



Universidad de Valladolid



Facultad de Derecho

Máster en Abogacía y Procura

La Custodia Compartida y el Distanciamiento de los Domicilios

Presentado por:

Lucía Sánchez García

Tutelado por:

Félix Manuel Calvo Vidal

Valladolid, 10 de febrero de 2025

RESUMEN

Este dictamen jurídico expone un caso sobre un cliente que vino a nuestro despacho a pedirnos ayuda sobre derecho de familia, y en el cual hemos expuesto su situación de vulnerabilidad, ya que su ex pareja se trasladó a otra CCAA con sus hijas menores y tras mantener durante un tiempo una custodia compartida, ésta deja de entregarle a sus hijas para que puedan pasar con él el tiempo que le corresponde.

Y en este dictamen nos hemos centrado en estudiar la custodia compartida y el régimen de visitas y su legislación correspondiente, así como la jurisprudencia aplicable a su situación y los criterios que llevan a cabo los Tribunales en situaciones similares para la atribución de la custodia compartida.

ABSTRAC

This legal opinion presents a case about a client who came to our office to ask us for help with family law, and in which we have explained his vulnerable situation, since his ex-partner moved to another Autonomous Community with his minor daughters and after maintaining shared custody for a while, she stops giving him his daughters so that they can spend the time that corresponds to him.

And in this opinion we have focused on studying shared custody and the visitation regime and its applicable legislation, as well as the jurisprudence applicable to his situation and the criteria that the Courts carry out in similar situations for the attribution of shared custody.

PALABRAS CLAVE

Criterios, distanciamiento, domicilios, custodia, compartida, visitas, Jurisprudencia, menores, interés superior.

KEY WORDS

Criteria, distancing, addresses, custody, shared, visits, Jurisprudence, minors, best interests.

INDICE

RESUMEN	3
ABSTRAC	3
PALABRAS CLAVE	3
KEY WORDS.....	3
1. SUPUESTO DE HECHO.....	6
2. ARTÍCULO 92 Y LA GUARDA Y CUSTODIA.....	10
2.1 Concepto y Contextualización	10
2.2 Modalidad	12
2.2.1 Custodia monoparental	12
2.2.2 Custodia compartida	13
2.2.3 Guarda y custodia de los abuelos o terceras personas y custodia distributiva o partida.....	15
2.3 Criterios para la guarda y custodia compartida y la importancia del arraigo del domicilio.....	17
3. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.....	23
3.1 Tendencia jurisprudencial sobre la pensión de alimentos en custodia compartida	25
3.2 ¿Qué datos se tienen en cuenta para calcular la pensión de alimentos?	26
4. REGIMEN DE VISITAS	27
5. CONCLUSIONES	30
6. WEBGRAFIA	32
7. BIBLIOGRAFIA Y ARTÍCULOS	32
8. LEGISLACIÓN.....	33
9. JURISPRUDENCIA.....	34
9.1 Jurisprudencia Tribunal Constitucional:	34
9.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	34
9.3 Jurisprudencia de Audiencias provinciales:	34

1. SUPUESTO DE HECHO

Don Jesús Lozano acudió a nuestro despacho para exponernos un problema que tenía en relación a su ex pareja y sus hijas menores de edad.

Don Jesús estuvo conviviendo con su mujer, Doña Alba alrededor de unos cuatro años, constituyendo un matrimonio hasta junio de 2019. De esta relación nacieron dos hijas, Sara y Marcela, son menores de edad.

Dicha relación, por motivos personales y privados, se deterioró y se produjo la separación de la pareja, yéndose Doña Alba a vivir a Baracaldo en ese mismo mes y año. Ambos progenitores siendo de etnia gitana, acordaron las condiciones de su acuerdo, tanto la custodia de sus hijas, las condiciones de su separación, mediante un proceso de mediación ante mediadores gitanos. Los acuerdos fueron los siguientes:

1. Que, en junio de 2019, y ante mediadores gitanos. quedaron separados de mutuo acuerdo D^a. Alba y D. Jesús cesando desde ese momento en su vida en común y quedando libres cada uno de ellos para rehacer su vida.

2. Que ambos progenitores mantendrían la guarda y custodia de sus dos hijas en común, repartiéndose los periodos de estancia con las hijas por partes iguales por periodos sucesivos de 15 días de duración para cada uno de los progenitores.

3. Que pasando a ser la residencia de la madre en Cruces (Baracaldo) y la del padre Valladolid, se acordó que la entrega de las niñas se haría siempre en un lugar intermedio, concretamente en la estación de autobuses de Burgos.

Desde la fecha de la separación, ambos progenitores han cumplido con los acuerdos alcanzados en sus estrictos términos hasta el día 15 de abril de 2020. En dicha fecha, y en mitad del estado de alarma saltándose la prohibición de desplazamiento entre provincias mi mandante llevó a sus hijas para que estuvieran con su madre que, desde la separación, reside con sus padres en Baracaldo. Desde entonces, y sin motivo aparente, la demandada no ha permitido que mi mandante haya vuelto a ver a sus hijas, ni ha mantenido contacto alguno con ellas, ni telefónico ni visual salvo en dos ocasiones, en los días siguientes a la entrega de las niñas en que pudo hablar con ellas por teléfono. Esto es, lleva más de 4 meses sin ver ni comunicarse con sus hijas.

Se formuló demanda por parte de Don Jesús sobre la guarda y custodia de las hijas menores, y se presentó la solicitud de medidas provisionales de carácter urgente.

PREGUNTAS

¿Es posible que sea una custodia compartida fehaciente, cuando el lugar de residencia de cada progenitor está a 300 km de distancia el uno del otro? ¿Qué soluciones ha desarrollado la jurisprudencia en este aspecto? ¿Qué papel juega el arraigo de las menores al entorno?

Cómo hemos podido ver, en este dictamen jurídico, la jurisprudencia y la doctrina española, son muy favorables a implantar la custodia compartida entre los progenitores que sufren una crisis en sus matrimonios y que afectan directamente a sus hijos menores. Los tribunales se sirven de distintos criterios para esta atribución y deben valorarlos todos, siempre desde la base de la protección y el beneficio de los menores, nuestro cliente se ve afectado por uno de ellos para que esta custodia compartida que el reclama sea fehaciente, que es el distanciamiento de los domicilios. Hay mucha jurisprudencia al respecto y este tipo de custodia es posible siempre que los domicilios no se encuentren muy distanciados entre ellos, la casuística es extensa al respecto, pero en este caso creo que no sería muy factible ya que entre los domicilios hay unos 300 km de distancia, no podrían ir al colegio el tiempo que estuvieran con el otro progenitor custodio, estarían separados de sus amigos y su entorno escolar, en definitiva habría que valorar el entorno social, escolar y familiar. Aunque como hemos podido ver deberíamos valorar si la acción de la madre, de llevarse a las menores a vivir a Bilbao sin el consentimiento expreso del otro progenitor era válida, ya que el arraigo de las menores en ese momento estaba en Valladolid, que es donde residían entonces.

¿Es posible la compensación de la pensión de alimentos con los gastos derivados del desplazamiento, debido a la lejanía de los domicilios de los progenitores?

Sí, es posible solicitar una reducción de la pensión alimenticia debido a los gastos adicionales que implica el traslado para el cumplimiento de la custodia compartida, siempre y cuando estos desplazamientos sean elevados y representen una carga económica significativa para la persona que realiza los viajes.

En general, los gastos derivados del transporte, como los de desplazamiento hacia el domicilio del otro progenitor para cumplir con las visitas o el régimen de custodia, no suelen considerarse como un factor directo en el cálculo de la pensión alimenticia. Sin embargo, en algunas circunstancias, un progenitor puede solicitar a un juez la modificación de la pensión de alimentos si puede demostrar que esos gastos adicionales están afectando gravemente su capacidad económica.

Para que la solicitud sea considerada, se tendría que demostrar que:

1. **La distancia y los gastos son elevados:** El coste de los desplazamientos debe ser lo suficientemente alto como para justificar la solicitud de una reducción de la pensión alimenticia.
2. **La modificación se solicita de forma razonable:** La persona que solicita la rebaja de la pensión debe poder probar que la pensión establecida inicialmente ya no es sostenible debido al coste de los traslados y que esto afecta a su bienestar económico.

A continuación, menciono algunas sentencias al respecto:

1. **Sentencia del Tribunal Supremo (STS 584/2014, de 12 de noviembre):**
En esta sentencia, el Tribunal Supremo establece que es posible modificar la pensión alimenticia si existen circunstancias extraordinarias que alteren sustancialmente la capacidad económica de uno de los progenitores, como pueden ser gastos extraordinarios derivados de la custodia compartida. Aunque no se refiere exclusivamente a los traslados, sí sienta la base para que los tribunales tomen en cuenta otros gastos imprevistos que afecten a la capacidad de uno de los progenitores para cumplir con sus obligaciones alimentarias.
2. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP 324/2018, de 15 de junio):** En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid consideró la petición de un progenitor para modificar la pensión alimenticia debido a los gastos derivados de los desplazamientos en un régimen de custodia compartida. Aunque el fallo no resolvió de forma absoluta a favor de la modificación, sí planteó que los costes derivados de los traslados pueden ser considerados como un factor para valorar la capacidad económica de los progenitores y la necesidad de ajustar la pensión alimenticia.

3. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP 209/2016, de 8 de marzo):** En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona abordó la solicitud de modificación de la pensión alimenticia a causa de los elevados gastos derivados del régimen de visitas y custodia compartida, dado que las distancias entre los domicilios de los progenitores eran muy grandes. En este caso, el tribunal reconoció que, aunque los gastos extraordinarios no se consideran de forma automática para reducir la pensión alimenticia, sí se debe analizar si esos gastos afectan la capacidad económica del progenitor que los asume.

¿Juzgado competente para entrar a ver sobre el asunto? ¿Barakaldo o Valladolid?

El Juzgado competente para conocer el asunto sería el de Bilbao, basándonos en el artículo 769.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que establece que, en los procesos sobre guarda y custodia de menores, la competencia territorial corresponderá al juzgado del lugar donde tenga su domicilio el menor en el momento de la demanda. Dado que las menores viven con la madre en Bilbao, ese sería el lugar donde debe presentarse la denuncia.

Por lo tanto, según la legislación vigente, el padre debe interponer la denuncia en el juzgado de Bilbao.

¿Qué asesoramiento procesal le daría en un primer momento al cliente a la hora de comenzar con los trámites?

En primer lugar, le diría a mi cliente, que nuestra opción es extrajudicial, y lo primero que haría sería enviar aun Burofax urgente a la progenitora de las menores para requerirle el cumplimiento inmediato del acuerdo extrajudicial que los dos mantiene gracias al procedimiento de mediación al que los dos se sometieron. Dándole como plazo para su contestación, unos 10 días como máximo.

Tras la hipotética negativa o la no contestación a este Burofax, interpondríamos una demanda de divorcio a la que anexaría el acuerdo de mediación existente, solicitando la ejecución de éste acuerdo de custodia y su homologación, y junto a esta demanda solicitaría unas medidas coetáneas, solicitando un régimen de visitas o una estancia provisional para que la situación de mi cliente no se prolongara innecesariamente en el tiempo, pudiendo causar daños mayores. Tras la interposición de

ésta demanda se le dará un plazo a la otra parte de 20 días para contestar. Todo ello en base al artículo 770 de la LEC.

2. ARTÍCULO 92 Y LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1 Concepto y Contextualización

La guarda y custodia es una figura de Derecho de familia que se integra dentro del contenido persona de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores. Su ejercicio implica la convivencia diaria con el menor y el cuidado directo de éste; y, en concreto, abarca aspectos tales como la alimentación, la educación y formación, la vigilancia y control, etc. También comprende otras funciones inherentes a dicha convivencia, como la adopción de las decisiones cotidianas de menor importancia y de aquellas que tengan carácter urgente o no admitan demora¹.

Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia, se están planteando dos cuestiones: quien va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo², y quien irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado³.

Ello ha llevado a un sector de nuestra doctrina a firmar que, en la práctica, está ejerciendo la guarda y custodia de un menor aquel progenitor que en un momento dado lo tiene en su compañía, lo que incluiría al no custodio durante los periodos de comunicación establecidos⁴. Otro sector doctrinal define la guarda y custodia como una de las funciones implícitas en la patria potestad que, como consecuencia de la ruptura de la pareja, se desgaja de aquella para pasar a ser un derecho-deber independiente,

¹ MARTINEZ CALVO, JAVIER, *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, Pág 43 y sgs.

² BALLESTEROS DE LOS RIOS, MARIA, *Sentencia de 11 de marzo de 2010: Guarda Custodia compartida*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 84, 2010, p 1837.

³ MARTINEZ CALVO, J., *La guarda y...* Ob. Cit., Pág 43 y sgs.

⁴ MARTINEZ CALVO, J., *La guarda y...* Ob. Cit., Pág 43 y sgs.

constituyendo su contenido fundamental conceder toda clase de cuidados a los hijo y tener a éstos en su compañía⁵.

Conforme a lo expuesto, las obligaciones de los padres continúan existiendo después de la separación, nulidad y el divorcio y, por tanto, cada uno de ellos desde su nueva posición ha de seguir cumpliendo con los deberes que la patria potestad les impone⁶.

De las definiciones anteriores podemos destacar tres características del concepto de guarda y custodia en general:

1. Es parte de la patria potestad.
2. Implica convivencia habitual.
3. Se refiere al aspecto personal e inmediato del menor. Es decir, a las relaciones cotidianas que son fruto de la convivencia.

Finalmente por lo que respecta a la jurisprudencia menor⁷, ha manifestado que la guarda y custodia de los hijos menores constituye uno de los deberes y facultades de los padres, en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad, de lo que se deduce que los progenitores, cotitulares de la patria potestad con relación a los hijos, tienen el deber y facultad de velar por ellos y tenerlos en su compañía; ese concepto de “compañía” presupone no solamente una inmediación física y el mismo techo, sino una comunicación de afectividad y cariño, unido todo ello, al deber de velar por los hijos en el sentido más amplio de la expresión. Añadiendo que *“ese deber y la facultad de tener a los hijos menores en compañía de los padres se encuentra*

⁵ BERMUDEZ BALLESTEROS M.S. *Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial*, Aranzadi Civil-Mercantil, nº2/2001, Aranzadi S.A. Pamplona 2001, p19.

⁶ DOMINGUEZ OLIVEROS, INMCULADA, ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?; Marco normativo y praxis judicial. *Tirant lo Blanch, Valencia 2018, Pág 32 y sgs*

⁷ Roj: SAP H 113/2007 – ECLI: ES: APH: 2007: 113 de 30 de marzo de 2007. // Roj: SAP TF 2190/2008 – ECLI: es: APTF: 2008:2190 de 21 de julio de 2008.

*indisolublemente unido a La guarda y custodia de los hijos, constituyendo presupuesto de la misma”*⁸.

2.2 Modalidad

2.2.1 Custodia monoparental

El juez a la hora de tomar la decisión sobre el tipo de guarda y custodia más adecuado a cada caso, debe atenerse a sus propios criterios y a los seguidos previamente por la jurisprudencia de nuestro país, y esta práctica judicial pone de manifiesto que para la atribución de la vivienda a uno de los progenitores el juzgador entra a valorar muchos factores, entre otros, si alguno de los progenitores va a cambiar de residencia tras la ruptura y las posibles repercusiones que esto pueda conllevar, el abandono de la vivienda familiar y los hijos tras la crisis de pareja y las razones por las cuales se actuó de esa manera, la actividad laboral, las influencias de las nuevas parejas, enfermedades psíquicas de los padres, delegación excesiva de las funciones de cuidado de los hijos a los abuelos o terceras personas, pero cabe destacar uno de los factores más valorados en las últimas sentencias, y es la predisposición que tienen los progenitores a la hora de facilitar al otro progenitor la relación con sus hijos⁹. En este sentido tenemos una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia¹⁰.

El cónyuge custodio estará legitimado para adoptar las decisiones que afecten a la vida cotidiana del menor, sin excesiva trascendencia para su futuro, como a mi modo de ver son las relativas a las actividades extraescolares o clases de refuerzo; si la sentencia no ha precisado con claridad en alguna cláusulas estas decisiones serán habituales los problemas planteados en ejecución de sentencia, por ello existen juzgados que en sus autos de ejecución organizan intervenciones de mediación, llegando a promover encuentros de los progenitores al comienzo del curso escolar para pactar las actividades extraescolares¹¹, sin perjuicio de que si reclama al otro progenitor una

⁸ Roj: SAP T 154/2006 – ECLI: ES: APT: 2006:154 de 2 de febrero de 2006. // Roj: SAP TO 55/2007 – ECLI: ES: APTO: 2007: 55 de 24 de enero de 2007. // Roj: SAP TF 1799/2008 – ECLI: ES: APTF: 2008: 1799 de 26 de mayo de 2008. // Roj: SAP TF 2190/2008 – ECLI: ES: APTF: 2008: 2190 de 21 de julio de 2008.

⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO; *Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág 944 y sg*

¹⁰ Roj: SAP V 5/2007 - ECLI:ES:APV:2007:5, 25 de mayo de 2007.

¹¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R.; *Comentarios al Código Civil...Ob.Cit, pág 944 y sg.*

contribución económica en concepto de gasto extraordinario deba existir acuerdo, salvo que otra se hubiera pactado en el convenio.

2.2.2 Custodia compartida

La legislación y la regulación de la guarda y custodia compartida de los hijos menores ha experimentado diversas modificaciones, es por ello que refleja claramente la evolución en la percepción y el concepto de la familia, que tiene la sociedad, así como el entendimiento de la guarda y custodia.

Hasta la reforma de la Ley del 8 de julio de 2005, la custodia compartida no estaba regulada en el Código Civil, sin embargo, antes de abordar cual es la legislación vigente actualmente, vamos a distinguir entre varios momentos clave en la evolución de la normativa.

En primer lugar, debemos hablar de la reforma del CC obrada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, mantenían el modelo de guarda exclusiva al cónyuge más idóneo y la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos menores de 7 años, sin tener en cuenta la causa que había provocado la ruptura de la pareja. Este sistema legal de guarda exclusiva implicaba la atribución de la titularidad de la guarda a uno de los padres y al otro progenitor, un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o por la autoridad judicial¹².

Así desde un punto de vista legal, el articulado del Código Civil en su regulación anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, no dedicaba ninguna norma a regular la posibilidad de acordar una custodia compartida. Sólo determinados preceptos se han venido refiriendo con carácter general a las medidas relativas a la custodia de los hijos menores de edad. Solo algunos preceptos se han referido a estas cuestiones, pero con carácter general, como el art. 90 con referencia a los procedimientos matrimoniales consensuados, que establecía que los cónyuges determinarían la persona a cuyo cuidado habrían de quedar los hijos sujetos a la patria potestad, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicaciones y estancias de los hijos con el progenitor que no viviera con ellos. Por su parte, el art.92 CC, en lo concerniente al procedimiento matrimonial

¹² DOMINGUEZ OLIVEROS, I., ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?... *Ob.Cit.* Pág 56 y sgs

contencioso, se refería al establecimiento de medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, adoptadas siempre en interés de los menores, después de ser oídos si tuvieran suficientes juicios y siempre a los mayores de doce años. Y el art. 103.1 CC, y también por remisión la norma del art. 104 CC, en lo referente a las medidas provisionales, previas y coetáneas a la demanda, disponía la necesidad de que el juez, a falta de acuerdo entre los cónyuges, estableciera, en beneficio de los menores, con cuál de sus progenitores han de quedar éstos¹³.

La primera regulación en la que se contempla la posibilidad de establecer la guardia y custodia compartida es en la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y afronta este tipo de custodia como excepcional¹⁴ respecto de la individual, sometiéndola a numerosos controles y requisitos, especialmente cuando no son los progenitores de común acuerdo, los que la proponen, sino solo uno de ellos, de hecho aún en el caso de que los progenitores estuvieran de acuerdo y acudieran a este proceso de común acuerdo como establece el artículo 92.5 del CC, el Juez deberá entrar a valorar la idoneidad del mismo para proteger así el interés de los menores¹⁵. Esta concepción de salvaguardar a los menores, se deriva de la protección que brinda la Constitución a la familia (art. 39 CE)¹⁶, y de los diversos tratados internacionales, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷.

Dedicar el apartado 5 en adelante al régimen de guarda y custodia de los hijos menores, es decir, a determinar las personas que deberán ocuparse del cuidado, convivencia habitual y la atención diaria de los menores, centrándose en el sistema de custodia compartida, ya que es una novedad por haber sido incorporado al derecho positivo, pero no a la práctica judicial, dejando al Juez necesariamente que se pronuncie sobre estas medidas¹⁸. Por otro lado, dicha ley mencionada anteriormente no establece criterios que puedan servir de guía al Juez a la hora de toma de decisiones el sistema

¹³ DOMINGUEZ OLIVEROS, I., ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?... *Ob.Cit.* Pág 56 y sgs

¹⁴ Roj: STS 4824/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4824, 7 de julio de 2011.

¹⁵ Roj: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924, 22 de julio de 2011.

¹⁶ Constitución Española, CE, Art. 39, 1978.

¹⁷ CAÑIZARES LASO, ANA Y OTROS, *Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2023*, pág 949 y sg.

¹⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R.; *Comentarios al Código Civil...Ob.Cit.*, pág 944 y sg.

más adecuado en cada caso, y también deja sin regular la posibilidad de atribuir a terceras personas dicha custodia de los menores, con los cuales en muchos casos han convivido ya previamente de forma habitual¹⁹.

La esencia de este tipo de guarda y custodia no es otra que la de que los dos progenitores sigan siendo partícipes de la vida cotidiana de sus hijos, no quedando reducido su papel a un mero visitador ocasional²⁰. Además, otro aspecto que deberá tener en cuenta el Juez a la hora de discernir sobre esta cuestión es el informe del Ministerio Fiscal sobre su idoneidad o no, aunque este informe carece de carácter vinculante²¹, por otro lado, deberá escuchar a los menores si lo estima necesario, con especial atención según el artículo 92.6 a la relación que los padres mantengan entre sí y con los propios hijos.

Cabe mencionar, que el carácter excepcional de este tipo de custodia anteriormente mencionado, no es el adecuado como hemos podido observar en diferentes sentencias posteriores del Tribunal Supremo, y muestran una postura muy favorable a la adopción de este tipo de custodia de una manera normal, haciendo efectivo así el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores²². Intentando acercarse al modelo de convivencia previo a la crisis matrimonial o familiar, garantizando a los progenitores el desarrollo de sus derechos y obligaciones inherentes a su patria potestad, participando en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los menores²³.

2.2.3 Guarda y custodia de los abuelos o terceras personas y custodia distributiva o partida

Son dos clases de custodia excepcionales, en primer lugar, vamos a entrar a examinar la primera de ellas, la guarda y custodia ejercida por terceros, esta regulada en el artículo 103.1 del Código Civil²⁴, donde establece que la guarda y custodia será

¹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R.; *Comentarios al Código Civil...Ob.Cit, pág 944 y sg.*

²⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R.; *Comentarios al Código Civil...Ob.Cit, pág 944 y sg.*

²¹ STC 185/2012, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012) ECLI:ES:TC:2012:185

²² STS 2840/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2840, 7 de julio de 2017 / STS 3743/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3743, 13 de noviembre de 2018 / STS 2197/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2197, 16 de junio de 2020.

²³ STS 3561/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3561, 26 de octubre de 2020.

²⁴ BOE-A-1889-4763, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

ejercida excepcionalmente por parte de los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Este artículo sitúa a los abuelos en una situación privilegiada sobre los otros familiares que también pudieran optar a esas responsabilidades, tales como tíos de los menores u otros. La Sentencia del Tribunal Supremo 47/2015²⁵ atribuye la custodia a la tía materna de los menores frente a los abuelos, por ser más beneficioso para ellos. Estos supuestos deben estar fundamentados en causas de gran trascendencia tales como ausencia de los progenitores o incapacidad para ejercer las responsabilidades propias de la patria potestad a causa, por ejemplo, de determinadas enfermedades, toxicomanías graves o reclusión en instituciones penitenciarias. Solo en el caso de que no existan o no presten este consentimiento los parientes, las funciones de guarda custodia o tutelares serían encomendadas a una institución pública. Los abuelos velarán por los menores, entre otras funciones, los tendrán en su compañía y les procuren una formación integral, también podrán de acuerdo al artículo 154 del Código Civil, administrar sus bienes y ejercer su representación. Y según el artículo 103 del CC todas estas funciones se ejercerán bajo la autoridad y supervisión del Juez²⁶.

Pero este tipo de guarda y custodia no implica la pérdida de la patria potestad, hay que tener en cuenta cada caso en concreto y estudiar si procede un derecho de visitas y, en su caso, poder incluso recuperar la custodia, si ha cesado la situación de desamparo, en todo caso, la situación concreta siempre será evaluada por los servicios psicosociales adscritos a los juzgados de familia, con el fin de valorar si el padre o la madre que quiere ver a su hijo está capacitado para tener visitas con el menor, por lo general se conceden estas visitas pero la materia está plagada de casuística²⁷.

²⁵ Roj: STS 253/2015 - ECLI:ES:TS:2015:253 de febrero de 2015.

²⁶ BLOG IURISTECH, Despacho de Abogados, *La Custodia Ejercida por un Tercero*. 7 de diciembre de 2023. <https://www.abogadosiuristech.com/blog/la-custodia-ejercida-por-un-tercero>

²⁷ ALVAREZ BARCO, BLANCA, Eroski Consumer, *Ni con mama ni con papá: Custodia con un tercero*, 7 de noviembre de 2019. <https://www.consumer.es/economia-domestica/familia/ni-mama-ni-papa-menores-custodia-terceros.html>

2.3 Criterios para la guarda y custodia compartida y la importancia del arraigo del domicilio

Los criterios para establecer la custodia compartida no vienen establecidos claramente en la ley 15/2005 de 8 de julio, pero algunas leyes autonómicas sí que han desarrollado en este aspecto algunos criterios, unos comunes y otros singulares - Aragón (Art. 6), Cataluña (Art. 233-11), Navarra (Art. 3.3), Valencia (Art. 5.3) y País Vasco (Art. 9.3) – que quedan plasmados en la siguiente tabla²⁸:

	Aragón	Cataluña	Navarra	Valencia	País Vasco
La edad de los hijos.	X		X	X	X
El número de hijos e hijas.					X
El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas menores.	X		X	X	X
La vinculación efectiva entre los hijos y con cada uno de sus progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos domicilios.		X			X
La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.		X	X		X
La opinión de los hijos.	X	X	X	X	X

²⁸ BECERRIL, DIEGO Y VENEGAS, MAR; *La custodia compartida en España*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, pág 51.

La aptitud y voluntad de los progenitores para garantizar la estabilidad, el bienestar procurar un entorno adecuado a los hijos, de acuerdo con su edad.	X	X	X		
La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; las actividades de los padres y los hijos; así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.	X	X	X	X	X
La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.				X	
La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores, así como los apoyos con los que cuenten.		X			X
El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención (crianza y educación) de los hijos e hijas menores ante la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar, y la capacidad de cada uno.		X		X	X
Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.		X	X		
Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.				X	X

Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.	X		X	X	X
---	---	--	---	---	---

Anteriormente, hemos visto los criterios utilizados por los derechos forales, pero la doctrina del Tribunal Supremo se rige por sus propios criterios, que son en gran medida los vistos en la tabla, pero desde puntos de vista distintos.

Nuestra legislación configura el interés superior del menor, como el criterio fundamental al que debe atender el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en materia de Derecho de familia. Son numerosas las referencias al principio del interés superior del menor tanto en el ámbito internacional y europeo como en nuestra legislación interna: en la Constitución y en el Derecho estatal y autonómico., concediéndole en todo caso un carácter prevalente²⁹. Se configura como el fin último, y por lo tanto es el criterio rector para la determinación del régimen de guarda y custodia y prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que esté en juego³⁰.

De hecho, como he adelantado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a introducido en el segundo párrafo del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, una serie de criterios y elementos de valoración para determinar cuál es el mejor interés del menor en cada supuesto: “ *a)la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales y físicas y educativas como emocionales y afectivas, b)la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés superior, c) la convivencia de*

²⁹ MARTINEZ CALVO, J., *La guardia y...* Ob. Cit., Pág 254 y sgs.

³⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 2.4

*que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familia adecuado y libre de violencia. [...]”*³¹

Sin perjuicio de todo lo anterior, la inexistencia de una lista en nuestro Código Civil no impide que puedan extraerse algunos criterios, como la recomendación de no separar a los hermanos- art. 92.5 CC-, o la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos – art. 92.6 CC-, los deseos manifestados por el menor- art. 92.6 CC-, el informe del ministerio fiscal- art. 92.6 CC-, el resultado del dictamen de los especialistas – art. 92.9 CC-, las alegaciones de las partes – art. 92.6 CC-, y las pruebas practicadas en la comparecencia -art. 92.6 CC-. Todos ellos deberán ser aplicados conforma a los criterios antes mencionados del art. 2 LOPJM³².

En cuanto a la jurisprudencia menor me gustaría destacar una de las primeras Sentencias en realizar la ardua tarea de enumerar o mencionar estos criterios, como es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2006³³, que mencionó los siguientes : “ a) la disponibilidad del tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, las relaciones con la familia amplia , el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; c) la ponderación de cual de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con total normalidad, d) el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor a la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no sea vea afectado a desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; la precaución de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el fan por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones³⁴.

Según la STS 3830/2023 de 26 de septiembre de 2023³⁵, nos menciona la gran importancia de la STS 257/ 2013 de 29 de abril³⁶ en cuanto a los criterios de los que se

³¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 2.4

³² MARTINEZ CALVO, J., *La guardia y...* Ob. Cit., Pág 254 y sgs

³³ Roj: SAP B 11983/2006 - ECLI:ES:APB:2006:11983 de 20 de diciembre de 2006.

³⁴ MARTINEZ CALVO, J., *La guardia y...* Ob. Cit., Pág 254 y sgs

³⁵ Roj: STS 3830/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3830 de 26 de septiembre de 2023.

³⁶ Roj: STS 2246/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2246 de 29 de abril de 2013.

debe valer el Juez a la hora de sintetizar la doctrina de la sala, pero la sentencia 175/2021 de 29 de marzo³⁷ nos los sintetiza:

"A) La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores.

"B) No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. [...]

"D) Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Un criterio que se plantea en la custodia compartida, y que afecta directamente a nuestro cliente, es la distancia entre los domicilios de los progenitores. Nuevamente nos encontramos con un tema que sigue en gran discrepancia entre las sentencias de las AP y que muchas Asociaciones de Padres han aprovechado para usar en contra de la custodia compartida al considerar que una distancia entre los domicilios sería perjudicial para la estabilidad de los menores. Evidentemente una gran distancia por ejemplo vivienda en distintos países o en CCAA muy lejanas hace difícil, aunque no imposible, la custodia compartida. Si embargo no toda distancia entre los domicilios,

³⁷ Roj: STS 1226/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1226 de 29 de marzo de 2021.

por ejemplo, si no viven la en la misma ciudad, supone que se vaya a denegar la custodia.

En este sentido la Sentencia de la AP Baleares de 18/03/2014³⁸ que señala que “la indiscutida cercanía entre los domicilios de los padres evita o, al menor, disminuye, el riesgo que se ha visto denominado “niños maleta”.

Así mismo la Sentencia de la AP de Valencia de 11/12/2013³⁹ determina que “los inconvenientes prácticos derivados de la distancia entre los domicilios resultan compensados con la ventaja de que la hija este con ambos progenitores”. En contra podemos encontrarnos con la Sentencia de la AP de Huelva de 27/10/2013⁴⁰ (nº 196/2013) donde considera que la distancia existente entre Madrid y Huelva es demasiado extensa para poder llevar a cabo un sistema de custodia compartida.

Para otorgar la custodia compartida, pedida a instancia de un solo progenitor, los criterios que hemos enumerado del TS tienen en consideración la ubicación de los domicilios de los progenitores, horarios y actividades de ambos para comprobar si pueden hacerse cargo del cuidado de los hijos de forma diligente⁴¹.

Y debido a las circunstancias que se han dado en el caso de nuestro cliente, me gustaría resaltar también este otro criterio en relación con el anteriormente mencionado.

El Arraigo social y familiar solo es recogido por las CCAA, ya que la legislación estatal no lo recoge. Se regula en el artículo 80.02 b) CDFA, art. 233-11.1.a) CCCat, en la Ley 71.4 CDCFN y art. 9.3 g) LRFPV. Podemos entender por este criterio la relación y vinculación existente entre el menor y las personas que convivan en el hogar ya sean, hermanos de vínculo sencillo, padrastros, madrastras, abuelos...; las relaciones que mantengan con su familia extensa, teniendo presente el lugar en el que estas personas viven, pues si su domicilio está cerca del menor, en el caso de que el Juez conceda una custodia compartida, y el otro progenitor tuviera fijado su domicilio a una distancia “relativamente” lejos, podría perder cierto grado de vinculación con las personas a las que nos referimos al tener que residir alternativamente en las residencia de sus dos

³⁸ Roj: SAP B 2547/2014 - ECLI:ES:APB:2014:2547 de 18 de marzo de 2014.

³⁹ Roj: SAP V 5423/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5423 de 11 de diciembre de 2013.

⁴⁰ Roj: SAP H 1120/2013 - ECLI:ES:APH:2013:1120 de 27 de octubre de 2013.

⁴¹ DELGADO SAEZ, JESICA, *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica español*. Reus, 2020 Madrid, Pág 183 y sgs.

progenitores, por ello, se recomienda que se tenga en consideración el vínculo establecido entre el menor y estas personas. Lo mismo ocurriría con su entorno social, si los amigos del menor están en la zona de la ciudad donde antes estaba el domicilio familiar y ahora, al establecer la custodia compartida, tiene que desplazarse hasta, por ejemplo, el extremo opuesto de la ciudad y ello conllevaría que su entorno social se vería alterado. O, lo mismo ocurriría, con su entorno escolar⁴².

Por todo ello, creo que Don Jesús Lozano y su ex pareja, serían perfectamente válidos para poder llevar a cabo entre ellos una custodia compartida fehaciente, aunque creo que la distancia que tomó la expareja de mi cliente en cuanto al cambio de domicilio tiene un peso importante y habría que hacer matizaciones, que veremos más adelante en este dictamen.

3. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

El artículo 142 del Código Civil recoge la definición de lo que se entendería por alimentos: *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.” [...] ⁴³.

Pero lo que realmente buscamos en el presente dictamen jurídico es obtener la definición de pensión alimenticia, que es la siguiente: *todos aquellos gastos que los progenitores tienen capacidad de abonar referidos al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de los hijos menores de edad, y que se computan teniendo en cuenta un doble baremo; por un lado, el nivel de vida que la familia tenía hasta el momento de la ruptura y, por tanto, la nueva situación económica que surge en torno a los progenitores y los hijos como consecuencia de la crisis familiar*⁴⁴.

⁴² DELGADO SAEZ, JESICA *La guarda y custodia compartida...Ob.Cit*, Pág 183 y sgs.

⁴³ TORREMOCHE BARREDA, CAROLINA *Conceptos Jurídicos, Pensión Alimenticia*. 22 de enero 2024.

⁴⁴ APARICIO CAROL, IGNACIO *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español. Problemas y soluciones que se plantean en los pleitos de familia*, Tirant lo Blanch, 2018, Pag 178 sgs.,

Es un derecho de los hijos menores, por lo tanto, está especialmente protegido por el ordenamiento jurídico.

Los familiares que tiene derecho a la pensión de alimentos en aquellos casos en que estén necesitados son los cónyuges, los ascendientes y descendientes y, en ciertos supuestos, los hermanos (Art. 143 CC)⁴⁵.

Sin embargo, como se ha señalado, la pensión de alimentos se establece sobre todo tras la ruptura de la relación entre los progenitores. En estos casos, la pensión alimenticia debe pagarse a los hijos menores de edad y a los mayores no emancipados que carezcan de ingresos propios por causa ajenas a su voluntad.

Por lo tanto, es importante saber que el hecho de que un hijo alcance la mayoría de edad no implica que se extinga su derecho a seguir percibiendo esta pensión, en tanto en cuanto no disponga de ingresos propios por causas que no le sean imputables, por ejemplo, si sigue estudiando.

En cuanto a la cuantía, puede establecerse en el convenio regulador de separación o divorcio o en virtud de sentencia judicial.

En general, es el progenitor no custodio quien debe abonar esta pensión, ello porque se entiende que el progenitor custodio ya asume gastos cotidianos en su día a día. No obstante, hay que tener en cuenta que, en caso de custodia compartida, también puede existir pensión alimenticia, en función de la situación de desequilibrio económico entre progenitores y otros factores. Es decir, no hay que asumir que el derecho a pensión alimenticia solo existe cuando una custodia monoparental⁴⁶.

*La Sentencia del TS de 11 de febrero de 2016⁴⁷ declara que la custodia compartida no exime del **pago de alimentos** cuando existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges o alguno no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 CC), sin posibilidad de limitación temporal. Y ello sin perjuicio de una ulterior modificación de variar sustancialmente tales circunstancias.*

⁴⁵ BOE-A-1889-4763, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴⁶ TORREMOCHA BARREDA, CAROLINA *¿Hay que pagar pensión de alimentos en caso de custodia compartida?* 23 de agosto de 2023.

⁴⁷ Roj: STS 359/2016 - ECLI:ES:TS:2016:359 de 11 de febrero de 2016.

3.1 Tendencia jurisprudencial sobre la pensión de alimentos en custodia compartida

En la actualidad, existe entre los jueces de familia una clara tendencia, como hemos visto anteriormente, a dictar que los menores pasen el mismo tiempo con ambos progenitores, equiparando las estancias de los hijos con uno y otro. Esto tendrá incidencia directa en la fijación del importe de la pensión alimenticia, lo que se considera que supondría superar la rigidez del artículo 96.1 del Código Civil, siempre que se encuentre garantizado el derecho de habitación del menor. Es más, cierta jurisprudencia considera que la posibilidad de fijar la custodia compartida, como régimen preferencial sería un elemento reductor de la tensión familiar, y tendría una finalidad reequilibradora, ya que, en caso de ingresos parejos, ambos asumirían los gastos ordinarios del hijo cuando estuviera en su compañía, afrontando los extraordinarios, incluidas la educación y la atención sanitaria, a medias⁴⁸.

En este sentido se han pronunciado algunas sentencias, como la SAP de Castellón de 27 de junio de 2013⁴⁹ y la SAP de Islas Baleares de 24 de enero de 2012⁵⁰, que dan por sentado que la custodia compartida no altera la obligación de los padres de participar en el mantenimiento de sus hijos en proporción a sus posibilidades económicas, tal y como se establece en los artículos 145 y 146 del Código Civil. Así buena parte de la jurisprudencia considera que el tipo de custodia no tiene por qué ser un condicionamiento para la fijación de la pensión de alimentos; de tal manera que el establecimiento de la custodia compartida no supone la imposibilidad de establecer una pensión de alimentos para los hijos menores que deberá ser administrada “por uno de los progenitores en peor situación económica, con la finalidad de atender las necesidades de aquellos durante el periodo de tiempo que se encuentren en su compañía”⁵¹.

⁴⁸ APARICIO CAROL, IGNACIO *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español...* Ob.Cit, Pag 178 sgs.

⁴⁹ Roj: SAP CS 593/2013 - ECLI:ES:APCS:2013:593 de 27 de junio de 2013.

⁵⁰ Roj: SAP IB 78/2012 - ECLI:ES:APIB:2012:78 de 24 de enero de 2012.

⁵¹ APARICIO CAROL, IGNACIO *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español...* Ob.Cit, Pag 178 sgs.

Otro ejemplo de gran importancia y más próximo a nuestra actualidad es esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº570/2021, de 22 de octubre⁵², la cual establece cómo distribuir los gastos de los hijos en custodia compartida.

A título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia establece:

“... en los sistemas de guarda compartida con reparto igualitario del tiempo de estancia de cada progenitor con su hijo, tanto el padre como la madre deben proveer de lo cotidiano y por ello tenerlo bajo su techo, procurarle la alimentación correspondiente, la asistencia médica, así como cubrirle los gastos ordinarios de higiene, farmacia, vestido y calzado; el gasto que debe ser repartido entre ambos es el correspondiente al capítulo formación y, en este caso, también la mutua médica y ambos progenitores, con toda seguridad, procurarán a Luis Alberto no solo lo obligado sino lo que consideren conveniente incluso más allá de la enseñanza obligatoria (idiomas, deportes, excursiones, etcétera) dentro de sus posibilidades económicas.”

De hecho, uno de los principios que guía al Alto Tribunal a la hora de establecer la pensión alimenticia en los regímenes de custodia compartida, es el principio de proporcionalidad, basado precisamente en la capacidad de ambos progenitores y necesidad del alimentado⁵³.

3.2 ¿Qué datos se tienen en cuenta para calcular la pensión de alimentos?

La cuantía de la pensión de alimentos, no se calcula únicamente conforme el salario de los progenitores.

La doctrina y la jurisprudencia han completado la regulación del artículo 146 del Código Civil⁵⁴ y han establecido cuáles son los criterios para calcular la pensión de alimentos en custodia compartida:

- Las necesidades de los hijos

Resulta fundamental que las necesidades de los hijos queden cubiertas en la medida de lo posible. De manera que se mantenga el nivel de vida de los hijos anterior a la ruptura.

⁵² Roj: SAP B 12169/2021 - ECLI:ES:APB:2021:12169 de 22 de octubre 2021.

⁵³ Roj: STS 656/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3627 de 4 de octubre de 2021.

⁵⁴ BOE-A-1889-4763, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Este último criterio, aunque sería lo deseable es difícil que se mantenga en la práctica porque las rupturas de pareja implican una reducción de la capacidad económica de la familia. Por ejemplo, cuando antes se mantenía un solo domicilio ahora deberá llevarse a cabo el mantenimiento de al menos dos viviendas.

- La capacidad económica de cada uno de los progenitores

La comparación entre la situación económica de los progenitores permitirá valorar la proporción en que cada uno de ellos contribuirá a los gastos de los hijos, más allá de los propios de la convivencia, y determinará si es necesario fijar una pensión alimenticia a favor del progenitor con menos recursos.

- Tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores

La custodia compartida no siempre implica que el reparto de tiempo de los menores se distribuya por mitad con ambos progenitores. Si es un reparto de tiempo diferente, ejemplo al 70/30 por cien, la contribución a los gastos debe ponderarse teniendo en cuenta dicha circunstancia.

- La atribución del uso de la vivienda familiar

Si bien las Tablas que fija el Consejo General del Poder Judicial para calcular la pensión de alimentos no tienen en cuenta este criterio, debe ser objeto de estudio.

Si se establece la custodia compartida y la atribución del uso del domicilio familiar a uno de los progenitores, esta circunstancia debe tenerse en cuenta para cuantificar la pensión de alimentos.

Además, se tendrá en cuenta los préstamos, los gastos, las cargas familiares de uno y otro progenitor en aras a fijar una pensión de alimentos en custodia compartida.

4. REGIMEN DE VISITAS

La línea de separación entre la figura de la guarda y custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas del art. 94 CC es más difusa cuanto más amplio será el régimen de comunicación y visitas⁵⁵, pero aun así no cabe identificar el régimen de visitas con el régimen de guarda y custodia compartida⁵⁶.

⁵⁵ DOMINGUEZ OLIVEROS, I., ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?... *Ob.Cit.* Pág 56 y sgs.

⁵⁶ Roj: SAP O 2184/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2184 de 26 de septiembre de 2006. // Roj: SAP H 89/2007 - ECLI:ES:APH:2007:89 de 30 de marzo de 2007. // Roj: SAP Z 1122/2007 -

En la práctica puede llegar a ser muy difícil diferenciar en que situaciones podemos denominar la guarda y custodia como compartida, puesto que el hecho que delimita la frontera entre una guarda y custodia compartida es muy difuso. Muchos de los casos en los que la terminología se refiere a custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas para el otro, son en su contenido exactamente iguales a otros donde lo que se ha regulado legalmente es una custodia compartida. Sin embargo, ello no autoriza a igualar uno y otro, en cuanto que el otorgamiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los menores bajo su custodia en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido, quien no por ello no deja, como es lógico, de constituirse en garante de su cuidado mientras están con él⁵⁷.

El derecho de visita no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses⁵⁸.

Es conveniente advertir, que el régimen de comunicación del menor con el progenitor con quien en ese momento no conviva no va a desaparecer porque se conceda una guarda y custodia compartida⁵⁹.

En los casos de custodia compartida “es preferentemente viable el establecimiento recíproco entre los padres de derecho de visitas o comunicación con sus hijos para los

ECLI:ES:APZ:2007:1122 de 5 de junio de 2007. // Roj: SAP B 3297/2009 - ECLI:ES:APB:2009:3297 de 31 de marzo de 2009.

⁵⁷ DOMINGUEZ OLIVEROS, I., ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?... *Ob.Cit.* Pág 48 y sgs.

⁵⁸ Roj: SAP AB 947/1998 - ECLI:ES:APAB:1998:947 de 17 de diciembre de 1998. // Roj: SAP GC 1676/2004 - ECLI:ES:APGC:2004:1676 de 21 de mayo de 2004. // Roj: SAP LE 1514/2008 - ECLI:ES:APLE:2008:1514 de 4 de diciembre de 2008. // Roj: SAP AL 1392/2009 - ECLI:ES:APAL:2009:1392 de 18 de diciembre de 2009. // Roj: SAP M 17479/2017 - ECLI:ES:APM:2017:17479 de 19 de diciembre de 2017.

⁵⁹ MARIN LOPEZ, MARIA JOSE, *Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio, Manual de Derecho civil, Bercal, Madrid, 2018* pg.119 explica “en el caso de guarda y custodia compartida, la sentencia podrá fijar el régimen de comunicación de cada progenitor con sus hijos durante el periodo de tiempo que no convive con ellos. De este modo se permite a este cónyuge cumplir su deber de verlas por sus hijos (arts. 110 y 111 CC) y relacionarse con ellos (arts. 161 CC). Se trata, de un derecho-deber, pues en última instancia la comunicación y la visita del progenitor a los hijos menores se establece fundamentalmente en beneficio de estos”.

periodos en que por las reglas de alternancia no los tengan en su compañía. Si bien, un sistema de custodia compartida, por su misma consistencia garantiza el mantenimiento de una relación regular entre el hijo y ambos progenitores, puede ser conveniente fijar un régimen complemento de visitas en función de la duración y distribución de los periodos de convivencia propios de la custodia”⁶⁰.

Es cierto, que poco podemos decir en este asunto, pues la mayoría de las sentencias fijan la custodia compartida con alternancia semanal de lunes a lunes, no siendo necesario el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en ese momento por tratarse de un periodo de tiempo relativamente corto⁶¹. Pero se ha observado que si el periodo de alternancia es quincenal sí se establecen visitas con el progenitor que en ese momento no sea el custodio⁶².

Y en el supuesto en el que las estancias sean quincenales o más extensas, las visitas pueden tener una finalidad reparadora, que mantenga la relación fluida del progenitor con el menor, pero, en el caso de alternancia semanal las visitas pueden suponer un desequilibrio o pérdida de la estabilidad necesaria en los menores más que un beneficio⁶³.

⁶⁰ ACUÑA SAN MARTIN, MARCELA. *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodia tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015. P55.

⁶¹ Roj: STS 3207/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3207 de 15 de julio de 2015. // Roj: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707 de 9 de septiembre de 2015.

⁶² Roj: STS 335/2016 - ECLI:ES:TS:2016:335 de 4 de febrero de 2016. // Roj: STS 188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:188 de 4 de febrero de 2016. // Roj: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145 de 27 de junio de 2016.

⁶³ IGLESIAS MARTÍN, C.R., *El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Espacial referencia en las situaciones de custodia compartida*” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*.

5. CONCLUSIONES

1) La primera conclusión a la que llego es que aconsejaría a mi cliente, antes de interponer demanda o pedir ciertas medidas cautelares, acogería la vía extrajudicial, por la cual enviaría a su ex pareja un *Burofax* para instarle a que el régimen de visitas e intercambios de las menores se haga efectivo de manera que no tengamos que acudir a la vía judicial, lo cual sería más traumático para las menores.

2) Tras la negativa a ese Burofax, interpondría una demanda en el Juzgado que corresponda, para formalizar el divorcio o la separación de hecho y además sería para pedir también unas medidas urgentes coetáneas, para establecer provisionalmente un régimen de visitas o incluso la custodia exclusiva ejercida en ese tiempo por mi cliente para compensar todos los años de incomunicación con su padre.

3) El derecho de familia es extenso y la casuística es infinita, por ello es cierto que aunque el peso de la legislación es obviamente predominante, la jurisprudencia juega un papel de gran importancia en ciertos aspectos que no están regulados en las leyes o que su legislación es un poco abstracta como hemos podido ver en los criterios para asignar la custodia compartida y el criterio a seguir en cuanto a la designación de este tipo de custodia cuando los domicilios de los progenitores se encuentran distanciados.

4) El criterio base, del que parten todos los demás es el del interés superior del menor y de ahí derivan los demás, pero dentro de este dictamen uno de los que más nos interesaba su estudio era el del arraigo de las menores a su entorno, es primordial que el Juez entre a valorar el entorno de las menores, y como se vería afectada la estabilidad de su vida que uno de los progenitores cambie radicalmente de domicilio, ya que el entorno anterior de las menores, tanto familiar, como escolar y social afecta directamente en su desarrollo personal, atendiendo de lleno al interés superior del menor.

5) Y debido a todo ello, creo que finalmente el caso de Don Jesús y Doña Alba no puede finalizar con una custodia compartida efectiva si cada uno sigue residiendo en domicilios tan alejados, dado que la vida de las menores se alejaría

mucho de una vida estable, pero se debería acordar un régimen de visitas amplio gradual para volver a introducir a Don Jesús en la vida de las menores, que tanto tiempo han estado sin poder verlo.

6. WEBGRAFIA

- ALVAREZ BARCO, BLANCA, Eroski Consumer, *Ni con mama ni con papá: Custodia con un tercero*, 7 de noviembre de 2019. <https://www.consumer.es/economia-domestica/familia/ni-mama-ni-papa-menores-custodia-terceros.html>
- BLOG IURISTECH, Despacho de Abogados, *La Custodia Ejercida por un Tercero*. 7 de diciembre de 2023. <https://www.abogadosiuristech.com/blog/la-custodia-ejercida-por-un-tercero>
- TORREMOCHÉ BARREDA, CAROLINA, *Conceptos jurídicos, Pensión Alimenticia*. 22 de enero de 2024. <https://carolinatorremocha.com/blog/calculo-pension-alimentos/>
- TORREMOCHÉ BARREDA, CAROLINA *¿Hay que pagar pensión de alimentos en caso de custodia compartida?* 23 de agosto de 2023. <https://carolinatorremocha.com/blog/pension-alimenticia-custodia-compartida/>

7. BIBLIOGRAFIA Y ARTÍCULOS

- ACUÑA SAN MARTIN, MARCELA. *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodia tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, ISBN: 978-84-9085-294-1 2015. P55.
- APARICIO CAROL, IGNACIO *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español. Problemas y soluciones que se plantean en los pleitos de familia*, Tirant lo Blanch, 2018, ISBN: 9788491698555, Pag 178 sgs.,
- BALLESTEROS DE LOS RIOS, MARIA, *Sentencia de 11 de marzo de 2010: Guarda Custodia compartida*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, N° 84, 2010, p 1837.
- BECERRIL, DIEGO Y VENEGAS, MAR; *La custodia compartida en España*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, ISBN: 978-84-9148-140-9 pág 51.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO; *Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, ISBN:9788490334140, pág 944 y sg.*
- BERMUDEZ BALLESTEROS M.S. *Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial, Aranzadi Civil-Mercantil, nº2/2001, Aranzadi S.A. Pamplona 2001, p19.*
- CAÑIZARES LASO, ANA Y OTROS, *Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, ISBN:9788411692045 pág 949 y sg.*
- DELGADO SAEZ, JESICA *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica español. Reus, 2020 Madrid, ISBN:84-290-2373-9. Pág 183 y sgs.*
- DOMINGUEZ OLIVEROS, INMCULADA, *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?; Marco normativo y praxis judicial. Tirant lo Blanch 2018, ISBN:9788491903741. Pág 32 y sgs.*
- IGLESIAS MARTÍN, C.R., *El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Espacial referencia en las situaciones de custodia compartida” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.*
- MARIN LOPEZ, MARIA JOSE, *Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio, Manual de Derecho civil, Bercal, Madrid, 2018, ISBN 978-84-89118-22-5 pág.119.*
- MARTINEZ CALVO, JAVIER, *La guardia y custodia, Valencia Tirant lo Blanch, 2019, ISBN:9788413132037, Pág 43 y sgs.*

8. LEGISLACIÓN

- BOE-A-1889-4763, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 2.4
- Constitución Española, CE, Art. 39, 1978.

9. JURISPRUDENCIA

9.1 Jurisprudencia Tribunal Constitucional:

- Roj: STC 185/2012, de 17 de octubre (*BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012*) ECLI:ES:TC:2012:185

9.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- Roj: STS 4824/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4824, 7 de julio de 2011.
- Roj: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924, 22 de julio de 2011.
- Roj: STS 2246/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2246 de 29 de abril de 2013.
- Roj: STS 253/2015 - ECLI:ES:TS:2015:253 de febrero de 2015.
- Roj: STS 3207/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3207 de 15 de julio de 2015.
- Roj: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707 de 9 de septiembre de 2015
- Roj: STS 335/2016 - ECLI:ES:TS:2016:335 de 4 de febrero de 2016.
- Roj: STS 188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:188 de 4 de febrero de 2016.
- Roj: STS 359/2016 - ECLI:ES:TS:2016:359 de 11 de febrero de 2016.
- Roj: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145 de 27 de junio de 2016.
- Roj: STS 2840/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2840, 7 de julio de 2017.
- Roj: STS 3743/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3743, 13 de noviembre de 2018
- Roj: STS 2197/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2197, 16 de junio de 2020.
- Roj: STS 3561/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3561, 26 de octubre de 2020.
- Roj: STS 1226/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1226 de 29 de marzo de 2021.
- Roj: STS 656/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3627 de 4 de octubre de 2021.
- Roj: STS 3830/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3830 de 26 de septiembre de 2023.

9.3 Jurisprudencia de Audiencias provinciales:

- Roj: SAP AB 947/1998 - ECLI:ES:APAB:1998:947 de 17 de diciembre de 1998.
- Roj: SAP GC 1676/2004 - ECLI:ES:APGC:2004:1676 de 21 de mayo de 2004.
- Roj: SAP T 154/2006 – ECLI: ES: APT: 2006:154 de 2 de febrero de 2006.
- Roj: SAP O 2184/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2184 de 26 de septiembre de 2006.

- Roj: SAP B 11983/2006 -ECLI:ES:APB:2006:11983 de 20 de diciembre de 2006.
- Roj: SAP TO 55/2007 – ECLI: ES: APTO: 2007: 55 de 24 de enero de 2007.
- Roj: SAP H 89/2007 - ECLI:ES:APH:2007:89 de 30 de marzo de 2007.
- Roj: SAP H 113/2007 – ECLI: ES: APH: 2007: 113 de 30 de marzo de 2007.
- Roj: SAP V 5/2007 - ECLI:ES:APV:2007:5, 25 de mayo de 2007.
- Roj: SAP Z 1122/2007 - ECLI:ES:APZ:2007:1122 de 5 de junio de 2007.
- Roj: SAP TF 1799/2008 – ECLI: ES: APTF: 2008: 1799 de 26 de mayo de 2008.
- Roj: SAP TF 2190/2008 – ECLI:ES: APTF: 2008:2190 de 21 de julio de 2008.
- Roj: SAP LE 1514/2008 - ECLI:ES:APLE:2008:1514 de 4 de diciembre de 2008.
- Roj: SAP B 3297/2009 - ECLI:ES:APB:2009:3297 de 31 de marzo de 2009.
- Roj: SAP AL 1392/2009 - ECLI:ES:APAL:2009:1392 de 18 de diciembre de 2009.
- Roj: SAP IB 78/2012 - ECLI:ES:APIB:2012:78 de 24 de enero de 2012.
- Roj: SAP CS 593/2013 - ECLI:ES:APCS:2013:593 de 27 de junio de 2013.
- Roj: SAP H 1120/2013 - ECLI:ES:APH:2013:1120 de 27 de octubre de 2013.
- Roj: SAP V 5423/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5423 de 11 de diciembre de 2013.
- Roj: SAP B 2547/2014 - ECLI:ES:APB:2014:2547 de 18 de marzo de 2014.
- Roj: SAP M 17479/2017 - ECLI:ES:APM:2017:17479 de 19 de diciembre de 2017.
- Roj: SAP B 12169/2021 - ECLI:ES:APB:2021:12169 de 22 de octubre 2021.