

La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010

Laura Alascio Carrasco

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El art. 92.8 CC, en su redacción de 2005, instaura la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez, a instancia de una sola de las partes, acuerde un régimen de guarda y custodia compartida. El requisito para la adopción de esta medida es que sólo de esta forma se proteja el interés del menor. La STS de 10 de octubre de 2010 establece que el principio que los tribunales deben seguir para acordar las medidas de guarda y custodia es sopesar el interés del menor en cada caso y fundamentar en la sentencia la decisión de acordar una u otra medida y no el tenor literal del art. 98.2 CC.

Art. 92.8 of the Spanish civil Code, as amended by the 2005 reform, establishes the exceptional possibility that the judge, at the request of only one of the parties, agrees to grant shared custody. The requirement for the adoption of this measure is that this is the only way of protecting the best interests of the child. Recently, a Supreme Court Decision has interpreted that Courts, when deciding custody cases, must follow the best interests of the child principle, and justify the decision on those grounds, rather than follow the exact wording of art. 92.8.

Title: Shared custody as an exceptional measure. Comments to the Supreme Court Decision (October 1st, 2010)

Keywords: Joint custody, family law

Palabras clave: Custodia compartida, derecho de familia

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia "El derecho de filiación ante los conflictos entre identidad biológica y parentalidad social" (DER2008-01809/JURI) cuyo investigador principal es el Dr. Joan Egea Fernández.

Sumario

1. La guarda y custodia compartida se abre paso en el ordenamiento jurídico español
2. La guarda y custodia compartida impuesta
 - 2.1. En el Código Civil: sobre la excepcionalidad de la medida
 - 2.2. En las legislaciones autonómicas: sobre el carácter preferente
3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010
 - 3.1. Antecedentes de la sentencia
 - a. Hechos
 - b. La Sentencia de Primera Instancia
 - c. La Sentencia de la Audiencia
 - 3.2. Los recursos
 - 3.3. El fallo del Supremo
4. La doctrina del Tribunal Supremo
 - 4.1. Jurisprudencia anterior
 - a. STS, 1ª, 8.10.2009
 - b. STS, 1ª, 10.3.2010
 - 4.2. Necesidad de motivar la decisión
 - 4.3. La función expresiva del derecho
5. Otras cuestiones sobre la custodia compartida
 - 5.1. Reparto de tiempo y gastos
 - 5.2. Uso de la vivienda
6. Conclusión
7. Bibliografía
8. Tabla de jurisprudencia citada

1. La guarda y custodia compartida se abre paso en el ordenamiento jurídico español

En el año 2005 se aprobaron dos leyes que modificaron de manera sustancial el sistema matrimonial español. La primera, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, extendió la posibilidad de contraer matrimonio a parejas homosexuales; la segunda, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE, núm. 163, de 9 de julio), introdujo varios cambios en los procesos de divorcio y, señaladamente, eliminó el requisito de separación judicial previa a la solicitud de divorcio.

Esta ley también modificó las consecuencias de la ruptura matrimonial y, en lo que aquí interesa, introdujo por primera vez la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida de los hijos menores. Esto no significa que anteriormente estuviera prohibido pero la posibilidad no estaba prevista expresamente.

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

En situaciones de ruptura convivencial de los progenitores no quedan eximidos de sus responsabilidades para con los hijos (art. 92.1 CC en relación con el art. 154 de mismo cuerpo legal que se ocupa de la patria potestad). Aunque, generalmente, la patria potestad seguirá siendo compartida entre ambos progenitores (exceptuando los casos de privación de la misma), habrá de determinarse la modalidad de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

La guarda y custodia puede definirse como la potestad que atribuye el derecho a convivir habitualmente con el menor y abarca todas las obligaciones de la vida diaria: alimentación, cuidado, educación y formación, vigilancia,...², que en casos de ruptura de los progenitores podrá ser individual con un régimen de visitas para el progenitor no custodio o compartida entre ambos.

El término “guarda y custodia compartida” ha sido criticado por algunos autores que entienden que, por ejemplo sería más apropiado el adjetivo “alternativa” en vez de compartida ya que los progenitores no

² GUILARTE (2008, p. 4).

viven juntos³. E incluso aunque la “guarda” sea individual, puede entenderse que debe cumplir las obligaciones derivadas de la guarda aquel progenitor con quien se encuentre el menor sea cual sea el título jurídico bajo el que se ampara esa compañía, ya sea el derecho a convivir, o un derecho de visita⁴. Asimismo, se discute la oportunidad de utilizar los términos “custodia” por cosificar al elemento custodiado, y “derecho de visitas” por ser intrínsecamente peyorativo⁵.

La modalidad de custodia compartida no es muy habitual en los procesos matrimoniales. Por ejemplo, en 2009 hubo 98.207 divorcios de los cuales 52.389 procedía atribuir la custodia de los hijos (en los otros no había hijos menores). En 44.048 de los casos (un 84% de las veces) se atribuyó la custodia a la madre, 2.918 (5,5%) al padre, 5.046 a ambos (9,6%) y 377 (un 0,72) % a otros. Vemos que la custodia compartida no representa ni el 10 % de los resultados, pero sin embargo se otorga casi el doble de veces que la custodia paterna. En 2008, de los 109.922 divorcios, en 59.138 se hubo de otorgar custodia de hijos menores. 50.800 veces se otorgo a la madre (86%), 2.444 al padre (4,1%), 5.176 a ambos (8,7%) y 178 a otros (0,3%). De nuevo, mayoritariamente a la madre y más del doble de veces a ambos que al padre.

Desde que se aprobó la ley del 2005 son muchos los autores que han citado las ventajas –e inconvenientes– de esta modalidad de custodia⁶ que se pueden resumir en lo siguiente.

- La principal ventaja ya la puso de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999 (mucho antes de la aprobación de la ley de 2005): “se trata de instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él”.
- El principal inconveniente, asumiendo que se hayan dado las circunstancias idóneas para adoptar la medida, es el peregrinaje del menor de un domicilio a otro.

Para los progenitores la medida, como siempre en el supuesto que se den las condiciones adecuadas, también es ventajosa dado que no solamente ambos pueden mantener la relación con sus hijos sino que se da una corresponsabilidad en las obligaciones para con estos, es decir,

En relación con los aspectos patrimoniales de la atribución de la guarda y custodia para el progenitor custodio es la atribución de la vivienda familiar (art. 96 CC), además del derecho a la percepción de una pensión alimenticia a favor del menor (art. 93 CC). Como después veremos, una de las omisiones de la ley, ha sido alinear correctamente los aspectos personales y patrimoniales de las relaciones con los hijos después de la ruptura

³ Vid. GUILARTE (2008); IVARS (2010).

⁴ Vid. FERRER (2000, p. 672).

⁵ Vid. LAUROBA (2010, p. 1495).

⁶ GUILARTE (2008); GODOY MORENO (2003, pp. 337-338), TAMBORERO DEL RÍO (2003, p. 518); ZARRALUQUI (2004, pp. 66-67); BALLESTEROS (2010); LAUROBA (2010).

2. La guarda y custodia compartida impuesta

2.1. En el Código Civil: sobre la excepcionalidad de la medida

Como se ha mencionado anteriormente, el régimen de custodia compartida no se reguló expresamente en el CC hasta la aprobación de la Ley 15/2005 y está prevista en el art. 92 CC.

Desde luego que la ley no pone objeción alguna a que ambos progenitores acuerden la guarda y custodia compartida por voluntad propia (art. 92.5 CC) –como no podía ser de otra manera, en principio, son los padres quienes estarán en mejor posición de saber lo que conviene a sus hijos. Nos dice el art. 90 CC que los acuerdos adoptados por los cónyuges serán aprobados por el juez salvo que sean perjudiciales para los hijos. Es razonable pensar que, generalmente, cuando los padres, titulares de la patria potestad, están de acuerdo en la modalidad de custodia escogida esta será la decisión más favorable para todas las partes implicadas, y, en particular beneficiará el interés de los hijos, que, recordemos, es el pilar fundamental sobre el que deben apoyarse todas las decisiones con respecto a ellos, sean tomadas por los padres o por la autoridad judicial.

El problema radica en que sólo uno de ellos solicite la custodia compartida de los menores (típicamente, el otro la solicitara para sí mismo). De esta cuestión se ocupa específicamente el art. 92.8 CC. Además, desde la aprobación de la ley, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta modalidad de custodia varias veces, la más reciente en la Sentencia de 1 de octubre de 2010, que se comentará más adelante.

El precepto en cuestión dispone que:

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

Los requisitos para que el Juez adopte la medida, por tanto, son:

- Solicitud de la medida por una sola de las partes;
- Recabar el informe favorable del Ministerio Fiscal;
- Probar que solamente esta medida protege adecuadamente el interés del menor.

La redacción del artículo es desafortunada por varios motivos que ahora se comentarán, y sin embargo, aunque pueda objetarse la redacción del precepto, lo cierto es que constituyó un paso adelante aunque tímido en la normalización de este sistema de guarda y custodia de los hijos menores.

En la tramitación parlamentaria de la ley, se propusieron muchas enmiendas al art. 92 y la redacción final del mismo es fruto del intento de consensuar las diferentes posturas. V. ALASCIO / MARÍN y CAMPO

IZQUIERDO en relación con las diferentes enmiendas que se presentaron tanto en el Congreso como en el Senado.

Comencemos por el informe preceptivo del fiscal. Tal como se ha articulado en la ley la necesidad del informe, si el Fiscal emite una opinión favorable, el Juez podrá acordar o no la custodia compartida. Ahora bien, si el informe es negativo, el juez no podrá acordar dicha medida. El derecho de veto del Ministerio Fiscal para que el juez pueda adoptar la medida podría infringir el art. 117 CE sobre la potestad jurisdiccional y ha motivado que las Audiencias Provinciales de Las Palmas y Navarra hayan planteado sendas cuestiones de inconstitucionalidad, la primera de las cuales ha sido admitida a trámite mediante [Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 2010](#).

Según HERNANDO RAMOS, el informe desfavorable del Ministerio Fiscal no debe ser óbice para que el Juez adopte un sistema de custodia compartida para el caso que estime que es la medida más adecuada. Con esta interpretación, el controvertido “derecho de veto” del Ministerio Fiscal no sería inconstitucional. La interpretación del precepto que sigue esta autora es sistemática, derivada de las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye tanto al Juez como al Ministerio Fiscal ya que del tenor literal del precepto “...con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar...” es muy difícil deducir que el juez podrá adoptar un régimen de custodia compartida en caso de desacuerdo de los progenitores cuando el Ministerio Fiscal emite un informe desfavorable a la misma.

Por otro lado, declarar la excepcionalidad de la medida, esto es, acordar la guarda y custodia cuando uno de los progenitores se opone, viene a proclamar que si uno de los padres se opone, la medida será, en principio no beneficiosa para el menor, por lo que será necesario probar que si lo es. O, dicho en otras palabras, cuando ambos progenitores no están de acuerdo en la medida, la ley identifica el interés del menor con el interés de los padres⁷. Aunque esto pueda ser cierto en algunos casos, no tiene porque ser *necesariamente* así. Es decir, de la oposición del progenitor no sigue que *en todos los casos* el interés del menor se proteja mejor con la custodia individual.

La ley, en este caso, prejuzga el interés del menor en función de un elemento que no es por si mismo determinante, en lugar de dejar que el Juez valore todas las circunstancias de la familia, para determinar cual es la solución óptima.

CARRASCO (2004) se queja de que se ha introducido una medida que antes no estaba expresamente prevista, pero si las partes tenían una actitud suficientemente cooperativa ya se esforzarían por continuar con la situación anterior. El problema, por tanto, no es que falte técnica o instrumentos en el derecho sino voluntad de colaborar. Para este autor, el sistema de custodia compartida representa la vuelta al “doble tramo” en el procedimiento de divorcio, ya que habrá una primera fijación de la medida y una segunda vuelta cuando se aprecie que la medida es inviable⁸.

⁷ IVARS (2010).

⁸ Situación que ya se ha dado, a título de ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª, de 6 marzo, JUR 2007\265018): “Es evidente que desde la adopción de la custodia compartida, no se ha podido llevar a la práctica; antes al contrario, las cosas han sucedido de espaldas a su ordenada y regular práctica. El régimen que actualmente mantienen los padres al que se han plegado, finalmente- es justamente el que ahora la sentencia acuerda para lo

En el mismo sentido, CASTILLA (2010) apunta que la adopción de uno u otro régimen no está destinado al mejor entendimiento entre los padres, sino al de estos con sus hijos por lo que necesariamente la custodia compartida será la mejor opción en tanto que permite a ambos progenitores relacionarse parecidamente con sus hijos. De hecho, para esta autora la única situación en la que sería más beneficioso un sistema de custodia individual es aquel caso en que sólo uno de los progenitores manifiesta la voluntad de convivir habitualmente con el menor.

Similarmente se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia de 8 marzo (RJ 2010\4018): *La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio -, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores.*

Además se pueden poner objeciones al requisito de petición de la medida por una de las partes. Probablemente, el art. 92.8 está pensando en los casos en los que un progenitor solicita la custodia individual y el otro la compartida. Pero pueden darse casos también, en los que ambos soliciten la custodia individual para sí. Si el Juez, en vista de las circunstancias, considera que lo que más conviene a los hijos es la custodia compartida, siendo esta una materia de orden público donde no rige el principio dispositivo ¿Por qué no va a poder otorgarla?.

Finalmente, la excepcionalidad se deriva también del hecho que se requiere que “sólo” la custodia compartida proteja el interés del menor. Es evidente que puede haber ocasiones en que tan beneficiosa sea una como otra y estos serían los casos en los que la autoridad judicial otorga un amplio régimen de visitas al progenitor no custodio: si ambos progenitores pasan más o

sucesivo; es decir, que el tribunal de instancia no hace sino instituir como legal el régimen real, el que en la práctica, en la vida diaria de la familia se está llevando a cabo, sencillamente porque no cabe sino adaptarse a lo que las circunstancias al final imponen.

El recurrente reconoce en su escrito de contestación a la demanda, y luego en su interrogatorio, que las condiciones del bajo donde habita no son idóneas para mantener el régimen de custodia compartida que inicialmente se había acordado en convenio regulador, según el cual, pasarían quince días con el padre y otros quince con la madre. Al parecer tendrían que haberse adoptado una serie de reformas en el local no acometidas en su integridad pro falta de medios. El resultado final es que el padre y los dos hijos han de convivir en un espacio de 35 metros cuadrados, situación que el propio apelante reconoce es asumible un fin de semana, pero no más días.

Como decíamos, se ha impuesto lo inevitable; los esposos han acordado que los niños se limiten a estar con el padre en fines de semana alternos, en los que se trasladan al bajo y pernoctan con él.

De ninguna manera puede mantenerse una custodia compartida que se ha demostrado inútil, impracticable, proyecto desbordado por la realidad de las circunstancias que por sí mismas han inducido a una adaptación realista del régimen de custodia y visitas, el mismo que la sentencia, con toda razón, ha establecido”.

⁹ Volvemos a la SAP Valencia de 22 de abril de 1999, en que los dos progenitores solicitan la custodia individual para sí mismos y el Tribunal la otorga alternadamente por meses a cada uno de ellos.

menos el mismo tiempo con el menor, probablemente no habría sido descabellado acordar un régimen de custodia compartida o alterna.

Visto desde otro punto de vista, que “sólo” se proteja el interés del menor con la custodia compartida, significará que si los padres no están de acuerdo la adopción de esta medida queda condicionada a que no haya ninguna alternativa: que el menor no estará bien conviviendo únicamente con su madre, ni tampoco conviviendo sólo con su padre¹⁰. Así formulado, el art. 92.8 adolecería de cierta contradicción puesto que si se protege el interés del menor si convive con ambos, también se protegería conviviendo con uno de ellos con lo cual la custodia compartida como única medida de protección del menor por definición nunca podría alcanzarse.

2.2. En las legislaciones autonómicas: sobre el carácter preferente

Años después, las legislaciones autonómicas que han regulado esta figura, señaladamente Aragón y Cataluña, lo han hecho prescindiendo ya del rasgo de la excepcionalidad.

Así, en Aragón, la *Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres* establece en su art. 6.2 que :

“el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores”.

Atendiendo, además, a una serie de factores, como la edad del hijo, su opinión, o la aptitud de los padres para asegurar la estabilidad del hijo.

De la literalidad del precepto se desprende que el Juez podría adoptar la medida incluso aunque los padres hubieran acordado la custodia individual, pues si bien es cierto que el Juez debe tener en cuenta el llamado “pacto de relaciones familiares” (art. 3) que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender es el interés superior del menor.

Si esto es así, entonces también podría acordarla cuando sólo uno de los progenitores la solicitara. El Juez deberá en cada caso sopesar los factores a tener en cuenta y decidir cual será el modelo de custodia más conveniente en cada caso.

Más recientemente, se ha aprobado en Cataluña el *llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*. La regulación de la ley catalana es distinta y en su art. 233-10 da preferencia a aquello convenido por los padres en el llamado “plan de parentalidad” (art. 233-9) y en su defecto:

¹⁰ ZARRALUQUI (2007, p. 70).

2. La autoridad judicial, si no hay acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la manera de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de manera individual si conviene más al interés del hijo.

De este precepto se desprende, aunque no se haya previsto expresamente, que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida, pues la adversativa “sin embargo” denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida aunque no haya acuerdo de los progenitores.

El Código catalán ofrece, además y a diferencia del CC, unos criterios para determinar la atribución de la guarda y custodia de los menores en su art. 233-11.1:

1. Para determinar el régimen i la manera de ejercer la guarda, debe tenerse en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderadas conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con ambos progenitores.
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercían para procurarles el bienestar.
- e) La opinión expresada por los hijos.
- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores

El juez deberá atender, como siempre que se trata de derecho no dispositivo, no sólo al acuerdo alcanzado por los padres en el plan de parentalidad, sino en ciertas circunstancias personales tanto del menor como de sus padres que puedan indicar cual será la mejor solución para el menor.

Debe destacarse una en concreto, el previsto en la letra d) conocido como el “criterio de continuidad” y que encarna otra manera de atribuir la custodia de los menores basada en la situación anterior a la ruptura convivencial, es decir, tratar de replicar la situación en la que históricamente se habían encontrado los menores en relación con sus padres. Esta representaría una tercera opción por lo que se refiere al ejercicio de la guarda junto con la compartida o alternativa y la individual (*vid.* GARRIGA, 2008).

En mi opinión, el carácter preferente de la custodia compartida no debe interpretarse como medida por defecto y subsidiaria la individual, puesto que esto significaría caer en el otro extremo de pensar que hay una única solución que en general funciona para todos los casos y excepcionalmente puede haber otras. En el caso de la determinación de la custodia no hay

fórmulas generales que se puedan aplicar a todos los casos sino que habrá que estar a la realidad de cada caso.

Así pues, la preferencia no sería que la regla de defecto es acordar siempre la custodia compartida, sino que, si en el caso en concreto, tan buena es la compartida como la individual, se optará por la compartida.

Por cierto que antes de la entrada en vigor del Libro segundo CCCat, los tribunales entendían que no era de aplicación la norma contenida en el art. 92.8 CC puesto que el Código de Familia catalán ya contenía una norma en materia de atribución de la custodia perfectamente compatible con el mandato constitucional previsto en el art. 39 CE (protección de la familia y los hijos) -p.e. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 julio (RJ 2009\643).

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010

3.1. Antecedentes de la sentencia

a. Hechos

Los hechos que dieron lugar al pleito y posteriores recursos fueron los siguientes: los cónyuges que contrajeron matrimonio en 1995, tuvieron un hijo en 1999. El matrimonio se separó judicialmente el 7 de octubre de 2002 con atribución de la custodia a la madre, aunque se estableció un régimen de visitas amplio y flexible a favor del padre.

El padre interpuso más adelante una demanda de divorcio y de modificación de medidas, solicitando que se acordase la guarda y custodia compartida del hijo común.

b. La Sentencia de Primera Instancia

El JPI nº 24 de Valencia, en su sentencia de 26 de junio de 2006 estimó la petición de padre y acordó establecer un régimen de guarda y custodia compartida por meses. El juez estimó dicha petición con base en la protección del interés del menor.

Los motivos que llevaron a acordar dicha medida fueron el dictamen pericial de 23 de mayo de 2006, que no se decantaba por ninguno de los dos modelos, y entendía que ambos eran beneficiosos, así como la situación familiar, ya que ambos progenitores habían iniciado nuevas relaciones de pareja con hijos en común y el menor se había integrado muy bien en ambos entornos familiares. Además, el régimen de visitas era amplio y flexible, y la relación entre los progenitores era positiva. La sentencia entendió que todos estos factores ofrecían más ventajas y beneficios a la custodia compartida que continuar con el régimen anterior.

El régimen que se establecía era el de guarda mensual alternativa, con un régimen de visitas para

el otro progenitor durante el mes que no convivía. Cada parte debía abonar los gastos ordinarios que se produjeran bajo su periodo de custodia y los extraordinarios por mitades.

c. La Sentencia de la Audiencia

La madre recurrió esta sentencia en apelación solicitando que se volviera al régimen de custodia anterior. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 15 de enero 2007 le dio la razón y estimó improcedente la medida acordada por el JPI, puesto que no había quedado acreditado que “sólo” se proteja el interés del menor con esa medida.

La Audiencia recuerda que la adopción de la guarda y custodia compartida en contra de la voluntad de uno de los progenitores es una posibilidad excepcional prevista en el art. 92.8 CC y únicamente puede acordarse si existe el informe favorable del Ministerio Fiscal, y se acredita que sólo de esa manera se puede proteger el interés del menor.

Añade la sentencia, que no sólo la custodia compartida impuesta es una medida de carácter excepcional sino que es de hecho, criterio de la Sala, no acordarla, salvo “supuestos puntuales que pudieran presentarse y pudiesen aconsejarla” (FD 1º).

El tribunal se basa en primer lugar, en un argumento histórico aludiendo al hecho que

“el legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así, el artículo 92 de Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomara el juez acerca de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida...”

Es posible que la referencia del tribunal a la redacción del art. 92 de antes de la reforma operada por la ley 15/2005 se deba a que el procedimiento de separación se inició antes de su entrada en vigor, lo cual, en materia de guarda y custodia no parece muy acertado siendo prevalente el interés del menor. Además, aunque no sabemos cuando se inicio el procedimiento de divorcio, pues no consta ni en la STS, ni en la SAP, sí que constata que el dictamen pericial que tuvo en cuenta el JPI para dictar sentencia es de 23.5.2006, por lo que es factible que pudiera aplicarse ya el CC modificado por la ley 15/2005.

Por otro lado, no se acaba de entender por que el Tribunal, discutiendo sobre la excepcionalidad de la guarda compartida, hace referencia a la disposición del CC que establece cómo debe ejercerse de la patria potestad.

Además, continua la sentencia, como la guarda y custodia se desenvuelve en el “quehacer más cotidiano y doméstico” que contribuye a la formación integral del hijo, difícilmente, dice la sentencia, podrán compartirse estas tareas por quienes no viven juntos, puesto que ello implicaría una invasión en la esfera privada de un progenitor en la del otro, o sino un peregrinaje de los hijos a un lugar a otro.

Por lo tanto, en vista de que, según el Tribunal, no es criterio de la Sala, no se había producido una alteración sustancial de las circunstancias ni se había acordado en el convenio regulador y que el informe del Gabinete Psicosocial (en la sentencia no consta su fecha, pero es el utilizado por el Juzgado de Primera Instancia) era algo ambiguo al respecto (“no existen aspectos que hagan necesario el cambio de medidas, ni tampoco se observan circunstancias que desaconsejen una custodia compartida”), se revocó la decisión tomada por el JPI.

3.2. Los recursos

El padre interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos admitidos a trámite.

El primer recurso se fundamentó en el hecho que faltaba por parte del Tribunal de Apelación la valoración de una prueba acordada en segunda instancia: como se había acordado la guarda y custodia compartida en primera instancia y ya se estaba llevando a cabo, en segunda instancia se solicitó un nuevo informe del Gabinete Psicosocial para ver como funcionaba. Este informe concluyó que “se han observado condiciones favorables para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida”, por lo que recomendaba mantener esta medida.

A pesar de ello, la sentencia de la Audiencia Provincial solamente hace referencia a un informe anterior, por lo que el padre solicitó la nulidad de actuaciones que fue denegada por Auto de 12 de marzo de 2007.

Por su parte el motivo del recurso de casación se fundamentaba en un único motivo: la infracción del art. 348 de la LEC¹¹, relativo a la valoración de los informes periciales, y en el interés casacional del asunto, al ser el art. 92.8 CC una norma con menos de cinco años de antigüedad.

3.3. El fallo del Supremo

Por lo que respecta al recurso extraordinario por infracción procesal, el Tribunal estima que se ha producido indefensión puesto que la Audiencia Provincial no se ha pronunciado sobre el nuevo informe del Gabinete Psicosocial. Sin embargo, no declara nulidad de actuaciones por omitir la valoración de la prueba, sino que entiende el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial sí que valoró la prueba implícitamente en sentido negativo. Para evitar la indefensión, el TS decide dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta la prueba.

En relación con el recurso de casación, el TS también entiende que hay motivos para estimarlo y que la Audiencia ha infringido el art. 92.8 CC, con base en los siguientes argumentos:

¹¹ El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

- La Audiencia esgrime la tesis de que no es criterio de la Sala adoptar la custodia compartida salvo en circunstancias excepcionales. A esto, el TS responde, con acierto, que para tomar esta decisión lo relevante no es el criterio anterior de la Sala sino la ponderación del interés superior del menor. En este sentido siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, esta será la mejor manera de proteger el interés del menor
- Aunque los padres no adoptaran esta medida en el convenio regulador, las circunstancias familiares van cambiando a lo largo del tiempo y, adicionalmente, no rige el principio dispositivo en los procesos en los que deba ponderarse el interés superior del menor.
- El último informe del gabinete psicosocial aconseja continuar con la medida, ya que se ha desarrollado de forma favorable. Aunque estos informes no son vinculantes sí que brindan elementos de juicio, y que, por cierto, no fueron acogidos por el tribunal de instancia que, en su lugar, sólo tuvo en cuenta el informe de fecha anterior que, por cierto, no se decantaba por ninguna de las medidas.
- El Ministerio Fiscal era favorable a la adopción de la medida. Y aunque ello no es vinculante para el juzgador, sí es un elemento de juicio adicional.

Por todos estos motivos el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia (que, recordemos, acordó un sistema de guarda compartida). El TS apostilla que hacer “lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso”, dado que la Audiencia poco menos que ignoró las pruebas disponibles y se guió en su decisión por un supuesto criterio histórico que nada tiene que ver con el principio del interés superior del menor.

Este caso es un buen ejemplo de lo que se comentaba anteriormente sobre la excepcionalidad o la preferencia de la medida:

El caso demuestra que, en ocasiones, el interés del menor se puede proteger igualmente con dos medidas, pues queda constatado que, cuando la custodia había sido otorgada a la madre, el amplio y flexible régimen de visitas permitía que el menor tuviera una correcta relación con el padre. Así lo pone de manifiesto el informe del gabinete psicosocial que tuvo en cuenta la SAP a la hora de decidir, en el que se dice que no hay circunstancias que aconsejen el cambio de régimen individual, pero tampoco las hay que desaconsejen una custodia compartida. Podría decirse, por lo tanto, que tan beneficiosa era una medida como la otra.

a. Predicar la excepcionalidad de la medida implicaría acordar la guarda individual puesto que la compartida no es la única manera de proteger el interés de menor.

b. Asimismo ilustra la interpretación del carácter preferente que comentaba más arriba: siendo

que el informe del gabinete es indiferente hacia una medida u otra, se habría de haber elegido la custodia compartida. Aunque la legislación aplicable no era ésta, el JPI aplicó este razonamiento, que luego hubo de ser ratificado por el Supremo, habiendo comprobado ya que el sistema funcionaba (y que el tribunal de instancia valoró negativamente).

4. La doctrina del Tribunal Supremo

4.1. Jurisprudencia anterior

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces sobre la atribución de la custodia compartida en los casos en que un progenitor se opone.

a. STS, 1ª, 8.10.2009

En la STS, 1ª, 8.10.2009 (RJ 4606, MP: Encarna Roca) resuelve un caso similar¹². En un procedimiento de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia (sentencia de 15 de noviembre 2005) acuerda la custodia compartida de los hijos menores, aunque esta medida sólo la había solicitado el padre. Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª, 8 de mayo de 2006) revocó esta decisión concediendo la guarda y custodia de los hijos a la madre.

El TS entiende que la sentencia de instancia adolece de falta de motivación, ya que la sentencia de apelación hace referencia a una serie de criterios que la propia Sala había utilizado en un caso anterior, pero que no usó para revocar la SPJI. Al no basar su decisión en criterios fiables (“y ni siguiera los propios”) debe concluirse que falta motivación en la sentencia por lo que la anula.

En este caso, al anular la SAP, el TS no se pronuncia sobre el régimen de custodia, sino que devuelve las actuaciones al momento antes de que la AP dictara sentencia.

El TS se queja en esta sentencia de que el legislador español no ofrece criterios que el Juez pueda tener en cuenta a la hora de valorar qué régimen de custodia es más adecuado para proteger el interés del menor y brida los criterios que se utilizan en derecho comparado para guiar a la autoridad judicial (FD 5º):

- “Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como
- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
 - los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos;
 - el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;
 - los acuerdos adoptados por los progenitores;

¹² Comentada por LAUROBA (2010).

- la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
- el resultado de los informes exigidos legalmente,
- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

La sentencia objeto del comentario se remite a estos criterios al explicar la doctrina de la Sala al respecto. Debemos entender, pues, que estos los criterios fiables a los que deberá acogerse la autoridad judicial al decidir la custodia de los hijos a falta de previsiones legislativas. No serán admisibles, por tanto, criterios utilizados por la sala anteriormente basados en argumentos históricos.

b. STS, 1ª, 10.3.2010

Igual ocurre en la STS, 1ª, 10.3.2010 (RJ 2329; MP: Encarna Roca), en la que se anula también la sentencia de instancia a causa de un error material que fue decisivo a la hora de dictar sentencia. Las circunstancias del caso son las siguientes: los cónyuges contrajeron matrimonio en 1993 y tuvieron dos hijos gemelos en 1995. En 2006 se produce la ruptura de la convivencia, siendo la madre quien abandona la vivienda familiar puesto que pertenecía a sus suegros y no consideró razonable que fuera el padre quien tuviera que marcharse.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo dictó Sentencia de divorcio, con fecha 19 de abril de 2007, en la que, con el informe favorable del equipo psicosocial, establecía un régimen de custodia compartida de los hijos menores de Joaquín y Rosalía. Ambas partes recurrieron la sentencia, y la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en su sentencia de 2 de noviembre de 2007, modifica el régimen de guarda y custodia, atribuyéndosela al padre.

El razonamiento del Tribunal estriba en que desde la ruptura de la convivencia, quien viene ejerciendo la custodia efectiva de los menores es el padre, y aunque no se considera que la madre no esté en condiciones de ejercerla, de ella fue la decisión de marcharse y con la finalidad de no alterar la vida de los menores y evitar su “deslocalización”, el Tribunal entiende que los mejor para ellos es continuar con la situación anterior.

Rosalía interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien lo estima y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal insiste en que la decisión de otorgar un régimen de custodia compartida debe atenderse a criterios razonables y repite los listados en la STS de 8 de octubre de 2009. Por este motivo, no puede admitirse que la decisión de la Audiencia al rechazar la guarda compartida puesto que (1) la “deslocalización” de los menores, que es una consecuencia lógica de este tipo de régimen, y (2) la atribución de la custodia no “no consiste en ‘un premio o un castigo’ al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

4.2. Necesidad de motivar la decisión

De estas sentencias se desprende que el TS viene exigiendo que los tribunales que resuelven sobre estas cuestiones motiven suficientemente las decisiones que toman respecto al régimen de guarda y custodia, y rechaza el otorgamiento prácticamente automático a uno sólo de los progenitores cuando el otro se opone. Por tanto está suavizando la excepcionalidad que se predica de la custodia compartida impuesta (a uno de los progenitores, se entiende) en el art. 92.8 CC.

En todo caso se empieza a exigir que las sentencias en las que la autoridad judicial deba pronunciarse sobre esta medida (y habrá de hacerlo siempre que haya hijos menores de edad) reflejen el esfuerzo del juez a la hora de decidirse por una u otra modalidad de custodia: la asignación de la custodia de los menores, y de acuerdo con el principio de protección del interés del menor, no es cosa que deba regirse por una regla de defecto de aplicación general, sino que debe estudiarse caso por caso y decidir en función de las circunstancias de cada menor.

Y no es para menos, teniendo en cuenta la amplia facultad que el art. 91 CC otorga al Juez a la hora de decidir en cuestiones relacionadas con los menores. Por ello, perfila, además cuales son los criterios, a falta de previsión legal, que rigen a la hora de decidir cuál es el interés superior del menor. Y éste no consiste en evitar que los menores deban cambiar de domicilio –situación inevitable en casos de custodia compartida- dado que es posible que éstos se adapten a las circunstancias de manera favorable. Tampoco consiste en perpetuar el entorno de la vida de los menores desde que se produce la ruptura de la convivencia hasta que existe una resolución judicial firme, puesto que se trata de una situación transitoria. Y, por supuesto no consiste en que históricamente se haya considerado que uno de los progenitores –la madre- estará generalmente en mejores condiciones de ejercer la custodia.

En definitiva se trata de intentar que el menor mantenga las relaciones con sus padres y que éstos mantengan para con él sus derechos y obligaciones.

Un apunte sobre la formulación normativa del “interés del menor”: este es el eje vertebrador sobre el que debe basarse cualquier decisión relacionada con los menores en los procesos de ruptura convivencial. Se trata de un estándar jurídico, un “arquetipo de conducta o actitud que adoptar en las relaciones personales y en el tráfico jurídico, del que se deduce la regla (jurídica) necesaria para el caso particular, y sirve para orientar al operador jurídico (particular, tribunales, Administración) en la realización de una conducta jurídica que responde a ciertos valores de orden, justicia, razonabilidad, para casos y circunstancias para los que no hay un dato normativo más preciso” (RIVERO, 2007, p. 68). Dicho de otro modo, los estándares “no ofrecen una solución ‘cerrada’ sino que son normas con una ‘textura’ mucho más abierta. Además, se expresa normativamente como un concepto jurídico indeterminado de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras” (RIVERO, 2007, p. 71).

Siendo esto así, parece correcta la exigencia del Supremo de que todas las sentencias que se pronuncien sobre la custodia de los menores deban ser justificadas, en el sentido que debe concretarse en cada caso

cual es el interés del menor. Y por este mismo motivo, es también acertado que las soluciones legislativas que se decanten por uno u otro modelo, como pueda ser el art. 92.8 CC, sean interpretadas en el sentido de reivindicar de los tribunales una motivación, aunque adopten la solución “por defecto” o no excepcional como es la atribución de la custodia individual.

Por otro lado habrá de comenzarse a plantear también, si el juez, en esta búsqueda del interés de menor requerirá que siquiera uno de los progenitores lo solicite (en el caso de que, por ejemplo, ambos soliciten para sí la custodia individual). En principio, nada impediría y, de hecho, el propio principio del interés del menor compelería a que el juez, al decidir sobre la custodia de los hijos, pudiera tomar esta medida si es lo más beneficioso para ellos (o al menos tan beneficioso como la custodia individual)¹³.

4.3. La función expresiva del derecho

La denominada “función expresiva del derecho” es la doctrina que entiende que la opción del legislador por una u otra solución, representa, en primer término, una declaración sobre los valores de la sociedad a la que representa¹⁴.

Esta “función expresiva” es especialmente patente en el derecho de la persona y la familia. Pensemos, por ejemplo, en la ley del divorcio de 1981, en la posibilidad de que el matrimonio se contraiga entre personas del mismo sexo (ley 13/2005), y en la tendente equiparación de las uniones de hecho a las matrimoniales son muestras de cómo la ley representa los valores de la sociedad. En este sentido, por ejemplo, con independencia del número de parejas homosexuales que contraigan matrimonio, la sociedad acepta que la única manera de organizar la familia no es a través del matrimonio, y que esta institución no está configurada una institución intrínsecamente heterosexual e indisoluble, sino que prevalece la voluntad de los individuos a organizar su vida como crean conveniente.

Así pues la clara predilección por la custodia individual del CC también puede interpretarse como una preferencia social hacia este modelo de custodia, o más bien, el recelo al modelo de custodia compartida, como forma de organizar el cuidado de los hijos de la pareja que ya no convive.

Aunque podría interpretarse de otra manera: y es que el hecho de que finalmente el CC recoja esta medida e incluso la posibilidad de acordarla aun cuando sólo la solicite una parte refleja que, por muy restrictivas que sean las condiciones, se está superando el modelo de custodia individual o, si se quiere, que en caso de crisis sólo un miembro de la pareja está capacitado para cuidar a sus hijos.

¹³ Esta es la situación que se plantea CARRASCO (2009) y se plantea el hecho de que la ley impone el límite de la discrecionalidad del juez a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia en la custodia compartida.

¹⁴ SUNSTEIN (1996).

Y este es el sentido que le está dando el TS, al exigir a los tribunales inferiores que motiven las sentencias incluso cuando otorgan la custodia a uno sólo de los progenitores: ya no es suficiente con alegar que “siempre se hizo así” sino que es necesario consignar expresamente porque es más beneficiosa una u otra medida. No debe, pues prejuzgarse o presumir la idoneidad de uno de los progenitores, de manera que sólo deba justificarse la adopción de la guarda y custodia compartida sino que debe plantearse caso por caso cual es la medida que es más conveniente.

En este sentido las normas tenderían a cambiar las conductas de los individuos a través de esta función expresiva, en la medida que éstos interiorizarían los valores que las leyes quieren reflejar, o, dicho de otro modo, la ley señala las actitudes subyacentes de la comunidad¹⁵.

5. Otras cuestiones sobre la custodia compartida

5.1. Reparto de tiempo y gastos

Una vez decidida la modalidad de custodia compartida, los dos problemas que se plantean a la hora de adoptar la guarda compartida son, en primer lugar cuan largos han de ser los periodos en los que el menor convive con cada progenitor y, en segundo lugar, como deben repartirse los gastos del menor.

En relación con el reparto del tiempo, en primer lugar comentar que la modalidad de custodia compartida con relación a los padres, no tiene tanto que ver con la distribución del tiempo al 50% entre cada progenitor, sino acabar con la idea de “progenitor custodio” y “progenitor visitador” de manera que la ruptura convivencial entre ellos no implique ruptura convivencial radical con el menor (es evidente que si los progenitores no viven bajo el mismo techo, el menor no podrá pasar tanto tiempo con ellos como cuando todos convivían juntos).

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de 14 abril de 2010 (JUR 2010\418948). En primera instancia se había atribuido la custodia de las hijas menores de la pareja a la madre. Con posterioridad al divorcio, la madre matriculó a las hijas en un colegio privado en régimen de internado durante la semana. El padre consideró que esto modificaba las circunstancias puesto que, de hecho, ambos progenitores veían con la misma frecuencia a las hijas (fines de semana alternos y mitad de vacaciones) por lo que solicitaba una modificación de medidas y, en concreto, la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida con la consiguiente limitación del uso de la vivienda familiar por parte de la madre así como la modificación de la pensión de alimentos correspondiente.

El Tribunal entiende que el internamiento semanal no implica la modificación de las circunstancias de fondo: “no supone, sin embargo que las niñas entre semana estén bajo la guarda y custodia, más allá de lo que implica el régimen de internado con sus obligaciones de cuidado, vigilancia, atención, etc. que puedan tener el Centro escolar, de los responsables del Centro escolar. Estamos en la misma situación

¹⁵ MCADAMS (2010).

fáctica y jurídica, que si los padres siguiesen unidos y juntos y hubieran decidido tal opción escolar de régimen de internado. No existe, por tanto una dejación de las obligaciones, que implica la atribución de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, y tampoco una novación con trascendencia jurídica, que determine que, el efecto práctico de que ambos progenitores vean a las niñas por igual (fines de semana alternos y mitad de vacaciones), se haya transformado en una guarda y custodia compartida, ni siquiera de facto, ya que repetimos la atribución de la guarda y custodia la sigue teniendo la madre, con lo que ello supone" (FD 3º).

Será, por tanto, complicado discernir, si ante una denominada custodia individual con un amplio y flexible régimen de visitas, estamos en realidad ante una custodia compartida "de hecho" con todas las implicaciones que eso conllevaría si se adoptara formalmente tal denominación¹⁶. Será pues, el Juez quien valore si la medida a adoptar es la custodia compartida o individual. También aquí, las soluciones legislativas nos pueden ayudar.

De esta manera, si optamos por dar preferencia a la custodia compartida, una situación que implique que ambos progenitores pasan "más o menos" el mismo tiempo con los menores y se ocupen "más o menos" por igual de sus obligaciones diarias para con ellos deberá reflejarse por la autoridad judicial como la adopción de un régimen custodia compartida. La calificación de "excepcional" nos llevará a la solución contraria y a que el juez adopte un sistema "tradicional" de progenitor custodio y asignación de un régimen de visitas para el otro.

La STS de 28 de septiembre de 2009 (RJ 7257; MP: Encarna Roca Trias) rechaza la tesis de que el establecimiento de un amplio régimen de visitas al progenitor no custodio es equivalente a una custodia compartida "de hecho". El TS entiende que no ha lugar una interpretación del art. 92 en relación con la custodia compartida puesto que durante el proceso no se siguió el procedimiento adecuado para su otorgamiento (en este caso aquel establecido en el art. 92.8 CC para el caso que no exista mutuo acuerdo).

Recordemos que todas estas cuestiones se nos plantearan únicamente en caso de discordancia de voluntades entre los progenitores, puesto que si están de acuerdo en la modalidad elegida, generalmente, el juez habrá de confirmar lo que pacten las partes.

Una vez determinado que se adoptará la modalidad de custodia compartida, habrá que decidir como se hace el reparto temporal. Así, la SAP Barcelona de 20 de febrero de 2007 establece un curioso sistema de convivencia consistente en fijar la convivencia por días de la semana: lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, más un fin de semana alterno -desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada-. Este esquema asegura "la regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas" (FD 3º, párrafo quinto).

¹⁶ Situaciones como esta son las que GÓNZALEZ DEL POZO denomina "tierra de nadie" de manera que como la ley (refiriéndose a la ley aragonesa) no cuantifica porcentualmente el tiempo de convivencia que debe establecerse para considerar que estamos ante una situación de custodia compartida, está totalmente al arbitrio del juez decantarse por una u otra modalidad.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, de 19 de abril de 2007 atribuyó la guarda y custodia compartida a ambos progenitores por trimestres escolares. Dicha distribución fue recurrida por la madre, en apelación y casación, pero finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010 (RJ 2340) no alteró los periodos de tiempo que los hijos pasarán con cada uno de los progenitores¹⁷.

En lo referente a los gastos, el criterio general suele ser que cada progenitor abone los ordinarios generados bajo su periodo de custodia y los extraordinarios por mitades. Las ventajas de este sistema es que se evita la fijación de una pensión de alimentos. El inconveniente es que es posible que alguno de los progenitores espere a que el otro haga determinados gastos ordinarios durante su periodo de convivencia como pueda ser ropa o material escolar. En lo referente a los extraordinarios, tal vez sería más conveniente distribuirlos según la capacidad económica de cada progenitor¹⁸ y cabe preguntarse si no sería también deseable que los ordinarios se distribuyeran según este criterio. Esto separaría las relaciones personales con los hijos de las patrimoniales.

5.2. Uso de la vivienda

Cuando nos referimos a la custodia de los menores, debemos traer a colación necesariamente la normativa relativa a la atribución de la vivienda habitual, así como la pensión de alimentos, especialmente cuando se plantea la adopción de un régimen de custodia compartida.

La atribución del uso de la vivienda familiar se regula en el art. 90 CC (determinación convencional) y en el art. 96 CC (determinación judicial a falta de acuerdo). De manera preferente, se estará a lo que los cónyuges en vías de separación/divorcio hayan establecido en el convenio regulador (como siere, salvada excepción de que la decisión sea perjudicial para los menores). A falta de acuerdo, el art. 96 establece una serie de criterios para su atribución. Cabe resaltar que después de todo el esfuerzo legislativo para modernizar la regulación del derecho de familia y adaptarlo a las nuevas realidades sociales, este precepto deja muchísimo que desear en este sentido. Así, únicamente se ocupa de dos situaciones: (1) que haya hijos menores y éstos queden en compañía de uno sólo de los progenitores, y (2) que no haya hijos.

A primera vista ya se puede intuir que la complejidad de situaciones que la ley contiene no quedan reflejadas en este escueto precepto. Así, no se hace mención especial de las situaciones en que la custodia se otorga a ambos progenitores, o que haya varios hijos y unos queden bajo la custodia de uno y los otros del otro progenitor.

A diferencia, por ejemplo, del recién aprobado libro segundo del Codi civil de Catalunya que expresamente prevé en su art. 233-20 la atribución de la vivienda al progenitor más necesitado en caso de custodia compartida –además de otra serie de criterios más que razonables– y que tienden a separar la

¹⁷ Sentencia comentada por BALLESTEROS (2010).

¹⁸ Como apunta LAUROBA (2010, p. 1509).

custodia de los hijos del uso de la vivienda familiar.

Así, la ley atribuye el uso del domicilio familiar “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

En la STS, de 8 de octubre de 2009, se pone de manifiesto como la petición de custodia va acompañada de la correlativa solicitud de pensión (en el caso eran 4000 euros mensuales) y uso de la vivienda¹⁹. Está claro que si la custodia va asociada a estos desplazamientos patrimoniales a favor del progenitor custodio, y generalmente las madres son las que obtienen la custodia de sus hijos, éstas están en una posición negociadora más fuerte.

Así, fomentar un régimen de custodia compartida puede equilibrar esta posición negociadora de las partes. Con todo, pueden producirse los siguientes efectos adversos²⁰:

- a) Que el padre solicite la custodia compartida para que no se otorgue a la madre el uso de la vivienda²¹.
- b) Que la madre ceda parte de los activos patrimoniales con tal de que se le otorgue la custodia sólo a ella

Por ejemplo, en la SAP, Navarra (Sección 2ª, 14 de abril de 2010) se da la siguiente situación: en el convenio de separación acordado por Antonieta y Alfredo, se pactó que las hijas comunes quedarían bajo la guarda y custodia de la madre y a ella se le atribuiría el uso del domicilio familiar. Con posterioridad a la separación judicial, Antonieta cambió a las niñas del colegio público al que asistían a uno privado con régimen de internamiento durante la semana. Esto provocó que, a efectos prácticos, tanto el padre como la madre vieran el mismo tiempo a sus hijas, es decir dos fines de semana al mes. En vista de esta situación, Alfredo solicitó una modificación de medidas consistente en que se atribuyera la guarda y custodia compartida por semestres y acorde a ello, se adjudicara el uso de la vivienda. El Tribunal de apelación entendió que el internamiento de las hijas no era un cambio de circunstancias al que deba adaptarse el régimen de custodia. Además, continúa el Tribunal, falta el informe favorable del Ministerio Fiscal y la acreditación de que sólo la guarda y custodia compartida protege adecuadamente el interés del menor:

“No existe, por tanto una dejación de las obligaciones, que implica la atribución de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, y tampoco una novación con trascendencia jurídica, que determine que, el efecto práctico de que ambos progenitores vean a las niñas por igual (fines de semana alternos y mitad de vacaciones), se haya transformado en una guarda y custodia compartida, ni siquiera de facto, ya que repetimos la atribución de la guarda y custodia la sigue teniendo la madre, con lo que ello supone.”

Por supuesto, no se modificó tampoco el uso de la vivienda familiar.

Siguiendo la argumentación de la protección del interés del menor, la ley lo identifica con el uso

¹⁹ *vid.* LAUROBA (2010, p. 1508).

²⁰ ALASCIO y MARÍN (2007, p. 16).

²¹ *Vid.* en este sentido, CARRASCO (2004).

por este de la vivienda familiar en todos los casos. Teniendo en cuenta que prima el acuerdo de los padres en materia de domicilio familiar, es posible que estos decidan vender la vivienda o abandonarla si era de alquiler e instalarse cada uno en un domicilio distinto del que venían conviviendo lo cual no tiene porque ser negativo para el menor. Por lo tanto, también para el caso de la vivienda familiar debería tener discrecionalidad para tomar una medida distinta de la prevista en la ley y valorar en cada caso que es lo más beneficioso. Tal vez pueda ser vender o alquilar la vivienda común para permitir sufragar los costes de cada uno. O decidir que el uso será para el titular de la misma si el otro ha conseguido otro domicilio²².

6. Conclusión

Aunque la introducción expresa de la custodia compartida debe valorarse positivamente, aún hay un amplio margen de mejora. El CC es aún demasiado rígido en algunos aspectos de su regulación, como en el caso que nos ocupa, de la custodia compartida no consensuada, y adolece de lagunas normativas en otros aspectos, como la insuficiente regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de crisis matrimoniales.

Por el momento es el Tribunal Supremo quien se está encargando de hacer una lectura de la ley conforme al interés del menor, tal y como se ha expuesto más arriba y esta doctrina, junto con los desarrollos legislativos autonómicos en la materia, puede proporcionar al legislador estatal material para una futura de reforma de la ley, tanto en lo que se refiere al régimen de guarda y custodia de los menores, como de las instituciones vinculadas como son el uso de la vivienda y la distribución de gastos que comportan los menores.

7. Bibliografía

Laura ALASCIO CARRASCO y Ignacio MARÍN GARCÍA (2007), "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *InDret*, núm. 2 (www.indret.com).

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2010), "Comentario a la sentencia de 11 de marzo de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, pp. 1833 - 1849.

Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO (2009), "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 29 Junio.

Ángel CARRASCO PERERA (2009), "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 790 (www.westlaw.es, BIB 2009/1909).

²² MORENO (2009) ofrece más criterios que podrían tenerse en cuenta a la hora de atribuir la vivienda.

Ángel CARRASCO PERERA (2004), "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648 (www.westlaw.es, BIB 2004\1797).

Margarita CASTILLA BAREA (2010), "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Aranzadi Civil*, núm. 7 (www.westlaw.es, BIB 2010\1563).

Josep FERRER I RIBA (2000), "Comentari a l'art. 139 CF", en Joan EGEA I FERNÀNDEZ y Josep FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials s'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid.

Amparo GODOY MORENO (2003), "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en Cristina DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL y Gloria HERNÁNDEZ CATALÁN (Coords.), *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, pp. 315-342.

Margarita GARRIGA GORINA (2008), "El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta", *InDret*, núm. 3 (www.indret.com)

Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO, Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón Diario La Ley, núm. 7537, Sección Doctrina, 29 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008), "La custodia compartida alternativa", *InDret*, núm. 2 (www.indret.com).

Susana HERNANDO RAMOS (2009), "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 29 Junio.

Joaquín IVARS RUIZ (2010), "De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 796.

Elena LAUROBA LACASA (2010), "Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, p. 1495.

Víctor MORENO VELASCO (2009), "La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.", *La Ley*, núm. 7179.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2007), *El interés del menor*, Dykinson, Madrid.

Ramón TAMBORERO DEL RIO (2003), “La Guarda y Custodia compartida”, en Cristina DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL y Gloria HERNÁNDEZ CATALÁN (Coords.), *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, pp. 515-519.

Cass SUNSTEIN (1996), “The Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 144, pp. 2021 – 2054.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2004), “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”, *La Conflictividad en los Procesos familiares: Vías Jurídicas para su Reducción*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, pp. 19-116.

8. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 28.9.2009	RJ 7257	Encarna Roca Trias
STS, 1ª, 8.10.2009	RJ 4606	Encarna Roca i Trias
STS, 1ª, 10.3.2010	RJ 2329	Encarna Roca i Trias
STS, 1ª, 11.3.2010	RJ 2340	Encarna Roca i Trias
STSJC, 31.7.2009	RJ 643	Carlos Ramos Rubio
STSJC, 8.3.2010	RJ 4018	José Francisco Valls Gombau
SAP Valencia, 22.3.1999	AC 4941	Vicente Ortega Llorca
SAP Barcelona, 20.2.2007	JUR 2007\101427	Enrique Anglada Fors
SAP Pontevedra, 6.3.2007	JUR 2007\265018	Julio César Picatoste Bobillo
SAP Navarra, 14.4.2010	JUR 2010\418948	Francisco José Goyena Salgado
SJPI, núm. 7 Oviedo, 19.4.2007	---	---