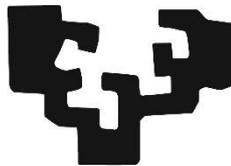


**LA CUSTODIA COMPARTIDA: INCIDENCIA DEL
EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN EL
OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA**

TRABAJO REALIZADO POR PAOLA DE ROA SÁNCHEZ

DIRIGIDO POR ISABEL HERNANDO COLLAZOS

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Facultad de Derecho

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Grado en Derecho

2019-2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA	3
2.1. Concepto y clases de guarda y custodia:	3
2.1.1. La guarda y custodia monoparental o exclusiva.....	3
2.1.2. La guarda y custodia compartida.	6
2.2. Principios generales que rigen la guarda y custodia	7
2.2.1. Principio de interés superior del menor	7
2.2.2. Principio de audiencia del menor.	10
2.2.3. Principio de no separación de los hermanos.....	11
2.2.4. Principio de corresponsabilidad parental.....	12
2.2.5. Principio de igualdad entre los progenitores.....	13
2.2.6. Principio dispositivo y la libertad de decisión de los padres	14
2.2.7. Principio de universalidad	15
3. CUSTODIA COMPARTIDA Y CRITERIOS ESPECÍFICOS DE ATRIBUCIÓN	16
3.1. Régimen normativo de la custodia compartida.	18
3.2. Custodia compartida consensuada.	23
3.2.1. Aprobación del convenio regulador.....	24
3.2.2. Requisitos del artículo 92.6 del Código Civil.....	25
3.2.3. Dictamen de especialistas cualificados.....	29
3.3. Custodia compartida contenciosa.	30
3.3.1. Requisitos de atribución.....	31
3.3.2. Criterios de atribución	35
1. Interés superior del menor	35
2. Disponibilidad de los progenitores y actividad profesional	36
3. Distancia entre domicilios	39
4. Relaciones personales entre los progenitores.	40

4. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	44
JURISPRUDENCIA	45

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo supone un análisis de la situación actual en la que se encuentra en sistema de guarda y custodia en España analizando la actuación de los tribunales a la hora de otorgar esta guarda y custodia teniendo en consideración los criterios para ello usados, y centrándose en especial, en la incidencia de la profesión a la hora de determinar el régimen aplicable.

Tras la ruptura de la convivencia matrimonial se produce una nueva situación en la vida de los progenitores, pero en particular en la vida de los hijos. A partir de ese momento las decisiones que se lleven a cabo deben ser las más adecuadas para proteger a los menores.

Por lo tanto, una de las decisiones más importantes que se deben tomar después de la ruptura es la relativa a la guarda y custodia de los hijos que es ejercida por los progenitores. Esta decisión debe adoptarse teniendo en cuenta uno de los principios más importantes de nuestro ordenamiento jurídico, el principio del interés superior del menor. Esto es debido a que el menor es la persona más vulnerable en el proceso, por lo que se debe establecer un entorno adecuado que favorezca al menor para que pueda obtener una vida equilibrada, pacífica y placida, y que la ruptura le afecte lo menos posible.

Si los progenitores siguiesen conviviendo en el mismo domicilio, ambos podrían seguir ejerciendo plenamente la patria potestad y la vida del menor no se vería tan afectada. Pero lo normal tras una ruptura conyugal es que las partes dejen de vivir en el mismo domicilio.

Si esto ocurre, y los padres fijan sus residencias en domicilios distintos, los hijos comunes no pueden estar al mismo tiempo en la compañía de ambos progenitores. Por lo tanto, se debe determinar cuál será el régimen de guarda y custodia aplicable.

El sistema opta porque sean los padres los que decidan el tipo de régimen que ha de establecerse, puesto que son ellos los que más conocen a sus hijos y los que mejor sabrán cual es el régimen que los beneficie. Pero en ocasiones, esto es imposible. Si los progenitores no llegan a un acuerdo o se entiende que el acuerdo al que han llegado es contrario al interés del menor, será el Juez quien decida cuál es el régimen más favorable para el menor basándose en los principios de atribución de la guarda y custodia.

Hasta hace poco, el régimen que predominaba en España era el régimen de guarda y custodia exclusiva o monoparental, en la que uno de los progenitores tenía la guarda y

custodia estableciendo un régimen de comunicación, visitas o estancias para que los hijos puedan estar con ambos progenitores.

Con la entrada en vigor de la ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil¹ se introduce la regulación de la guarda y custodia compartida dentro del artículo 92 del Código Civil. Este régimen ya podía ser acordado por los progenitores de mutuo acuerdo, pero de no llegarse a un acuerdo, el juez será el encargado de determinar qué régimen es el más beneficioso para el menor.

Este trabajo parte de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 772/2019 de 31 de octubre² sobre modificación de la guarda y custodia monoparental pactada en convenio regulador en un proceso de divorcio, y cuya modificación a custodia compartida es solicitada posteriormente por el padre y en cuya resolución el oficio del progenitor solicitante reviste una especial trascendencia.

Al comienzo del proceso, en el procedimiento de medidas paterno-filiales 785/2013, se dictó sentencia por el Juzgado de primera instancia número 4 de Badajoz, en el cual se aprobó el convenio regulador propuesto por los progenitores.

En dicho convenio regulador acordaron atribuir a la madre la guarda y custodia del menor, es decir, acuerdan la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre. Además, acuerdan un régimen de visitas favorable para el padre y se fija una pensión de alimentos a su cargo de 500 euros mensuales.

Hay que tener en cuenta que, existiendo hijos sometidos a la patria potestad de ambos progenitores, éstos podrán acordar en el convenio regulador el régimen de guarda y custodia que deseen. En este caso se acuerda la guarda y custodia monoparental a favor de la madre.

A pesar del convenio regulador acordado inicialmente por los progenitores, en febrero de 2017, el padre en la demanda de modificación de medidas solicita que se sustituya el régimen de custodia monoparental por el régimen de custodia compartida.

¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, *de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, páginas 24458 a 24461) (BOE-A-2005-11864)

² SAP (Sección 2ª) Badajoz, Sentencia núm. 772/2019, 31 octubre 2019, Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, (JUR 2019\341590)

Esta sentencia, a pesar de estar en un contexto de modificación de medidas, sirve de base a este trabajo centrado en los criterios de atribución de la custodia compartida, y, en base a ello, se ha procedido analizar en un capítulo inicial los criterios generales de atribución de toda guarda y custodia incluida la compartida para incidir a continuación en un capítulo separado los criterios específicos tenidos en consideración en la atribución de la custodia compartida cuando ésta es controvertida.

Además, durante todo el trabajo se hará referencia a diversas sentencias, en especial a aquellas que versan sobre la incidencia del ejercicio de la profesión para el otorgamiento de la guarda y custodia como la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 772/2019 de 31 octubre en la que se centra el trabajo.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1. Concepto y clases de guarda y custodia:

La guarda y custodia se identifica con la atención y cuidado diario que se efectúa por medio de la convivencia habitual con el menor de edad. Por ello tener encomendada la guarda y custodia exige todo tipo de cuidados a los hijos y, especialmente, tenerlos en su compañía³.

En nuestro ordenamiento jurídico se puede distinguir entre la guarda y custodia monoparental que procedemos brevemente a exponer a continuación, y la guarda y custodia compartida que es tratada en páginas posteriores.

2.1.1. La guarda y custodia monoparental o exclusiva.

La guarda y custodia monoparental o exclusiva consiste en atribuir la guarda y custodia a uno solo de los progenitores⁴.

Cuando a uno de los padres se le otorga la guarda y custodia exclusiva, tan solo se le concede a quien la ostenta el derecho a convivir con el menor. Con esto se pretende decir que no se le otorga una posición privilegiada ni implica que el progenitor no custodio deje de ostentar la patria potestad. La custodia implica convivencia y no el otorgamiento de más derechos, no supone un status privilegiado de un progenitor respecto al otro⁵.

³ GARCÍA PRESAS, I., *Guarda y custodia de los hijos*, Juruá editorial, Lisboa, 2015, pág. 33

⁴ GARCÍA PRESAS, I., *ib.*, pág. 43

⁵ GARCÍA PRESAS, I., *ib.*, págs. 45-46

En la sentencia planteada⁶, observamos cómo se mantiene la guarda y custodia monoparental en favor de la madre debido a diferentes criterios seguidos por la Audiencia, como puede ser el poco tiempo libre del que dispone el padre para atender los cuidados del hijo, siempre basándose en el interés superior del menor que veremos más adelante.

En esta modalidad de guarda y custodia es importante hablar de la posición del cónyuge que no ostenta la guarda y custodia, es decir, del cónyuge no custodio.

A) Régimen de visitas, estancia y comunicación.

El artículo 90.1 a) del Código Civil⁷ establece que “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

Además, el artículo 94.1 del Código Civil establece que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

El régimen de visitas no es solo un derecho del cónyuge no custodio, sino que se trata de una obligación. Las visitas son los periodos de tiempo que los menores comparten con el progenitor que no ostenta la guarda y custodia. Estas visitas se conceden en interés del menor, para que éste pase tiempo con el progenitor no custodio⁸.

Además de este régimen de visitas al progenitor no custodio le corresponde un régimen de **estancia** con sus hijos. Esta estancia tiene una duración mayor que lo que es una visita. Estas estancias suelen realizarse en períodos vacacionales, pero en ocasiones se dan en días entre semana, por ejemplo, tres días entre semana hasta la salida del colegio. Este

⁶ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento de Jurídico Tercero

⁷ Código Civil (CC)

⁸ GARCÍA PRESAS, I., *ib.*, pág. 48

régimen de visitas y estancia puede ser propuesto por las partes en la demanda de divorcio⁹.

Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 524/2019 de 9 de julio¹⁰ se mantiene la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, por lo que se establece un régimen de visitas y estancia en favor del padre. Determina un régimen de visitas de fines de semanas alternos y reparte las vacaciones de Navidad y Semana Santa.

Además de esto, nos encontramos con el **régimen de comunicación**, el cual consiste en estar en contacto con el hijo cuando se encuentra en compañía del otro progenitor. Es decir, el derecho a comunicarse con el menor cuando se encuentra en compañía del otro progenitor. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (524/2019 de 9 de julio) antes mencionada se establece que, en caso de enfermedad del hijo, el progenitor custodio en ese momento debe comunicar al otro sobre tal enfermedad¹¹.

B) Pensión por alimentos y gastos extraordinarios

Por un lado, en caso de que la guarda y custodia haya sido convenida, para definir los alimentos, el artículo 90.1 d) del Código Civil establece que “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso”.

Por otro lado, dentro del ámbito de la guarda y custodia contenciosa para definir los alimentos, el artículo 93 del Código Civil establece que “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

⁹ GARCÍA PRESAS, I., *ib.*, pág. 48

¹⁰ SAP (Sección 2ª), Badajoz, Sentencia núm. 524/2019, 9 de julio 2019, Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAS-AMBRONA, (JUR 2019\223127)

¹¹ SAP Badajoz núm. 524/2019 de 9 de julio de 2019, cit., Fundamento Jurídico Quinto

Es preciso conocer cuál es la definición de alimentos, el artículo 142 del Código Civil establece que es “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

También comprende “los gastos de educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún 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”.

El artículo 146 del Código Civil establece cual ha de ser la cuantía de la pensión de alimentos, y establece que “La cuantía de la pensión de alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien las recibe”.

Se ha de formar un fondo común que esté nutrido por las aportaciones de ambos progenitores, las cuales cada uno de ellos deberá efectuar en función de su capacidad económica. Con este fondo común se sufragarán los gastos extraordinarios cuyo concepto deriva de la interpretación “a sensu contrario” del artículo 142 del Código Civil. Por lo tanto, son gastos extraordinarios “todos aquellos que salen de lo natural o de lo común” y “que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad”¹².

Por lo tanto, será el juez quien determinará la contribución de cada progenitor en relación a la pensión de alimentos. Deberá tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

2.1.2. La guarda y custodia compartida.

Como se ha expuestos anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 772/2019 de 31 de octubre¹³ parte de lo acordado en convenio regulador, en el que se pacta una custodia monoparental a favor de la madre con un régimen de visitas favorable para el padre, y pasado un tiempo en este régimen, el padre interpone demanda de modificación de medidas solicitando la guarda y custodia compartida. Propuso que esta guarda y custodia compartida fuera semanal y que las entradas y recogidas del menor se llevaran a cabo los domingos en el domicilio del progenitor custodio. Como petición subsidiaria, pidió una reducción de la pensión de alimentos a 250 euros.

¹² GARCÍA PRESAS, I., *ib.*, pág. 50

¹³ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento Jurídico Primero

La custodia compartida es la situación legal en la que, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de los hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

Este tipo de guarda y custodia es el más deseado porque es el que más se asemeja a la convivencia llevada a cabo durante el matrimonio, pero no siempre es posible. Viene regulado en el artículo 92 del Código Civil el cuál será analizado más adelante cuando se trate de forma más extensa el tema de la guarda y custodia compartida.

2.2. Principios generales que rigen la guarda y custodia

Los principios que rigen la guarda y custodia son uno de los elementos fundamentales ya que son algunos de los criterios tenidos en cuenta por el juez a la hora de establecer los modelos de guarda y custodia de los hijos, en especial cuando los progenitores no llegan a un acuerdo y debe establecerse la guarda y custodia de forma contenciosa. Por ello es necesario realizar un breve análisis de cada uno de ellos.

2.2.1. Principio de interés superior del menor

El interés superior del menor es el punto de referencia a partir del cual se adoptan las medidas relativas a la guarda y custodia. Se trata de un criterio que vincula al juez a la hora de atribuir la guarda y custodia.

La Constitución Española garantiza en el artículo 39¹⁴ la protección integral de los hijos. Éste artículo establece en su apartado segundo que “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

En la convención sobre derechos del niño de 28 de noviembre de 1989¹⁵ encontramos en su artículo 3 una referencia al interés superior del menor y establece que:

“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**.”

¹⁴ Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

¹⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

2. Los Estados Partes se comprometen a **asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar**, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Además, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor¹⁶ establece en su artículo 2, modificado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio¹⁷, el interés superior del menor, y dice:

“1. Todo menor tiene derecho a que su **interés superior** sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

En el apartado 2 del mismo artículo establece cuáles serán los criterios generales tenidos en cuenta:

“2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

¹⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (BOE núm. 15, de 17/01/1996) última modificación 29/07/2015 (BOE-A-1996-1069)

¹⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889), (BOE-A-2015-8222)

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Pero a pesar de todo esto, como principio general, el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado y abstracto que debe ser concretado en cada situación. Este criterio será conformado y determinado por el menor, sus progenitores o por el juez y el ministerio fiscal con la asistencia de técnicos especialistas, de acuerdo con las circunstancias que rodean un determinado proceso¹⁸.

Por lo tanto, serán los tribunales los que determinen en cada proceso cual es el interés superior del menor.

En relación al ámbito procesal, uno de los efectos más destacables de este principio es la amplia discrecionalidad judicial para la adopción de oficio de todo tipo de medidas, siempre en beneficio del menor. En los procesos de derecho de familia con hijos menores, el juez no se encuentra vinculado por las peticiones de las partes, pudiendo adoptar incluso medidas distintas a las solicitadas, siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos¹⁹. No obstante, hay que hacer referencia al caso de la custodia compartida,

¹⁸PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida: [Estudio doctrinal, problemática jurisprudencial ...]*. 1ª ed. ed. Barcelona: Bosch; 2009, pág. 55 y 56

¹⁹ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 57

que solo podrá ser adoptada por el juez cuando haya sido solicitada por una de las partes, no podrá realizarlo de oficio.

El artículo 92.8 del Código Civil establece que “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”.

2.2.2. Principio de audiencia del menor.

Hace referencia al derecho del menor de edad a ser oído y opinar sobre asuntos que le conciernen. En ningún supuesto determinará la decisión que adopte la autoridad judicial o el acuerdo de los progenitores. Así pues, sobre el propio menor nunca va a recaer la responsabilidad de la decisión que se tome, ya que su criterio no es vinculante, aunque su opinión ayudará en gran medida a configurarla²⁰.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 92.2 del Código Civil que dispone que “el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre su custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oído”. Y, el artículo 92 apartado 6 del CC que establece que, “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe el Ministerio fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor...”.

Además, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, modificada por la Ley Orgánica 8/2015²¹ de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que dispone que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad, o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte y que conduzca a una decisión que a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.

²⁰ GARCÍA PRESAS, I., *op. cit.*, pág. 74

²¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. 16

A esto hay que unir el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²² establece que “si hubiese hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”.

Y el artículo 770.4 de la LEC que dispone que “si el procedimiento fuese contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”.

Por lo tanto, en los procesos que fuesen consensuados no es preceptivo oír en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio, pero sí lo es en los procesos contenciosos cuando los menores sean mayores de doce años²³.

La voluntad del menor debe tenerse en cuenta por ser cauce de expresión del interés al que debe ceñirse el juez para asignar su cuidado. Su finalidad es que las opiniones del menor sirvan a la autoridad judicial para reforzar su convicción sobre la medida a adoptar, debiendo valerse también de pruebas practicadas y del dictamen de los especialistas²⁴.

2.2.3. Principio de no separación de los hermanos

Este principio viene recogido en el artículo 92.5 del Código Civil que establece que “se acordará el ejercicio de la guarda y custodia compartida 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 custodia establecido, **procurando no separar a los hermanos**”.

No se trata de una norma imperativa pero el Código Civil y la jurisprudencia, como veremos a continuación, determinan conveniente no separar a los hermanos en caso de ruptura del vínculo matrimonial.

²² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (BOE núm. 7, de 08/01/2000) última actualización 29/04/2020, (BOE-A-2000-323)

²³ PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Aranzadi, Cizur Menor: Navarra, 2016, pág. 30

²⁴ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 32

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 524/2019²⁵ viene reconocido este principio. En ella la madre interpone recurso de apelación debido a que se había determinado en la resolución la custodia compartida de su hijo. En este recurso insta la revocación de la sentencia de la instancia para que, en vez de un régimen de custodia compartida, se fije una custodia monoparental a su favor. Uno de los motivos que alega para que se le otorgue la custodia monoparental es el principio de no separación de los hermanos, puesto que ella acababa de tener un nuevo hijo con su actual pareja. Además, en el dictamen se aconsejaba la custodia exclusiva por razón de la actividad laboral desempeñada por el padre debido a que se dedicaba a la hostelería.

A pesar de este principio, existe un tipo de custodia llamada distributiva que se da cuando existen varios hijos en la pareja y tras el divorcio se distribuyen. De este modo unos hijos se irán con un progenitor y los otros con el otro progenitor. Este tipo de custodia no es recomendable para los menores puesto que supone perder el vínculo afectivo con sus hermanos. Salvo que las circunstancias del caso concreto lo aconsejen, no será posible la custodia distributiva. Siempre que se haga el reparto de hermanos, se velará únicamente por el beneficio del interés superior del menor, sin que en ningún caso esta situación responda al interés de los progenitores²⁶.

2.2.4. Principio de corresponsabilidad parental.

Este principio se refiere a que los progenitores deben tener un reparto equitativo de los derechos y deberes que deben ejercitar frente a sus hijos. esto puede relacionarse con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y el derecho de los hijos a ser criados por ambos progenitores.

En la regulación de la reforma de la ley 15/2005 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ se establece la idea de fomentar la corresponsabilidad parental tras la crisis convivencial de la pareja, pero en todo caso se trata de un principio subordinado y que debe ceder siempre ante el interés superior del menor.

Este principio se encuentra reconocido dentro de la normativa nacional por la ley 15/2005 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece en su

²⁵ SAP de Badajoz núm. 524/2019 de 9 julio de 2019, cit., Fundamento Jurídico Segundo

²⁶ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 156.

²⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, cit. 1

exposición de motivos que “Los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá solo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del **principio de corresponsabilidad** en el ejercicio de la potestad”. Con esto pretende aumentar la corresponsabilidad de los padres a la hora de ejercer sus funciones con respecto a los hijos.

Este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio de interés superior del menor. Este último inciso, el interés superior del menor es importante y debe tenerse en cuenta como límite²⁸.

Como viene establecido en la Sentencia 526/2016 del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre²⁹, el sistema de custodia compartida sería el más adecuado para llevar a aplicación este principio porque en este tipo de custodia se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores. Pero este principio debe aplicarse tanto si se trata de un régimen de custodia compartida como de custodia monoparental.

Como establece el artículo 92.1 del Código Civil, “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Por lo tanto, tal y como establece Cristóbal Pinto Andrade, “cabe concluir que se fomente la corresponsabilidad parental y el derecho del niño a relacionarse con sus progenitores y un fomento de la custodia compartida, pero no a todo trance y por encima del interés superior del menor”³⁰.

2.2.5. Principio de igualdad entre los progenitores.

En este apartado es preciso mencionar el artículo 14 de la CE que establece el principio de igualdad como uno de los derechos fundamentales.

Artículo 14 de la CE establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁸ PINTO ANDRADE, C., *op. cit.*, pág. 59

²⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 526/2016, 12 de septiembre de 2016, Ponente: Jose Antonio SEIJAS QUINTANA, (RJ 2016\4435)

³⁰ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 60

Además, es necesario acudir a la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer³¹ que establece en su artículo 6 apartado segundo letra c) que “El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial”.

2.2.6. Principio dispositivo y la libertad de decisión de los padres

Una de las cuestiones más relevantes de la reforma de 2005 es la libertad de decisión de los padres a la hora de establecer la forma de ejercer la patria potestad y dentro de ella, la guarda y custodia de los hijos menores, tras la ruptura convivencial³². En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 15/2005 declara:

“Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afecten 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 e 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 les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad”.

Y añade que “se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido”.

Con esta postura lo que el legislador pretende es que, en situaciones de crisis de pareja, se ha de procurar que la solución con relación a los hijos sea la más adecuada, y por ello pasa por atender a los padres, pues solo ellos conocen verdaderamente la realidad de las características de su propia familia y las situaciones personales, económicas y materiales que se dan dentro de ella³³.

Con relación al principio dispositivo propio del derecho de familia sabemos que una de las consecuencias más relevantes del principio de interés superior del menor en el orden

³¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, cit.1

³² PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 60

³³ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 61

procesal es que las medidas que afectan a los hijos menores de edad han de ser imperativamente acordadas por el juez, incluso de oficio³⁴.

Aquí cabe hablar de la custodia compartida y su regulación en los artículos 92.5 y 92.8 del CC dado que en la atribución de la custodia compartida rige el principio dispositivo, es decir, la custodia compartida es adoptada cuando es solicitada por ambos progenitores en el convenio regulador o cuando ambos lleguen a un acuerdo, tal y como establece el apartado quinto del artículo 92 CC. Su apartado ocho añade además que cuando no se de lo establecido en el apartado cinco, 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 esa forma se protege el interés superior del menor.

Por lo tanto, la custodia compartida no puede ser acordada de oficio, sino solamente a petición de una de las partes, que será contenciosa; o por acuerdo de las partes, que será consensuada³⁵.

2.2.7. Principio de universalidad

Debe aclararse que la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, y dentro de ella, la modalidad de la custodia compartida, es una cuestión relativa a las relaciones paterno-filiales derivada de la falta de convivencia de ambos progenitores. Con ello se pretende decir que, pese a la sistemática del Código Civil que sitúa el reconocimiento y la regulación de esta institución dentro de las consecuencias comunes a la crisis matrimonial (artículo 92 del CC), su aplicación debe entenderse extensible a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva³⁶.

El artículo 39 de la Constitución Española no permite otra interpretación como se decía anteriormente, puesto que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley **con independencia de su filiación**, así como que 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 este sentido, no cabe ninguna duda respecto a la aplicación analógica a cualquier relación paterno-filial del artículo 92 del CC, esté dentro o fuera del matrimonio

³⁴ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 61

³⁵ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 61

³⁶ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 62

y cualquiera que sea su origen. De lo contrario estaríamos ante una discriminación injustificada³⁷.

Lo mismo cabe afirmar según Cristóbal Pinto Andrade respecto a la pensión de alimentos y el uso y disfrute de la vivienda familiar del artículo 96 del CC. En este sentido, cuando se trata de la atribución de los hijos habidos en una pareja extramatrimonial, la medida de custodia compartida puede adoptarse como provisional o como definitiva dentro de un proceso exclusivamente relativo a la guarda y custodia de los hijos menores. En este caso la aplicación del artículo 92 del CC lo es por analogía y en virtud del principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 39 de la CE. En este punto hay que tener en cuenta que las Comunidades Autónomas donde exista una ley reguladora de las parejas de hecho, sus normativas suelen prever que pueda pactarse entre los convivientes el sistema de guarda y custodia que consideren más adecuado tras la ruptura. La jurisprudencia se ha preocupado por señalar la normativa aplicable en este caso y existen multitud de ejemplos de atribución de custodia compartida en parejas de hecho³⁸.

Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo número 5/2015 de 16 de enero³⁹ en la que se extiende la aplicación del artículo 96 del CC a las parejas de hecho.

En definitiva, cabe decir que se trata de un principio que hace referencia a que el régimen de guarda y custodia puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación, ya sea natural o adoptiva, matrimonial o extramatrimonial. Carece de importancia si existe o no matrimonio, ya que la responsabilidad parental viene determinada por la filiación. En el caso que nos atañe se trata de una filiación matrimonial y natural, que finaliza con la sentencia de divorcio, por la cual se rompe el vínculo matrimonial y ha de establecerse un régimen de guarda y custodia.

3. CUSTODIA COMPARTIDA Y CRITERIOS ESPECÍFICOS DE ATRIBUCIÓN

Siguiendo el trascurso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 772/2019 de 31 de octubre⁴⁰, como he mencionado anteriormente, vemos como el padre solicita en

³⁷ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, pág. 62

³⁸ PINTO ANDRADE, C., *ib.*, págs. 62 y 63

³⁹ STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 5/2015 de 16 enero de 2015, Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, (RJ 2015\355)

⁴⁰ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento Jurídico Primero

la demanda de modificación de medidas que se sustituya el régimen de custodia monoparental acordado en el convenio regulador por el régimen de custodia compartida.

Esta modalidad de custodia supone la custodia por períodos prefijados con cada uno de los progenitores. Cuando nos encontramos en este escenario vemos que ambos progenitores serán custodio y no custodio durante el tiempo que dure la alternancia del menor. Ambos progenitores tendrán una serie de derechos y deberes. Además, la custodia compartida cumple con el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores⁴¹.

Está claro que todos los padres quieren el mayor bienestar para sus hijos, y está claro que la situación más aconsejable para ello es que los padres conviven juntos. Pero tras la crisis de pareja y conflictividad familiar suele ser aconsejable que la pareja ponga fin a su convivencia. Pero los progenitores tienen que estar por encima de sus disputas y velar siempre por el interés superior del menor⁴².

Es evidente que la nueva situación cambiará el modo de vivir del menor, pero tiene que notarlo lo menos posible. Para ello la custodia compartida, o alterna que es como la llama en este caso Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, suele ser la mejor opción puesto que el menor, tendrá la posibilidad de permanecer con ambos progenitores y ambos podrán intervenir en el desarrollo de la personalidad del menor⁴³.

Por lo tanto, es preciso decir que la custodia compartida es la forma de guarda y custodia que menos perjuicio va a ocasionar al menor con la separación o divorcio, porque permite a los progenitores ejercer los derechos y deberes que tienen para con su hijo.

Esto produce el fortalecimiento de las relaciones entre los progenitores y los hijos menores, afianzando las relaciones paterno-filiales y contribuyendo al desarrollo de la personalidad de los hijos menores de edad⁴⁴.

Tal y como se establece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 772/2019⁴⁵ el régimen de custodia compartida “es el ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura e pareja. Además, garantiza a los padres la

⁴¹ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *op., cit.*, pág. 156

⁴² ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *ib.*, pág. 157

⁴³ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *ib.*, pág. 157

⁴⁴ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *ib.*, pág. 161

⁴⁵ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento Jurídico Tercero

posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y participar en la igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos”.

Pero como veremos más adelante, aunque este régimen de custodia es el más beneficioso tiene sus dificultades, pues debe ser en cada caso el más favorable para el interés superior del menor.

La custodia compartida es introducida por la Ley 15/2005 de 8 de julio, y en ella se distinguen dos supuestos: uno en el que la custodia compartida es querida de mutuo acuerdo por los progenitores, y otro supuesto en el que uno de los progenitores insta esta modalidad de custodia por no haber consenso de ambos progenitores sobre esta medida.

3.1. Régimen normativo de la custodia compartida.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 15/2005, de 8 de julio, la guarda y custodia de los menores tras una crisis matrimonial también podía acordarse por los cónyuges y debía determinarse judicialmente, a falta de dicho acuerdo o no aprobación del mismo⁴⁶.

Es con esta ley con la que se introduce la medida de guarda y custodia compartida, que la introduce en el artículo 92 del CC.

La reforma incidió en la guarda y custodia propiamente dicha, manteniéndose en lo fundamental el resto de contenido del artículo 92 del CC: las crisis matrimoniales no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. En el segundo párrafo se establecía la audiencia de los menores. En el tercero, la posibilidad de acordar la privación de la patria potestad en la sentencia de nulidad, separación o divorcio y el dictamen de especialistas que puede recabar el juez de oficio o a petición de los interesados en el párrafo cinco⁴⁷.

Pero esta reforma, además de introducir la custodia compartida modificó la redacción del párrafo cuatro del artículo 92 CC. En su anterior redacción disponía: “podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”. Ya entonces se distinguía entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, pero incluía, además, la atribución el cuidado de los hijos a uno u otro progenitor. Con relación al ejercicio de la patria potestad, en la sentencia el

⁴⁶ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, pág. 17

⁴⁷ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 17

juez podrá decidir el ejercicio conjunto por los cónyuges, por uno de ellos exclusivamente o distribuir entre ambos las funciones inherentes a la misma⁴⁸.

Aquí hay que tener en cuenta el último párrafo del artículo 156 CC, que establece:

“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

Entonces parte del supuesto de que los padres vivan separados. En ese caso la patria potestad será ejercida por aquel con el que conviva. Pero el juez a solicitud del otro progenitor puede acordar, siempre que sea en beneficio del hijo que la patria potestad se ejerza conjuntamente. Como vemos en este precepto habla de la patria potestad, pero no hace referencia a la guarda y custodia.

Con relación a la medida específica sobre la guarda y custodia de los hijos, conforme a la anterior redacción del párrafo cuarto del artículo 92 CC, el juez decidía que su cuidado correspondiese a uno u otro de los progenitores. Por tanto, aun cuando los padres ostentaban la patria potestad conjuntamente, se preveía la guarda y custodia correspondiese a uno solo de ellos, salvo que otra cosa acordaran los cónyuges y fuera aprobado por el juez⁴⁹.

Así lo establece el artículo 159 CC que dice que “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

La guarda y custodia monoparental o exclusiva de los progenitores era la modalidad de guarda y custodia que se adoptaba normalmente antes de la reforma. Es verdad que podía convenirse entre los cónyuges el ejercicio compartido de la guarda y custodia, pero no es introducido en nuestro ordenamiento hasta la reforma de 2005. Hasta ese momento, las

⁴⁸ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 18

⁴⁹ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 19

decisiones judiciales habitualmente resolvían conforme a un modelo que respondía a unas mismas directrices⁵⁰.

Por lo tanto, como se ha mencionado anteriormente, la custodia compartida fue introducida por la ley 15/2005 y vamos a ver a continuación cómo afectó esta ley a la guarda y custodia de los menores.

Esta ley dio una nueva redacción al artículo 92 CC con nueve apartados. El legislador consideró que la modificación del mismo debía ocuparse de cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad y a la guarda y custodia de los hijos⁵¹.

El objetivo general, de acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos de la citada ley, es mejorar la realización del beneficio de los sujetos a patria potestad y procurar que ambos progenitores perciban que su responsabilidad con respecto a los hijos menores o incapacitados no termina con la separación o el divorcio, exigiendo la nueva situación un mayor grado de diligencia en su ejercicio⁵².

Con esto lo que pretende el legislador es dar una mayor libertad a los padres para decidir. Éstos pueden acordar en convenio regulador cual será el tipo de guarda y custodia aplicable. Además de por quién iba a ser ejercida la patria potestad, es decir, si se realizaría de forma conjunta o no. En este sentido, este párrafo no supuso una gran modificación, pues con la anterior redacción también podían acordar el régimen aplicable.

Por tanto, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, la reforma no implicó cambio alguno. Sí que supone un cambio la introducción de los apartados 5, 7 y 8 de la nueva redacción del artículo 92 respecto a la regulación anterior, dado que establece concretamente la custodia compartida⁵³.

Así, la Exposición de Motivos de la ley establece “Al amparo de la ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que

⁵⁰ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 20

⁵¹ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 23

⁵² PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 23

⁵³ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 23

imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”⁵⁴.

Con ello se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la custodia compartida. Comienza a estar regulada dentro del Código Civil. En el artículo 92 CC al introducir la custodia compartida distingue entre que los progenitores sean los que la acuerden, ya sea en convenio regulador o durante el trascurso del procedimiento; o, a falta de consenso que el juez sea quien la adopte a instancia de una de las partes. Y hay que tener en cuenta que introduce que podrá ser acordada por el juez cuando sea a instancia de uno solo de los progenitores, pero esto solo excepcionalmente.

Respecto a la regulación que se da sobre la custodia compartida dentro del **derecho civil vasco**, hay que acudir a la Ley 7/2015, de 30 de junio *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*⁵⁵.

El artículo 9 de dicha ley comienza diciendo que “Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos”.

Probablemente la finalidad de esta aseveración consiste en aclarar que la custodia compartida puede establecerse normalmente a petición de uno solo, sin que sea necesario el acuerdo de ambos padres al respecto, desmarcándose así de las previsiones del CC, en el que tiene carácter excepcional que se realice a instancia de uno solo de los progenitores. Pero la solicitud de al menos uno de los padres aparece como requisito inexcusable, lo cual se confirma con la lectura del artículo 9.2 que proclama que la oposición de un progenitor a la custodia compartida no constituye motivo suficiente para no otorgarla, de donde se desprende que la oposición de ambos, es decir, el hecho de que ninguno la pida, sí impide al juez a establecerla⁵⁶, tal y como ocurre en el derecho civil común, que el juez sin petición de una de las partes no puede adoptar la medida de custodia compartida.

⁵⁴ Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cit.1, exposición de motivos

⁵⁵ Comunidad Autónoma del País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, páginas 62351 a 62362) (BOE-A-2015-8275)

⁵⁶ GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Manual de derecho civil vasco*, Barcelona: Atelier; 2016, pág. 108

La petición en uno u otro sentido, se incluirá en la propuesta de convenio formulada de mutuo acuerdo o en las propuestas presentadas por los progenitores de forma individual tal y como se establece en el artículo 5.1 y además, el 9.1 añade que “Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados”. Dicha propuesta forma también parte del contenido que se establece para el convenio en los apartados segundo y tercero del artículo 5.2 a)⁵⁷.

Por lo demás, la Exposición de Motivos se refiere a la custodia compartida como un derecho de los menores, puede decirse que esta, a diferencia de otras leyes autonómicas, no lo consagra como un modelo preferente o regla general: ni el artículo 5.2 cuando establece el contenido mínimo del convenio regulador, que incluye la cuestión de guarda, ni el artículo 9 relativo a las medidas judiciales a falta de acuerdo o en caso de no aprobación del mismo. El apartado tres del artículo 9 declara que “el juez a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los o las menores”. Por lo tanto, se dispone que el juez decida en cada caso en función del interés de los menores, lo que concuerda con lo previsto, para cualquier medida o resolución que les afecte, por el artículo 3 de la propia ley, por el CC o por toda la normativa estatal y vasca dedicada a la protección de aquellos⁵⁸.

El artículo 9.3 enumera las circunstancias que han de tomarse en consideración para adoptar o no el sistema de custodia compartida. Deberá tener en cuenta la práctica anterior de los progenitores; el número de hijos, su edad y su opinión; su arraigo social, escolar, y familiar; las circunstancias de cada progenitor, así como su voluntad y actitud frente a sus deberes paternos; la ubicación de sus residencias; el resultado de los informes presentados y cualquier otra circunstancia relevante. Y añade el 9.2 que las malas relaciones entre los progenitores no serán motivo suficiente para no establecer la guarda conjunta⁵⁹.

Como regla general, salvo que las circunstancias concurrentes lo justifiquen, el artículo 9.7 dice que se evitará que las medidas adoptadas en materia de custodia originen la separación de los hermanos⁶⁰.

⁵⁷ GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ib.*, págs. 108-109

⁵⁸ GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ib.*, pág. 109

⁵⁹ GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ib.*, pág. 109

⁶⁰ GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ib.*, pág. 110

3.2. Custodia compartida consensuada.

La custodia compartida consensuada viene a referirse a la adopción por parte de los progenitores de esta modalidad de custodia. Este acuerdo puede realizarse o en el convenio regulador o durante la tramitación del procedimiento.

Existiendo hijos sometidos a la patria potestad de ambos progenitores, éstos podrán acordar el régimen de guarda y custodia de los mismos en el convenio regulador. Tal y como establece el artículo 90.1 A) del CC, “El cuidado de los hijos sujetos a patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. De la dicción del precepto puede deducirse que, efectivamente y aun sin mencionarla, los cónyuges pueden decidir establecer la custodia compartida de sus hijos en convenio regulador, de igual forma que sucedía antes de su modificación. Pese a la reforma del artículo 90 del CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁶¹, el apartado 1 a) del mismo mantiene el idéntico tenor literal⁶².

Hay que tener en cuenta el artículo 92.5 del Código Civil en el cual hace referencia expresa a la guarda y custodia compartida o conjunta y dice “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 ambas lleguen al acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda y custodia 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”.

Por lo tanto, se puede acordar el régimen de custodia compartida en un procedimiento iniciado de común acuerdo por los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, acompañando la propuesta de convenio regulador en el que se ha consensuado compartir la custodia de los menores, es decir, en un procedimiento consensual regulado por el artículo 777 de la LEC. Además, aun iniciándose la nulidad, separación o divorcio por un procedimiento contencioso, podrán los progenitores acordar la guarda y custodia compartida en el transcurso del mismo⁶³.

⁶¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, (BOE núm. 158, de 03/07/2015), última actualización 29/06/2017, (BOE-A-2015-7391)

⁶² PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, pág. 25-26

⁶³ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 26

Hay que tener en cuenta que de lo establecido en el apartado 5 del artículo 92 CC dispone que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, no necesariamente tiene que admitirlo el juez. La concesión de la custodia compartida no es automática, aun cuando lo soliciten los padres de mutuo acuerdo. El juez tiene que constatar que este sistema de guarda y custodia es el más idóneo para el interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso⁶⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo 155/2017 de 7 marzo⁶⁵ que establece que el fin último de elección del régimen de custodia es proteger el interés superior del menor, por encima del interés de los progenitores. Por lo que se aceptará este régimen de custodia aun cuando no haya sido acordado por ambos progenitores, cuando a instancia de uno de ellos, el juez considere que es el más adecuado para el interés del menor.

Si el juez atribuye la guarda y custodia compartida a los progenitores que lo soliciten de común acuerdo, además de fundamentar su resolución en el interés del menor y en la idoneidad de este sistema de custodia, adoptará tal y como establece en el artículo 92.5 del CC que "...tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos". Esto significa que el juez no solo debe supervisar que la custodia compartida sea la más adecuada para el interés superior del menor, fundamentándolo así en la sentencia, sino también que con posterioridad y una vez atribuida la modalidad de ejercicio que se haya adoptado se cumple eficazmente, es decir, podrá realizar un seguimiento acordando las cautelas a las que se refiere el precepto⁶⁶.

Para acordar la custodia compartida es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

3.2.1. Aprobación del convenio regulador

Habiéndose presentado propuesta de convenio regulador en el que los progenitores acuerdan la custodia compartida, para que produzca efectos deberá ser aprobado por el juez, lo que exige que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, tal y como se establece en el artículo 90.2 del CC. El principio de interés superior del menor no es disponible por los progenitores y, por tanto, el juez debe hacer prevalecer el mismo, de manera que siendo el convenio contrario a los intereses de los

⁶⁴ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 27

⁶⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 155/2017 de 7 de marzo de 2017, Ponente: Antonio SALAS CARCELLER, (RJ 2017\705)

⁶⁶ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 27-28

menores no podrá ser homologado judicialmente. Por lo mismo, si el régimen de custodia compartida pactado entre los progenitores o bien las condiciones en que hayan convenido que se desarrollará en la práctica no son compatibles con el interés del menor, no podrá ser aprobado⁶⁷.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz a la que hace referencia mi análisis, los progenitores realizan el convenio regulador, pero en él en vez de adoptar el régimen de custodia compartida, como se decía anteriormente, acuerdan un régimen de custodia monoparental en favor de la madre.

3.2.2. Requisitos del artículo 92.6 del Código Civil.

En el apartado 6 del artículo 92 del Código Civil vienen establecidos los requisitos que debe cumplir el juez a la hora de decidir sobre la medida de guarda y custodia de los hijos menores. El cumplimiento de estos requisitos es necesario para que el régimen de custodia adoptado por decisión judicial responda al interés superior del menor.

Puede pensarse que los requisitos establecidos en tal apartado son referentes solo a la custodia compartida. No obstante, de su literalidad se llega a la conclusión de que constituyen presupuestos de carácter procesal previos a la adopción de cualquier decisión sobre el régimen de guarda y custodia. Así puede deducirse de la propia norma en la que no se alude expresamente a la guarda y custodia compartida o conjunta ni a ningún otro sistema, sino a la guarda y custodia en general⁶⁸.

El artículo 92.6 establece que “6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Pero tratándose del caso concreto de que el juez tenga que resolver sobre la custodia compartida, se entiende aplicable este precepto tanto en los casos en que se solicita en un proceso consensuado por ambos progenitores como en los casos en que el proceso es

⁶⁷ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 28

⁶⁸ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 29

contencioso y solo uno de ellos pretende la custodia compartida⁶⁹, como veremos más adelante.

Por lo tanto, debe recabarse informe del Ministerio Fiscal, debe escucharse a los menores que tengan suficiente juicio y, por último, debe tenerse en cuenta la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para ver si la guarda y custodia compartida es la adecuada en cada caso.

a) Informe del Ministerio Fiscal

La intervención del ministerio fiscal siempre es necesaria cuando se tratan cuestiones que puedan afectar a menores, velando por la salvaguarda del interés superior de los mismos en su condición de defensor legal de los menores⁷⁰.

El artículo 124 de la Constitución Española establece:

“1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

Y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁷¹, en su artículo 3.7 establece “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

⁶⁹ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 29

⁷⁰ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 29

⁷¹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, (BOE núm. 11, de 13/01/1982), última actualización publicada 11/03/2010, (BOE-A-1982-837)

Respecto a los procedimientos de separación y divorcio, el artículo 749.2 de la LEC establece que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor o incapacitado. Además de dicha intervención en cumplimiento del artículo 92.6 del CC, el juez deberá requerir informe del Ministerio Fiscal. Así lo establece también el artículo 777.5 de la LEC, norma que fue modificada por la ley 15/2005, de 8 de julio⁷².

b) Audiencia de los menores

Se trata de uno de los principios anteriormente explicados. Es el derecho del menor de edad a ser oído y opinar sobre asuntos que le conciernen. Aquí hay que tener en cuenta que no es preceptivo oír a los menores que tengan suficiente juicio en los procesos consensuados, pero sí lo será en los procesos contenciosos.

Como este principio ya ha sido expuesto en el segundo epígrafe, se remite a lo allí establecido.

c) La relación de los padres entre sí y con sus hijos

Siguiendo el apartado seis del artículo 92 CC, además de lo expuesto anteriormente, el juez deberá valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y, "...la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

Hay que tener en cuenta que la relación que tengan los padres entre sí ha de ser valorada siempre, ya que el artículo 92, como se ha dicho anteriormente, se aplica a todo tipo de guarda y custodia y no solo a la guarda y custodia compartida.

En el supuesto de ser custodia compartida el régimen que se solicita por los dos progenitores o por uno de ellos, la relación entre los padres es esencial y decisiva. Uno de los criterios que se viene aplicando por el juez a la hora de otorgar la custodia compartida es el respeto mutuo en las relaciones personales entre los progenitores⁷³.

Como establece Carmen Pérez Conesa, se entiende que el régimen de guarda implica, como premisa necesaria, que entre los progenitores exista entendimiento, respeto, colaboración, diálogo, y, en definitiva, que su trato mutuo y sus actitudes no tengan sino

⁷² PÉREZ CONESA, C., *ib.*, págs. 29-30

⁷³ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 34

un efecto positivo para el menor, permitiéndole que el desarrollo de su personalidad y que su vida cotidiana no quede perturbada por rivalidades y posturas enfrentadas que le influyan. La propia ruptura de la convivencia entre los progenitores conlleva, en sí misma, crisis, tensión y cambio en la situación familiar, por lo que parece primordial que la adaptación del menor a esa nueva situación no sea traumática y se atienda a su progresivo acomodo a la misma. La relación que los padres mantengan entre sí es decisiva para ello, afectando a la estabilidad tan necesaria para el menor⁷⁴.

Es verdad que, si la custodia compartida ha sido solicitada por ambos progenitores en un procedimiento consensuado o cuando llegan a un acuerdo en la tramitación del procedimiento, es más viable y eficaz. Existiendo ese consenso será más fácil y más factible que las relaciones entre los progenitores, desde el momento en que están dispuestos de mutuo acuerdo a alternarse en el cuidado de sus hijos menores, ayuden e impliquen una buena disposición y compromiso para proporcionar un ámbito de concordia que beneficie al menor y le procure bienestar, seguridad y estabilidad psíquica y emocional⁷⁵.

En caso de que no se dé el acuerdo entre los progenitores, lo más probable es que la custodia compartida sea impracticable, esto es debido a que la mala relación de los padres impedirá acordar decisiones en el día a día del menor. Al tratarse de este tipo de custodia, los padres comparten el cuidado de los menores de forma alterna. Todas las decisiones que afecten al menor en esos periodos requieren la colaboración y solidaridad por parte de ambos progenitores⁷⁶.

Respecto a la relación que mantienen los progenitores entre sí y con el menor, es preciso hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia 155/2017 de 7 marzo⁷⁷ en la cual en el informe pericial practicado no considera aconsejable un régimen de custodia compartida debido al apego de la menor a la madre, de modo que de otorgarse esa modalidad de custodia considera que quedaría comprometido el interés del menor que podría resultar perjudicado dado que no existe acuerdo entre los progenitores y existe un importante grado de conflictividad entre ellos.

⁷⁴ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 34-35

⁷⁵ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 35

⁷⁶ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 35

⁷⁷ STS núm. 155/2017 de 7 de marzo de 2017, cit., Fundamento Jurídico Segundo

3.2.3. Dictamen de especialistas cualificados.

El apartado 9 del artículo 92 del CC establece que “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 misión está encomendada al equipo de asesoramiento técnico civil o a los gabinetes psicosociales adscritos a los juzgados, aunque nada impide que se acepten otros dictámenes emitidos por técnicos cualificados, propuestos por las partes y ajenos a estos equipos o gabinetes. Este informe técnico será realizado fundamentalmente por médicos, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales o educadores⁷⁸.

El papel de estos especialistas cualificados es asesorar al juez sobre el mejor modelo de custodia para los hijos. Hay que tener en cuenta que el informe psicosocial no es vinculante para el juez ni es una prueba que deba recabarse de manera obligatoria, sino que constituye una prueba más y se debe valorar con las demás practicadas en su conjunto. Aun no siendo preceptivo, resulta conveniente, sobre todo en los procesos contenciosos, para que el juez tenga información de expertos y pueda fundamentar su resolución en que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. La función del psicólogo forense es dar respuesta a la petición del juez con los datos que ésta precisa de un conocimiento profesional especializado, cualificado y actualizado⁷⁹.

El psicólogo forense en la administración pública, tiene todos los medios que necesite a su disposición, lo que le proporciona muchas garantías a la hora de elaborar un informe sólido y fundamentado en toda la información disponible. Para realizar su trabajo entrevista a todas las partes intervinientes en el conflicto. Si lo considera necesario, puede citar a cualquier persona u organismo relacionado con las partes que intervienen en el procedimiento⁸⁰.

Se propone que el psicólogo forense, en el desempeño de sus funciones periciales, debe cumplir una serie de pautas, como comprender el alcance del concepto del interés superior del menor para el mejor cuidado responsable, afectivo, educativo, y relacional de los hijos

⁷⁸ GARCÍA PRESAS, I., *op. cit.*, págs. 77-78

⁷⁹ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, pág. 38

⁸⁰ BECERRIL, D; VENEGAS, M., *La custodia compartida en España*, Dykinson S.L, Madrid, 2017, pág. 156.

por parte de los progenitores, que está en rango superior al derecho de los propios progenitores; respetar la razón de la intervención, la metodología que se empleará, el propósito de la intervención, el destino de la indagación, el encargo del juez y el secreto profesional; respetar el derecho a la intimidad que obliga al perito a la actuación estricta y necesaria para la confección del dictamen, entre otros⁸¹.

3.3. Custodia compartida contenciosa.

Los requisitos que han sido analizados para el caso de la custodia compartida consensuada del artículo 92 del Código Civil, son de aplicación también cuando la custodia compartida no es solicitada por ambos progenitores sino por uno sólo de ellos⁸².

Esto es lo que ocurre en la Sentencia de la AP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre⁸³ en la cual el padre solicita la custodia compartida del hijo menor en el procedimiento de modificación de medidas, cuando anteriormente en el convenio regulador se había acordado la custodia monoparental a favor de la madre.

Hay que recordar que en el apartado seis del artículo se prevén los presupuestos previos a la adopción de cualquier decisión sobre el régimen de guarda y custodia de los menores, cualquiera que se la modalidad que finalmente sea acordada por el juez. Teniendo que resolver el juez sobre la petición de la custodia compartida, esos requisitos se consideran aplicables tanto si dicha petición procede de ambos progenitores como si solo uno de ellos pretende la custodia compartida⁸⁴.

Lo mismo puede decirse del apartado nueve. Para valorar la idoneidad del régimen de custodia de los menores con su interés superior, el juez podrá recabar y apreciar dictamen de especialistas cualificados. Así pues, nos remitimos a lo expuesto en la custodia compartida consensuada sobre cada uno de los preceptos que deberán ser examinados por el juez cuando la custodia compartida no se adopta por consenso por los progenitores⁸⁵.

El apartado ocho del artículo 92 CC, en cambio, establece los presupuestos que deben cumplirse para que el juez pueda atribuir la guarda y custodia compartida faltando acuerdo por parte de los progenitores y, por tanto, tratándose de un proceso contencioso. La Ley 15/2005 de 8 de julio, al introducir este tipo de custodia distinguió dos supuestos

⁸¹ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, pág. 39

⁸² PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 39

⁸³ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento Jurídico Primero

⁸⁴ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 39-40

⁸⁵ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 40

que sean los propios padres los que la acuerden, o que sea el juez quien la imponga en ausencia de conformidad sobre la misma⁸⁶.

3.3.1. Requisitos de atribución

El apartado ocho de este artículo dice “**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**”.

De acuerdo con el precepto, podemos deducir que deben darse tres requisitos para que el juez pueda decretar excepcionalmente el régimen de custodia compartida. En primer lugar, debe realizarse a solicitud de uno de los progenitores, no podrá llevarse a cabo de oficio. En segundo lugar, será necesario informe favorable del Ministerio Fiscal. Y, por último, fundamento de que solo de esta forma queda protegido el interés superior del menor.

Pero hay que realizar un inciso puesto que el término favorable, en el informe favorable del Ministerio Fiscal fue considerado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre⁸⁷. Por lo tanto, será necesario informe del Ministerio Fiscal, favorable o no.

a) A instancia de uno de los progenitores

Al margen de ser ambos padres quienes propongan en convenio regulador o a lo largo del procedimiento la custodia compartida, únicamente podrá plantearse el juez su otorgamiento si es solicitada al menos por uno de los progenitores, es decir, si uno de ellos lo insta. Normalmente el otro progenitor solicitará la custodia monoparental en su favor⁸⁸.

El Código Civil no contempla ningún supuesto en el que la custodia compartida pueda ser concedida judicialmente sin que ninguno de los progenitores la instase en proceso contencioso de separación, divorcio o nulidad. Si ya se regula como excepcional que se

⁸⁶ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 40

⁸⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 185/2012 de 17 de octubre de 2012, (RTC 2012\185)

⁸⁸ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 40

atribuya solicitándolo solo uno de los progenitores, no cabe que el juez imponga de oficio esta medida.

Respecto al debate de si puede ser o no atribuida de oficio, bajo mi punto de vista, el legislador al introducir el precepto sobre la custodia compartida como modelo de guarda y custodia, la introdujo siempre y cuando fuera solicitada por ambas partes en convenio regulador, cuando se llegue a un acuerdo a lo largo del procedimiento o a instancia de una de las partes. Si el legislador hubiera creído oportuno que pudiese ser establecida de oficio, hubiese introducido tal inciso dentro del precepto. Por no decir que ya es excepcional que sea solicitada solo por una de las partes sin llegar a un acuerdo por ambos progenitores.

El apartado ocho del artículo lo que hace es prever un supuesto concreto, en el cual no hay un acuerdo entre los progenitores, pero uno de ellos pretende la custodia compartida. Son condiciones concurrentes: faltando acuerdo por parte de los progenitores, podrá el juez acordar la custodia compartida cuando cada uno de ellos inste la custodia para sí, de ese modo podría defenderse que la custodia pudiese ser establecida de oficio, pero el apartado ocho no lo prevé así.

El legislador al introducir la custodia compartida la implanto no solo si la solicitan los dos progenitores, sino también cuando solo uno de ellos la pide y el juez podrá acordarla de manera excepcional en ese caso. Pero con posterioridad a su incorporación, se propuso una iniciativa para modificarlo e incluir la posibilidad de que el propio juez decidiese, con independencia de petición alguna sobre la atribución de la custodia compartida⁸⁹.

Imponer la custodia compartida en contra de lo que ambos padres quieren es un despropósito, pues el sistema de guarda y custodia compartida supone la convivencia con el menor con periodos alternos y más o menos igualitarios. En esos periodos deberán tomarse decisiones que afectan al menor en su vida cotidiana y que exigen un grado elevado de capacidad y disposición de colaboración⁹⁰.

En el caso analizado se produce una solicitud de la custodia compartida a petición de una de las partes que es el padre.

⁸⁹ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 42

⁹⁰ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 43

b) Informe del Ministerio Fiscal (favorable o no favorable)

El siguiente requisito exigido por el apartado ocho del artículo 92 CC para atribuir en el proceso contencioso la custodia compartida es que exista informe del Ministerio Fiscal. Como se ha dicho anteriormente, el precepto original lo que decía era que hubiese informe **favorable** del Ministerio Fiscal, pero esto fue modificado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable”. Esta sentencia tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 92.8 del CC por su posible contradicción con los artículos 117.3, 24.14 y 39 de la CE, matizando que *la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo favorable que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un requisito de procedibilidad sin el que el juez o tribunal no puede juzgar*⁹¹.

Lo que ocurre con respecto al artículo 117.3 de la CE es que conceder al Ministerio Fiscal la facultad de veto interfiere en la función primordial del poder judicial y atenta contra su independencia por sujetar la actuación judicial a lo que considere el Ministerio Público, ya que si el informe no es favorable a la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores, el órgano judicial no puede otorgarla impidiéndole resolver la cuestión planteada por las partes⁹².

Relacionando esta argumentación con el artículo 24 de la CE, entendió que es contrario a la tutela judicial efectiva hacer depender la idoneidad de la custodia compartida de la manifestación favorable del Ministerio Fiscal, pues condiciona el derecho de la parte a cuya instancia se solicite a obtener un pronunciamiento de fondo, no siendo éste posible sin el vinculante informe favorable⁹³.

El Tribunal Constitucional considera que el artículo 39 de la CE no podría ser criterio suficiente para basar la razonabilidad y proporcionalidad de la norma, pues si bien, es cierto que todos los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los menores, esto no puede llevar a la consecuencia de dejar al arbitrio del Ministerio Fiscal la decisión de acordar la custodia compartida, no permitiendo al órgano jurisdiccional

⁹¹ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 43

⁹² PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 44

⁹³ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 44

imponer dicho régimen si entiende que es el más adecuado para los hijos menores. Es el juez quien, excepcionalmente y a instancia de una de las partes quien podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo así se protege el interés superior del menor⁹⁴.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 14 de la CE, alegaba en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por estimar injustificado exigir informe favorable del fiscal para que el juez otorgue la custodia compartida no mediando acuerdo entre los padres y no requerir que sea favorable cuando los padres estén conformes, el Tribunal Constitucional aclara, “...en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional”⁹⁵.

Por lo tanto, después de esta cuestión de inconstitucionalidad, no es necesario que el informe del ministerio fiscal sea favorable, ya que eso produciría una vulneración de los artículos antes expuestos y condicionaría la decisión del tribunal al informe favorable o no del Ministerio Fiscal.

c) Motivación en que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor

Tal y como establece el apartado ocho del artículo 92 CC, otro de los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida de forma excepcional sería, “... fundamentándola que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

De acuerdo con esto, en un procedimiento contencioso es necesario que el juez que resuelva otorgar la custodia compartida motive su decisión en que sólo concediéndola queda protegido el interés superior del menor. Es decir, si una parte solicita la custodia exclusiva para sí, y la otra parte la custodia compartida, el juez podrá acordar esta última solo si así se protege adecuadamente el interés del menor, llegando al convencimiento el órgano judicial de que no es adecuado a este interés otorgar la custodia a favor de uno solo de los progenitores⁹⁶.

⁹⁴ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 45

⁹⁵ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 45

⁹⁶ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 46

La fundamentación adicional exigida para que le juez pueda otorgar la custodia compartida en caso de que sea solicitada de forma contenciosa, es decir, en ausencia de acuerdo entre los progenitores, supone condicionar esta medida a que otra alternativa no sea posible atendiendo al interés del menor, lo que reitera el carácter excepcional de la custodia compartida cuando no existe acuerdo al respecto por parte de los progenitores. Hay que tener en cuenta que la custodia compartido ha de pedirse por los progenitores. No puede ser acordada por el juez si ninguna de las partes la ha solicitado, debe ser solicitada, aunque sea subsidiariamente⁹⁷.

De este modo, si uno de los progenitores se opone a la custodia compartida, y el otro si la solicita, el juez solo podrá acordarla si es la única forma de proteger el interés superior del menor, debiendo el juez fundamentar su resolución en este y en que de establecerse otra modalidad de guarda y custodia no se estaría respetando este interés.

3.3.2. Criterios de atribución

Tal y como vemos en la sentencia anteriormente planteada, la Audiencia Provincial de Badajoz sigue una serie de criterios a la hora de otorgar o no la custodia compartida solicitada por el padre en la demanda de modificación de medidas.

En primer lugar, se habla en todo momento del interés superior del menor, pues como bien se ha dicho anteriormente es el principio que predomina frente a los demás, es decir el interés superior del menor está por encima de todo lo demás. En segundo lugar, la disponibilidad de los progenitores. Se hace referencia a la actividad laboral de cada uno de ellos, y se puede ver como consecuencia de la actividad laboral puede verse afectado el interés superior del menor. En tercer lugar, hay que tener en cuenta la distancia entre los domicilios de los progenitores. Y, por último, la ayuda familiar, que puede ser utilizada como auxilio en casos concretos.

1. Interés superior del menor

Como se ha expuesto anteriormente, el interés superior del menor es el criterio más importante a tener en cuenta a la hora de otorgar la guarda y custodia, ya sea exclusiva o compartida. Además, la protección del interés superior del menor es un requisito

⁹⁷ PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 47

necesario para que el juez pueda otorgar la custodia compartida cuando ha sido solicitada de forma contenciosa, es decir, a instancia de uno de los progenitores

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, refuerza la idea de que las medidas sobre los hijos exigen siempre tener presente el interés superior del menor.

Otro ejemplo sería el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 155/2017 de 7 marzo⁹⁸ establece que la doctrina de la sala ha insistido en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial.

En el caso planteado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 31 de enero, el juez considera que es mejor para el menor que se continúe con la custodia monoparental a favor de la madre, ya que solo de esa forma se está respetando el interés superior del menor. Y se considera que la petición realizada por el padre va en contra de este interés.

Además, en el fundamento de derecho tercero vemos como en la demanda que interpone el padre no se aporta un plan de parentabilidad o una explicación clara y precisa de cómo se va a ejercer la custodia compartida en caso de ser concedida. Y dice que don Eulalio no ha desplegado ningún tipo de actividad probatoria encaminada a determinar la idoneidad de ese nuevo régimen de custodia compartida y de qué forma puede beneficiar al interés superior del menor. Hay que añadir, que el recurrente en la vista admitió que su hijo estaba bien y que rendía en el colegio, por lo que se puede concluir que el régimen establecido hasta el momento respeta el interés superior del menor.

2. Disponibilidad de los progenitores y actividad profesional

En ocasiones, la actividad de los progenitores puede suponer un obstáculo a la hora de establecer el régimen de custodia compartida.

Esto ocurre en muchas de las sentencias del Tribunal Supremo mencionadas en la sentencia del caso y las cuales es preciso observar.

⁹⁸ STS núm.155/2017 de 7 de marzo de 2017, cit., Fundamento Jurídico Tercero

a) Médicos

En primer lugar, es preciso analizar el caso de la sentencia planteada de la Audiencia Provincial de Badajoz⁹⁹, en la cual la profesión de la madre es visitadora médica y la del padre médico.

Lo que ocurre es que el padre debe realizar guardias de veinticuatro horas durante dos o tres días a la semana en localidades que están a más de dos horas en coche de Badajoz. Se plantea cómo una persona que pasa tanto tiempo fuera de casa va a poder cumplir con sus deberes inherentes de padre. Antes prestaba servicios además de en estas localidades en Badajoz y alega que por ello aceptó que se atribuyera en el convenio regulador la guarda y custodia a la madre. Pero que, en la actualidad, ya tiene más tiempo libre.

El recurrente alega que la madre es visitadora médica y que por tanto también pasa mucho tiempo fuera de casa y se ve obligada a delegar en terceras personas el cuidado del menor. Dice que él podría hacer lo mismo, pues sus ausencias serían suplidas por su actual pareja.

Es cierto que el poco tiempo libre con el que cuenta el padre puede dificultar que lleve a cabo sus tareas. Su trabajo tal y como se dice en la sentencia, se conjuga mal con el efectivo ejercicio del rol de padre en el marco de un sistema de custodia compartida. Además, la madre llama la atención sobre la situación de hecho preexistente, y dice que durante los últimos seis años se ha venido desarrollando el régimen convenido de custodia exclusiva de forma idónea y positiva. Añade que han sido múltiples las ocasiones en las que el padre, a última hora, tras una agotadora jornada laboral, ha modificado sus visitas al verse obligado a quedarse en Portugal.

La madre, además, ha adaptado su jornada laboral y ahora tiene las tardes libres. Y el padre dice que podría adaptar su jornada, pero no establece un plan, ni previsiones de que eso vaya a ocurrir.

b) Hostelería: camareros

Es preciso acudir a la sentencia de la Audiencia Provincial 524/2019 de 9 de julio¹⁰⁰ que aborda el caso de un camarero y la sentencia en la que se centra el estudio, al ser del mismo tribunal utiliza varios de los argumentos en ella utilizados.

⁹⁹ SAP de Badajoz núm. 772/2019 de 31 octubre de 2019, cit., Fundamento Jurídico Primero

¹⁰⁰ SAP de Badajoz núm. 524/2019 de 9 julio de 2019, cit.

Dice “debemos reconocer que la custodia compartida no está prevista solo para los progenitores desocupados o empleados con horarios flexibles”. E introduce el tema de la ayuda familiar que está relacionada con la disponibilidad de los progenitores. Pues en ocasiones es posible que necesiten que los abuelos o gente de cercana a ellos les ayude con el cuidado de sus hijos.

Reconoce que la guarda y custodia compartida no está prevista solo para progenitores desocupados como decíamos anteriormente, pues en una sociedad en la que es habitual que ambos trabajen a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples, el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo.

Por ello, “la ayuda familiar y la ayuda externa están al orden del día. Son un medio o complemento para que los padres puedan atender adecuadamente a sus hijos”¹⁰¹.

Pero la audiencia provincial destaca que se está hablando de una ayuda puntual, de complementar y no de sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios. “la delegación ha de ser puntual y no total”. Esto es debido a que de ser total se estaría quebrando el interés del menor.

Por lo tanto, la ayuda familiar es una posibilidad, pero siempre y cuando se trate de un acto puntual y no delegar todos los deberes de los padres, pues hay deberes que les son personalísimos. Esto ocurre en casos en los que el progenitor delega todas sus tareas en los abuelos, los cuales en ocasiones se sienten obligados a actuar como si de sus progenitores se tratara.

c) No exclusión de algunas profesiones

Continuando con el tema de la disponibilidad y la profesión introduce que no hay profesiones que estén excluidas. Los camareros, dependientes, repartidores, médicos de urgencias también tienen derecho a disfrutar de un régimen de custodia exclusiva y custodia compartida.

Y añade “no hay en general profesiones u oficios que, por sí solos, excluyan la custodia de los menores”.

Tal y como se establece en la sentencia lo determinante no es la ocupación desempeñada, ni la jornada laboral llevada a cabo, lo realmente importante es que se garantice la

¹⁰¹ SAP de Badajoz núm. 524/2019 de 9 julio de 2019, cit., Fundamento Jurídico Cuarto

adecuada atención del menor. Debe asegurarse que las obligaciones inherentes a la custodia del menor estén cubiertas. Y dice que “no es tanto la cantidad como la calidad”.

Es verdad que los padres pueden actuar de padres desde la distancia, es el caso de los hijos que estudian fuera de casa, y por eso hay que dejar de pensar que el mejor custodio es el que más tiempo libre tiene, pero el cuidado de los hijos requiere una participación activa de los padres. Como dice, uno de los deberes básicos es simplemente estar con los hijos. Se puede ser padre o madre a distancia, pero no siempre.

Hay una serie de deberes parentales que son personalísimos e indelegables. Y el padre cuenta con dificultades para poder conciliar su vida laboral con la familiar.

Carmen Pérez Conesa determina que no solo es conveniente que las pautas de conducta parentales sean análogas para prevenir desajustes que incidan en la cotidianidad del menor perturbándola, sino que los progenitores tengan disponibilidad para atender a sus hijos menores¹⁰².

3. Distancia entre domicilios

La distancia entre los domicilios es un factor determinante para la concesión o denegación de la custodia compartida. Esto es debido a que el menor tendrá que alternar la convivencia con ambos progenitores durante el año. Este criterio puede provocar en el menor una desintegración emocional y un desapego a las relaciones sociales¹⁰³.

Es por ello, cuando el régimen adoptado es que el menor sea quien cambie de domicilios y éstos estén situados en municipios diferentes, lo más apropiado para el menor es que se deniegue. Hay que tener en cuenta que la proximidad de los domicilios implica que los lugares donde se suele mover el menor como la escuela, su círculo de amistades, actividades extraescolares sean los mismos que si tiene que ir a otro municipio¹⁰⁴.

Por lo tanto, resulta un factor bastante relevante a la hora de que el juez estudie si se trata de un modelo que favorece al interés del menor. No sería lógico que el menor se tuviese que estar moviendo de estado y cambiando de amistades cada vez que tenga que alternar con el otro progenitor. Es más favorable para el menor si los domicilios se encuentran

¹⁰² PÉREZ CONESA, C., *ib.*, pág. 52

¹⁰³ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *op., cit.*, pág. 182

¹⁰⁴ ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *ib.*, pág. 182

próximos y si únicamente tiene que cambiar de un domicilio a otro, sin tener que cambiar de municipio o de estado.

Respecto a la sentencia planteada, el padre a la hora de solicitar la custodia compartida alega que su domicilio se encuentra a escasos metros de la vivienda de la madre, por lo que sería más fácil la comunicación entre ellos y la alternancia del menor.

4. Relaciones personales entre los progenitores.

Para que pueda llevarse a cabo el buen funcionamiento de la guarda y custodia compartida o alterna, es necesaria una cooperación, coordinación y una buena comunicación entre los padres.

Hay que tener en cuenta que, en un sistema de guarda y custodia compartida, la alternancia en la convivencia con los hijos implica también una alternancia en el trato entre los padres, en un grado superior al régimen de custodia monoparental. Serán más las situaciones en las que los progenitores tendrán un contacto más frecuente entre sí. Estas situaciones deben desarrollarse con normalidad y equilibrio, sin tensiones que hagan de la custodia compartida una situación problemática que repercuta de forma negativa en el menor¹⁰⁵.

Por lo tanto, una buena relación entre los progenitores después de la ruptura favorece que se aplique esta modalidad de guarda y custodia. En el fundamento de derecho segundo el recurrente alega que existe una comunicación fluida entre ambos progenitores. Entonces esto no sería un impedimento para que se lleve a cabo la aplicación del régimen de guarda y custodia compartida o alterna.

4. CONCLUSIONES

La materia analizada es un tanto compleja, ya que afecta a la intimidad de las personas que forman parte del proceso de familia. Una vez analizada la materia estas son las conclusiones que he extraído:

Cuando los progenitores finalizan su vida en común, en el supuesto de tener hijos comunes, es preciso determinar la guarda y custodia de los hijos. La decisión de poner fin a la vida en común de los progenitores debe afectar lo menos posible a la vida de los hijos, sin que estos pierdan la relación con alguno de ellos.

¹⁰⁵ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, pág. 50

Para ello, los progenitores podrán llegar a un acuerdo en el convenio regulador, pero de no ser así, el juez será quien se encargue de determinar cuál es el régimen que más va a favorecer al menor, teniendo en cuenta los principios para su determinación, en especial, del interés superior del menor.

Es con la entrada en vigor de la ley 15/2005 cuando el legislador introduce en el Código Civil el régimen de custodia compartida, insertándola en el artículo 92 CC.

Normalmente, el régimen de guarda y custodia compartida suele ser el más deseado, dado que es este régimen el que más se asemeja a la vida llevaba antes de la ruptura. Pero más que custodia compartida debería llamarse custodia alterna ya que no es que los progenitores compartan la convivencia con éstos, sino que se van alternando dicha convivencia.

Pero hay que tener en cuenta que este tipo de régimen no tiene por qué suponer un reparto igualitario del tiempo. El reparto de las responsabilidades y la distribución del tiempo se realizará atendiendo al interés superior del menor en cada caso. El Tribunal Supremo reitera que el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto de tiempos igualitarios, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atendiendo a las jornadas laborales de los progenitores.

Además, no implica que no deba satisfacerse una pensión de alimentos ya que se atenderá al tiempo de estancia, las necesidades de los hijos, circunstancias económicas de los progenitores y a la atribución de la vivienda familiar.

El artículo 92 CC es el que regula el sistema de guarda y custodia compartida. Da prioridad a que los padres en el convenio regulador acuerden en favor de los hijos, la guarda y custodia compartida o lo acuerden durante el transcurso del procedimiento. En caso de que los progenitores no lleguen a un acuerdo, se introduce la opción de que uno de los progenitores sea quien solicite a los tribunales el establecimiento de la guarda y custodia compartida.

Pero el artículo 92.8 establece “excepcionalmente...”. Esto podría dar a entender que la custodia compartida solo podrá determinarse en casos concretos, pero, sin embargo, el Tribunal Supremo ha determinado en numerosas sentencias que *“la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable”*.

En muchas ocasiones este sistema no se considera favorable para el interés del menor. En el análisis de las sentencias vemos como muchas veces se deniega el establecimiento de la custodia compartida debido a la difícil conciliación de la vida laboral con la familiar.

Es preciso decir que, pese a que muchas veces es el régimen más deseado, no tendría sentido si los progenitores tienen una mala relación ya que con este régimen tendrían que relacionarse en más ocasiones. Además, la decisión de establecer el régimen de custodia compartida conlleva determinar cómo será la convivencia, es decir, el domicilio en el que va a permanecer el menor. Sería perjudicial e incluso incómodo que los progenitores tengan que alternarse la casa familiar, o que el menor tuviera que desplazarse de un domicilio a otro, ya que eso generaría una gran inestabilidad en su vida.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 772/2019, de 31 octubre, se establece que *“no hay en general profesiones u oficios que, por sí solos, excluyan la custodia de los menores. La custodia compartida no está prevista sólo para progenitores desocupados o desempleados con horarios flexibles”*, y establece que *“la ayuda familiar y la ayuda externa están al orden del día”*, pero estas ayudas deben ser complementarias, es decir, no sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios.

Sin embargo, en diversas ocasiones se ve como se le deniega a uno de los progenitores la custodia compartida debido a que por su trabajo no es posible prestar la suficiente atención a los menores. Se establece en la sentencia que *“dependerá de las circunstancias particulares de cada caso”*, sin embargo, siempre se repite en las mismas profesiones, camareros, repartidores, médicos de urgencias, etc. En estos casos en los que uno de los progenitores tiene un trabajo con menos disponibilidad sería interesante poder establecer la custodia compartida, pero con un reparto de los tiempos que tenga en cuenta las jornadas laborales de los progenitores, para que así los menores puedan disfrutar de ambos progenitores de la misma manera.

Es cierto que, en el caso concreto de la sentencia, no era posible establecer una custodia compartida en un principio, ya que el padre contaba con dos trabajos y por uno de ellos pasaba fuera de casa hasta tres días por semana, y como consecuencia de su trabajado, en ocasiones, ha tenido que modificar los horarios de visita. Pero en la actualidad ya no desarrolla uno de los trabajos por lo que tiene más tiempo libre.

Se emplea la falta de disponibilidad, el hecho de que no llevara a cabo un plan de parentabilidad bien estructurado y su cambio de opinión en las diferentes fases del

proceso para denegarle la guarda y custodia compartida, cuando cumplía con muchos de los criterios a tener en cuenta, como que los domicilios de los progenitores se encontraban a escasos metros y que existe una comunicación fluida entre ambos.

Pero a pesar de cumplir con algunos requisitos no se dan las condiciones para cambiar el régimen de guarda y custodia. En este caso al tener guardias durante la semana de veinticuatro horas, hace imposible que esos días pueda llevar a cabo sus obligaciones inherentes como padre, ya que muchas de ellas son personalísimas.

Como conclusión final cabe decir que existe demasiada incertidumbre en relación a la custodia compartida. La introducción por el legislador de ésta en el artículo 92 CC no es precisa y puede generar dudas. El Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar en numerosas ocasiones para llevar a cabo una interpretación del apartado 8 de este artículo.

Por un lado, considero que sería conveniente una reforma legal del precepto, porque en él, se limita la actuación del juez, ya que no podrá escoger este régimen de oficio. Esto se debe a que la guarda y custodia compartida puede ser únicamente establecida cuando lo acuerdan las partes o excepcionalmente, a instancia de uno de los progenitores. Con esto se estaría incumpliendo el principio de interés superior del menor pues el juez no tendría la posibilidad de establecer el régimen de guarda y custodia, aunque considerase que es el más favorable para el menor. Pero, por otro lado, si ninguno de los progenitores considera este régimen conveniente, tal vez la mejor alternativa para el menor no sea la custodia compartida. Deben cumplirse muchos requisitos de atribución, no solo el interés superior del menor, aunque sea el más importante.

Respecto a la incidencia de la profesión en el otorgamiento de la custodia, mi reflexión es que, ciertamente, no es que algunas profesiones estén descartadas, sino que no tiene sentido solicitar la custodia compartida cuando no vas a poder hacerte cargo del menor. El fin de la custodia compartida es que pase el mayor tiempo posible con ambos progenitores, pero si no se dispone de tiempo, va tener que delegar en terceros.

Por lo tanto, si la finalidad de este régimen es pasar más tiempo con el menor, ¿de qué sirve que se solicite la custodia compartida, si se alega que, aunque no se disponga de tiempo, se puede dejar al menor con un tercero?

BIBLIOGRAFÍA

BECERRIL, D; VENEGAS, M., *La custodia compartida en España*, Dykinson S.L, Madrid, 2017.

GARCÍA PRESAS, I., *Guarda y custodia de los hijos*, Juruá editorial, Lisboa, 2015.

Gil RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURÚA, G.H., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Manual de derecho civil vasco*, Barcelona: Atelier; 2016

PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Aranzadi, Cizur Menor: Navarra, 2016

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

ZAFRA ESPINOSA de los MONTEROS, R., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida*, Dykinson, Madrid, 2018.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- STC núm. 185/2012 de 17 de octubre de 2012, (RTC 2012\185)

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 5/2015 de 16 enero de 2015, Ponente: Xavier O`CALLAGHAN MUÑOZ, (RJ 2015\355)
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 526/2016, 12 de septiembre de 2016, Ponente: Jose Antonio SEIJAS QUINTANA, (RJ 2016\4435)
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 155/2017 de 7 de marzo de 2017, Ponente: Antonio SALAS CARCELLER, (RJ 2017\705)

Audiencia Provincial

- SAP Badajoz (Sección 2ª) Sentencia núm. 524/2019 de 9 de julio de 2019, Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, (JUR 2019\223127)
- SAP Badajoz (Sección 2ª) Sentencia núm. 772/2019 de 31 de octubre de 2019, Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, (JUR 2019\341590)