



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Trabajo Fin de Grado

Grado en Derecho

Guarda y Custodia compartida

Presentado por:

Carmen Duque Ramos

Tutelado por:

Félix Manuel Calvo Vidal

26 junio 2025

Curso 2024-2025

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de grado analiza la guarda y custodia compartida como una medida jurídica en los casos de separación o divorcio de los progenitores, siendo una de las más relevantes en el ámbito del Derecho de Familia.

Esta medida se presenta como la alternativa más adecuada para favorecer el interés superior del menor, permitiendo una implicación activa y equitativa de ambos progenitores.

Se analizará tanto la regulación estatal como autonómica, las obligaciones que conlleva la misma y los mecanismos de modificación y control de su cumplimiento.

ABSTRACT

This final degree project analyzes joint custody as a legal measure in cases of separation or divorce, one of the most relevant in the field of Family Law.

This measure is presented as the most favorable alternative to promote the best interests of the child, allowing for the active and equitable involvement of both parents.

It will analyze both state and regional regulations, the obligations it entails, and the mechanisms for modifying and monitoring its compliance.

PALABRAS CLAVE

Custodia compartida, interés superior del menor, progenitores, deberes, hijos, divorcio.

KEY WORDS

Joint custody, best interests of the child, parents, duties, children, divorce.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	5
2.	CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.....	6
2.1.	Definición.....	6
2.2.	Diferencias con la patria potestad	7
2.3.	Modelos de guarda y custodia	8
2.3.1.	La guarda o custodia exclusiva	8
2.3.2.	La custodia distributiva	9
2.3.3.	La custodia compartida	10
2.3.4.	La custodia atribuida a un tercero	11
3.	SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	12
3.1.	Justificación de la medida	13
3.2.	Cuando procede la medida	14
3.3.	Principios en los que descansa	15
3.4.	Efectos positivos	18
4.	REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	20
4.1.	Evolución y reforma del CC.	20
4.2.	Legislación autonómica	23
4.2.1.	Guarda y custodia en Cataluña.....	23
4.2.2.	Guarda y custodia en Aragón.....	26
4.2.3.	Guarda y custodia en Navarra.....	29
4.2.4.	Guarda y custodia en Valencia.....	30
4.2.5.	Guarda y custodia en País Vasco.....	31
5.	CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	31
5.1.	Aptitudes de los progenitores	32
5.2.	Deseo manifestado por los hijos	33
5.3.	Edad de los hijos	34
5.4.	Número de hijos	36
6.	DEBERES INHERENTES A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	37

6.1.	Pensión por alimentos	37
6.2.	Vivienda familiar	39
6.3.	Régimen de estancia y reparto de tiempo	41
7.	ACUERDO O DECISIÓN JUDICIAL	43
8.	MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS.....	45
9.	SUPUESTOS EN LOS QUE NO PUEDE CONCEDERSE	48
10.	INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA	50
11.	CONCLUSIONES.....	53
12.	BIBLIOGRAFÍA	55

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el Derecho de familia ha sufrido importantes modificaciones y con ello, la forma en la que se relacionan los progenitores con sus hijos tras una ruptura de pareja.

El modelo de guarda y custodia compartida ha ganado protagonismo como una alternativa cada vez más valorada tanto por los tribunales como para la doctrina y la sociedad en general. Este modelo representa la corresponsabilidad parental que busca asegurar el interés superior del menor. Además permite que ambos progenitores mantengan relación con el menor de manera activa en su vida cotidiana y en la toma de decisiones.

La Ley 8/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, fue una reforma clave en el ámbito de la protección jurídica del menor, y con ella se asentaron las bases para aplicación del régimen de custodia compartida.

En este trabajo, abordaré en primer lugar, los conceptos clave para poder entender el régimen de guarda y custodia, diferenciando los distintos modelos existentes, así como la diferencia con la patria potestad.

Posteriormente se profundizará en la guarda y custodia compartida, justificando la aplicación y los principios que sustentan a la misma .

A mayores, se estudiará la regulación del ordenamiento jurídico en España, la reforma y evolución del Código Civil y las normativas autonómicas.

Se tratarán también los criterios a tener en cuenta, los deberes inherentes a dicha modalidad y la diferencia entre el acuerdo por los progenitores o el establecimiento por decisión judicial.

Finalmente, se analizará los supuestos en los que no se concede la custodia compartida y las consecuencias de su incumplimiento.

Con este análisis se ofrece una visión completa y actualizada de un tema que en la actualidad tiene una gran relevancia jurídica y social.

2. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

2.1. Definición

La guarda y custodia aparece regulada en el Artículo 92 del Código Civil español.

Esta regulación no existía hasta la Ley 15/2005 de 8 de julio, que se encarga de reformar el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.

El régimen de guarda y custodia es una de las principales consecuencias de la declaración de nulidad, separación o divorcio de los progenitores. Se trata de decidir con quién deben convivir los hijos menores o mayores de edad, respecto de los cuales existan medidas de apoyo establecidas judicialmente.

La guarda y custodia afecta a los progenitores con independencia de que exista matrimonio o no.¹

El artículo 92 establece *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”*

Con esta regulación, no encontramos una definición legal del concepto de guarda y custodia, sino un deber que se atribuye a los padres de ocuparse de los hijos, de convivir con ellos, cuidando su seguridad y cubriéndose sus necesidades más básicas, mientras estos sean menores de edad o mayores necesitados de una protección especial.

Estamos ante un supuesto indeterminado, no existe una solución rígida aplicable a todos los casos, ya que debe acomodarse según los intereses del menor.

Tanto las partes afectadas cuando adopten el acuerdo sobre el régimen previsto, como el Juez a la hora de tomar la decisión, deben tener en cuenta el caso concreto y adoptar las medidas necesarias en función del mismo. Lo que puede ser bueno para unos puede resultar perjudicial para otros.

¹Conceptos jurídicos.com. (2025, 9 enero). *Guarda y Custodia | Custodia Legal: Guía actualizada 2025*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

2.2. Diferencia con la patria potestad

Para abordar las diferencias entre ambos conceptos es preciso conocer que se entiende por patria potestad.

Definir el concepto de patria potestad no es fácil, en tanto, en muchas ocasiones se confunde con el concepto de guarda y custodia. Cabe destacar que España es uno de los pocos Estados que diferencia ambos conceptos.

El CC regula la patria potestad en el artículo 154,

“Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

Tras la lectura de este artículo, se puede determinar que la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los progenitores respecto de los bienes y personas de sus hijos no emancipados, así como el conjunto de deberes que deben cumplir los padres.

La esfera de la patria potestad es mucho más amplia que la de la guarda y custodia y abarca decisiones en relación con su educación, salud, alimentación, representación, formación, administración de sus bienes.

La patria potestad la ostentan ambos progenitores por el hecho de serlo y solo se pierde por motivos graves previstos en la ley. La pérdida de la misma implica la pérdida de guarda y custodia en caso de tenerla.

Por lo tanto, podemos entender la patria potestad como un requisito indispensable para poder ejercer la guarda y custodia.²

2.3 Modelos de guarda y custodia

No solo existe un modelo único de guarda y custodia, sino que a lo largo del tiempo han surgido distintos modelos que diferencian entre la atribución de los menores a ambos progenitores, a uno solo de ellos o incluso a un tercero.

2.3.1 La custodia o guarda exclusiva

Este tipo de custodia se caracteriza por otorgar el cuidado y la elección de la residencia del menor a uno de los progenitores, mientras que la patria potestad sigue siendo de ejercicio y titularidad común. Para el otro progenitor se establece un régimen de estancia y comunicaciones.

Con ello, se otorgaba la custodia exclusiva en favor de uno de ellos y el no custodio se limitaba a cumplir con el régimen de visitas y la pensión de alimentos acordada.

² Zafra Espinosa de los Monteros, Rosa. *“Nadie pierde: La guarda y custodia compartida”* Dykinson, Madrid, 2018. Pág 115 y ss.

Además, este sistema implica la automática atribución del uso de la vivienda al progenitor en favor del cual queden los menores.

En relación con el régimen de visitas, ante la flexibilidad que puede establecerse para favorecer al no custodio en la relación con sus hijos, puede llegar a confundirse con la custodia compartida. Sin embargo, no llega a ser lo mismo. La custodia compartida significa más que el establecimiento de un simple régimen de visitas. Un ejemplo de ello es la Sentencia de 19 de febrero de 2013³.

En caso de fallecimiento del progenitor custodio, no hay una atribución automática de la custodia para el otro, sino que será necesario una decisión judicial.

Este procedimiento puede ser establecido por mutuo acuerdo o de manera contenciosa, generalmente, se favorece la intervención de un mediador.

A pesar de la incorporación a nuestro Derecho positivo de la guarda y custodia compartida por la ley 15/2005 de 8 de julio, en el momento de elección de la misma se acababa por favorecer la convivencia de los menores con uno de los progenitores.⁴

2.3.2 La custodia distributiva

La custodia distributiva implica el hecho de que existiendo varios hijos, residan algunos de ellos con cada progenitor, es decir, consiste en separar a los propios hermanos.

Este tipo de custodia tiene un alcance limitado y excepcional pues va en contra de lo dispuesto en el propio CC en su artículo 92.5, por ello debe hacerse en casos muy justificados y por motivos muy importantes.

³ SAP Madrid, sección. 22, 19 febrero 2013, CENDOJ. En esta sentencia, se atribuye la custodia a la madre con un amplísimo régimen de visitas al padre. “*Tenemos en consideración que en el concreto supuesto que se enjuicia prácticamente se desarrolla una guarda y custodia compartida alternativa, en cuanto, reiteramos, se ha repartido el tiempo de permanencia de las niñas con uno y otro progenitor de manera equitativa.*”

⁴ Iglesias Martín, Carmen Rosa. “*La custodia compartida, hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*” Tirant lo blanch, Valencia, 2019. Págs 76-79.

Generalmente, esta decisión se toma cuando hay diferencia de edad entre los hermanos, ya que cada progenitor puede acomodarse mejor a las necesidades de cada uno, conflictos entre los hermanos, preferencia de los menores cuando tengan la suficiente capacidad de expresar su deseo, o por las propias circunstancias de los progenitores⁵

2.3.3. La custodia compartida

A diferencia de los otros modelos de guarda y custodia, la custodia compartida, no tiene una definición que haya sido establecida por la doctrina, pero tanto el CC como las legislaciones autonómicas, coinciden en que la custodia compartida está basada en la coparentalidad responsable y requiere un amplio grado de respeto, colaboración y consenso por parte de los progenitores que, asumirán la responsabilidad del cuidado de sus hijos menores, de igual manera, a través de un régimen igualitario, siempre, teniendo en cuenta las circunstancias familiares y el interés del menor.

La Audiencia Provincial de Barcelona nos da una definición de este tipo de custodia⁶.

Esto implica que los hijos convivirán con ambos padres, dependiendo de lo establecido en el acuerdo o la decisión judicial.

Que el ejercicio de la guarda y custodia compartida sea igualitario, no significa que deba ser exactamente igual, no necesariamente se tiene que establecer un régimen de 50 %.

Ambos progenitores seguirán participando activamente en las decisiones importantes sobre la educación, bienestar o salud del menor, así como su representación o administración de bienes.⁷

Además, este régimen se caracteriza por la flexibilidad, pudiendo establecer diferentes modalidades de convivencia.

⁵ Iglesias Martín, Carmen Rosa. “La custodia compartida...” op: cit.,pp 79-81.

⁶ SAP de Barcelona, número 377/2020, de 20 de junio, CENDOJ. «Puede definirse la custodia compartida como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro».

⁷ SAP Madrid, sección 22, número 85/2013, 5 de febrero de 2013. CENDOJ

Debemos de tener en cuenta muchos aspectos, circunstancias, elementos, formas y límites que hace que no podamos hablar de un único modelo de custodia compartida. La decisión final dependerá tanto de elementos personales como materiales.

La doctrina y la jurisprudencia han definido los modelos más habituales 1. La guarda compartida simultánea, en el que todo el núcleo familiar convive en el mismo domicilio. 2. A tiempo parcial sin cambio de domicilio, donde los hijos permanecen en la residencia familiar y son los progenitores los que van y vienen. 3. Guardia y custodia compartida con cambio de domicilio por parte de los menores, los cuales, permanecerán parte del tiempo con uno u otro progenitor, ya sea alterando días, semanas, meses, cursos escolares o años.

Este régimen se caracteriza por ser un sistema diseñado para compartir responsabilidades y tener un contacto continuado con los menores.

El establecimiento del régimen puede determinarse por acuerdo o por decisión judicial. En caso de acuerdo este debe reflejar las circunstancias que han motivado que se elija tal decisión y deberá incluir un plan de parentalidad.

En caso de que la decisión sea adoptada por decisión judicial tanto el ministerio fiscal como el juez, deberán conocer y valorar cómo va a repercutir la decisión en el menor, así como las circunstancias concurrentes, la petición de los progenitores, el dictamen de especialistas o las sugerencias del ministerio fiscal.⁸

2.3.4 La custodia atribuida a un tercero

Esta medida se caracteriza por su excepcionalidad y consiste en la atribución de la guardia y custodia de un menor a una persona distinta de sus progenitores, debido a que estos no puedan asumir el cuidado del menor una vez producida la crisis matrimonial. Se trata de una medida provisional. Estos terceros adquieren funciones tutelares⁹.

⁸ Iglesias Martín, Carmen Rosa. “La custodia compartida...” op: cit., pp 86-89.

⁹ SAP León 89/2016, de 17 de marzo, CENDOJ

El artículo 103.1 CC, en su párrafo segundo establece,
Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Vemos que es una medida excepcional, al primar la idea de que el menor no sea separado de sus padres.

Cuando se toma una decisión de este tipo, se debe tener en cuenta el interés del menor, teniendo en cuenta las causas que originan la situación y considerando siempre lo más beneficioso para el mismo.

Las causas que lo originan pueden ser diversas como, el fallecimiento de ambos progenitores, incapacidad física o mental, situación de maltrato y la privación de la patria potestad por decisión judicial.

La Sentencia 221/2023 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valladolid 22 de septiembre¹⁰, determina la atribución de la guarda y custodia de la menor a los abuelos paternos, con atribución de funciones inherentes de la patria potestad con máxima amplitud. La demandada reconoció no estar en ese momento capacitada para cuidar de la menor, al no tener vivienda, ni ingresos. Esta situación se mantiene hasta que haya una modificación de la situación que permita revisar la sentencia.

3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Una vez analizado los diferentes modelos en los que se puede distribuir la custodia, pasaré a centrarme en la guarda y custodia compartida.

En este modelo nos encontramos con el escenario de la figura del custodio y el no custodio durante el tiempo que dure la alternancia del menor.

¹⁰ Sentencia del Juzgado de primera instancia número 10 de Valladolid, 221/2023, de 22 de septiembre, CENDOJ.

La fijación de esta medida se debe sustentar en el interés superior del menor.

Su principal objetivo es que ambos progenitores mantengan contacto con el menor.

3.1 Justificación

Mantener una relación equilibrada y continua con el menor por parte de los progenitores es un derecho que tienen una vez producida la separación o divorcio.

Anteriormente, algunos padres se veían desprotegidos ante la atribución exclusiva a la madre, privándoles de la posibilidad de pasar tiempo junto a sus hijos.

En relación con esta situación surge en el menor el síndrome de alienación parental, debido al rechazo al otro progenitor que se genera por el custodio.

El correcto desarrollo de la madurez del menor necesita de la presencia de ambos progenitores.

A pesar de la situación en la que quede la relación entre los padres tras la separación, el interés en el cuidado del menor debe ser superior.

La STC 178/2020 de 14 de diciembre¹¹, determina la prevalencia del interés del menor como principio de orden público.

Los efectos que puede provocar dicha situación al menor son muy amplios, y pueden producir desde fracaso escolar, incapacidad para relacionarse con otros niños, frecuencia de conductas agresivas...¹²

Por ello, los padres deben hacer todo lo posible por evitar estos efectos.

Esta medida se basa en la equidad entre los progenitores, evitando situaciones de desigualdad, en las que uno de ellos, asume toda la responsabilidad, relegando al otro a un rol secundario.

¹¹ STC 178/2020 de 14 de diciembre, CENDOJ.

¹² Zafra Espinosa de los Monteros, Rocio. *“Nadie pierde...”* op: cit., p 157.

Ambos progenitores llevarán a cabo una parentalidad responsable y activa.

3.2 Cuando procede la medida

La opción de la guarda y custodia compartida debe considerarse como la opción más deseable y necesaria al permitir el derecho de que los progenitores puedan relacionarse con los menores de manera igualitaria.

La redacción del artículo 92¹³ nos determina que esta medida no puede considerarse como excepcional.

Esta custodia procederá cuando los progenitores hayan llegado a un acuerdo y así lo soliciten; o cuando solicitado por uno de los progenitores, el juez considere que es la medida más adecuada basándose en el interés del menor.

Algunos de los requisitos que deben cumplirse son los siguientes:

- Interés superior del menor, la custodia alterna debe ser beneficiosa para el menor, permitiendo al menor tener un desarrollo adecuado tanto emocional como personal.
- Capacidad de ambos progenitores mostrando que tiene la capacidad y aptitud adecuada para ofrecer al menor un entorno seguro y adecuado.
- Relación del menor con los progenitores, es necesario que el menor mantenga una relación mínima con ambos progenitores.
- Proximidad de los domicilios, es necesario que los progenitores mantengan domicilios próximos para evitar que el menor sufra cambios bruscos.
- Opinión del menor como derecho a ser oído por el órgano judicial, reconocido para los mayores de 12 años y para los menores de 12 en función de su madurez.

¹³ Código Civil, 24 de julio de 1889, artículo 92. *"La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos."*

- Ausencia de factores de riesgo. No procede, en ningún caso, la aplicación de dicho modelo, cuando hayan existido en el seno familiar situación de violencia que pueda poner en peligro al menor.¹⁴

Cuando la decisión de guarda y custodia compartida corresponde al mutuo acuerdo entre los progenitores los requisitos suelen ser más flexibles, el juez únicamente se encargará de revisar que el acuerdo no perjudique al menor.

En el caso de decisión judicial, el juez se encargará de que se cumplan los requisitos de manera más estricta para garantizar que el régimen sea el más adecuado. El órgano judicial debe contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal. El papel que juega en la decisión sobre la guarda y custodia es clave. Su intervención busca garantizar que cualquier medida adoptada en relación con el menor le proteja y garantice su bienestar.

Sus principales funciones son participar en los procesos de carácter contencioso, analiza el interés del menor, emite un informe al juez evaluando la viabilidad de la guarda y custodia compartida en cada caso concreto y garantiza el que se respete el procedimiento.

El TS¹⁵ en reiteradas ocasiones determina que la custodia compartida es la mejor opción para el interés del menor pero, no se otorga de forma automática, debe valorarse cada caso, teniendo en cuenta el criterio del juez y el informe del Ministerio Fiscal.

3.3 Principios en los que se sustenta

La guarda y custodia compartida descansa en varios principios fundamentales que buscan garantizar el bienestar del menor y la equidad de los progenitores.

En concreto hablamos de tres principios (1) El principio de interior superior del menor (2) El principio de igualdad (3) El principio de coparentalidad o corresponsabilidad

¹⁴ Lorenzo, E. C. (2025, 7 enero). *Custodia Compartida: guía con lo que debes saber y dudas frecuentes*. Elena Crespo Lorenzo. <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/custodia-compartida/>

¹⁵ STS, Sala de lo Civil, número de resolución 257/2013, 29 de abril de 2013, CENDOJ.

1. Interés superior del menor: el interés del menor debe prevalecer por encima de cualquier otro. Siempre debe tenerse en cuenta, pues constituye una cuestión de orden público, *"se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ellos suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados"*¹⁶

Se deben tener en cuenta las circunstancias personales en cada caso concreto. Se trata de un principio jurídico indeterminado, que debe interpretarse de forma dinámica.

La doctrina jurisprudencial tiene posiciones encontradas; para unos la indeterminación provoca soluciones arbitrarias, mientras que para otros se obliga al juzgado acercarse a la verdadera situación del menor para decidir lo mejor para él en vez de aplicar lo preestablecido.

Para garantizar el interés superior del menor, es necesario evaluar todas las circunstancias involucradas y valorar la estabilidad que le brinda su entorno familiar, escolar y social.

No se debe aislar el menor de la realidad, *"no se coloque al menor en una urna de cristal, alejado e inmune, a cualquier contratiempo o situación, no agradable, sino que ha de tomarse en cuenta necesariamente lo más concreto y real"*¹⁷

La prioridad siempre va a ser que el menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado, libre de violencia en su caso.¹⁸

Hay numerosa doctrina jurisprudencial que han fijado el alcance del interés superior del menor. Un ejemplo de ello, es el Comité de Naciones Unidas de Derechos del

¹⁶ Iglesias Martín, Carmen Rosa. *"La custodia compartida"*. op: cit., p 93

¹⁷ Gete Alonso y Calera, María del Carmen y Sole Resina, Judith. *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Aranzadi, Navarra, 2015. *pág 83*.

¹⁸ STC 16/2016 1 de febrero. El tribunal constitucional ha emitido una sentencia pionera, en la que establece que el interés superior del menor está por encima de la pugna por su custodia, CENDOJ.

Niño, que en su artículo 3.1 determina que su interés será una consideración primordial.¹⁹

2. Principio de igualdad: con este principio se proclama que se ha de impedir la preferencia entre uno u otro progenitor. Ambos tienen los mismos derechos y deberes respecto de sus hijos.

La igualdad entre el padre y la madre es un principio jurídico universal reconocido a nivel internacional, como la convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas, y a nivel nacional, como en el caso de España en nuestra constitución artículos 14 y 9.2.

Este principio significa que ni la madre ni el padre tienen preferencia, a favor o en contra, en el momento de determinar la custodia.

Históricamente, existe una tendencia en favor de otorgar la custodia a la madre bajo la idea de que era la principal cuidadora, sin embargo, este enfoque durante las últimas décadas ha ido cambiando en favor de reconocer al padre como una figura fundamental en el desarrollo personal de los menores.

3. Principio de coparentalidad/ corresponsabilidad, este principio se sustenta en la idea de la participación equitativa de ambos progenitores en la crianza, educación y bienestar de sus hijos.

La ley 15/2005, de 8 de julio, incorporó por primera vez la idea de la corresponsabilidad.²⁰

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”

²⁰ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación, nulidad y divorcio. En su exposición de motivos determina que, “esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio de interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos Continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de su potestad”.

Para que dicha corresponsabilidad sea efectiva en el régimen de custodia compartida, es necesario que ambos progenitores se mantengan comprometidos con la educación y el bienestar del menor mantengan una comunicación fluida, organicen un plan de convivencia flexible y cumplan sus obligaciones económicas de manera equitativa.

Esta idea no es solo beneficiosa para el menor, sino también para los progenitores. En el caso del menor fomenta su estabilidad emocional y su desarrollo integral, mientras que para los progenitores permite el equilibrio de responsabilidades, evitando que uno de ellos asuman una carga desproporcionada en el cuidado del menor.²¹

3.4 Efectos positivos

El sistema de custodia compartida ofrece diversas ventajas tanto para los hijos como para los progenitores, tras una separación o divorcio.

Analizando las ventajas de este sistema, la doctrina coincide en enseñar sus aspectos fundamentales.

En primer lugar, se mantiene el principio de igualdad entre los cónyuges, garantizando que los hijos puedan disfrutar de tiempo con ambos, de formas similar, manteniendo la estabilidad emocional del menor y reduciendo el impacto psicológico del divorcio o separación, así como reducción de estrés y ansiedad, al saber que seguirán en contacto con ambos progenitores. Con este sistema se garantiza a los padres, seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones, así como participar de forma igualitaria en el crecimiento de los hijos, participando activamente en la educación, cuidado y toma decisiones. Además, al compartir el tiempo de crianza, cada padre tendrá momentos para su desarrollo personal y profesional, lo que le permitirá mantener un mayor equilibrio entre la vida laboral y personal.

Y en segundo lugar, se fomenta la cooperación entre los progenitores, obligándose a mantener una comunicación efectiva y centrada en el bienestar de los hijos. Como los

²¹ Iglesias Martín, Carmen Rosa. *“La custodia compartida...” op: cit., pp 93-123*

padres han de cooperar, se favorece que lleguen a acuerdos eliminando la dinámica de perdedor-ganador.

Al repartir de manera equitativa el tiempo y la responsabilidad, se reducen las disputas por la custodia y se reducen las discusiones por la pensión alimenticia, ya que ambos progenitores contribuyen a la manutención de los hijos. Con esto también se evita que uno de los padres sienta que ha perdido el vínculo con sus hijos.

En definitiva, la custodia compartida es un avance hacia la equidad entre los progenitores y es beneficiosa para el desarrollo integral de los menores, así como mejora la relación entre los progenitores, al fomentar el respeto, la corresponsabilidad y la cooperación.²²

La jurisprudencia ha destacado como efectos positivos de la guardia y custodia compartida los establecidos en la SAP de Barcelona número 102/2007, de 20 de febrero²³.

- a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.
- b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.
- c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.
- d) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de

²² Iglesias Martín, Carmen Rosa. *“La custodia compartida...”* op: cit., pp 119-123

²³ SAP de Barcelona número 102/2007, de 20 de febrero, CENDOJ.

alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

- e) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- f) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.
- g) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.²⁴

4. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La regulación de la guarda y custodia compartida busca la igualdad entre ambos progenitores en el cuidado y en la educación de sus hijos. Siempre en beneficio de los menores y con la máxima garantía de sus intereses.

4.1 Evolución y reforma del Código Civil

La evolución de la sociedad en los últimos años ha provocado que la doctrina y la jurisprudencia se vean obligadas a una adaptación del Derecho de familia a la misma.

Con la promulgación de la Constitución Española en 1978 surgió la necesidad de adecuar el derecho de familia a la norma suprema del estado, en concreto a su artículo 39.3²⁵.

²⁴ Jiménez Moriano, Oscar. "La custodia compartida: hacia una definitiva normalización" *Revista jurídica: familia y sucesiones* núm. 148. 2024. Págs 15

²⁵ Constitución Española, 29 de diciembre de 1978, artículo 39.3 "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda."

En 1981 se produjeron dos importantes reformas, la Ley 11/1981 de 13 de mayo, ley de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, y la Ley 30/1981 de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La primera (Ley 11/1981 de 13 de mayo), supuso un paso clave hacia la igualdad jurídica entre hombre y mujeres en el ámbito familiar.

Con ella, se modificó el concepto de patria potestad, pasando de ser un derecho de carácter exclusivo correspondiente al progenitor como “cabeza de familia”, a ser una responsabilidad compartida entre ambos.

Tal y como establece el artículo 156 CC, *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.*

La segunda reforma (ley 30/1981 de 7 de julio), otorga una gran importancia a la protección del menor, en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El interés superior del menor se considera como un criterio fundamental a la hora de decidir sobre su guarda y custodia.

En el año 1990 se produjo nueva modificación legislativa con la ley 11/1990, de 15 de octubre, en la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Con esta ley se da una nueva redacción al artículo 159 del CC, haciendo desaparecer la mención expresa de que la custodia de los hijos menores de siete años se otorgaría a la madre.

En 1996 se promulga la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de modificación del CC y de la LEC, consagrando el principio del interés superior del menor y el refuerzo de la patria potestad.

Como vemos, no fue hasta la Ley 15/2005 de 8 de julio, cuando se produjo el reconocimiento legal expreso de la custodia compartida.²⁶

²⁶ *Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio.* (s. f.). vLex. <https://vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida->

Esta ley recoge la posibilidad del establecimiento de la guarda y custodia compartida en caso de separación o divorcio.

Con esta reforma se estableció la custodia compartida con una opción preferente. Ambos progenitores pueden compartir la guarda y custodia en igualdad de condiciones.

Además, eliminó el carácter excepcional de la misma, ya que la puede adoptar el juez, incluso sin acuerdo entre los progenitores, y al igual que en anteriores reformas se sigue priorizando el interés superior del menor.

Para poder establecer este régimen de custodia compartida, se modificaron algunos artículos entre ellos el artículo 92 del CC, concretamente en sus apartados 5, 8 y 9.²⁷

Artículo 92.5 CC: Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Artículo 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.

Artículo 92.9 CC: El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Esta ley como vemos, representa un avance en la legislación española, igualando las oportunidades de ambos progenitores para obtener la custodia de sus hijos.

²⁷ BOE-A-1889-4763. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Es cierto que todavía queda mucho camino por recorrer, pero con las políticas de igualdad y compromiso de las instituciones públicas, parece que conseguiremos la anhelada igualdad. Y en esta igualdad, en caso de cese de la convivencia de los progenitores, se puede sustentar la protección del interés de los menores y la contribución a un desarrollo integral de la personalidad de los mismos.²⁸

4.2 Legislación autonómica

4.2.1 *Guarda y custodia en Cataluña*

Cataluña con la promulgación de la ley 25/2010 de 29 de julio relativa a la persona y la familia se convierte en pionera en esta materia a nivel nacional.

En relación con el tema, debemos de centrarnos en el capítulo tercero reservado a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación legal, y más concretamente en su sección primera relativa a las disposiciones generales.

La custodia compartida en Cataluña se conoce como la responsabilidad parental compartida y se regula en el libro II del CC catalán , que establece el régimen que se ha de seguir tras la ruptura de la relación de los progenitores.

Algunos de los principios inspiradores de esta reforma han sido: la protección jurídica, económica y social de la familia; el interés superior del menor en todas las relaciones jurídicas; el principio de libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal del menor, entre otros.

Una de las principales novedades de esta reforma es el plan de parentalidad.

Este plan tiene por fundamento estimular a los progenitores a que organicen por sí mismos y responsablemente el cuidado de sus hijos. Para ello, estas responsabilidades deben adaptarse a las circunstancias, procurando que los cambios no perjudiquen el interés del menor.

²⁸ Zafra Espinosa de los Monteros, Rocio. “*Nadie pierde....*” op: cit., pp 166-167.

Este plan de parentalidad se detalla en el artículo 233-9.1 *El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.*

Este artículo incluye los compromisos que asumen los progenitores en los aspectos básicos de la vida cotidiana de los hijos. Es una forma de anticipar los criterios de resolución de problemas que pueden surgir después de la ruptura.

Sin embargo, como destaca BARRADA ORELLANA , *“la obligación de elaborar y presentar un plan de parentales con tan alto grado de concreción, no resultará fácil de llevar a la práctica. El convenio regulador atiende a todos los aspectos que habrán de formar parte del plan de parentalidad y no hay necesidad de regular cada uno de ellos de forma exhaustiva , ya que creará conflictos a la hora de negociar, y hará fracasar el mutuo acuerdo. Este plan se vincula preferentemente al modelo de guarda compartida y deberá ser sencillo y concreto.”*²⁹

El ejercicio de la guarda se establece en el artículo 233-10, se establece que debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

En el caso de no existir acuerdo, la autoridad judicial decidirá la forma de ejercer la guarda y esta podrá ser individual, si conviene más al interés del hijo.

Por último, este artículo señala que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de las obligaciones de alimentos hacia los hijos comunes y que excepcionalmente la autoridad judicial, podrá encomendar la guarda a los abuelos a otros parientes defecto, a una institución idónea.

Otra de las novedades de esta reforma es que el artículo 233-11 establece los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda;

²⁹ Barrada Orellana, Reyes. *“El nuevo derecho de la persona y de la familia”* Ed. Bosch, Barcelona, 2011. pág 707.

a) La vinculación afectiva entre los hijos e hijas y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven en los hogares respectivos.

Este precepto busca evaluar la relación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores. Además se evaluarán las relaciones de los hijos con terceras personas con las que vayan a convivir.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos e hijas y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

Se busca conocer la capacidad de los padres de proporcionar a los hijos un cuidado adecuado a sus necesidades más básicas. Se debe tener en cuenta aspectos materiales, emocionales o si el entorno es el adecuado para el menor.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos e hijas, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

Con este apartado se busca fomentar la corresponsabilidad parental y evaluar si los progenitores son capaces de colaborar.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos e hijas antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

Este criterio evita situaciones en las que uno de los progenitores solicita la guarda compartida únicamente como estrategia legal y no porque realmente haya estado implicado en la crianza del hijo.

e) La opinión expresada por los hijos e hijas.

En el caso de que el menor tenga suficiente madurez, su opinión es un elemento clave para la atribución de la guarda y custodia. El juez deberá oírlo directamente o a través de un psicólogo equipo técnico.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

Los acuerdos previos a los que hayan llegado los progenitores deberán ser beneficiosos para el menor.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos e hijas y de los progenitores.

Una de las claves en la atribución de la guarda compartida es la proximidad entre los domicilios de los progenitores para evitar cambios bruscos en el desarrollo y la madurez del menor.

Como vemos, los criterios establecidos por la legislación catalana resultan claros, objetivos y sencillos que buscan en todo momento la estabilidad de los hijos menores de edad.

En el derecho catalán la regla general es la concesión de la custodia compartida, y sólo en los casos en los que se prevea que se puede perjudicar el interés del menor el juez determinará la atribución de la custodia individual exclusiva.

4.2.2 Guarda y custodia en Aragón

Con la promulgación de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, la Comunidad Autónoma de Aragón se convierte en la primera comunidad en legislar la guarda y custodia compartida fijándose como una norma preferente.

El preámbulo de la Ley establecía que *“la aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.”*³⁰

Esta ley fue derogada por el Decreto legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón.

³⁰ BOE-A-2010-9888. Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

Los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo se regula en la sección 3 del Capítulo II del Título II del Libro Primero.

Estos artículos han sido reformados con la Ley 3/2024 de 13 de junio.

El artículo 75 determina que, *la presente Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores.*

El artículo 76 añade que la ruptura de convivencia de los progenitores no debe afectar a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar, que las decisiones que afecten a los hijos menores de edad se adoptará en atención a la beneficio de sus intereses, que se respetarán los derechos de mantener contacto directo con los padres y la igualdad en las relaciones familiares de estos. Además, no se debe olvidar que los menores tienen derecho a ser oídos antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona.

Como consecuencia de la ruptura, los padres pueden optar por un pacto que regule las relaciones familiares. Dicho pacto tiene que contener lo siguiente:

1. Régimen de convivencia o visitas
2. Régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes
3. Destino de la vivienda y ajuar familiar
4. Participación de cada progenitor en los gastos ordinarios
5. Liquidación del régimen económico matrimonial
6. La asignación familiar compensatoria

No siempre es fácil llegar a este acuerdo, por ello, el artículo 79 determina que *“A falta de pacto entre los padres, el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia”*

Tras analizar estos artículos, vemos que la guarda y custodia compartida es el régimen preferente.

Sin embargo la redacción del artículo 80 establece que los progenitores de mutuo acuerdo e incluso el juez por decisión judicial pueden adoptar el modelo de custodia individual.

En este régimen se establece un plan de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor.

Artículo 80, 1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o el régimen de convivencia de los hijos mayores o emancipados con discapacidad a su cargo sean ejercidos de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de atribución compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de atribución individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor.

2. El Juez adoptará la custodia o convivencia compartida o individual de los hijos atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

a) La edad de los hijos y, en su caso, las necesidades derivadas de su discapacidad.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente madurez y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años y, si se trata de hijos con discapacidad, si tienen suficiente discernimiento.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.

g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Con esta regulación, el Código del Derecho Foral de Aragón refuerza el principio de coparentalidad, garantizando que las decisiones se adopten en beneficio del interés del menor y promoviendo la igualdad entre los progenitores.

4.2.3 Guarda y custodia en Navarra

En Navarra la ley que regula esta materia, es la Ley 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

En su preámbulo se recoge que, *La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.*

Con tan sólo 3 artículos se pretende atender al interés superior del menor y respetar la igualdad de los progenitores.

El artículo 3 entra de lleno en la regulación de la guarda y custodia de los hijos.

Pretende regular la atribución del sistema de guarda en función de unos criterios y de las circunstancias particulares, sin que se contemplen detalles sobre el ejercicio de la misma.

Artículo 3.1; *En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.*

La decisión del juez siempre deberá ajustarse al interés superior del menor, y para su concesión, se tendrán en cuenta distintos criterios. Esta decisión asegurará la igualdad entre los progenitores, independientemente de que se decida la custodia compartida o la custodia individual.

4.2.4 Guarda y custodia en Valencia

La guarda y custodia en la Comunidad Valenciana en un principio se reguló por la ley 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos, cuyos progenitores no convivan.

Sin embargo, el TC en la sentencia 192/2016 de 17 de noviembre³¹, anuló la disposición en su totalidad.

A pesar de esta decisión del TC, las decisiones que se tomaron durante el periodo que estuvo en vigor, no se vieron afectadas. Por ello, es conveniente hacer un estudio breve de la misma.

Esta ley está formada por 7 artículos que detallan de manera bastante clara, el contenido y el ejercicio de la guarda en el caso de que los progenitores no convivan.

Al igual que en otras legislaciones, se otorgaba prioridad a la custodia compartida frente a individual, basado en el interés superior del menor, junto con el derecho y el deber de los padres de proveer la creencia de la educación de los hijos.

El artículo 5 dispone; *Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.*

En su apartado tercero, la autoridad judicial deberá tener en cuenta diversos factores antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor. Entre ellos destaca la edad de los hijos, la opinión de los hijos, los informes sociales, médicos o psicológicos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, etc.

Por último, cabe destacar los artículos 6 y 7 que regulaba la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar y los gastos de atención a los hijos.

³¹ STC 192/2016 de 17 de noviembre, CENDOJ.

4.2.5 Guarda y custodia en País Vasco

La última Comunidad Autónoma en regular esta materia fue el País Vasco con la Ley 7/2015 de 30 de junio.

A lo largo de sus artículos se intenta dar una regulación completa a la guarda y custodia con una clara preferencia por la compartida como medida judicial, a falta de acuerdo por los progenitores.

En su exposición de motivos, la custodia compartida es admitida como una exigencia de la sociedad actual ya que el sistema que mejor permite el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores.

En su artículo 1 se establece la guarda y custodia de los hijos como uno de los objetos de la ley.

Como novedad en su artículo 5, se determina que, *ambas partes, bien de mutuo acuerdo o cada uno de forma individual, al presentar la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de medidas paternofiliales deberán presentar al juez una propuesta de convenio regulador.*

El artículo 9 es el que desarrolla el tema de la guarda y custodia en caso de que los progenitores no tomen un acuerdo y sea necesario acudir a medidas judiciales.

En el apartado 3 de este mismo artículo, se recogen las circunstancias que deberá tener el juez en cuenta para la adopción de la medida cuando esta no sea perjudicial para el interés del menor.³²

5. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Para adoptar o rechazar el modelo de custodia compartida debemos atender a todas las circunstancias que puedan afectar al beneficio del menor.

³² Iglesias Martín, Carmen Rosa. “La custodia compartida...” op: cit., pp 176-194

El estudio de los criterios determinantes para enjuiciar su procedencia será clave para garantizar la estabilidad del menor.

5.1 Aptitudes de los progenitores.

Uno de los principales criterios a tener en cuenta en la concesión de la guarda y custodia compartida es la aptitud de los progenitores.

En las legislaciones y sentencias analizadas las aptitudes de los progenitores adquieren un papel fundamental a tener en cuenta en la concesión de una custodia compartida.

Este es un régimen que no solo implica relaciones personales entre los progenitores, sino también ámbitos patrimoniales, valores o actitud colaborativa.

Cuando nos referimos a la capacidad de los progenitores, no solo nos referimos al cuidado físico de los menores, sino que alcanza a los valores morales en su entorno más cercano.

La aptitud está íntimamente ligada con la predisposición de cada uno de los progenitores a permitir la relación con el otro, a la relación de los progenitores con el menor, a las discapacidades físicas o psíquicas de los padres que influyan en el cuidado de los hijos, el tiempo que cada progenitor puede dedicar a los hijos...

Todas estas cuestiones nos hacen pensar en la importancia que tiene en este proceso los informes periciales y las evoluciones que observen los especialistas.

Una relación cordial entre los progenitores, la capacidad para el diálogo, la predisposición a buscar la mejor solución para el interés del menor o el esfuerzo que realice cada uno, puede servir de base para la decisión de los Tribunales.

Al igual que se tiene en cuenta la capacidad de ambos progenitores para otorgar la custodia, también se tendrán en cuenta para denegarla.

Una actitud negativa, que obstaculice la decisión que se considere más adecuada para el interés del menor podrá determinar la medida de una forma u otra.³³

Para destacar la importancia de las aptitudes de los progenitores a la hora de negar la guarda y custodia compartida, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 545/2022 de 7 de julio³⁴.

Tras haberse atribuido en primera instancia la custodia exclusiva al padre y después de los distintos recursos interpuestos por las partes durante el procedimiento y en base a la prueba psicosocial practicada se aconseja mantener la custodia de los hijos de manera exclusiva en la madre. La existencia de episodios verbales violentos por el padre, así como una relación deteriorada y altamente conflictiva entre los progenitores, fue determinante para que finalmente dicha sentencia determinase seguir el régimen acordado en el auto de medidas con custodia exclusiva en favor de la madre y un amplio régimen de visitas del padre con una pensión alimenticia de 225 euros.

El Ministerio Fiscal consideró que es procedente el acogimiento del recurso de casación interpuesto por la madre, al razonar que no cabe, en el caso presente, minimizar ni restar importancia a la conflictividad existente entre las partes, que constituye un obstáculo para el buen funcionamiento de la custodia compartida, con afectación del interés superior de los menores.

5.2 Deseo manifestados por los hijos

La práctica demuestra la importancia que los juzgados de familia otorgan a los menores. La LOPJM regula en su artículo 9 que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad u otras circunstancias, en cualquiera procedimiento, teniéndose en cuenta sus opiniones.

Como vemos, el derecho a ser oído es un principio fundamental en el ámbito jurídico y social y en esta materia, el derecho de los menores a ser oídos es una de las cuestiones más

³³ Zafra Espinosa de los Monteros, Rocio. “*Nadie pierde...*” op: cit., pp 176-178

³⁴ STS 545/2022 de 7 de julio, CENDOJ.

importantes a tener en cuenta a la hora de adoptar la medida que se considere más adecuada.

El *favor fili* como principio determinante para establecer las medidas de su educación y cuidados y no tanto los interés e incomodidades de los padres, será tenido en cuenta a la hora de establecer las medidas judiciales que, siempre deberán dictarse en función del interés superior del menor.

A pesar de esta importancia, la opinión del menor no será tomada en cuenta de manera exclusiva para la decisión final. Así lo establece MARTÍNEZ AGUIRRE: “...*conviene aclarar desde ahora que beneficio del hijo no equivale a la voluntad y deseos de los hijos: su oposición a determinadas medidas, aunque se debe tener en cuenta, no es por sí solo decisiva para rechazarlas*”³⁵

Por otra parte, PÉREZ MARTÍN considera que: “... *no debe vincular al juzgador la alta probabilidad de influencia que tenga el menor por parte de ambos progenitores*”³⁶

En los procedimientos contenciosos, el menor mayor de 12 años tendrá derecho a ser oído y declarar sobre su relación con los progenitores. Esta declaración podrá realizarse en presencia de un equipo técnico psicosocial para que sea lo menos dramática para el menor. Se deberá observar si el deseo del menor de convivir con progenitores no conlleva ningún perjuicio para el mismo.

5.3 Edad de los hijos.

La edad es un criterio fundamental a la hora de fijar el régimen de custodia. Con la Ley 15/2005 se suprimió, por atentar contra la igualdad de los cónyuges, que los hijos menores de 7 años fueran encomendados al cuidado de la madre.

³⁵ Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia” Ed. Colex, A Coruña, 2013. pág 317.

³⁶ Pérez Martín, Antonio Javier. “Nuevos impulsos para el derecho de familia” Ed. Sepin, Madrid, 2015. pág 149.

Como el grado de madurez puede variar entre un menor u otro, aunque tengan la misma edad, se debe atender en cada supuesto a su evolución personal y social.

Debemos tener en cuenta que las necesidades del menor varían en función de su edad. No tienen las mismas necesidades un niño en sus primeros años de vida que un niño en edad intermedia o adolescencia.

Generalmente, cuanto más edad tengan más arraigados estarán a su entorno, así como, tendrán mayor capacidad para colaborar con los progenitores en la nueva situación tras la ruptura.

En relación con la edad de los menores surge la pregunta de si la lactancia es incompatible con la custodia compartida. Y es que, la lactancia es el mejor método de alimentación del recién nacido, es un derecho del recién nacido, es una cuestión de salud.

La primera cuestión a resolver es si el menor es lactante y el periodo de lactancia recomendable para el menor.

Para que la lactancia impida la custodia compartida significa que la madre es directamente amamante del niño.

El criterio mayoritario entre las Audiencias Provinciales está siendo no otorgar la custodia compartida ni la pernocta con el padre cuando el menor es lactante.³⁷

En caso contrario, la Sentencia JPI de Sabadell 317/2014 de 21 de julio³⁸, concede una custodia compartida sobre un lactante de 15 meses, repartiendo las horas del día entre ambos para garantizar su alimentación.³⁹

En todos los supuestos, independientemente de la edad del menor, se requiere una considerable colaboración y esfuerzo por parte de los progenitores para compatibilizar la vida laboral y familiar, generando un clima de estabilidad y de normalidad en la vida familiar tras la ruptura.

³⁷ SAP de Ciudad Real 192/2014, 9 de septiembre 2014, CENDOJ. «Dada la edad de la menor y su dependencia alimenticia de la madre al ser lactante, con los beneficios alimenticios, de salud y de desarrollo afectivo que ello genera, no procede establecer la custodia compartida».

³⁸ Sentencia JPI de Sabadell 317/2014, de 21 de julio, CENDOJ.

³⁹ Perez Martín Antonio Javier, ¿Es la lactancia incompatible con la custodia compartida?. *Revista de derecho de familia* núm. 77, 2017. Págs, 315-318.

5.4 Número de hijos

Este criterio adquiere su importancia desde el punto de vista económico, ya que se basará en la posibilidad de cubrir las necesidades básicas de todos los hijos.

Nuestro Derecho, tanto el CC en su artículo 92.5, como las legislaciones autonómicas, CCCat artículo 233-11.2 o el 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, establecen la recomendación de no separar a los hermanos.

Lo que se busca es que el menor no sufra una merma en cuanto a la atención de sus necesidades, debido a que tras la ruptura, se produce también una ruptura del sistema económico que regulaba la vida familiar.

La STS 52/2015 de 16 de febrero hace referencia a un plan contradictorio que deben elaborar los padres.⁴⁰

Dicho plan, tiene que mostrar si las necesidades de los menores estarán cubiertas con todas las garantías de funcionamiento por disponibilidad de los padres, capacidad o uniformidad de vida en general.

Sin duda, a mayor número de hijos, mayor dificultades encontrarán los padres una vez producida la ruptura para mantener la vida lo más parecida a la anterior.

En caso de un solo hijo, el impacto de la separación sobre el hijo será mayor, debido a que no tendrá hermanos con los que compartir la experiencia, por el contrario, la organización de los padres será más sencilla al cubrir las necesidades de un solo menor.

La custodia compartida con varios hijos será más compleja de organizar, e incluso se pueden establecer regímenes distintos para cada hijo en función de las necesidades y las edades.⁴¹

⁴⁰ STS 52/2015, Sala de lo Civil, de 16 de febrero, CENDOJ. Habrá que “concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos...”

⁴¹ Iglesias Martín, Carmen Rosa. “La custodia compartida...” op: cit., pp 235-237

6. DEBERES INHERENTES A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida no debe entenderse únicamente como un régimen en el que se pone de manifiesto la compatibilidad y corresponsabilidad de ambos progenitores, sino que es necesario el establecimiento de un conjunto de medidas para el buen funcionamiento de la convivencia que van a afectar a los hijos.

6.1. Pensión de alimentos

La pensión alimenticia o por alimentos es la contribución económica que deben de pagar ciertos familiares en favor de sus parientes en estado de necesidad.

Generalmente, es el término que se usa para referirse a la pensión que tienen que pagar los progenitores respecto de los hijos.

No se debe confundir con pensión compensatoria, pues esta es la que se establece en favor del cónyuge que queda en situación de desigualdad económica tras la separación o divorcio.

El artículo 143 CC dispone que tienen la obligación de prestar alimentos, para el caso que nos ocupa, los ascendientes.

La obligación de prestar alimentos a los hijos está vinculada a la relación de filiación, ya sea matrimonial o no, pues los progenitores aunque no ostenten la patria potestad, tienen obligación de prestarlos.⁴²

Esta obligación alimenticia se establece tras la ruptura de la convivencia familiar, y será en favor de los hijos menores y de los hijos mayores de edad no emancipados que carezcan de ingresos propios.

La obligación alimenticia a los hijos engloba una cobertura económica y una asistencia y

⁴² MARTÍNEZ RODRIGUEZ, Nieves. *“La obligación legal de alimentos entre parientes”* Ed. La ley, Madrid, 2002. págs. 376 y ss

cuidado directo de los mismos. Incluye los gastos del día a día, el artículo 142 señala; *"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.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

Lo habitual es advertir que la contribución a los alimentos es de ambos progenitores, proporcionalmente a su capacidad económica y según las necesidades de los hijos, con lo que el establecimiento del régimen de custodia compartida, no significa que desaparezca la fijación de una pensión de alimentos.⁴³

La pensión alimenticia abarca una pluralidad de conceptos.

Generalmente comprenden todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de los hijos.

Estos conceptos los calificamos como previsibles y periódicos, y pueden ser calificados como gastos ordinarios.

Junto a estos gastos ordinarios, hay otro grupo de gastos que también consideramos como necesarios o como convenientes para el desarrollo y la formación de los hijos que no se pueden prever, ya que no sabemos si se producirán o no. Estos gastos son los denominados gastos extraordinarios.

No suele ser fácil determinar si nos encontramos ante unos gastos ordinarios o extraordinarios, por lo que es conveniente, fijar con claridad el contenido, haciendo una enumeración y distinguiendo entre ambos.

⁴³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, CENDOJ. "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da".

Ejemplos de los gastos ordinarios son la vivienda y suministros (luz, agua, gas, Internet, etc.), alimentación del menor, ropa y calzado, gastos de educación ordinarios, gastos farmacéuticos, de usos ordinarios, gastos de ocio ordinarios, etc.

Ejemplos de gastos extraordinarios pueden ser una intervención médica, puntual o actividades extraescolares.

Como estos gastos se encuentran excluidos la pensión de alimentos, el cónyuge custodio podrá pedir que se abonen al 50 % dichos gastos.⁴⁴

La SPA Barcelona 9/2016, de 12 de enero⁴⁵, detalla cuáles son los gastos considerados ordinarios y los extraordinarios.

En relación al cálculo de la pensión alimenticia, cabe destacar la elaboración por el CGPJ de unas tablas orientadoras para la determinación de la pensión, en cuya memoria explicativa se establecen unos baremos orientados para así *“Incrementar la previsibilidad de respuesta judicial, unificar esta en sus puestos similares y aumentar la seguridad jurídica.”*

Esta herramienta permite calcular la pensión en virtud del tipo de custodia establecida, el número de hijos, el año en curso y la localidad de la residencia del menor.

Su cuantía pasará a establecerse en el convenio regulador de separación o divorcio o en virtud de sentencia judicial.

Cabe la posibilidad de acudir a los tribunales para solicitar una modificación de la pensión alimenticia, según las circunstancias.

6.2 Vivienda Familiar

La atribución de la vivienda familiar tras la ruptura, separación o divorcio es uno de los temas de mayor relevancia económica en las crisis matrimoniales y que afecta directamente al bienestar de los hijos.

⁴⁴ Iglesias Martín, Carmen Rosa. “La custodia compartida...” op: cit., pp 333-338.

⁴⁵ SPA Barcelona 9/2016 de 12 de enero de 2016, CENDOJ.

El artículo 96 CC, comienza estableciendo que será necesario que ambos cónyuges pacten un convenio regulador en el que se determine, a quién de ellos corresponde el uso y disfrute de la vivienda familiar. A falta de acuerdo será el juez el que determine su atribución.

Tras la reforma del CC con la Ley 15/2005, no se produjo una modificación de este artículo que únicamente regula el caso cuando se establece una custodia exclusiva, lo cual ha provocado problemas tanto de interpretación como de aplicación.

Para la atribución de la vivienda familiar en la custodia compartida, no resulta de aplicación el párrafo primero del apartado uno del artículo 96 del CC, ni tampoco el apartado segundo. Por ello, debemos acudir por razón de analogía al párrafo cuarto del apartado uno del artículo 96 del CC, que establece: *Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.*

Lo más razonable sería acudir al sistema de fuentes, por el que a falta de ley o costumbre, se aplicarían los principios generales del derecho. En este caso sería el principio del interés superior del menor.

Entre los factores ⁴⁶que debe tener el juez en cuenta para atribuir el uso de la vivienda familiar, destaca:

1. El interés más necesitado de protección en las decisiones judiciales, siempre primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo. Además, también se tendrá en cuenta quién es el progenitor más necesitado de protección, en base a los recursos económicos y su capacidad económica.
2. La propiedad del bien familiar, es decir, si pertenece a ambos progenitores, a uno de ellos o a terceros.

⁴⁶ STS 438/2021 de 22 de junio de 2021, CENDOJ . "En primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero"

En cualquier caso, las modalidades de atribución del uso vivienda familiar en una custodia compartida⁴⁷ son:

1. La atribución del domicilio familiar a los hijos o ambos progenitores por periodos alternativos. Es el supuesto de vivienda nido⁴⁸, donde serán los progenitores, los que se trasladen a vivir al domicilio familiar, mientras que los hijos permanecerán siempre en la vivienda. Este modelo no suele ser muy utilizado debido a los inconvenientes, por falta de estabilidad, en el desarrollo vital y sus costes.
2. Atribución temporal exclusiva de la vivienda a un solo progenitor.
3. La no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los progenitores
4. La división material de la vivienda, siempre que sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 CC y la protección del interés del menor.

El código tiende a dar prioridad a los acuerdos establecidos entre los cónyuges.

Con ello, se buscan evitar muchas controversias, sin embargo, son muchos los casos, en los que el juez tendrá que decidir la distribución de la vivienda en función de las reglas que le proporciona el artículo 96 CC.

6.3 Régimen de estancia y reparto de tiempo

Los hijos deben mantener el contacto con ambos progenitores.

Siempre existirá un régimen de comunicación y estancia del progenitor no custodio con independencia de la modalidad de guardia custodia ante la que nos encontremos.

El artículo 94.1 del CC establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará de derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

Lo ideal sería que existiese acuerdo entre los progenitores para establecer el régimen de comunicación y estancia.

⁴⁷ STS 870/2021, 20 de diciembre de 2021, CENDOJ. Enumera las distintas modalidades de atribución del uso de la vivienda susceptibles de ser adoptadas.

⁴⁸ STS 215/2019, de 5 de abril de 2019, CENDOJ. Pone de manifiesto la inviabilidad de que ante un sistema de custodia compartida se lleve a cabo por parte de los progenitores una alternancia en la vivienda familiar con el fin de que el menor no salga de la misma.

Este acuerdo debe ser el más adecuado para cubrir las necesidades, circunstancias y personalidad del menor.

En defecto de acuerdo, los tribunales suelen diferenciar entre el régimen de visita normalizado y el régimen de visita no normalizado.

- El régimen de visitas normalizado suele establecer una estancia con el progenitor no custodio fines de semana alternos, vacaciones por mitad y alguna tarde semanal con o sin pernocta
- Régimen de visitas no normalizado que comprende una modificación del régimen normalizado, debido a alguna causa que lo justifique.

El régimen de comunicación será el que los progenitores acuerden y a falta de acuerdo será el órgano competente, el que señalará la comunicación diaria en horas que no perturben al menor de edad.

En relación con el régimen de visitas, es necesario que los progenitores actúen de la manera más beneficiosa para el menor de edad.

En muchas ocasiones, los progenitores no son capaces de dejar de lado sus problemas personales convirtiendo las entregas y recogidas de los menores en un escenario propio de descalificación.

Por ello, se crearon espacios denominados Punto de Encuentro Familiar que se encargará de facilitar las visitas y estancias de los menores con el progenitor no custodio en un entorno seguro y supervisado. Además, ofrece orientación psicológica a las familias y menores que atraviesan procesos de separación o divorcio.

En el régimen de estancias de una guardia y custodia compartida, los modelos más comunes de distribución del tiempo son las siguientes:

- Semana alterna: Los hijos conviven con cada progenitor, una semana completa y el intercambio suele ser fijado un día concreto, Por ejemplo, los viernes a la salida del colegio o los domingos por la tarde.
- Quincenal alterna: los periodos de convivencia son cada dos semanas

- División de la semana: cada progenitor tiene a los hijos un número determinado de días de la semana, por ejemplo, de lunes a miércoles y de jueves a domingo.
- Rotaciones personalizadas: este sistema se establece en función de las necesidades del menor y de la disponibilidad de los progenitores.

El régimen de guarda y custodia compartida no tiene que suponer un reparto de tiempo al 50%, existen muchas formas de reparto y para saber cuál es la adecuada deben analizarse las circunstancias del caso concreto y de las circunstancias en las que se encuentran los progenitores. Entre ellas, la edad del menor, la cercanía de los domicilios, la disponibilidad laboral de los progenitores y la relación entre estos.

La fórmula adoptada siempre será la que menos perjudique los intereses del menor y su evolución personal. Este reparto de tiempo podrá acordarse de manera conjunta, por acuerdo, o por resolución judicial.⁴⁹

7. ACUERDO O DECISIÓN JUDICIAL

La guarda y custodia compartida puede establecerse por dos vías:

1. acuerdo entre los progenitores
2. decisión del juez

Aunque ambos acaban con el establecimiento del modelo, ambos presentan diferencias en el proceso:

Si nos centramos en el acuerdo de los progenitores, éste se encuentra marcado por la voluntariedad y el consenso de ambos durante todo el proceso, que se formaliza con el convenio regulador. Este convenio, contendrá los aspectos más relevantes sobre el ejercicio de la guarda y custodia compartida. Se trata de un documento en el que se establecen los acuerdos que han alcanzado ambas partes. Dicho convenio se encuentra regulado en el artículo 90 del CC, que en su apartado 1, letra a) regula el cuidado de los hijos.

Para que el convenio sea válido, deberá ser aprobado por decisión judicial.

⁴⁹ Zafra Espinosa de los Monteros, Rocio. “*Nadie pierde...*” op: cit., pp 185-186.

El proceso por acuerdo de los progenitores también se caracteriza por ser más rápido y flexible, pues los progenitores podrán diseñarlo según sus circunstancias personales, laborales y patrimoniales. Únicamente, se requerirá la intervención del juez para su confirmación, no será necesario la intervención de peritos.

Al no existir conflicto entre los progenitores, el impacto sobre el menor será más reducido, consiguiendo evitar el proceso judicial que puede afectar al crecimiento emocional del menor.

Finalmente, la modificación de las medidas será más sencilla aunque requiere la homologación judicial.

En caso de guarda y custodia compartida establecida por el juez, el proceso estará marcado por la inexistencia de voluntariedad de los progenitores. Este proceso será contencioso, se basará en criterios judiciales, los cuales, siempre velarán por el interés del menor, pero a su vez, serán más rígidos. Esta decisión puede no ajustarse a las preferencias de los progenitores.

Este proceso está marcado por la inexistencia de acuerdo, también se marca por ser costoso y más largo, lo que puede afectar al interés del menor, afectando a su estabilidad. Será necesaria la intervención de peritos, tanto trabajadores sociales como psicólogos, y se realizarán pruebas para la correcta valoración de la capacidad de los progenitores, los cuales concluyen su labor con un informe que evaluarán la idoneidad de la medida.

El juez valorará la relación del menor con sus progenitores, el grado de implicación de ambos en la vida del menor, la disponibilidad laboral, el entorno en el que se desarrollará el menor, la opinión del menor cuando haya alcanzado los 12 años de edad.

Además, aunque haya un conflicto entre los progenitores, se les requeriría de una mínima cooperación, que a su vez les resultará favorable.

Por último, en caso de pedir una modificación de medidas, estas requerirán de un nuevo proceso judicial.

Por todo ello, la mejor decisión sería que los progenitores llegasen a un acuerdo, ya que permite un régimen de medidas más adaptado a las necesidades del menor y de los

progenitores. Así se logra evitar un proceso judicial largo y costoso que no solo afecta al interés del menor, sino también a los progenitores.⁵⁰

8. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Las relaciones familiares varían y evolucionan a lo largo del tiempo.

En el momento de la adopción de las medidas las circunstancias familiares pueden estar marcadas por una determinada situación personal, laboral o económica.

Así pues, el mantenimiento de unas medidas adoptadas con una situación concreta puede derivar en resultados injustos, perjudicando los intereses de los progenitores y sobre todo del menor. Por ello, se regula la posibilidad de que se adapten las medidas en función del caso.

RIVERO HERNÁNDEZ afirma que, *“la relevancia temporal a que están sometidas las decisiones adoptadas en torno al menor pueden ser equiparadas a la cláusula rebus sic stantibus de los contratos, y por tanto el interés del menor hará que las decisiones sean revisadas, por cuanto el propio menor evoluciona con la edad y tiene aptitudes y una necesidad creciente de autoafirmación”*⁵¹

La posibilidad de modificación de medidas se encuentra regulada en los artículos 90.3 y 91 CC y estas medidas pueden ser referentes a los hijos, a la pensión de alimentos, el derecho a visitas, la liquidación del régimen económico matrimonial etc.

La modificación de medidas puede ser solicitada por los progenitores y por el Ministerio Fiscal, siempre que estas afecten a los hijos menores o incapacitados.

Para que haya una modificación de medidas se exige que haya una variación trascendental y primordial en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su establecimiento.

Así, la modificación sustancial de circunstancias tiene que suponer:

⁵⁰ Lorenzo, E. C. (2025, enero 7). *Custodia Compartida: guía con lo que debes saber y dudas frecuentes*. Elena Crespo Lorenzo. <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/custodia-compartida/>

⁵¹ Rivero Hernández, Francisco. *“El interés del menor”* Ed. Dykinson, Madrid, 2008. pág 78.

1. Que se hayan producido hechos nuevos, imprevistos o que no se hayan podido prever, surgidos con posterioridad a la aprobación del convenio o a que se dicte la sentencia.
2. El cambio tiene que revestir una cierta entidad, es decir, que afecte a cuestiones esenciales de la medida o medidas tomadas, no a cuestiones meramente accesorias. Ello supondría que, de mantenerse lo acordado anteriormente, se ocasionaría un grave perjuicio a los intereses de los menores.
3. Las alteraciones que se aleguen tienen que tener una permanencia en el tiempo, no pueden ser alteraciones meramente coyunturales o caprichosas.
4. Por último la modificación no tiene que haber sido provocada voluntariamente para forzar el cambio de medidas, con lo cual, de las pruebas aportadas que comparen la situación anterior con la actual se tiene que descartar el ánimo defraudatorio, o la mala fe.⁵²

Con la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, los requisitos de modificación sustancial de las circunstancias se ha visto moderado en los casos de guarda y custodia del menor.

Las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto.⁵³

Los motivos que se tendrán en cuenta para la modificación de las medidas se tendrán en cuenta de manera conjunta, ya que hay una interdependencia de todas las medidas.

Como motivo principal destaca la modificación de la relación familiar, que va cambiando y evolucionando a lo largo del tiempo. Este aspecto es uno de los que más ha dado lugar a la modificación de medidas.

Las variaciones patrimoniales y económicas de los progenitores generan la otra gran parte de las modificaciones.

⁵² Iglesias Martín, Carmen Rosa. *“La custodia compartida...”* op: cit., p 368.

⁵³ STS , Sala de los Civil, 251/2016, de 13 de abril, CENDOJ.

Estas variaciones pueden afectar al interés de los menores.

Por otra parte, la modificación de las medidas también puede venir determinada por una variación personal de los progenitores, ya sea desde enfermedades mentales o adicciones como el alcoholismo, que pueden derivar en el ejercicio inadecuado de las responsabilidades parentales generando un perjuicio en el menor, tanto en su estabilidad como en su evolución.

Otro supuesto que puede provocar un mal ejercicio de las funciones parentales son las nuevas relaciones de los progenitores, derivando en la revisión de las medidas.

Finalmente, una de las causas que no solo provoca la revisión de medidas sino también la suspensión de las mismas, son los casos de violencia de género, abusos sexuales o malos tratos producidos por los progenitores o su entorno.

En algunos de estos casos también puede derivar en la suspensión de la patria potestad.

Al igual que los supuestos de violencia implican una modificación de las medidas, los casos en los que los progenitores sean absueltos de un proceso por violencia o abusos también implica la modificación de las mismas.⁵⁴

Se puede pasar de una custodia exclusiva a una custodia compartida.⁵⁵

Muy importante es destacar que en todos los procesos familiares, la opinión del menor es fundamental en las decisiones judiciales que se tomen, y entre ellas en la modificación de medidas.⁵⁶

⁵⁴ Iglesias Martín, Carmen Rosa. *“La custodia compartida...”* op: cit., pp 376-382

⁵⁵ Sentencia Juzgado de Violencia sobre la mujer de Pamplona, 73/2017, de 16 de noviembre de 2017, CENDOJ. Establece una modificación de medidas definitivas, pasando de una custodia exclusiva a una custodia compartida, *“se produce un cambio relevante de circunstancias. La tirante relación entre los progenitores no es motivo para denegar la custodia compartida. A día de hoy es positivo para el menor estar también con su padre...”*

⁵⁶ Leyes de la infancia de la adolescencia LO8/2015, de 22 de julio. Ley 26/2015, de 28 de junio

9. SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE CONCEDE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, la custodia compartida es la opción más beneficiosa para el cuidado de los hijos tras la ruptura de la relación entre los progenitores.

Sin embargo, en ciertos supuestos la concesión de la misma suele suponer un perjuicio para la estabilidad y el desarrollo del menor, afectando a sus intereses.

Algunos de los supuestos en los que no se considera beneficiosa la guarda y custodia compartida, son los siguientes:

- La custodia compartida precisa de una buena relación entre los progenitores, de la existencia de un respeto mutuo que permita la adopción de conductas que beneficien al menor, y que pese a la ruptura de la relación, el menor mantenga una estabilidad emocional y se mantenga el marco familiar. Claro está, que esta situación tiene que ser lo suficientemente grave y afectar de manera directa el interés del menor, es decir, debe ser superior a una crisis de pareja. Ejemplo de ello son, las discusiones en el momento de entrega del menor, la falta de comunicación, las continuas faltas de respeto...
- Condiciones especiales de salud, cuando el menor o los progenitores tienen condiciones especiales de salud es conveniente evaluar si habrá una estabilidad con ambos progenitores. Que uno de los progenitores no pueda cubrir adecuadamente las necesidades del menor, puede suponer que se atribuya la custodia al otro progenitor.
- Violencia o abusos por uno de los progenitores, el artículo 92.7 establece; *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentarse contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados*

de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

Como vemos, en caso de existencia de violencia y de proceso penal abierto la regla general es denegar la custodia compartida al progenitor inmerso en dichos procesos, pero siempre se deberá tener en cuenta el interés superior del menor.

Por ello, para valorar lo que se considere menor para el menor se deberán tener en cuenta las circunstancias concretas del caso.

Debemos tener en cuenta, que no toda violencia impedirá el establecimiento de la guarda y custodia compartida, sino únicamente la que afecta de manera directa o indirecta al menor.

- Distancia entre domicilios, para el establecimiento de la guarda y custodia será necesario que el régimen sea viable. El hecho de la distancia entre domicilios puede afectar al menor, tanto en su estabilidad como en su evolución personal. El menor se vería obligado a adaptarse a dos entornos distintos.

La SAP de Madrid 621/2024 de 18 de diciembre 2024⁵⁷ negó la custodia compartida por la distancia del domicilio del padre, *“si bien el informe forense aconsejó una custodia compartida, lo hizo con la condición o recomendación adicional de que el padre habría de trasladarse para ello a vivir a la localidad de DIRECCION002 o sus inmediaciones (recordemos que el padre vivía en DIRECCION003) para poder superar así los problemas de distancia entre los domicilios y a fin de compatibilizar el horario laboral del padre con el horario educativo del hijo.”*

Entre otros supuestos que implican la negación de la custodia compartida podemos encontrar: la falta de implicación previa de uno de los progenitores, la falta de disponibilidad horaria o la preferencia del menor.

⁵⁷ SAP de Madrid 621/2024 de 18 de diciembre 2024, CENDOJ

Aunque la custodia compartida sea considerada la mejor opción para la estabilidad del menor y la mejor para mantener el nivel de vida que el menor tenía antes de la ruptura, no siempre es la mejor opción. Se deberán tener en cuenta las circunstancias del caso y evaluar cada situación.⁵⁸

10. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS

Incumplir con el régimen establecido de guarda y custodia compartida, implica que uno de los progenitores no cumple con las condiciones establecidas en el acuerdo o en decisión judicial que rige la misma.

Este sistema se caracteriza por repartir el tiempo de manera equitativa e igualitaria entre ambos progenitores de manera que ambos puedan disfrutar de la compañía de sus hijos.

Este incumplimiento puede darse de diversas maneras como, incumplir con las horas de entrega, tomar decisiones de manera unilateral, incumplir los días, negar la comunicación con el otro progenitor etc.

Las consecuencias pueden tener una dimensión civil, o una más grave, que es de carácter penal.

- Incumplimiento civil

El incumplimiento de la custodia compartida no sólo afecta al otro progenitor, sino, también se ven afectados los derechos de los menores.

Se caracteriza por la falta de respeto a los días y horarios designados a cada progenitor o el impago de la pensión de alimentos.

Estas situaciones derivan en el procedimiento de ejecución de sentencia ante el Juzgado de Familia. Todo ello puede derivar en multas coercitivas, modificación de régimen de custodia, sustitución de la custodia compartida por una custodia exclusiva.

⁵⁸ Jiménez Moriano, Oscar. "La custodia compartida: hacia una definitiva normalización" *Revista jurídica: familia y sucesiones* núm. 148. 2024. Págs 16-18

Si este incumplimiento deriva en un daño emocional, económico o de otro tipo al menor se puede reclamar una compensación económica.

- Incumplimiento penal

En estos casos nos encontramos con peores consecuencias ya que se derivan de actos delictivos.

Estamos ante acciones que afectan de manera significativa al acuerdo establecido previamente.

Al ser un incumplimiento grave que afecta a los derechos de los menores y del otro progenitor, surge una responsabilidad penal.⁵⁹

Alguno de los delitos a los que se puede enfrentes por son:

- Delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP)
- Delito de sustracción de menores (art. 225 bis CP) consiste en la retención del menor más allá del tiempo permitido o su traslado a otra localidad sin el consentimiento del otro progenitor
- Delito de abandono de familia (art 223 y 226 CP)

En caso de incumplimiento, se deberán reunir pruebas del mismo intentar una mediación por parte de los progenitores, de manera amistosa, solicitar la ejecución judicial de la sentencia, pedir una modificación del régimen o denuncia ante el juzgado por un incumplimiento grave reiterado de la guarda y custodia compartida.

La opinión mayoritaria de la doctrina es que la resolución judicial debe ejecutarse, tal y

⁵⁹ Legaltoday.com (25 enero 2024) *Incumplimiento de la guarda y custodia compartida: las claves*. Rios López, Juan Adrián.
<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/incumplimiento-custodia-compartida-las-claves-2024-01-25/>

como establece el artículo 18 de la LOPJ, y no sería conveniente dejar en manos de los progenitores el ejercicio de manera exclusiva de la misma.

De manera que, sí en la fase de ejecución, ésta resulta viable, debe acudir al correspondiente procedimiento de modificación de medidas para cambiarlo.

Por otra parte, ante el incumplimiento, el juez deberá realizar los ajustes que precise este régimen de guarda produciéndose una modificación en fase de ejecución de sentencia si se está ante un supuesto urgente.⁶⁰

⁶⁰ Ivars Ruiz, Joaquín. *“Guarda y custodia compartida, aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia”* Tirant lo blanch, Valencia, 2008. págs 160-163

11. CONCLUSIONES

- I. No existe un modelo único de custodia, estamos ante un supuesto indeterminado, no hay una solución única para todos los casos. Se debe tener en cuenta el caso concreto al que nos enfrentamos. Lo que puede ser bueno para uno puede resultar perjudicial para otros.
- II. El modelo de guarda y custodia compartida requiere una amplia cooperación entre los progenitores, debe primar el respeto, la colaboración y el consenso. Ambos asumirán la responsabilidad del cuidado de los menores, por ello su participación tiene que ser activa.
- III. Además los progenitores deben tener una adecuada capacidad para el cuidado de los hijos, no solo a nivel económico, sino también con la presencia de valores morales y éticos que permitan al menor desarrollarse en un espacio seguro y pleno.
- IV. El establecimiento de dicho régimen puede ser por acuerdo o por decisión judicial. Lo favorable sería el acuerdo entre los progenitores, pero en muchos casos este acuerdo es difícil y acaba siendo tarea del juez determinar el modelo.
- V. La mejor decisión será la establecida en el acuerdo, ya que el modelo estará más adaptado a las necesidades del menor y de los progenitores, en el caso de decisión judicial, se adoptarán medidas más rígidas y en caso de modificación de las mismas, será necesario un nuevo proceso judicial que puede resultar claro y costoso.
- VI. Debe primar el interés superior del menor, manteniendo un nivel de vida equilibrado y de continuación con la vida anterior. Que la ruptura con la vida anterior no le suponga un mayor perjuicio en su desarrollo personal.
- VII. Cabe destacar la falta de una regulación más clara e uniforme, a pesar de la reforma en el ordenamiento jurídico español con la Ley 15/2005, seguimos estando ante situaciones poco claras y sin una determinación concreta. Bajo mi punto de vista, la

regulación en esta materia tendría que ser más concreta y específica, favoreciendo en todo momento el acuerdo entre los progenitores, evitando la participación del juez, donde la decisión se deja en manos de una tercera persona y que se caracteriza por procesos largos y dolorosos para las familias.

- VIII. Finalmente, considero que el modelo de guarda y custodia compartida debe primar frente al resto de modelos. Para ello, siempre ha de tener en cuenta las circunstancias del caso y el interés superior del menor, evitando que este sufra un mayor daño al ya sufrido con la ruptura de la convivencia familiar.

A mayores, se debe favorecer el acuerdo entre los progenitores, ya que estos son los verdaderos conocedores de la situación y de las capacidades de cada uno en el cuidado de los menores.

Con este modelo los menores no pierden relación con ninguno de los progenitores, con la única excepción de las situaciones donde se deniegue la custodia compartida.

12. BIBLIOGRAFÍA

- Barrada Orellana, *El nuevo derecho de la persona y la familia* R. Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- Gete Alonso y Calera, M^a C y Solé Resina, J. *Custodia compartida. Derecho de los hijos y de los padres*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.
- Iglesias Martín, CR. *La custodia compartida, hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- Ivars Ruiz, J. *Guarda y custodia compartida, aspectos procesales sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- Martínez de Aguirre y Aldez, C. *Curso de derecho civil IV, derecho de familia*. Ed. Colex, A coruña, 2013.
- Martínez Rodríguez, N. *La obligación de alimentos entre los parientes*. Ed. La ley, Madrid, 2002.
- Pérez Martín, AJ. *Nuevos impulsos para el derecho de familia*. Ed. Sepin, Madrid, 2015.
- Rivero Hernández, F. *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R. *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida*. Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

REVISTAS

- Jiménez Moriano, Oscar. “La custodia compartida: hacia una definitiva normalización” *Revista jurídica: familia y sucesiones* núm. 148. 2024.
- Perez Martín Antonio Javier, ¿Es la lactancia incompatible con la custodia compartida?. *Revista de derecho de familia* núm. 77, 2017.

WEBGRAFÍA

- <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>
- <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/custodia-compartida/>
- <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/incumplimiento-custodia-compartida-las-claves-2024-01-25/>

- <https://vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida->

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 16/2016 de 1 de febrero de 2016, CENDOJ
- STC 192/2016 de 17 de noviembre de 2016, CENDOJ
- STC 178/2020 de 14 de diciembre 2020, CENDOJ

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 257/2013 29 de abril de 2013, CENDOJ
- STS 52/2015 16 de febrero 2015, CENDOJ
- STS 11 de febrero de 2016, CENDOJ
- STS 251/16 de 13 de abril de 2016, CENDOJ
- STS 215/2019 de 5 de abril de 2019, CENDOJ
- STS 438/2021 de 22 de junio de 2021, CENDOJ
- STS 870/2021 de 20 de diciembre de 2021, CENDOJ
- STS 545/2022 de 7 de julio de 2022, CENDOJ

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona 102/2007 de 20 de febrero, CENDOJ
- SAP de Madrid 19 de febrero 2013, CENDOJ
- SAP de Ciudad Real 192/2014 de 9 de septiembre, CENDOJ
- SAP de Barcelona 9/2016 de 12 de enero, CENDOJ
- SAP de León 89/2016 de 17 de marzo, CENDOJ
- SAP de Barcelona 377/2020 de 20 de junio, CENDOJ
- SAP de Madrid 621/2024 de 18 de diciembre, CENDOJ

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia JPI de Valladolid 221/2023 de 22 de septiembre, CENDOJ
- Sentencia JPI de Sabadell 317/2014 de 21 de julio, CENDOJ

JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

- Sentencia de Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Pamplona 73/2017 de 16 de noviembre, CENDOJ

LEGISLACIÓN

- Constitución Española
- Convención de los derechos del niño de Naciones Unidas
- Código Civil
- Código Civil catalán
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor