el legislador coloca en posición privilegiada para decidir sobre aquellas cuestiones, pues, ellos son, quienes mejor conocen las necesidades más íntimas de sus hijos (GAREIL, 2004, p. 232 y ss). En materia de guarda, la noción de interés del menor, puede tener (PÉREZ MARTÍN, 2002, p. 97) una proyección de presente (las vivencias han sido perjudiciales) o una proyección de futuro (la convivencia con uno u otro puede ser nociva o perjudicial).

Frente a la regulación anterior en la que el art 92. 4 CC se limitaba a señalar que el juez podría decidir que *el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos*, el reformado artículo 92 destina cuatro apartados a regular la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados. Por su parte, en sede de patria potestad, se establece que *si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad* (art. 159 CC) se trata de una declaración general que recoge el sistema de guarda exclusiva o unilateral que, hasta el momento de la reforma, constituía la regla general en el Derecho de familia español y con el que convive, a partir de la nueva Ley, el sistema de guarda y custodia compartida alternativa que se regula en los párrafos quinto, séptimo y octavo del nuevo art. 92 CC y que hasta ahora sólo tenía, como se verá, una limitada aceptación en la jurisprudencia que contemplaba su adopción como una medida excepcional.

La atribución de la guarda en exclusiva al padre o a la madre continúa siendo la fórmula general, el modelo principal, al no haberse decidido el legislador a sustituirlo por la custodia compartida alternativa, a pesar de las críticas que aquel modelo suscitó en la Exposición de motivos de la

nueva Ley. Se trataba, a mi entender, de una decisión de política jurídica arriesgada para la que, acaso, no se hallaba preparada toda la sociedad española y, desde luego y como se verá, no todas las familias, en el momento de la ruptura, presentan las condiciones materiales y psico-afectivas que aconsejan la adopción de este modelo de custodia. Frente a esta opción moderada, e incluso prudente, del legislador de 2005, ha sido reclamada la custodia compartida alternativa como modelo legal principal para evitar que uno de los progenitores se crea en una posición de superioridad frente al otro para el desempeño de las funciones de guarda y custodia, dificultando, así, el acuerdo en esta materia².

1.1. La guarda exclusiva o unilateral

En la nueva regulación, de no existir acuerdo entre los padres acerca del sistema de custodia compartida alternativa o de no solicitarse por uno de ellos su adopción por la autoridad judicial, y siempre que el interés del menor lo aconseje, el juez deberá inclinarse por el modelo de guarda exclusiva, al configurarse el modelo alternativo como una excepción a la regla general. En este sistema de atribución exclusiva, el juez debe elegir al progenitor más idóneo para ejercer la función de guarda que, en supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, se erige en función principal pues de ella se hace depender el ejercicio de las otras facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad. No tiene el juez un criterio prefijado como sucedía en las regulaciones pasadas³, sino que, atendido el caso concreto y siempre en interés de los hijos, deberá atribuir la guarda a quien considere más apto, *siendo incuestionable que el juzgador conserva una libertad de criterio a tal fin, con lo que el control en casación de una decisión de semejante naturaleza es difícil de entender, a no ser que el resultado de la prueba practicada viniera a aconsejar lo contrario a lo resuelto por el juez* (STS (1ª) 22 de Mayo de 1999).

Los criterios que guiarán la convicción del juzgador, auxiliado, como se verá, por el dictamen de los especialistas *relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores*, son de muy diversa índole, pero todos persiguen asegurar que la medida adoptada sea la adecuada a lo que demanda el interés del menor y para ello debe valorarse la situación familiar en su conjunto.

La Audiencia Provincial de Guadalajara en Sentencia de 15 de Julio de 1996 señala a este respecto: *...Como punto de partida y tal y como recoge el Juez «a quo» no puede olvidarse que el interés susceptible de prioritaria protección es el del menor y de ahí que sea la solución más favorable para su adecuado desarrollo la que habrá de ser elegida. En efecto es en estos supuestos de crisis matrimoniales la parte más débil y perjudicada la que*

² En el Anteproyecto del Libro II del Codi civil relativo a familia, se opta por fijar el modelo compartido de custodia como modelo principal: art. 233. 10. 3.: *l'autoritat judicial atribueix preferentment la guarda amb caràcter compartit, llevat que la guarda individual sigui més adient d'acord amb l'interès dels fills*. Opción plenamente acorde con el desenvolvimiento de este régimen de guarda en los juzgados y Audiencias catalanas, donde existe, con carácter general, una concepción positiva de este modelo.

³ Hasta la Reforma de 1981 que eleva el interés del menor a criterio rector de las decisiones que afecten a los hijos, se atribuía la custodia de los hijos al cónyuge inocente de la separación (*los hijos quedarán bajo la potestad y protección del cónyuge inocente* -antiguo art. 73 CC-); y hasta la Ley 11/1990, de 15 de Octubre, sobre la reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se establecía que *si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo* (antiguo art. 159).

exige una especial atención a su situación lo que obliga a buscar las circunstancias más positivas para su crecimiento y evolución integral, personalidad, formación física y psíquica atendiendo para ello como criterios orientativos a sus necesidades de atención, afecto, educación, alimentación, pautas de conducta y equilibrio de su entorno, ambiente social y familiar, identificación o rechazo del menor con el núcleo familiar y en definitiva el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales afectivas y volitivas del niño donde la estabilidad emocional de los padres tienen un lugar destacado. No puede por último olvidarse como en la mayoría de los trabajos sobre las necesidades emocionales de la infancia se destaca la vulnerabilidad de esta etapa de la vida del ser humano y la influencia de los aspectos relativos a las necesidades emocionales del niño para el concreto crecimiento físico emocional y posterior integración social.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Julio de 2004 sostiene ... *Y el principio básico y fundamental que rige en esta materia es "el favor minoris" que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la O. N. U. , en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92,93,94,151,154, 158 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil, y así habrá de ponderarse el ambiente mas propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor etc.*

También la reciente SAP de Madrid (24ª) de 21 de Junio de 2007: ... *se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.*

En principio, habrá de determinar la capacidad del padre y la madre para ejercer los deberes que acarrea la atribución de la guarda (enfermedades, conducta desordenada o irregular); ante la misma capacidad, el juez atenderá, entre otros, a la disponibilidad para dedicarse al cuidado de los hijos, la estabilidad del menor (cambios de residencia, mantenimiento del *status quo* anterior), los afectos, la predisposición de un progenitor para facilitar la comunicación con el otro.

Este criterio me parece determinante, pues las trabas y dificultades del custodio a la relación del hijo con su otro progenitor son, junto con otras que, por supuesto, no desconozco (entre las más lacerantes e insuperables para el menor, el desinterés y la falta de afecto del padre/madre voluntariamente ausente), el origen del distanciamiento tantas veces denunciado entre el hijo y el progenitor no custodio. Por ello, entiendo que una actitud de diálogo y colaboración en el progenitor custodio sólo puede traer beneficios a las partes implicadas (SAP Barcelona (12ª) de 2 de marzo de 2007 exhorta a los padres para que busquen *la desaparición de la conflictividad que comportará un verdadero beneficio para el menor, que no pasa por mas o menos días con pernocta, sino por aligerarle la carga emocional referida en el informe.* En este sentido, el Código civil francés recoge, entre una de las circunstancias que el Juez debe valorar la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro (art. 373-2-11); también, el Anteproyecto del libro relativo a familia del Codi catalán recoge *L'actitud de cadascun dels progenitors per cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, en especial per garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors.* Su relevancia es atendida por los tribunales como puede comprobarse en la SAP de Madrid de 5 de Julio de 1999 (Sección 22ª) que comparte plenamente la valoración efectuada por el Juzgador *a quo* que acudió al informe pericial que determinaba que *para mantener la correcta relación con ambos progenitores, consideró más adecuado y beneficioso para ella permanecer bajo la custodia del padre, quien se encargará de facilitar una mayor y más normalizada relación con los progenitores al presentar un mayor equilibrio psicológico.* En este sentido, la SAP Barcelona (12ª) de 21 de Febrero de 2007 deniega la custodia compartida *por la actitud que presenta el padre al hablar mal de la madre a los niños lo que produce a los menores un importante desasosiego...* También la SAP de Barcelona (18ª) de 19 de junio de 2007: ...*Hay por otra parte un dato de especial trascendencia para mantener la custodia materna, cual*

es las dificultades que tiene el padre para preservar delante de sus hijos la figura materna. La separación de los padres y el trato recibido inicialmente por la madre, ha ocasionado a los menores problemas importantes a nivel emocional, pero dicha problemática ha ido remitiendo y en la actualidad, requieren estabilidad y sobre todo seguridad. Los niños necesitan la presencia positiva de las dos figuras parentales y para ello es imprescindible que cada progenitor sea capaz de preservar la figura del contrario, y no solo de preservarla, sino mantener un concepto positivo de la misma, ello en aras a conseguir un desarrollo armónico de la personalidad de los niños. Por todo ello se estima más oportuno mantener la custodia materna, tal y como ha hecho la sentencia recurrida.

Elegido para ejercer la potestad de guarda uno de los progenitores, éste debe dispensar a los hijos la asistencia y cuidados que aquéllos precisen en su vida diaria (doméstica, escolar, médica), lo que le coloca en una situación de preeminencia frente al progenitor no guardador, al que legalmente sólo se le reconoce el derecho a relacionarse con sus hijos menores conforme a lo dispuesto en la resolución judicial (art. 160 CC); por ello, el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho que se concreta en el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (artículo 94 CC).

En relación con este derecho me gustaría subrayar:

1. -º Debe reprocharse al legislador de 2005 que no haya suprimido también en este artículo la mención del derecho de visita y haya unificado la terminología que introduce en el art. 90. a) del CC: *régimen de comunicación y estancia*; es, sin embargo, forzoso reconocer que el cambio de terminología no ha acabado de cuajar en los pronunciamientos judiciales pues, como se ha tenido la ocasión de comprobar, muchos de ellos siguen apegados al término derecho de visitas.

2º. - Debe entenderse superada aquella concepción del derecho de visitas como *un imperativo categórico de tipo jurídico en virtud del cual no se puede negar al padre seguir relacionándose con su hijo tras la nulidad o separación matrimonial, que no permite dirigir la vida de los hijos, ni gobernarlos ni tomar decisión alguna sobre su presente y su futuro, manteniendo su actuación en el plano puramente afectivo y no puede emplear su influencia para ejercer un control directo de la patria potestad ni injerirse en la actuación educadora del responsable del niño o interferir la línea formativa que éste marque* (RIVERO, 2000, pág. 957,960 y 970). A mi juicio, el derecho a relacionarse con los hijos que se reconoce en el Código civil en el artículo 160 y que se concreta en el artículo 94 está directamente conectado con el régimen de guarda y custodia que acuerdan los padres o establece el juzgador, de manera que responde a la imposibilidad metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre; es la otra cara de la moneda de la guarda. Por ello, si los padres continúan, y ésta es la regla general en todas las sentencias consultadas para la realización de este trabajo, en el ejercicio conjunto de la patria potestad, el régimen de comunicación y estancia servirá para canalizar la función que también compete al no custodio, de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Y sólo en el caso que, insisto, debiera ser excepcional, de atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores y con limitación del derecho de comunicación y estancia (por la particular situación del progenitor o del propio hijo), este derecho se limitará a fomentar la relación humana y la corriente afectiva entre el progenitor y el hijo.

3º. - En esta materia puede fácilmente colegirse de la comparación de sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa (fines de semana alternos, una semana en Navidad y Semana Santa y un mes en verano) y las dictadas en los últimos años (fines de semana alternos que incluyen el domingo, semana en Navidad, mitad de vacaciones de verano y uno o dos días intersemanales, a veces con pernocta), una tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio.

4º. - En relación con el número anterior, debe señalarse que es fundamental para preservar el interés del menor garantizar el régimen de comunicación y estancia, pues se ha constatado que la calidad afectiva de la relación del hijo con el padre no custodio depende de la regularidad de sus encuentros que no deben responder a un esquema estereotipado, válido para albergar todas las situaciones existentes sino a una adaptación a las circunstancias específicas de los padres (disponibilidad, horarios de trabajo) y de sus hijos (edades, estudios, aficiones).

Régimen de comunicación y estancia que no se limita a los supuestos de guarda exclusiva, pues piénsese, que aunque se acuerde el régimen de custodia compartida alternativa, en cada periodo el padre o madre es guardador en exclusiva de suerte que será necesario fijar también en aquel sistema este régimen de comunicación y estancia, a no ser que los periodos de alternancia sean muy reducidos en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido; con excepción de este supuesto, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial.

A esta guarda exclusiva se le ha reprochado no satisfacer las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de Abril de 1999).

1.2 La custodia compartida alternativa.

Las reivindicaciones de los padres en orden a la ampliación de los derechos del progenitor no custodio y la constatación fáctica del perjuicio que supone para los hijos su alejamiento de la dinámica filial, traen una nueva concepción de las relaciones padres-hijos en las situaciones de ruptura familiar. Las causas que se han apuntado como determinantes de este fenómeno sociológico son heterogéneas: el aumento del trabajo femenino, la mayor implicación de los padres en la educación de los hijos, el incremento del número de divorcios (en este sentido, SAP Barcelona (18ª) de 20 de febrero de 2007) y su repercusión jurídica se ha plasmado en la demanda de un sistema de guarda compartida en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio que, de no acordarse, determinaba, en compensación, la fijación de un régimen de comunicación y estancia más extenso de lo acostumbrado hasta el momento.

Ante esta realidad, el legislador de 2005 incorporó positivamente una figura que, aunque de forma excepcional, ya se acogía en los juzgados de familia; y lo ha hecho más preocupado de regular en qué supuestos no debe acordarse tal sistema que de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que deben concurrir para que prospere aquél.

2. La custodia compartida alternativa.

2.1 Consideración general sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia antes de la reforma

La ley 13/2005, junto con otras modificaciones importantes que exceden el ámbito del presente trabajo, introduce la regulación de esta práctica jurisprudencial que, de forma excepcional, acordaban jueces y tribunales, si concurrían determinadas circunstancias. Debe señalarse, de principio, que el carácter excepcional de su reconocimiento se fundaba en dos argumentos: a) la falta de regulación legal⁴ y b) el principio general del interés del menor, concretado en su necesidad de estabilidad⁵.

⁴ Así, la SAP Madrid de 17 de Febrero de 1995, cuya doctrina asumen otras Audiencias Provinciales (SAP Valencia de 11 de Junio de 2002; SAP Granada 1 de Octubre de 2002; SAP la Coruña de 7 de Mayo de 2002; SAP Valencia de 13 de Febrero de 2003; SAP Córdoba de 14 de Julio de 2003; SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de Enero de 2004; SAP la Rioja de 30 de Enero de 2004), señalaba: . . . *Se plantea por el recurrente la solución de la guarda y custodia compartida, medida que dentro del Derecho de familia español podría considerarse excepcional, tanto así que el legislador sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado a los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartido en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando al hijo, puedan tomarse de común acuerdo, y sin que el padre que no convive habitualmente con el hijo se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que le tenga en su compañía.* Igualmente SAP Palencia de 10 de Febrero de 1999; SAP de Guadalajara de 9 de Abril de 2002; incluso la SAP de Cantabria (Sección 4ª) de 22 de junio de 2005, inminente la aprobación de la ley 2005, deniega la custodia compartida por falta de reconocimiento legal.

⁵ En este sentido, y por ser argumento que, tras la reforma, se sigue utilizando para denegar esta forma de guarda, se considera relevante señalar, entre otras muchas, las siguientes: SAP Navarra de 11 de Noviembre de 1992: . . . *el más procedente para una evolución razonable de la infancia y adolescencia de los hijos, a la que esencial es la estabilidad, cuando menos desde el punto de vista educacional.* . . . ; SAP Cuenca de 30 de Septiembre de 1996: *es cierto que en el momento presente, tal como sostiene el apelante en apoyo de su pretensión, las labores de atención a los hijos (vestido, higiene, etc.) son, cada vez más compartidas por los padres sin que sean de exclusividad materna. También lo es que el hijo no tiene dada su edad -se encuentra próximo a cumplir cuatro años- obligaciones escolares que impidan la adopción de esta decisión (aunque las empezará a tener enseguida, cuando cumpla los seis años). Ahora bien, aun reconociendo la certeza de estos argumentos, la Sala no coincide con la parte apelante en cuanto a la bondad para un niño de tan corta edad de la custodia compartida. El aspecto fundamental a tener en cuenta en estos casos es el que concierne a la estabilidad emocional del menor. La permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es un auténtico entorno, sin constar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su «otro hogar». Esa inestabilidad redundaría en perjuicio del equilibrio emocional de un niño tan pequeño. . . La moderna psicología insiste en lo importante que para la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etc. Ello proporciona al niño sensación de seguridad y bienestar, y, en definitiva, la tan reiterada estabilidad, que con toda seguridad no se consigue viviendo cada quince días, cada mes, o incluso por períodos algo mayores, en una casa distinta. Por todo lo dicho la Sala se pronuncia en contra de la petición principal del apelante.* SAP Alicante de 7 de Julio de 1997: . . . *Con carácter general y abstracto, la Sala ha de mostrar sus mayores reservas a dicho régimen de custodia compartida y otros semejantes, pues frente a los beneficios de la igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos, presentan el inconveniente de privar a éstos de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida que parece imprescindible para su normal desarrollo, inconveniente que se estima decisivo.* SAP Baleares de 20 de Julio de 1999: . . . *El sistema de guarda y custodia compartida sugerido por la perito psicóloga, se estima inviable en la práctica y fuente de continuos conflictos, ya que para su efectividad sería necesaria la ayuda y colaboración de ambos progenitores, aparte de suponer imponer a los*

La oposición a la adopción de custodia compartida alternativa como régimen adecuado a las necesidades de los hijos se cuestionó incluso en los casos de acuerdo de los padres en el convenio regulador. Cuestión que hoy debe entenderse superada por su admisión clara y rotunda en el párrafo quinto del artículo 92 del Código civil.

Entre otras, las SAP de Murcia de 10 de Mayo de 2000 y 15 de Diciembre de 2002 o el Auto de 18 de Enero de 2001 (AP Cádiz) que recoge el sentir de muchos respecto de esta forma de guarda: *... lo que no puede esta Sala hacer es conceder una medida que está más pensada para la satisfacción de los padres que para el mejor desarrollo y educación del menor quien con el transcurso de los años de admitirse la medida propuesta no tendría idea clara de un hogar fijo y determinado y dificultaría además su arraigo en un círculo determinado de amigos y ambiente. . . Incluso en la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre La Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de separación y divorcio, de 20 de Octubre de 1995, se afirma ...en la realidad práctica, los convenios suelen recoger estipulaciones de dudosa validez, reflejo de tensiones propias de las relaciones conyugales rotas, en las que los hijos parecen propiedad compartida, estableciéndose estancias alternas en casa de uno y otro progenitor, a veces poco espaciadas, con alteración de la estabilidad requerida para la formación y educación de los menores y su vida afectiva. En consonancia con estos criterios y con carácter general, el Ministerio Fiscal debe oponerse a la aprobación de un Convenio que recoja con respecto a los menores un sistema de guarda y custodia compartida que implique un cambio de domicilio del menor de modo frecuente –como puede ser un mes con cada progenitor o quince días o incluso una semana con cada uno”.*

Junto a esta visión mayoritariamente negativa de la guarda y custodia compartida, hubo pronunciamientos favorables: a un sistema que acordado por los padres en convenio regulador se desarrollaba de modo positivo para los menores y, en consecuencia, no se accede al cambio de régimen solicitado por uno de ellos (SAP Girona de 25 de Febrero de 2001; Auto de 27 de Febrero (SAP Baleares); SAP Las Palmas de 11 de Noviembre de 2003; SAP Girona (Sección 2ª) de 20 de Octubre de 2004); o es acordado por el Juez a petición de uno de los progenitores e, incluso, en algunos casos, se acuerda sin solicitud previa (SSAP de Valencia de 22 de Abril de 1999 y 9 de Marzo de 2000, SAP Castellón de 27 de Junio de 2003 y SAP Madrid (Sección 22ª) de 15 de Febrero de 2005).

En este punto, considero de interés traer aquí dos Sentencias en las que se atribuye la guarda a ambos progenitores en forma alterna y se particulariza con acierto el pronunciamiento relativo a las pensiones por alimentos: 1ª. - SAP de Valencia el 22 de Abril de 1999 en la que rechaza el criterio del Juzgador de instancia que atribuía la guarda y custodia a la madre y acuerda una custodia compartida alternativa de carácter mensual por considerarla plenamente acorde con el principio del *favor filii* en cuya virtud *debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores*. En este régimen las figuras paterna y materna se equilibran, compensan y complementan de manera adecuada y con su adopción de lo que se trata es de *instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres que le permita estar seguro de aunque éstos se hayan separado, no se han separado de él*. Por lo que se refiere a la

menores un constante cambio brusco de familia, domicilio, entorno, amigos y criterios educativos, que se estima perturbador para los hijos. . . ; SAP de Barcelona de 8 de Junio de 2000: . . . Una guarda y custodia compartida, salvo supuestos excepcionales de ausencia de conflictividad entre los cónyuges, cercanía de domicilios y entorno habitual, preferencia mostrada por los hijos, no se traduce en beneficio para los menores. Al contrario, los continuos traslados a uno u otro domicilio, la imposibilidad de marcar un horario y ritmos de trabajo escolar, y la inseguridad en suma que ello les comporta hacen desaconsejable esta medida. . .

pensión, se establece que *la instauración de un régimen tan amplio de guarda, custodia y visitas, y teniendo en cuenta que la madre no dispone de medios que le permitan en este momento pasar alimentos a los niños, el padre atenderá a todas las necesidades que éstos tengan en los meses pares (en los que le corresponde la custodia); y el día primero de los meses impares (en los que la custodia corresponde a la madre, abonará a ésta 60000 pts de pensión alimenticia por cada niño. 2ª. - SAP de Castellón de 10 de Abril de 2003 que resuelve el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Castellón en la que se acuerda una custodia compartida alternativa de carácter semanal y la contribución a la alimentación de los menores por mitad, creándose un fondo en el que participarán ambos progenitores con la suma mensual de 180 euros por cada hijo y que administrarán conjuntamente; cuestión ésta que motiva el recurso y no la adopción del régimen de custodia alternativa que traía causa de los arreglos existentes entre ellos. Se pide en apelación que la contribución al fondo se haga en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, a lo que accede la Audiencia atendida la diferente capacidad económica de cada litigante y que el fondo sea administrado únicamente por la recurrente, petición que no prospera porque no se compadece, ni es coherente, con una situación como la presente de custodia compartida por semanas.*

A la vista de esta tendencia jurisprudencial parece claro el auge de este régimen: si la falta de reflejo positivo de la figura la dotaba de un carácter excepcional, al ser hoy legalmente admitida, aquel carácter excepcional probablemente se transformará en normalidad; si se cuestionaba en los convenios reguladores bajo la argumentación genérica de fomentar la inestabilidad del menor y, por tanto, contraria a su superior interés, hoy sólo podrá denegarse la homologación por considerar tal régimen como específicamente contrario al interés de ese concreto menor, bien porque se establezca una alternancia diaria que puede ser desestabilizadora para el menor, bien porque los progenitores vivan en ciudades distintas...; y, por último, si se permite al juez acudir a este modelo cuando, a falta de acuerdo, las circunstancias lo aconsejen, puede fácilmente concluirse que el modelo de custodia compartida alternativa constituirá, con el paso del tiempo, el modelo principal de guarda y custodia, pues es el que mejor responde a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante la vida común, funciones y responsabilidad, de suerte que, producida la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad debe alcanzarles por igual.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 11 de Diciembre de 2007: ...Como ya se ha dicho en anteriores pronunciamientos no será esta Sala quien discuta que efectivamente nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

2.2. La regulación del Código civil

De principio, y en abstracto, debe subrayarse que la custodia compartida alternativa es un modelo más de guarda y custodia, válido y eficaz si se dan las circunstancias que recomiendan su adopción; ni la guarda exclusiva ni la compartida son el molde perfecto adaptable a todas las

situaciones que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad; pero por esta misma razón, conviene valorar positivamente la incorporación al Código civil de un sistema que, si bien puede no responder a lo que, todavía es hoy mayoría, es apto, en determinados supuestos, para dar nuevas respuestas a viejos problemas.

a) La denominación legal:

En un primer acercamiento a esta figura conviene aludir a la confusión terminológica que existe en esta sede y a la que parecía poner fin la adopción en el Senado de la expresión guarda y custodia compartida de forma alterna que no queda incorporada al texto definitivo por un error en la dirección de las votaciones en el Congreso (GUILARTE, 2005, p. 121). Pues bien, hasta el momento de la reforma, se utilizaba en la práctica del foro y en la doctrina la expresión custodia compartida para referirse a este modelo de guarda y, sin embargo, la redacción final del artículo 92 incluye dos términos para referirse a lo que, en puridad, es una guarda alternativa: *guarda conjunta* (párrafo séptimo) y *guarda y custodia compartida* (párrafo quinto y octavo). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas, precisamente por no responder a la dinámica en que consiste: la guarda ni es conjunta ni se comparte sino que se alterna; por ello, parece que lo adecuado sería hablar de guarda o custodia alternativa en los casos en que se produzca una sucesión en la guarda y custodia de los hijos, aunque forzoso es reconocer que la expresión custodia compartida es la que se ha popularizado para describir esta práctica y custodia compartida, a mi juicio, engloba la guarda alternativa y la guarda exclusiva con un régimen amplio de comunicación y estancia o incluso régimen libre de comunicación y estancia. Ahora bien, consciente del arraigo de la expresión custodia compartida considero, sin embargo, pertinente aludir en la denominación a la alternancia definitiva de este sistema y por ello me inclino por la denominación custodia compartida alternativa (así, en SSAP Madrid de 17 de Enero de 2007, 13 de Febrero de 2007, 21 de marzo de 2007, 14 de Septiembre de 2007; 24 de Octubre de 2007; SAP Valencia (10ª) de 15 de Enero de 2007).

b) Concepto y valoración:

Este sistema consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres (artículos 39. 4 CE, art. 3 LO Protección Jurídica del Menor de 15 de Enero de 1996, artículos 7. 1, 9. 3 y 18 de la Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Estado español el 30 de Noviembre de 1990). Es precisamente, en relación con el menor y su interés prioritario, donde se manifiesta la mayor preocupación por la bondad del sistema, pues parece que la alternancia puede afectar a la necesaria estabilidad de los menores que precisan vivir y crecer con unos referentes claros y determinados. En este punto, y de forma sintética, simplemente quiero significar aquí que los distintos estudios que se han realizado sobre la materia, y que son bien conocidos por los especialistas que desenvuelven su trabajo en el ámbito de los Juzgados de familia, han evolucionado desde una oposición frontal a este sistema de guarda a su admisión condicionada a la concurrencia de unas condiciones familiares y materiales idóneas, pues, en

abstracto, este sistema presenta grandes ventajas que nivelan la balanza a favor de la admisión (GUILARTE, 2005, p. 156-157). Desde este punto de vista, considero tan inconveniente una defensa a ultranza del sistema como su ataque frontal y por ello me limitaré a reproducir aquí las opiniones que, al respecto, se han manifestado para que, en cada caso concreto, pueda valorarse si se potenciará lo positivo de este sistema o, al contrario, su adopción sólo acarreará las consecuencias perversas anudadas por algunos a la mal llamada custodia compartida.

En síntesis y sin ánimo de exhaustividad, puede argumentarse a favor de este modelo (GODOY MORENO, p. 337-338, TAMBORERO DEL RÍO, p. 518, ZARRALUQUI, p. 66-67)⁶:

1. Cultiva el principio de igualdad entre los progenitores que pueden participar igualitariamente y sin discriminación en el desarrollo de sus hijos.
2. Los hijos podrán disfrutar de la compañía habitual de sus dos padres y mantener una relación fluida y constante con cada uno de ellos y de cada uno de ellos obtener un amor, una formación y la impronta de una ética.
3. Es el sistema menos distorsionador de la situación normal de coejercicio de la patria potestad y guarda del artículo 154 del Código civil.
4. Se evita el divorcio del hijo y del padre no custodio y no se añade al drama de la ruptura el del alejamiento de uno de ellos. Esta mejor adaptación a la situación de ruptura les aporta mayor autoestima y confianza.
5. Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor que tendrá oportunidad de adaptarse a dos formas de ver la vida y de ello, más que inestabilidad pueden derivarse beneficios para el menor que adquiriría una visión más amplia y constructiva de su propia personalidad. La estabilidad de los hijos no está ligada a un domicilio estable o permanente, lo que ellos precisan es la estabilidad emocional que les proporciona sentirse queridos, educados y compartidos por quienes son sus padres.
6. Permite a los progenitores la mutua comprensión del que respectivamente está en la posición contraria: custodia y régimen de comunicación y estancia. Al invertirse periódicamente las posiciones entre los cónyuges, las posibilidades de compenetración ante problemas comunes son mayores, pues no existe realmente un progenitor no custodio que desconozca los problemas cotidianos del menor, tal y como ocurre en los casos de guarda unilateral en que el padre no guardador se convierte en un mero visitador del menor ajeno a su realidad diaria.
7. Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a los mismos a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor.
8. Se pondría fin a los pleitos y luchas por la custodia de los hijos.

⁶ Se recogen las ventajas e inconvenientes de la custodia compartida alternativa, entre otras, en SAP Barcelona (18ª) de 20 de Febrero de 2007.

9. No se obstaculizará ni entorpecerá la relación del hijo con el otro progenitor, porque, aunque uno de ellos tienda a ello, la alternancia impedirá que se consolide el alejamiento⁷.
10. Es de justicia que ambos progenitores compartan lo bueno y lo no tan bueno de la vivencia de los hijos cuando existe la ruptura familiar, pues es claro que la presencia constante de los hijos condiciona el futuro desarrollo, personal y profesional, del progenitor exclusivo. Igualmente a la hora de rehacer sentimentalmente su vida, los hijos en guarda exclusiva dificultarán la vida de relación del progenitor no custodio.
11. Si los dos cónyuges trabajan ambos pueden asumir los gastos de manutención en cada periodo de convivencia y colaborar, cada uno en proporción a sus posibilidades, con los gastos ordinarios y extraordinarios, a cuya satisfacción destinarán los ingresos realizados en la cuenta abierta a tal fin. Esta dinámica evita las disputas, los resentimientos y la conflictividad motivados por el pago/impago de pensiones.

Frente a tales argumentos favorables al sistema de custodia compartida alternativa, se han esgrimido otros que pueden resumirse, de una parte, en la necesidad de estabilidad que precisa el menor para su desarrollo personal y afectivo, la creación de unos hábitos y un sentimiento de pertenencia, de suerte que la defensa de su interés, concretado en esta estabilidad, debe prevalecer sobre el de los padres y su derecho a la igualdad en el cuidado de los hijos. Y, por otro, la exigencia del acuerdo de cooperación activa y de corresponsabilidad que para el buen funcionamiento del sistema debe existir, no se da en los supuestos de ruptura conflictiva en los que la relación humana no puede reconstruirse, ni siquiera en interés de los hijos.

c) Supuestos en los que legalmente procede

El legislador de 2005 ha establecido en el párrafo quinto del artículo 92 del Código civil que el modelo de custodia compartida alternativa puede ser adoptado: 1º. - por los padres: fijación convencional y 2º. - por el juez: fijación judicial.

⁷ En este punto, conviene recordar que se ha identificado como *síndrome de alienación parental* la manipulación de los hijos por parte del progenitor que tiene atribuida la guarda quien les inculca el odio más profundo hacia el otro progenitor (AGUILAR CUENCA, 2005) y sus consecuencias son irreversibles: el desgaste emocional en el adulto se cobra un alto precio pues termina renunciando a una participación activa en la vida del hijo; pero el sufrimiento en los hijos provoca mayores estragos, en un principio, se enfrentan a un conflicto de lealtades pero finalmente sucumben y se alían con el incitador; si no toman conciencia, los niños repiten el modelo y si asumen lo ocurrido, tienen un gran sentimiento de culpa porque han traicionado un pilar fundamental de su vida. En estos casos, si el otro progenitor constata la manipulación en el hijo deberá solicitar un cambio en la custodia que acordará el juez a fin de evitar las consecuencias de estas perniciosas prácticas (DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, p. 310). En Francia, los cambios de residencia de los hijos están ligados al incumplimiento de los deberes y obligaciones que a los padres incumben y, entre estos, puede señalarse, precisamente, el cambio de residencia motivado por el afán de la madre de acabar con la figura del padre y monopolizar al hijo (Primera Sala de Casación, Civil, 15 de Julio de 1999, arrêt n°1426, recurso n°97-18648). Asimismo, el artículo 776. 2 LEC establece que, ante el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá modificarse el régimen de guarda y visitas.

1º) La fijación convencional:

En este primer supuesto, los padres podrán así decidirlo en el convenio regulador, en cuyo caso, el Juez deberá aprobarlo salvo si es dañoso para los hijos (se fija un modelo de residencia complejo y desestabilizador para el menor, si no se respeta la recomendación de no separar a los hermanos...), pero no podrá fundarse en que el sistema de guarda elegido por los padres es, en abstracto, perjudicial para el interés del menor sino porque lo es en ese caso particular y concreto.

Si hay una cuestión que en esta reforma concitó un consenso mayoritario en la opinión de todos los operadores jurídicos y en las profesiones relacionadas con el Derecho de familia, es, precisamente, la necesidad del acuerdo entre los progenitores para que el sistema de custodia compartida comporte todos los beneficios y los menores inconvenientes; y hasta tal punto se ha defendido el valor fundamental del acuerdo que, muchos colectivos, reclamaban la limitación de la guarda alternativa a los supuestos de su fijación convencional. Ahora bien, a mi juicio, tanto se centró el debate en la posibilidad de regular positivamente la imposición judicial de la custodia compartida alternativa, que se desperdició una ocasión inmejorable para establecer criterios que permitieran augurar el éxito o fracaso de la custodia compartida alternativa; y entre estos criterios tanta importancia tiene el acuerdo de los cónyuges que origina la fijación del régimen como su capacidad de llegar a acuerdos en las cuestiones relacionadas con sus hijos, aunque no exista acuerdo porque ambos pretenden la guarda exclusiva.

2º) La Fijación judicial: su carácter excepcional.

El Juez puede acordar la custodia compartida alternativa si las partes llegan a un acuerdo en este sentido a lo largo del procedimiento (SAP Madrid (22) de 25 de mayo de 2007) o si, faltando aquel, su adopción resulta procedente de acuerdo con lo establecido en el art. 92. 8 CC. Respecto de la primera posibilidad parece evidente que si los padres se muestran de acuerdo en esta medida y su conflicto está referido a otros extremos de la separación o si en la vista llegan a tal consenso, el Juez establecerá la custodia compartida alternativa y fundará su resolución, precisamente en ese acuerdo alcanzado por los padres al inicio del procedimiento o durante su tramitación; acordada la custodia compartida alternativa, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido.

La otra posibilidad, largamente discutida dentro y fuera de las Cortes, permite al Juez, con carácter excepcional, acordar la custodia compartida alternativa si concurren tres presupuestos: que sea solicitado por una de las partes, que el Ministerio Fiscal emita informe favorable y, como no podía ser de otra manera, se exige que el Juez adopte este régimen porque sólo así *se protege adecuadamente el interés del menor*. ¿Qué sucederá en los casos en que, constatada la procedencia de la custodia compartida alternativa como régimen que mejor protege el interés del menor, no haya solicitud en tal sentido o exista informe desfavorable del Ministerio fiscal? A mi juicio, el interés del menor es el principio rector en el procedimiento para la adopción del régimen de guarda, de suerte que sólo aquel interés debería determinar la atribución exclusiva o alternativa de la guarda y custodia. Si bien, como se verá, en ambos supuestos se deniega la adopción de este régimen de guarda.

La redacción del párrafo octavo es deficiente porque dice *aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco*, y por lo tanto, si los padres no adoptan la custodia alternativa de mutuo acuerdo a lo largo del procedimiento, excepcionalmente, el juez podrá imponerla si concurren aquellos requisitos; ¿también si existe acuerdo en torno a la guarda exclusiva? No, a mi juicio, con esta redacción se quiso significar que el juez, a falta de acuerdo sobre la guarda y custodia de los hijos, bien sobre la exclusiva o bien sobre la compartida, podía imponer uno u otro régimen, atendiendo única y exclusivamente al interés del menor. Lo que sucede es que el legislador quiso rodear la adopción de la custodia compartida alternativa de unas cautelas que favorecieran el acierto de la solución adoptada, dificultando, entonces, la opción del juzgador que se ve constreñido por:

- La solicitud del padre o de la madre: no parece buena fórmula en esta materia presidida por el interés superior del menor, condicionar la adopción del régimen de custodia alternativa a la petición de una de las partes; tampoco la propuesta en el Senado (*que se solicite a instancia de una de las partes siempre que la otra haya reclamado para sí la custodia exclusiva*). A mi juicio, hubiese sido preferible sólo excluir este régimen en el caso de que existiese acuerdo de los padres en el sistema de guarda exclusivo, es decir, uno como guardador y el otro titular del régimen de comunicación y estancia; en estos casos, si el interés del menor, reclamara una custodia compartida, su preservación pasaría por fijar un amplio régimen de comunicación y estancia que, en último término, reporta similares ventajas a la alternancia en la guarda. Tanto debe respetarse el acuerdo de custodia compartida alternativa como el acuerdo de guarda unilateral o exclusivo⁸.

- El informe favorable del Ministerio Fiscal: la naturaleza favorable del informe fue sustituida en el Senado por el carácter preceptivo, de suerte que, aunque se mantenía la obligatoriedad del informe, éste no era vinculante; consideré esta supresión adecuada pues no limitaba la facultad decisoria del juez y desvinculaba la atribución de la custodia, de la postura defendida por la Fiscalía en relación con determinadas formas de guarda, y es que, como es sabido, en muchas ciudades ha existido una oposición tenaz y decidida a la custodia compartida, lo que hace temer que invertir la tendencia sea tarea ardua y difícil en algunas zonas donde ni siquiera prosperaba el acuerdo alcanzado por los padres en aquel sentido⁹.

El Juez únicamente debería fundamentar su resolución en el superior interés del menor y en la concurrencia de circunstancias y factores que permitan a los padres organizar materialmente la alternancia.

⁸ En el Derecho francés, se establece la fijación por el juez de la residencia alterna si lo solicita uno de los padres o si no existe acuerdo sobre el sistema de guarda: *A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée...* (art. 373-2-9).

⁹ La Sección 5ª de la AP de las Palmas por Auto 13 de Septiembre de 2006 ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del art. 92. 8 por supeditar la decisión jurisdiccional sobre la guarda y custodia compartida, a petición de uno sólo de los progenitores, a la existencia del informe favorable del Ministerio Fiscal.

d) Supuestos en los que no procede la custodia compartida alternativa

El art. 92. 7 CC excluye la custodia compartida alternativa cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos; la inclusión de este párrafo manifiesta una desconfianza absoluta hacia el sistema judicial, pues cómo va a pensarse que una circunstancia que puede originar la privación de la titularidad de la patria potestad, máxima sanción en esta materia, no va a ser determinante para atribuir la guarda exclusiva al otro progenitor, y probablemente con suspensión del derecho de visitas, al menos hasta que finalice el procedimiento penal (SAP Cádiz de 12 de junio de 2007... *si el artículo 92. 7 excluye la custodia compartida, con más razón debe excluirse la custodia exclusiva de la madre acusada de un delito de lesiones sobre su hija menor*). Si se trata de actos de violencia de género se permite al Juez de Violencia sobre la mujer suspender para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia (artículo 65) y, en el caso de disfrutar de un régimen de comunicación y estancia, podrá, asimismo suspender éste (artículo 66) ¹⁰, medidas éstas que adoptará siempre en interés del menor y no en protección de la mujer víctima de la violencia ¹¹ o en sanción al maltratador (GARCÍA RUBIO, 2004, p. 4). Parece, pues, más que evidente que, en estos casos, el régimen de guarda compartida alternativa está más que proscrito, y no por la exclusión del párrafo séptimo del artículo 92, sino por la naturaleza misma de las cosas (SAP Álava 12 de marzo de 2001). Debe reconocerse, no obstante, que son varias las sentencias, como se verá, que, tras la reforma, deniegan la custodia compartida alternativa sobre la base de este precepto.

Además de quedar excluido este régimen de guarda en los supuestos previstos en el 92. 7, a mi juicio, debe asimismo excluirse, si existe acuerdo sobre el sistema de guarda exclusivo y si no se reúnen los condicionantes fácticos mínimamente exigibles para augurar el éxito al sistema de guarda y custodia alternativa. Así, en los casos en los que la relación entre los padres haya llegado a un deterioro sin paliativos, deberá prescindirse de este sistema, pero teniendo muy en cuenta que precisamente en aquellos casos deberá garantizarse el régimen de comunicación y estancia y otorgar la guarda al progenitor “menos envenenado” con la ruptura, a fin de evitar la pérdida de la figura del no custodio. En esta línea debe interpretarse el inciso final del art. 92. 6 CC, a mi juicio, de carácter fundamental, que obliga al juez a valorar la relación de los padres entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad del régimen de guarda. Tal inclusión buscaba excluir la adopción de un régimen de guarda y custodia compartido en supuestos de relación deteriorada o conflictiva, en los que, como ya se ha señalado, este modelo no es el adecuado. Puede avanzarse que ésta es precisamente la razón más esgrimida por los jueces y Tribunales para denegar la procedencia del régimen de custodia compartida.

¹⁰ El art. 544. ter. apdo^{7º} LECr establece entre las medidas civiles que pueden adoptarse en la Orden de Protección la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos; en este caso, parece también más que evidente no se adoptará una guarda compartida alternativa, desaconsejada por la naturaleza del procedimiento en que se adopta y por su temporalidad.

¹¹ Esta es la lectura conforme con la normativa nacional e internacional vigente: art. 39 CE, art. 2 LOM, art. 92, art. 154 y 158 CC, art. 3. 2 y 9. 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

e) Criterios para la adopción de la custodia alternativa

Junto a la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción del régimen de guarda, el Juez debe valorar la organización familiar post-separación para finalmente fijar la custodia compartida alternativa como opción adecuada al interés del menor; debe existir la posibilidad material de organizar la alternancia. Piénsese que, en ocasiones, la fórmula determinada *a priori* como garante de aquel interés puede resultar de difícil o casi imposible puesta en práctica por las circunstancias personales, materiales y familiares de los padres. A nadie se le escapa las dificultades e inconvenientes de orden práctico que puede llevar aparejado el desenvolvimiento correcto de la custodia compartida alternativa (traslado de ropas, libros, efectos personales, cambio de entorno, de costumbres) dificultades que, por otra parte, serán (o no) compensadas por la compañía de los hijos y el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores y, desde luego, superadas si se tiene buena voluntad y los padres están pendientes de las necesidades de sus hijos en cada momento. Estos hijos presentan, entonces, un modo de vida familiar específico: tendrán dos hogares, dos marcos de referencia e irán de uno a otro según el periodo de alternancia.

Ahora bien, esta situación sólo debe favorecerse si existen determinadas circunstancias que minimicen los efectos negativos a los que se ha hecho referencia. Así, y entre otros que el Juzgador puede apreciar, se citan los siguientes (ZARRALUQUI, p. 66-67; PÉREZ MARTÍN, p. 111-112; GODOY MORENO, p. 340-341; TAMBORERO DEL RÍO, p. 518; THÉRY, p. 168-169; GAREIL, p. 103; BOULANGER, p. 235; BRIÈRE, p. 575; LAROQUE-RUELLE, p. 29):

1. La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad. Esta capacidad o predisposición para el diálogo y el acuerdo no debe entenderse, a mi juicio, como equivalente al acuerdo para decidir la custodia compartida alternativa como forma de organizar las relaciones tras la ruptura. Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre este punto porque ambos desean de forma principal verse atribuida la guarda unilateral y, sin embargo, se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad. Desde otro punto de vista, puede traerse aquí la necesidad de valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos-obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora puede servir de base a un cambio en la fijación del régimen de guarda (si se trataba de custodia compartida podrá atribuirse en exclusiva al otro progenitor –SAP Girona 9 de Febrero-, o si era exclusiva fijarse, con ese mismo carácter, a favor del otro) ¹².
2. La proximidad de los domicilios de los padres de suerte que quede garantizada la estabilidad del entorno del menor. La proximidad de los domicilios implica el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, acaso de la ruta escolar,

¹² Rechazan la custodia compartida en atención a este criterio antes de la reforma: SAP Valencia de 14 de Junio de 1999; SAP Ávila de 5 de Junio de 2001; SAP Madrid, de 20 de mayo de 2003 y 9 de Julio de 2004 ; SAP Barcelona de 23 de Abril de 2003; SAP Sevilla de 30 de junio de 2003; SAP Cádiz de 7 de julio de 2003.

del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares... Incluso, aunque los domicilios estén en la misma ciudad, aunque no cercanos, podría ser adecuada la custodia compartida alternativa, que, sí en cambio parece desaconsejable en caso de residir en ciudades distintas (cambio de colegio, de entorno...) ¹³.

3. La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común de manera que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los menores que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad. Cambia el guardador pero no la línea educativa y formativa (SAP Valencia (10ª) de 22 de julio de 2005).
4. La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente; las profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia, en principio, no aconsejan la custodia compartida alternativa y será preferible fijar un régimen de comunicación y estancia amplio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 31 de Marzo de 2004).
5. Medios materiales suficientes para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia; en este punto cabe apuntar, como ya se señaló, que la custodia compartida alternativa puede resultar un sistema de guarda eficaz en aquellas rupturas en las que ambos padres obtienen ingresos, similares o no, de suerte que la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en la aportación de una cantidad fijada en proporción a aquellos ingresos a una cuenta común abierta al efecto de soportar los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos y que ambos gestionan ¹⁴.

La edad de los hijos no parece determinante en la elección de uno u otro modelo de guarda, así en algunos casos la corta edad de los hijos sirve para fundar la procedencia de una custodia compartida alternativa, como sucede en la SAP Zaragoza (4ª) de 15 de Octubre de 2003 que considera que no hay dato objetivo alguno que permita sostener que el régimen de guarda acordado es *contrario a los intereses de la citada menor y dañoso para la misma, máxime teniendo en*

¹³ Así, SAP de Barcelona de 8 de Junio de 2000 afirma que *una guarda y custodia compartida, salvo supuestos excepcionales de ausencia de conflictividad de los cónyuges, cercanía de domicilios y entorno habitual, preferencia mostrada por los hijos, no se traduce en beneficio para los menores*; excluye la custodia compartida alternativa por tratarse de localidades distintas SAP Guadalajara de 9 de Abril de 2002 y de 27 de Junio de 2003; SAP Alicante (6ª) de 28 de Abril de 2005. Tras la Reforma, SAP Valencia (10ª) de 3 de Noviembre de 2005; SAP Jaén de 19 de Enero de 2007; SAP Oviedo (5ª) de 17 de noviembre de 2005 y SAP Sevilla de 12 de Febrero de 2007 -residencia en países distintos; SAP Huelva (1ª) de 30 de marzo de 2007; exige proximidad domiciliar SAP Las Palmas (3ª) de 27 de Noviembre de 2007.

¹⁴ Se ha señalado que la custodia compartida es buena, viable y está funcionando en muchos casos y entre éstos el 95% responde a una situación en la que los cónyuges tienen ingresos parecidos (Declaraciones de J. De Miguel, Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona, a Expansión Jurídico, Martes 5 de Abril, La Ley, 2005, pág. 1).

cuenta su corta edad, ya que por el contrario, favorece, en principio, la fijación en ella de ambas figuras paternas; y en otros casos, para excluirla, como es el caso de la SAP Cuenca de 30 de Septiembre de 1996, al considerarla contraria al interés del menor, pues la permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es su auténtico entorno. . . ; en el mismo sentido, SAP Málaga (5ª), de 16 de Julio de 2003, que no considera positivo semejante trasiego de la menor que con tan escasa edad se vea en la necesidad de tener que cambiar de domicilio, de habitación y de persona encargada de su guarda y custodia, cada una de ellas con sus propias costumbres diferentes, con lo que al final ello puede ser contraproducente para la formación de la menor. . . Para lo que sí es determinante la edad de los menores es para fijar la alternancia: a menor edad, mayor alternancia (AGUILAR CUENCA, 2006, p. 94-95).

A modo de conclusión puede traerse aquí lo dispuesto en la SAP Alicante (Sección 6ª) de 28 de Abril, en donde se condensan las conclusiones aquí defendidas al mantener que si bien es cierto que el modelo de guarda exclusivo adolece de grandes inconvenientes, no lo es menos que el modelo de guarda alterno sólo debe adoptarse si se dan las circunstancias favorables para su éxito. En este sentido la mencionada sentencia argumenta: *... En relación a la guarda y custodia compartida que solicita la parte apelante, debe señalarse que régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor. Ahora bien, las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres. La falta de éxito de la custodia compartida provoca repercusiones negativas en los menores bastante destructivas (presenciar conflictos parentales, verse atrapados en sus disputas y los consiguientes problemas de lealtad); mantenimiento de los procesos familiares disfuncionales; problemas de adaptación en los hijos; sobrecarga de tener que vivir en dos hogares, confusión y ansiedad de la anticipación de los cambios.*

La ponderación de todos los criterios, según las circunstancias del caso, será la clave para determinar la procedencia de uno u otro sistema de guarda y custodia (SAP Barcelona (12ª) de 13 de Febrero de 2007).

f) Modalidades de alternancia:

A mi juicio, la alternancia sólo se producirá en la tenencia de los hijos, sólo se alternan las posiciones de guardador o custodio y la correlativa de beneficiario del régimen de comunicación y estancia; el ejercicio de la patria potestad deberá ser conjunto, pues si existen los presupuestos

necesarios para acordar la guarda alternativa, tanto más para el ejercicio conjunto que es la regla general; la posibilidad de que la alternancia de la custodia se anude el ejercicio exclusivo del guardador es contraria a la filosofía de este sistema que persigue una participación activa y simultánea en la vida del menor, aunque se concrete la custodia en periodos alternos. No debe entenderse que en cada periodo el padre o madre decide y dispone libremente, las líneas básicas serán asumidas en común y respetadas por ambos; en cada periodo el guardador desenvolverá el cuidado de los menores realizando los actos usuales u ordinarios y para lo extraordinario deberán consentir ambos. Esta consideración excluye combinaciones del ejercicio de la patria potestad y la custodia tales como alternancia en el ejercicio de la patria potestad y en la guarda y custodia, ejercicio exclusivo y alternancia en la custodia, guarda alternativa y ejercicio distribuido (las acepta, GODOY MORENO, p. 329 y 330).

Las modalidades de este régimen son dos: Los hijos permanecen en el hogar conyugal y son los padres los que cambian de residencia (SAP Madrid (22) de 27 de Julio de 2007; SAP Huelva de 20 de marzo de 2007 como única opción admitida por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Huelva) o son los menores los que se trasladan a casa de sus padres en cada periodo, si bien esta fórmula es más habitual y probablemente responda mejor a la libertad e independencia que persiguen los cónyuges una vez producida la ruptura, aquélla no debe descartarse porque, en determinados casos, en los que se revele beneficiosa su adopción, no podría dictarse por motivos económicos o de estabilidad del menor. Atendida la situación particular de cada familia, el juez optará por una y otra valorando en cada caso los inconvenientes que se derivan de una u otra.

g) Periodicidad de la alternancia

No se determina en la Ley la frecuencia de la alternancia, probablemente por entender que se trata de una cuestión dejada al arbitrio del juzgador que, atendiendo a las circunstancias del caso, tales como la edad de los hijos, la dinámica escolar, la disponibilidad de los padres, puede fijar una alternancia diaria¹⁵, semanal¹⁶, quincenal¹⁷, mensual¹⁸, trimestral¹⁹, semestral²⁰ o anual, por

¹⁵ SAP Madrid de 17 de Septiembre la alternancia se produce dentro de la misma semana pues a un progenitor le corresponde de Domingo a jueves y al otro de Jueves tarde a Domingo mañana; contrarias a esta alternancia, SAP Sevilla (5ª) de 22 de Enero de 2004; SAP Tenerife de 1 de Octubre de 2001. Tras la Reforma, SAP Barcelona (18ª) de 20 de Febrero de 2007; SAP León (2ª) de 26 de Febrero de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 12 de Abril de 2007.

¹⁶ SAP Castellón de 10 de Abril de 2003; SAP Zaragoza (4ª) de 15 de Octubre de 2003. Tras la Reforma, SAP Barcelona (18ª) de 4 de julio de 2007; SAP Córdoba (2ª) de 1 de junio de 2007; SAP Baleares (4ª) de 29 y 31 de mayo de 2007; SAP Alicante (4ª) de 1 de Febrero de 2007.

¹⁷ SAP Baleares de 19 de Abril de 1999 y SAP Valencia de 19 de Abril de 1999; tras la reforma SAP Madrid (24ª) 17 de Octubre de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 5 de Octubre de 2007; SAP Baleares (4ª) de 27 de Febrero de 2007; SAP Valencia (10ª) de 31 de mayo de 2007.

¹⁸ SAP Valencia de 22 de Abril de 1999 y 22 de Julio de 2005; tras la Reforma, SAP Valencia (10ª) de 19 de junio de 2007

¹⁹ SAP Madrid de 25 de Octubre de 2002; tras la Reforma, SAP Madrid (24ª) de 12 de Diciembre de 2007.

²⁰ SAP Granada de 3 de Octubre de 2001; SAP Alicante de 7 de Julio de 1997; SAP Madrid (Sección 22ª) de 15 de Febrero de 2005; SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 15 de Abril de 2004; SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 1 de Marzo de 2004. Tras la Reforma, SAP Valencia (10ª) de 1 de marzo de 2007, SAP Santander (2ª) de 3 de Abril de 2007.

curso escolar²¹, por vacaciones²². Acaso para los periodos vacacionales, resulte más conveniente seguir el criterio tradicional de dividirlos por mitad y reanudar la alternancia al final del periodo vacacional.

h) Cautelas para asegurar el cumplimiento del régimen de guarda

La desconfianza del legislador hacia el régimen de custodia compartida alternativa se manifiesta en la obligación que tiene el Juez de adoptar las cautelas y garantías que procedan para el eficaz cumplimiento del sistema de guarda, mientras que, de adoptarse el sistema de atribución unilateral o exclusiva, el establecimiento de tales cautelas es facultativo (art. 90-91 CC). No se explicitan las cautelas que pueden adoptarse y, por ello, el juzgador goza de un amplio margen para, en garantía del cumplimiento del régimen de guarda, establecer las disposiciones que tenga por conveniente que podrán ser diversas: realización de un seguimiento por parte del equipo técnico adscrito al Juzgado, establecer una obligación de comunicación de las decisiones que afecten al menor en cada periodo de convivencia, de buscar el acuerdo para las decisiones decisivas so pena de alterar el régimen de guarda, de abstenerse de dificultar la relación de los hijos con el otro progenitor²³.

La instrucción de 7 de marzo de 2006 de la Fiscalía General del Estado incluye entre las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia compartida, la fijación judicial o convencional del domicilio del menor a efectos padronales; así se establece que el domicilio preferente será el de aquel progenitor con el que, en cómputo anual, el menor pase la mayor parte del tiempo y si el reparto es equilibrado deberán ser los progenitores quienes de mutuo acuerdo elijan de entre los dos domicilios en cual corresponde empadronar al menor.

También en el marco de las cautelas, y a imitación de lo dispuesto por el legislador francés (art. 373. 2. 9 Code), acaso resultara conveniente establecer una guarda alternativa provisional por un periodo de tiempo determinado y a la vista del desarrollo de ésta decidir de forma definitiva sobre el régimen de guarda y custodia, determinando la continuación de la alternancia o, ante el fracaso, atribuir la guarda exclusiva al progenitor que haya demostrado una mayor capacidad para el diálogo y el cumplimiento del derecho del otro progenitor a relacionarse con el hijo común. En este sentido, acertadamente, la SAP Madrid (Sección 22^a) de 15 de Febrero de 2005, adopta como medida necesaria para verificar el buen desarrollo del sistema adoptado la realización de un nuevo informe psicológico al grupo familiar, antes de llevar a cabo el nuevo turno de la guarda compartida, determinando en su caso lo más conveniente para el equilibrio psico-afectivo de la menor, verificando la conveniencia de mantener ese sistema de guarda compartida. Asimismo, consideraba pertinente un seguimiento de la evolución de los contactos entre los miembros de las respectivas familias para valorar tanto el proceso de adaptación el menor como su evolución escolar en dos

²¹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1^a) de 10 de Marzo de 2005. Tras la Reforma, SAP Madrid (22) de 25 de mayo de 2007.

²² SAP Madrid (22) de 10 de Enero: la madre periodos vacacionales (vive en República Dominicana) y el padre el resto del año más unos días también en vacaciones.

²³ La SAP Madrid (24^a) de 26 de junio de 2007 incluye como cautela o indicación para el buen funcionamiento del régimen "la madre deberá permitir en todo momento la máxima comunicación con el menor bajo apercibimiento de que en caso contrario le podría ser retirada la guarda y custodia en beneficio del otro progenitor a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

momentos concretos de los dos primeros periodos de custodia (el del padre y el de la madre): en abril y septiembre de 2005 y 2006, la SJPI nº 3 de Córdoba revocada por SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 10 de Marzo de 2005.

i) La vivienda familiar y la pensión en el régimen de custodia compartida alternativa

Ya se señaló al comienzo, que la decisión judicial sobre la guarda y custodia de los hijos no es un pronunciamiento aislado sino que condiciona la adopción de otros; por ello, adoptar un sistema de guarda y custodia alternativa implica cuestionar los tradicionales criterios de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos y de fijación de una pensión para los hijos que administra el progenitor custodio. Por lo que se refiere a la atribución de la vivienda, y siempre que el Juez no haya optado por la alternancia en el domicilio familiar, en cuyo caso el uso de la vivienda se atribuye a los hijos, será de aplicación el criterio del *interés más necesitado de protección* (art. 96 CC).

En SAP Baleares (4ª) de 31 de mayo de 2007 se fija una alternancia semanal y el uso de la vivienda se atribuye a los hijos comunes permaneciendo en él de forma continuada la madre durante el plazo de un año a contar desde la fecha de esta resolución y si transcurrido este lapso de tiempo, no se hubiera extinguido en cualquier forma el condominio existente sobre el inmueble, será entonces el padre quien resida en la indicada vivienda alternativa y sucesivamente hasta que se proceda a la extinción de la copropiedad de la vivienda.

Conforme al art. 93 CC, el juez deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos; en esta sede la especialidad viene determinada también por la alternancia que puede dar lugar a varias situaciones:

1ª. - Que ambos cónyuges están en condiciones de contribuir al mantenimiento de los hijos, en cuyo caso, el juez fijará la proporción en que cada uno debe contribuir y puede hacerse, según se desprende las distintas sentencias que han acordado el sistema de custodia compartida alternativa:

- En cada periodo cada uno corre con los gastos correspondientes (SAP Madrid de 25 de Octubre de 2002).
- En cada periodo, el progenitor custodio hace frente a los gastos ordinarios y a los extraordinarios hacen frente los dos en proporción a los ingresos de cada uno (SAP Valencia (10ª) de 19 de junio de 2007).
- Con arreglo a las posibilidades de cada uno, se fija el *quantum* que cada uno debe depositar en un fondo o cuenta abierta en la que se domiciliarán los gastos susceptibles de ello (ordinarios) y con la que se hará frente a los extraordinarios; siendo los de mera alimentación afrontados por cada uno²⁴. Esta fórmula parece más

²⁴ En SAP Barcelona (12ª) de 2 de Diciembre de 2003 se declaran procedentes las estipulaciones del convenio regulador referidas a la atención de las necesidades alimenticias de la menor que serán asumidas por los padres cuando ostenten temporalmente la guarda y custodia y en el transcurso del régimen de visitas, satisfaciendo por mitad los

adecuada pues se evita las discusiones sobre el carácter ordinario o extraordinario de los gastos y sobre todo más respetuosa con el criterio de la proporcionalidad que rige en materia de alimentos y que es exigible con independencia de la naturaleza del gasto (SAP Castellón de 10 de Abril de 2003). En otro sentido, SAP Baleares (4ª) de 29 de Mayo de 2007 fija las necesidades de los menores en 1000 euros que deberán sufragar los padres en una proporción 60/40 y los gastos extraordinarios por mitad.

2ª. - Si sólo uno de ellos está en condiciones de contribuir al mantenimiento de los hijos, el pago de la pensión alimenticia fijada por la autoridad judicial sólo se hará efectivo en el periodo de guarda que correspondan los hijos al progenitor necesitado (SAP Valencia 22 de Abril de 1999). A salvo queda, claro está, la pensión por alimentos que el juez ha podido fijar a favor de éste.

3. Conclusiones del seguimiento de las decisiones judiciales recaídas en la materia tras el reconocimiento positivo de la guarda y custodia alternativa

El estudio de las decisiones judiciales se ha extendido a todas aquellas sentencias en las que aparecía la expresión guarda y custodia compartida, bien porque lo solicitaban las partes (una o las dos), bien porque aparecía aquella expresión obiter dicta en los fundamentos jurídicos de las sentencias. Se limita, por tanto, el trabajo al estudio de la fijación judicial de la guarda y custodia compartida alternativa y, a fin de no exceder los límites espaciales fijados para este trabajo, se limitará, asimismo, la cita de sentencias a las recaídas en el año 2007.

De la lectura detenida de los numerosos fallos judiciales pueden extraerse algunas consideraciones generales en torno al modelo de custodia compartida y su aplicación judicial:

- Las madres siguen siendo las titulares del régimen de guarda y custodia de los hijos en exclusiva en la inmensa mayoría de los supuestos.

- El criterio del mantenimiento del status quo se aprecia plenamente en las decisiones consultadas y se resume bien en SAP Tenerife (1ª) de 2 de julio de 2007: *Por regla general nuestros Tribunales vienen valorando negativamente, de cara al equilibrio y normal desarrollo de los menores, tanto en la esfera emocional como escolar como social, el cambio en la situación fáctica de los menores.*

- La voluntad de los menores es valorada convenientemente por el juzgador tanto para excluir la custodia compartida alternativa (SSAP Madrid (24ª) de 8 de Febrero, de 15 y 29 de marzo, de 11 de abril de 2007 y de 11 de Octubre de 2007; SAP Murcia (1ª) 26 de Febrero de 2007; SSAP Tenerife (1ª) de 26 de marzo y 30 de abril de 2007; SAP Gijón (7ª) 27 de Abril de 2007; SAP Alicante (6) de 4 de abril de 2007; SAP Ciudad Real (2ª) de 20 de Abril de 2007; SAP Madrid (22

gastos de escolarización y de comedor, así como los gastos extraordinarios. Tras la Reforma, la SAP Barcelona (18ª) de 4 de julio de 2007 establece un porcentaje del 60/40 para el abono de los gastos ordinarios y extraordinarios y la alimentación corre a cargo de cada uno durante el periodo en que los menores permanezcan en su compañía; similar, la SAP Alicante (4ª) de 1 de Febrero de 2007.

de 8 de mayo de 2007) como para acordarla (SAP Barcelona (18ª) de 20 de Febrero y 1 de Octubre de 2007; SAP Valencia (10ª) de 1 de marzo de 2007; SAP Barcelona (12ª) 5 de Octubre de 2007; SAP Madrid (22) de 27 de Diciembre de 2007).

- La custodia compartida la solicita el progenitor previsiblemente no custodio; tan sólo en un caso de los centenares de decisiones consultadas, la madre a quien corresponde la guarda y custodia en exclusiva solicita, en modificación de medidas, la custodia compartida y, en su defecto, una ampliación del régimen de comunicación y estancia, justificando su decisión en la enfermedad que padece (SAP Zaragoza (2ª) de 23 de enero de 2007).

- Algunas decisiones reflejan un serio disfavor hacia el régimen compartido de custodia y lo consideran contrario al interés del menor (SSAP Madrid (24ª) de 24 de Octubre de 2007 y 13 de Septiembre de 2007; SSAP Valencia (10ª) de 20 de Septiembre de 2007, 18 de junio de 2007, 7 de marzo de 2007 y 25 de Enero de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 8 de marzo de 2007; SAP Huelva (1ª) de 30 de marzo de 2007; SAP Cuenca 3 de Septiembre de 2007; SAP San Sebastián (2ª) de 18 de junio de 2007; SAP Málaga (6) 1 de marzo de 2007).

Además de las citadas, especialmente las SSAP Madrid (24ª) de 22 de Febrero de 2007 sostiene: ... Si lo que se pretende con la palabra empleada es una guarda y custodia de las partes sobre la hija por periodos alternativos, también procede su desestimación pues ello es contraproducente con la estabilidad de la hija si se viene cada poco tiempo de peregrinaje del domicilio de un padre al del otro o si la menor vive en su domicilio en cada momento, unas veces con su padre, otras con su madre dirigiéndola día a día con distintos horarios, costumbres y rigores. Y de 11 de Abril de 2007 ...no debe tenerse en cuenta la guarda y custodia para las partes por periodos alternativos que según constante doctrina jurisprudencial es altamente perjudicial para los hijos el por el continuo cambio de domicilio, o de costumbre dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los padres...

- Existe una cierta confusión entre el régimen de custodia exclusiva con un régimen amplio de comunicación y estancia y la custodia compartida alternativa (SAP Cádiz (5ª) de 26 de junio de 2007; SAP Barcelona (18ª) de 6 de marzo de 2007; SAP Baleares (4ª) de 6 de marzo de 2007; SAP Bilbao (4ª) de 17 de mayo de 2007; SAP La Coruña (5ª) 21 de Febrero de 2007. Claramente lo distinguen SAP Madrid (24ª) de 26 de Abril de 2007 y SAP Zaragoza de 5 de junio de 2007).

Especialmente la SAP Málaga (6) de 11 de Abril de 2007 califica de custodia compartida un régimen que, en puridad, constituye una custodia exclusiva con régimen de comunicación amplio, pues no existe la alternancia en las posiciones que caracteriza esta figura: el padre, profesor en el colegio al que asiste la menor tendrá la guarda y custodia desde el comienzo de las clases en el centro escolar hasta las 19h y la madre desde las 19h hasta la entrada al establecimiento escolar. Por tratarse de una custodia compartida (pero no alternativa) la Sala atribuye el uso y disfrute del domicilio a la hija y le fija una pensión a cargo del padre. Por su parte, la SAP Cáceres (2ª) 11 de Abril de 2007 niega el carácter compartido a la alternancia pretendida por el padre: curso escolar con la madre y régimen de comunicación y estancia para el padre y vacaciones con el padre y régimen de comunicación y estancia para la madre.

- En algunos casos se considera imprescindible el acuerdo o, al menos, la falta de oposición del otro progenitor (SAP Córdoba de 31 de Octubre de 2007; SAP Valencia (10ª) de 12 de junio de 2007; SSAP Madrid (24ª) de 5 de Febrero, 9 de marzo y 3 de septiembre de 2007; SAP Alicante (6) de 16 de mayo de 2007; SSAP Zaragoza de 20 de noviembre de 2007 y 13 de marzo de 2007; SAP Las Palmas de 23 de Noviembre de 2007). El acuerdo no debe considerarse obstáculo, desde

luego, es lo deseable, pero piénsese que si así se concibe, bastará una actitud contraria al régimen por parte del presunto custodio exclusivo para alejar cualquier posibilidad de custodia compartida: se le coloca en una posición privilegiada de decidir por sí sólo el régimen de guarda de los hijos comunes (SSAP Barcelona (18ª) de 21 de junio y de 4 de julio de 2007... *la conflictividad o la falta de entendimiento no es motivo suficiente para denegar la custodia compartida...*; en el mismo sentido, SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007).

- El informe pericial psicológico emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado *proporciona al juez elementos precisos y preciosos* (SAP Madrid (24ª) de 22 de Febrero de 2007) y para acordar la custodia compartida *debe probarse la bondad del régimen recabando un previo informe técnico* (SAP Jaén (2ª) de 20 de marzo de 2007; SAP Ávila (1ª) 18 de mayo de 2007); por ello, si propone como régimen adecuado la custodia exclusiva o se limita a desaconsejar la custodia compartida, el juez no se aparta de la propuesta (SAP Valencia (10ª) de 15 de Enero de 2007, SAP Badajoz 15 de Enero de 2007, SAP Bilbao de 19 de Enero de 2007; SSAP Madrid (24ª) de 5, 7, 15 y 21 de Febrero, 11 de abril y 27 de marzo de 2007, SAP Madrid (22) de 13 de Febrero de 2007; SAP Oviedo (1ª) de 23 de Febrero, SAP Barcelona (18ª) 22 de marzo, 3 y 26 de julio de 2007; SSAP Tarragona (1ª) de 23 de marzo y 23 de Abril de 2007; SAP Girona (1ª) de 26 de Abril de 2007; SAP Vitoria (1ª) de 27 de Abril de 2007; SAP Salamanca (1ª) 24 de mayo de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 25 de Septiembre de 2007; SAP Madrid (24ª) de 11 de Octubre de 2007; SSAP Zaragoza de 13 de marzo y 20 de noviembre de 2007; SAP Logroño de 13 de marzo de 2007; SAP Cádiz (5ª) de 31 de mayo de 2007; SAP Lleida (2ª) de 2 de julio), y si puede hacerlo en el caso de custodia compartida alternativa y lo hace en SSAP Jaén (2ª) de 19 de Enero y 19 de marzo de 2007; SAP Valencia (10ª) de 15 de marzo de 2007; SAP Madrid (24ª) de 11 de Abril de 2007; SAP Alicante (6) de 16 de mayo de 2007; SAP Córdoba de 3 de Octubre de 2007.

Las causas que impiden la fijación del régimen de custodia compartida en un proceso contencioso pueden agruparse en dos: a) las que tienen su origen en la falta de los requisitos establecidos en el Código civil y b) las que tienen su origen en la propia dinámica de esta forma de guarda que exige la concurrencia de unas circunstancias específicas cuya falta aboca al fracaso del sistema y, en consecuencia, a su denegación. Existen, asimismo, como se verá, decisiones judiciales en las que no concurre ninguna de las exigencias legales y materiales para su constitución si se exceptúa el comprensible deseo del progenitor presumiblemente no custodio (SAP Pontevedra (3ª) de 19 de Febrero de 2007; SAP (1ª) Girona de 29 de enero y de 10 de julio de 2007; SAP Gijón (7ª) de 4 de Diciembre de 2007; SAP Madrid (24ª) de 21 de marzo y 20 de Diciembre). Cumpliéndose los requisitos legales y las circunstancias óptimas para la constitución del régimen debería acordarse la custodia compartida alternativa.

3.1. Las causas de denegación del régimen de custodia compartida alternativa

a) La falta de los requisitos legales:

Como se ha señalado el Código civil establece como requisitos imprescindibles para la fijación judicial de la guarda y custodia compartida (art. 92. 8): la solicitud de parte y el informe favorable del Ministerio fiscal (SAP Barcelona (18ª) de 8 de mayo de 2007 ni la piden los padres ni existe

informe favorable del Ministerio fiscal y por ello la Sala revoca la custodia compartida acordada en la instancia). Pues bien, en relación con el primero de ellos, se descarta la adopción de este régimen porque no lo han solicitado las partes en: SSAP Oviedo de 23 de febrero y de 20 de Septiembre de 2007, SAP La Coruña (5ª) de 11 de junio de 2007. En SAP Oviedo (4ª) 2 de noviembre de 2007 el juez a quo acuerda una custodia compartida trimestral a la que se oponen los padres que reclaman la exclusiva para sí; la Sala revoca tal decisión y atribuye la custodia al padre, consolidando la situación fáctica existente desde la ruptura. La SAP de Madrid (24ª) de 16 de julio de 2007 apunta que *...no fue solicitada expresamente, aunque también es cierto que podría deducirse que quien interesa lo más que sería la guarda para sí, se entiende que pide lo menos, esto es la guarda compartida...*

Por su parte, la inexistencia de informe favorable del Ministerio fiscal es la causa más común de denegación de la custodia compartida.

No concurre este requisito SAP Alicante (4ª) de 4 de Abril; SSAP Barcelona (12ª) de 13 de julio, 10 de mayo, 23 de Octubre, 6 y 21 de noviembre, 20 de Diciembre de 2007; SAP Oviedo (6) de 3 de Diciembre de 2007; SSAP Tenerife (1ª) de 2 y 30 de abril, 28 de mayo, 9 de julio y 26 de Noviembre de 2007; SAP Las Palmas (3ª) de 19 y 22 de Noviembre de 2007; SAP Cádiz (5ª) de 19 de Noviembre de 2007; SAP San Sebastián (3ª) de 9 de Noviembre de 2007; SAP Cuenca (1ª) 18 de Octubre de 2007; SSAP Madrid (22) de 14 de Septiembre, 24 de abril, 22 de mayo y 16 de Octubre de 2007; SSAP Barcelona (18ª) 4 de julio, de 12 de julio y 15 de Octubre y 27 de Septiembre de 2007; SSAP Valencia (10ª) de 7 de junio y 26 de Septiembre de 2007; SSAP Ciudad Real (2ª) de 20 de abril y 24 de julio de 2007; SSAP Castellón (2ª) de 28 de marzo y 11 de julio de 2007; SAP Pontevedra (1ª) 4 de julio de 2007; SAP Lugo de 25 de junio de 2007; SAP Sevilla (2ª) de 25 de junio de 2007; SAP Santiago de Compostela (6) de 29 de junio de 2007; SAP Pamplona (2ª) de 24 de mayo de 2007; SSAP Málaga (6) de 4 de enero, 23 y 24 de Abril de 2007; SAP Huesca (1ª) 20 de Abril de 2007; SAP Cáceres de 11 de abril de 2007; SAP Murcia (1ª) de 6 de marzo de 2007; SAP Tenerife (4ª) de 14 de Febrero de 2007; SAP Santiago de Compostela (6) de 14 de Febrero de 2007; SAP Pontevedra (3ª) de 17 de Enero de 2007. En otros pronunciamientos la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal se une a otras causas de denegación de la custodia compartida y allí serán citadas.

También existen sentencias que, tras enumerar los requisitos legales, se limitan a señalar que no concurren en el caso concreto (SSAP Valencia (10ª) de 4, 16 y 23 de Octubre de 2007; SAP León 3 de Octubre de 2007; SAP Zaragoza de 26 de junio de 2007; SAP Ciudad Real (2ª) de 29 de mayo de 2007; SAP Orense (1ª) de 29 de mayo de 2007; SAP Madrid (24ª) de 13 de marzo, 20 de junio, 21 de marzo y 17 de mayo de 2007; SAP Coruña (5ª) de 12 de Abril de 2007; SAP Málaga (6) 2 de mayo de 2007).

Además, el último inciso impone al juez la obligación de fundar la adopción del régimen de guarda y custodia alternativa en que sólo de esta forma se protege el interés del menor. Esta exigencia constituye, asimismo, un portillo abierto a la denegación de la compartida cuando en el procedimiento no logra el demandante probar la bondad del régimen e incluso, a veces, su superioridad frente a la custodia exclusiva (SSAP Madrid (24ª) de 24 de Enero y 15 de febrero de 2007; SAP La Coruña de 24 de Enero de 2007; SAP Albacete de 19 de Enero de 2007; SAP Valencia (10ª) 15 de Enero de 2007; SAP Badajoz 15 de Enero de 2007; SAP Barcelona (18ª) 8 de Enero de 2007; SAP Castellón (2ª) de 7 de marzo de 2007; SAP Valencia (10ª) de 15 de marzo de 2007; SSAP

Sevilla (2ª) de 27 de Abril y de 25 de junio de 2007; SAP Tenerife (1ª) 2 de julio de 2007; SAP Las Palmas (3ª) de 23 de Noviembre de 2007.

Creo que la interpretación que debe darse a esta exigencia es la que efectúa la SAP Alicante (4ª) 1 de Febrero de 2007 *...lo que no cabe hacer es interpretar el precepto legal en términos tan estrictos que supongan exigir para la custodia compartida no consentida por los dos cónyuges que en el caso concreto éste sea el único régimen posible y que los demás sean absolutamente inviables, pues ello supondría lesionar el interés de los hijos en mantener la relación integral con sus padres en circunstancias absolutamente favorables a la custodia compartida como las que se han descrito. También la SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007 la sanción judicial sobre la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil, en orden a favorecer, por el contacto regular y fluido con uno y otro progenitor, un desarrollo armónico y equilibrado de aquél en sus distintos aspectos, paliándose así las nocivas consecuencias que, para el mismo, conlleva, por regla general, la ruptura de la convivencia de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo. En el mismo sentido, y muy claramente, la SAP Santander (2ª) de 3 de Abril de 2007 sostiene: ...este tribunal entiende que si ambos padres están capacitados para el cuidado de sus hijos en exclusiva, mejor defendido estará su derecho a un desarrollo integral de su personalidad si pueden los niños contar razonablemente con la presencia por igual de sus dos progenitores. Desde esta óptica se concluye que la máxima protección del superior interés de los menores sólo puede obtenerse de esta forma.*

Por su parte el art. 92. 7 CC excluye la custodia compartida alternativa cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos y si existen indicios fundados de violencia doméstica. Pues bien, este apartado, muy criticado en la doctrina y al que se imputaba el incremento de denuncias (falsas) para eludir la custodia compartida, ha sido el fundamento de la denegación en varios supuestos (SAP Barcelona (12ª) de 9 de marzo de 2007: *...vivencia de maltrato... que excluye por sí sola la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida; misma fecha y misma ponente (Pérez Tormo): ...dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar por sentencia de 26 de septiembre de 2005 (Sección 8ª)... por lo que este motivo excluye por sí solo la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida solicitada; SAP Barcelona (12ª) de 12 de Abril de 2007. . . la condena penal con la prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor, hace inviable la posibilidad de una guarda y custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del artículo 92. 7 CC, que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad del otro progenitor...; SAP Toledo (1ª) de 25 de Abril de 2007; SAP de Madrid (24ª) de 26 de junio de 2007... ha quedado acreditado que el demandado ha sido condenado por sentencia penal firme como autor de una falta del artículo 620 CP cometida contra su esposa...; SAP Las Palmas (3ª) de 27 de noviembre de 2007 *...el padre incurso en procedimiento penal por falta de coacción a la esposa y ahora ya consta la firmeza de la condena... aplica el art. 92. 7. Asimismo, queda plenamente descartada su procedencia en SAP Barcelona (12ª) de 24 de mayo de 2007 al seguirse un procedimiento en el Juzgado de Violencia sobre la mujer contra el padre, al que se le prohíbe comunicarse por cualquier medio con la madre, por todo el tiempo en que esté en vigor el presente procedimiento y acabe mediante sentencia firme ejecutoria o archivo.**

También debe señalarse que, en algunos supuestos, no se funda expresamente la denegación en este motivo, pero se deniega igualmente porque existe alguna de las situaciones recogidas en el apartado séptimo (SAP Barcelona (12ª) de 12 de Enero de 2007 *...leve empujón...; SAP Albacete de 19 de Enero de 2007. . . padre condenado por un delito de lesiones en la persona de su entonces esposa...; SAP Pontevedra (3ª) de 19 de Febrero de 2007 *...condena penal...; SAP Madrid (24ª) 5 de marzo**

de 2007; SAP Bilbao (4ª) de 20 de marzo de 2007...denuncias penales...; SAP Barcelona (12ª) de 28 de marzo de 2007).

Se limita a excluir la procedencia de la custodia compartida sobre la base del art. 92. 8 CC y no sobre el art. 92. 7, a pesar de existir una orden de alejamiento dictada contra el padre, la SAP Ciudad Real (2ª) de 29 de mayo de 2007.

b) Inexistencia de las condiciones exigidas para el correcto desenvolvimiento del régimen de guarda:

Junto a la concurrencia de los requisitos legales, la organización familiar post separación debe ser apta para el desenvolvimiento del régimen de custodia compartida alternativa; en este sentido, se ha tenido la posibilidad de comprobar que acuerdos sobre el régimen compartido de custodia han desembocado en una custodia exclusiva o unipersonal al resultar inviable la custodia compartida pactada: *no funcionó porque los padres tienen los mismos horarios* (SAP Albacete (1ª) de 6 de marzo de 2007), ... *no puede mantenerse una custodia compartida que se ha demostrado difícilmente practicable, un proyecto desbordado por la realidad de las cosas que por sí mismas han inducido a una adaptación realista del régimen de custodia y visitas* (imposibilidad del padre de alojar a los hijos en su casa SAP Vigo de 6 de marzo de 2007), ... *la exploración psicológica desaconseja por el estado de los menores de 6 y 8 años la custodia compartida pactada en convenio y atribuye la guarda a la madre.*

Asimismo, y siguiendo los criterios apuntados en la exposición previa, pueden señalarse como factores cuya falta determina la custodia exclusiva los siguientes:

1. La relación que los padres mantienen entre si y con sus hijos: si existe una deteriorada, pésima, conflictiva o, simplemente, inviable relación (SAP Barcelona (12ª) de 13 de Febrero de 2007; SAP Salamanca de 7 de marzo de 2007), debe descartarse este régimen de guarda pues *para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración* en los padres (SAP Segovia (1ª) de 9 de Febrero de 2007; SAP Cartagena (5ª) de 13 de Febrero de 2007; SAP Alicante (4ª) de 22 de Febrero de 2007). Probablemente, sea ésta la causa más frecuente de denegación del régimen compartido de guarda y custodia: SAP Burgos (2ª) de 8 de Enero de 2007 (*enfrentamiento y falta de comunicación entre los padres...*); SSAP Las Palmas (5ª) de 26 de Enero y 17 de mayo de 2007 (*...exige que las relaciones sean fluidas y cordiales en todo lo que afecte al cuidado, educación...*); SAP Murcia (1ª) de 5 de Febrero de 2007 (*la mala relación de los padres ha resultado constituir un maltrato emocional para la hija que le ha causado graves padecimientos psíquicos...*); SSAP Madrid (24ª) de 8 de Febrero, 15 de marzo, 17 de mayo y 21 de junio de 2007, SAP Tarragona 2 de marzo de 2007, SAP Sevilla (2ª) de 16 de marzo, SAP Granada (5ª) de 23 de marzo de 2007, SAP Las Palmas (3ª) de 21 de mayo de 2007, SAP Barcelona (18ª) 26 de junio de 2007, SAP Barcelona (12ª) 10 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007, SAP Córdoba de 31 de Octubre de 2007, (*...las relaciones son altamente conflictivas...*); SAP de Córdoba de 3 de Octubre de 2007; SAP Madrid (24ª) de 4 de Octubre de 2007; SAP Madrid (24ª) de 2 de noviembre de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 2 de noviembre de 2007; SAP Barcelona (18ª) de 18 de julio de 2007, SAP Barcelona (12ª) de 7 de Noviembre de 2007, SAP Madrid (22) de 26 de Diciembre de 2007 (*...se requiere una situación de entendimiento, flexibilidad y comunicación que no existe en el caso de autos...*)

Tampoco prospera si los padres no son capaces de mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad (SAP Barcelona (12ª) de 8 de marzo de 2007).

Debe probarse, por tanto, la capacidad de entendimiento, la colaboración, la coordinación y ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores con el fin de procurar el mejor cuidado y óptimo desarrollo integral de los hijos (SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007). Debe existir *una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores* (SAP Bilbao (4ª) de 20 de marzo de 2007), una voluntad acorde de los padres o, al menos, la inexistencia de conflicto (SAP Barcelona (18ª) de 12 de julio de 2007).

Debe valorarse asimismo la relación padres-hijos, susceptible de excluir la constitución del régimen de custodia compartida alternativa, de la misma forma que determina la atribución de la guarda unipersonal al otro progenitor (SAP Las Palmas de 26 de julio de 2007).

2. La proximidad de los domicilios a fin de garantizar la necesaria estabilidad del menor en su entorno habitual se considera imprescindible y su falta, junto a la de otros factores, determina la exclusión de la custodia compartida en SAP Sevilla de 12 de Febrero de 2007, SAP Alicante (4ª) de 22 de Febrero de 2007, SAP Barcelona (18ª) de 17 de Abril de 2007; SAP Zaragoza 12 de Diciembre de 2007. La distancia domiciliaria sobrevenida con posterioridad pone fin a la custodia compartida en convenio en SAP Oviedo (4ª) de 31 de mayo de 2007 la distancia geográfica entre la nueva residencia de la madre (Madrid) y el padre (Oviedo) y SAP Madrid (22) de 16 de Octubre de 2007 que modifica la guarda y custodia compartida y atribuye la exclusiva al padre, pues la madre, por razones laborales, traslada su residencia a Guadalajara.

3. Capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común: este requisito es puesto en valor por la AP de Madrid (22) en Sentencia de 16 de Octubre de 2007 en la que señala como condicionante de la custodia compartida alternativa *las pautas coincidentes o, al menos similares, respecto del cuidado y educación de los comunes descendientes...*; o en la de 26 de julio de 2007 que exige para su procedencia un modelo educativo similar; o la de 15 de marzo de 2007 que presupone, entre otras cosas, *unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales y culturales y un proyecto común en lo tocante a la educación y formación de los hijos*. En todas ellas, su falta determina la improcedencia de la custodia compartida alternativa.

4. La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo en el periodo correspondiente: la dedicación profesional del progenitor constituye un obstáculo a la fijación del régimen si el otro tiene una ocupación más compatible (SAP Barcelona (12ª) de 23 de Octubre; SAP Logroño (1ª) de 28 de mayo de 2007), la pospuso en algún momento, solicitando, por ejemplo, una excedencia (SAP Málaga (6) de 25 de Abril de 2007) o simplemente no la tiene (SAP Málaga (6) de 24 de Abril de 2007, SAP Ávila (1ª) 16 de mayo de 2007).

3.2. La admisión del régimen de custodia compartida alternativa

De lo señalado hasta aquí puede colegirse que, concurriendo todos los requisitos legales (petición de uno de los padres e informes favorables del Ministerio Fiscal y del Equipo Técnico) y los presupuestos materiales (relación adecuada, proximidad domiciliaria, similitud en el modelo educativo y disponibilidad) deberá acordarse la custodia compartida. Así lo han hecho, entre otras, a lo largo del 2007, además de todas aquéllas convenidas por las partes y las fijadas judicialmente que no han sido objeto de impugnación y a las que no se ha tenido acceso, las siguientes: SAP Alicante (4ª) de 1 de Febrero de 2007; SSAP Barcelona (18ª) de 20 de Febrero, de 4 de julio y 1 de octubre de 2007; SAP León (2ª) de 26 de febrero de 2007; SAP Baleares (4ª) de 27 de febrero, 27 de abril, 29 y 31 de mayo de 2007; SAP Valencia (10ª) de 1 de marzo y 31 de mayo de 2007; SAP Castellón de la Plana (2ª) de 22 de marzo de 2007; SAP Madrid (22) de 25 de mayo y 27 de Diciembre de 2007; SAP Barcelona (12ª) de 12 de abril y 5 de Octubre de 2007; SAP Santiago de Compostela (6) de 10 de Octubre de 2007; SAP Madrid (24ª) de 17 de Octubre y 12 de diciembre de 2007; SAP Tenerife (1ª) de 22 de Octubre de 2007.

4. Jurisprudencia citada

Las sentencias consultadas para la elaboración del presente trabajo han sido extraídas del fondo de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjinicioarea.htm&seccion=Jurisprudencia>. Por su elevado número, se ha descartado su enumeración pormenorizada.

5. Bibliografía

AGUILAR CUENCA, José Manuel (2005), *El Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, Granada.

AGUILAR CUENCA, José Manuel (2006), *Con mamá y con papá*, Almuzara, Granada.

BOULANGER, François (1999), "Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale?", *Recueil Dalloz*, nº22.

BRIÈRE, Carine (2002), "La Coparentalité: mythe ou réalité?", *Revue de Droit Sanitaire et social*.

CARRASCO PERERA, Ángel (2005), "Sobre Custodia Compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº648

GODOY MORENO, Amparo (2003), "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley.

GAREIL, Laurence (2004), *L'Exercice de l'autorité parentale*, L. G. D. J, París.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz (2004), "Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de protección", *La Ley*, nº6041, 16 de junio de 2004.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (2005), Comentarios del artículo 92 del Código civil en Vicente Guilarte (Director), *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio*, Lex Nova, Valladolid.

LAROQUE-RUELLE, Muriel, "Résidence alternée, les parents son condamnés à s'entendre", *Revue juridique Personnes et Famille* (12^a).

PÉREZ MARTÍN, Javier (2002), "El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores", en *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid.

RÍOS GONZÁLEZ, MERCEDES de los (2005), "Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos", *Revista de Derecho de Familia*, nº27, Abril-Junio 2005.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000), *Comentarios al Código civil*, II-1º, Bosch, Barcelona, 2000.

SERRANO CASTRO, Francisco de Asís (2002), "Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro familiar", en *Los Hijos Menores de Edad en situación de crisis familiar*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid.

TAMBORERO DEL RIO, Ramón (2003), "La Guarda y Custodia compartida", *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley.

THÉRY (1996), *Le Démariage*, Editions Odile Jacob, Paris.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (2005), "Las Reformas legales que nos esperan", *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid.